POR MEDIO DEL CUAL SE FALLA CON RESPONSABILIDAD FISCAL EN CONTRA DE UNOS VINCULADOS Y SIN RESPONSABILIDAD FISCAL EN FAVOR DE OTROS Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL UCC-PRF-014-2019

REFERENCIA	**UCC-PRF-014-2019** **SAE: PRF-2019-01104** **SIREF: 28133**
ENTIDAD AFECTADA	**HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. (HIDROITUANGO S.A. E.S.P.)** **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.** **SOCIOS PÚBLICOS DE HIDROITUANGO S.A. E.S.P.:** Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Departamento de Antioquia Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. (CHEC) La Nación Financiera Energética Nacional (FEN)
PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES	1. FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA C.C. 70.546.837 2. JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO C.C. 70.566.038 3. ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA C.C. 98.575.296 4. ANIBAL GAVIRIA CORREA C.C. 70.566.243 5. FABIO ALONSO SALAZAR JARAMILLO C.C. No 71.587.929 6. ALVARO JULIAN VILLEGAS MORENO C.C. 533.186 7. SERGIO BETANCUR PALACIO C.C. 8.254.903 8. ALVARO DE JESÚS VÁSQUEZ OSORIO C.C. 70.045.340 9. ANA CRISTINA MORENO PALACIOS C.C. 32.255.581 10. IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR C.C. 71.712.530 11. JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA C.C. 8.318.646 12. LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA C.C. 3.331.900 13. JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR C.C. 70.119.101 14. JORGE MARIO PÉREZ GALLÓN C.C. 70.043.915 15. LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE C.C. 70.123.774

	16. MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA C.C. 42.885.629 17. RAFAEL ANDRES NANCLARES OSPINA C.C. 71.753.266 18. SERGIO FAJARDO VALDERRAMA C.C. 70.546.658 19. LUIS ALFREDO RAMOS C.C. 8.289.911 20. INTEGRAL S.A. NIT:890.903.055-1 21. INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S. NIT: 811.043.176-4 QUE ABSORVIÓ A LA EMPRESA SOLINGRAL S.A CON NIT: 890.938.628-0. **INTEGRANTES DEL CONSORCIO CCC ITUANGO:** 22. CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A. NIT 830.023.542 23. CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A NIT 890.901.110-8 24. CONINSA RAMON H S.A. NIT 890.911.431-1 **INTEGRANTES DEL CONSORCIO TÚNELES ITUANGO FS.** 25. FERROVIAL AGROMAN CHILE S.A. NIT 900.452.428-2 26. SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. NIT 890.311.243-7 **INTEGRANTES DEL CONSORCIO INGETEC-SEDIC (INTERVENTOR)** 27. INGENIEROS CONSULTORES CIVILES Y ELÉCTRICOS S.A - INGETEC NIT:860.001.986-1 28. SEDIC S.A NIT:890.910.447-2
TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE	1. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. NIT: 891.700.037-9 2. SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. NIT: 890.903.407-9 3. AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. NIT: 860.002.184-2 4. SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

	NIT: 860.037.707-9
CUANTÍA DEL DAÑO FISCAL	Destrucción del valor de la inversión por mayores valores injustificados: TRES BILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS ($3.157.419.881.218,97) M/Cte. Lucro cesante: UN BILLON CIENTO SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS ONCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHO PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($1.173.411.734.008,37) M/Cte. **Total: CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.,**

I. ASUNTO Y COMPETENCIA

La suscrita Contralora Delegada Intersectorial No. 9 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción -UIECC-, de la Contraloría General de la República, en uso de las facultades otorgadas por la Constitución Política artículos 268 núm. 5 y 271, la Ley 610 de 2000, la Ley 1474 de 2011, el Decreto 403 de 16 de marzo de 2020 en especial, las competencias reglamentarias señaladas y en la Resolución Orgánica número 748 de 2020 procede a FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL EN CONTRA DE UNOS VINCULADOS Y SIN RESPONSABILIDAD FISCAL RESPECTO DE OTROS DENTRO DEL PRF-UCC-014-2019.

Es importante destacar que mediante Auto 0025 de fecha 31 de julio de 2019, el Señor Contralor General de la República, declaró de Impacto Nacional los hechos relacionados con la actuación Especial realizada por la Contraloría Delegada de Minas y Energía a los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango.

Igualmente, que mediante oficios de asignación No. 081 y 082 de 31 de julio de 2019, la Jefe de la Unidad asignó a esta Contraloría Delegada Intersectorial el conocimiento de los anteriores hechos, a fin de dar continuidad al trámite correspondiente bajo lo preceptuado en la Ley 610 de 2000, Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes.
+

II. ANTECEDENTES

Lo constituye el informe producto de la Actuación Especial, realizada por la Contraloría Delegada de Minas y Energía de la Contraloría General de la República en ejercicio del control excepcional[1] admitido por el Contralor General mediante Auto ORD-80112-0042 de 8 de febrero de 2019, a los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango.

III. ACTUACIONES PROCESALES

No. Auto	Fecha	Asunto	Folios	
42	8/02/2019	Por el cual se admite una solicitud de control excepcional	10433	10443
945	8/11/2019	Por el cual se abre proceso ordinario de responsabilidad fiscal	10478	10532
962	18/11/2019	Por el cual se decretan pruebas de oficio	10536	10541
1072	26/11/2019	Por Medio del Cual Reconoce Personería y Resuelve una Solicitud	10561	10566
1154	28/11/2019	Se Suspenden y Reanudan términos	10664	10666
1159	29/11/2019	Niega Personería para actuar	10730	10733
1175	4/12/2019	Por Medio del Cual Reconoce Personería	10849	10853
1190	10/12/2019	Resuelve solicitud de Nulidad y otros	10962	10983
ORD 05231	18/12/2019	Se realiza un encargo de funciones	11037	11039
1211	19/12/2019	Se Reconoce Personería y se otras determinaciones	11041	11047
ORD 0056	23/12/2019	Se suspenden términos procesales diciembre 24 y 31	11056	
1269	26/12/2019	Se Suspenden y Reanudan Términos	11057	11059
1212	29/12/2019	Se Ordena Refoliar el Expediente	11062	11064
ORD 05231	30/12/2019	Se realiza un encargo de funciones	11067	11070
6	12/01/2020	Reconoce personería y otros	11137	11141
7	13/01/2020	Por Medio del cual Decretan de oficio pruebas	11143	11148
22	23/01/2020	Se reconoce personería y otros	11353	11356
39	30/01/2020	Se reconoce personería y otros	11402	11407
56	5/02/2020	Por Medio del cual Decretan de oficio pruebas	11827	11829

[1] El control excepcional se ejerció como consecuencia de la solicitud impetrada , el día 9 de enero de 2019, por el señor Juan Carlos Calderón España en su caliad de Director y Representante Legal de la Veeduría Ciudadana Nacional Recursos Sagrados

80	13/02/2020	Por medio del cual decretan de oficio pruebas	11939	11948
83	14/02/2020	Por medio del cual reconoce personería adjetiva	11939	11948
100	20/02/2019	Por medio del cual reconoce personería	12049	12057
134	6/03/2020	por medio del cual da por terminado un poder	12820	12827
679	27/07/2020	FIJA FECHA Y HORA VERSIONES LIBRES Y OTRAS	13005	13009
704	29/07/2020	POR MEDIO CUAL SE CORRIGE UN ERROR DEL AUTO 679	13042	13043
731	5/08/2020	87REPROGRAMA UNAS DILIGENCIAS DE VERSION LIBRE	13116	13119
933	8/09/2009	Decreta pruebas de Oficio	13319	13321
946	9/09/2020	DECIDE UNAS SOLICITUDES	13333	13335
943	8/09/2020	Traslado Informe	13351	13353
993	16/09/2029	Por el cual se deciden recursos y otras	13710	13713
1000	16/09/2020	Por el cual se fija fecha y hora para versiones libres	13715	13719
1041	22/09/2020	RECHAZA RECURSO	13819	13822
1045	23/09/2020	Decreta pruebas y nombra defensores de oficio	13830	13834
1071	29/09/2020	Por medio del cual se vinculan a terceros	14012	14017
1103	2/10/2020	Por medio del cual se deciden solicitudes de pruebas	14183	14283
1129	7/10/2020	Decide nulidad	14362	14366
1148	9/10/2020	Por medio del cual se deciden unas solicitudes y otras	14548	14558
1211	19/10/2020	Decide nulidad y otras determinaciones	15559	15569
1221	20/10/2020	Por el cual se decide solicitud de nulidad y otras determinaciones	15746	15748
1251	26/10/2020	Por el cual se niega una solicitud de aclaración y adición	15906	15910
1302	5/11/2020	Por el cual se decide una solicitud de medios de prueba	16245	16248
1346	12/11/2020	Por medio del cual se corres traslado de aclaraciones	16478	16531
1350	13/11/2020	Por medio del cual se solicita de oficio aclaración a un IT	16536	16538
1354	13/11/2020	Por medio del cual se deciden solicitudes probatorias	16540	16547
1370	18/11/2030	Por medio del cual se cancela la práctica de un medio de prueba y se toman otras determinaciones	16652	16654

1413	23/11/2020	Por el cual se resuelven solicitudes de aclaración y complementación a un informe técnico y se corre traslado de las mismas a la Universidad Nacional y se toman otras determinaciones.	16782	16790
1424	24/11/2020	Por el cual se deciden recursos	16811	16830
066	30/11/2020	Por medio del cual se deciden unos recursos de apelación contra el auto de pruebas y apelación de nulidades	17211	17253
1484	2/12/2020	Por medio del cual se imputa a unos presuntos y se archiva en favor de otros	17767	18366
1523	9/12/2020	medio del cual se aclara el AUTO 1484 del 2 de diciembre	19109	19115
1580	17/12/2020	Por medio del cual se suspenden términos _	19206	19208
384	8/03/2021	Por medio del cual se reanudan términos dentro del PRF-_FL_21176-21178	21176	21178
ORD 060	19/03/2021	Por el cual se revisa decisión de archivo_	21296	21307
ORD 061	19/03/2021	Por el cual se resuelve recurso de queja	21308	21313
474	24/03/2021	Por el cual se deciden una solicitudes de Nulidad	21705	21757
554	25/03/2021	Por el cual se suspenden y reanudan términos	21814	21815
617	6/03/2021	Por el cual se deciden unas solicitudes de Nulidad	21852	21892
459	23/03/2021	Por el cual se adiciona el ordinal quinto del AUTO 1484	22292	22294
685	14/04/2021	Por el cual se deciden solicitudes	24351	24352
709	19/04/2021	Por el cual se decide una solicitud de Nulidad	24537	24569
757	26/04/2021	Por el cual se deciden solicitudes de Nulidad	24646	24652
879	21/05/2021	Por el cual se decide una solicitud de Nulidad y otras determinaciones	24856	24869
948	3/06/2021	Por medio de cual se deciden solicitudes de pruebas	24945	25319
951	4/06/2021	Por medio del cual se resuelven una nulidad INGETEC.	25323	25327
1023	21/06/2021	Por el cual se fija fecha y hora de Testimonios	25840	25842
1031	22/06/2021	Por el cual se deciden recursos de reposición	25902	25998

ORD 157	02/07/2021	Por el cual se resuelve recursos de apelación.	26096	26238
1097	12/07/2021	Por el cual se resuelven solicitudes de Nulidad.	27197	27203
ORD 176	21/07/2021	Por el cual se resuelven solicitudes	27313	27318
1125	16/07/2021	Por el cual se decide una solicitud de Nulidad y otras determinaciones	27393	27403
1170	23/07/2021	Por el cual se suspenden Términos dentro del PRF.	27567	27568
IUS D-2021-1985055	29/07/21	Resuelve Recusación Procuraduría	27575	27577
052	10/08/2021	Deniega Recusación	27578	27583
ORD-197	12/08/2021	Resuelve recusación dentro del PRF Sala Fiscal_FL_	27585	27594
1291	17/08/2021	Reanuda Términos	27848	27849
1332	24/08/2021	Concede apelación, incorpora documento, reconoce personería y remite recurso de queja	28037	28043
ORD-214	01/09/2021	Resuelve queja	28059	28098

IV. MATERIAL PROBATORIO

- Actas del Comité de diseño del proyecto
- Actas del Comité de obra
- Actas de los demás comités que soportan la toma de decisiones en el proyecto
- Formatos de control de cambios, con los respectivos soportes
- Copia de las actas del comité de seguimiento al contrato BOOMT.
- Solicitudes, actas y documentos soporte de protocolización de cambios de características técnicas inmodificables del Contrato BOOMT que se hayan efectuado hasta el día 28 de febrero de 2019.
- Registros de la base de datos de Neón para todos los contratos del proyecto Hidroituango, incluyendo entre otros, actas de Modificación Bilateral, Pólizas, soportes de pago, Relación de documentos.

- Actas, informes y recomendaciones del BOARD de Expertos.

- Actas, informes y recomendaciones de los diferentes comités e instancias en los que se definió la modificación en la instalación de las compuertas de los túneles de desviación, incluir los formatos de cambio respectivos.

- Actas, informes y recomendaciones de los diferentes comités e instancias en los que se propuso y se estructuró la construcción de la galería auxiliar de desviación, incluyendo el análisis de alternativas, seguros y reclamaciones de seguros y demás decisiones hasta la decisión final, incluir los formatos de cambio respectivos.

- Línea de tiempo de los contratos de vías.

- Listado de equipos instalados en casa de máquinas y en bodegas o almacenes.

- Relación de las obras de la contingencia y valor a la fecha, con las actas soportes respectivas.

- Relación de los controles de cambios del proyecto.

- Modelo Financiero del Contrato BOOMT (formato Excel)

- Archivo de Modelo de liquidación mensual entregado por Inverlink (formato Excel)

- Actualizaciones del modelo de Inverlink realizadas por EPM para efectos de actualizar su modelo financiero interno (formato Excel)

- Indicar las variables de sensibilidad aplicadas en las actualizaciones del modelo financiero.

- Contrato 2011-013 con la firma Gestión y Auditoría Especializada – GAE, con los respectivos informes desde el año 2011.

- Contratos asociados al cumplimiento del capítulo II: objeto y remuneración del plazo del contrato BOOMT, especialmente, el contrato con la firma Inverlink.

- Cuantificación detallada de los beneficios obtenidos del contrato de estabilidad jurídica – EPM para el proyecto Hidroituango.

  Cuantificación detallada de los beneficios esperados de la constitución de la Zona franca.

- Resumen de los costos y gastos del proyecto no incluidos en el Capex (esta diapositiva se solicitó como adicional en la charla financiera)

- Relación detallada del total de recursos propios de EPM invertidos en el proyecto hasta el día 28 de febrero de 2019.

- Actualización del archivo de pagos a 28 feb de 2019 y la versión ampliada del archivo de pagos también actualizada a 28 feb de 2019

- Copia de la Respuesta del Gerente de EPM, al cuestionario de 12 puntos, presentado a consideración de la Junta Directiva por el doctor Mauricio Tobón para ser enviado al representante legal de EPM, según quedo consignado en acta de junta directiva No 186 del 5 de junio de 2018.

- Inventario de subcontratistas del consorcio CCCI, de Ferrovial y del Consorcio Generación Ituango; especificando: objeto, contratista, valor, modificaciones y/o adiciones, otrosíes, suspensiones prórrogas, actas de inicio, parciales y de liquidación (si es del caso).

- Copia magnética de las carpetas de los contratos celebrados con los subcontratistas que se relacionen en la respuesta al punto anterior, en las cuales repose la totalidad de la información de las diferentes etapas surtidas en cada uno de ellos (Precontractual, ejecución contractual, liquidación, según sea el caso).

- Acuerdo de Voluntades entre EPM e Hidroeléctrica Ituango firmado en 2011 y compensaciones acordadas
.
- Contrato de usufructo de acciones firmado en 2013.

- Autorizaciones impartidas por la Sociedad respecto de las Modificaciones Bilaterales que afectaron el proyecto en mayores costos, plazos o modificaciones de diseño.

- Curva “S” del proyecto, explicación de los eventos y controles de cambios que han afectado la ejecución del proyecto.

- Aprobación del plan de aceleración por la Junta Directiva de la Sociedad y compuertas de cierre de los túneles de desviación.

- Recursos correspondientes a la remuneración para la Sociedad establecida en el contrato BOOTM.
- Contratos en ejecución y ejecutados antes de la firma del contrato BOOMT por parte de la Sociedad en relación con el proyecto.

- Contratos de la Sociedad en los cuales EPM hubiera sido supervisor y/o interventor relacionados con el proyecto.

- Ejecución de recursos correspondientes a la Inversión social adicional recibida, así como otros pagos que se hicieron a la Sociedad por parte de EPM durante la ejecución del contrato BOOMT.

- Riesgos a cargo de la Sociedad en la matriz de riesgos del contrato BOOMT.

- Costos originados por la contingencia del 28 de abril de 2018.

- Reclamaciones por la contingencia de 28 de abril de 2018 y estado actual de las mismas.

- Presentación explicativa del avance en la titulación y traslado de títulos de predios a la Sociedad.

- Multas y Sanciones que han sido impuestas a la Sociedad en desarrollo y ejecución del proyecto.

- Cumplimiento de la licencia ambiental del proyecto.

- Acciones legales y reclamaciones iniciadas por la Sociedad contra EPM.

- Documentos soporte, antecedentes o estudios para constitución de zona franca.

- Contrato de asesoría para constitución de zona franca.

- Escritura de constitución sociedad EPM - ITUANGO

- Relacion y soportes de pago que se efectuaron para constitución de zona franca.

- Resolución y documentos soporte con los cuales se negó la solicitud de constitución de zona franca.

- Recurso de reposición presentada por EPM ITUANGO contra la negativa de aprobación de zona franca.

- Resolución que confirmó la negativa de aprobación de zona franca.

- Acta de socios o junta directiva donde se tomó la decisión de no continuar con proceso de constitución de zona franca.
- Acta de liquidación EPM ITUANGO

- Relación detallada de activos fijos reales productores y generadores de renta asociados al proyecto Hidroituango que fueron incluidos como beneficio tributario por EPM en sus declaraciones de renta.

- Copia de las declaraciones de renta donde se incluyó ese beneficio de activos asociados al proyecto Hidroituango.

- Copia del contrato de estabilidad jurídica, con anexos y modificaciones surtidas durante el tiempo que se ha aplicado para beneficio del proyecto.

- Documento de cesión EPM ITUANGO a EPM

- Relación de otros beneficios obtenidos por EPM al amparo del contrato de estabilidad jurídica relacionada con el proyecto Hidroituango.

- Acta, concepto jurídico y otros antecedentes que precedieron el contrato de usufructo de acciones.

- Acta o actas donde se hayan tomado decisiones relacionadas con el contrato de usufructo de acciones

- Actas de aprobación de cumplimientos de hitos.

- Actas de modificación del BOOMT.

- Análisis de alternativas para subsanar la no instalación de las compuertas en los túneles de desviación; la relación de estudios y análisis realizados para soportar cada una de las alternativas; los documentos soporte de los diferentes estudio y análisis realizados para la alternativa de la GAD y las actas de los comités y diferentes instancias en las cuales se presentaron y discutieron las alternativas hasta llegara a la definición de la construcción de la GAD como la alternativa seleccionada.

- Informes de interventoría del contrato CT-2012000018.

- Informar el papel que desempeñó la firma CRA SAS en la ejecución del proyecto.

- Informar el destino de los equipos (torres y cables instalados), en vista que no se terminó la instalación de la línea de transmisión 110 Kv.

- Informar cómo se suplió la necesidad de energía para el proyecto, en caso que se suscribieran contratos o comprar de equipos electrógenos, relacionar los contratos.

- Presentar la identificación de los predios afectados entre el trazado de la torre 57 y 85 del proyecto de la línea de transmisión y la gestión que adelantó en su momento EPM para facilitar la ejecución del contrato.

- Copia del acta de reunión con la IV Brigada del Ejército Nacional y el Acta de reunión de Directivos de EPM, donde se tomó la decisión de no continuar con el proyecto.

- Suministrar la Carta de designación del o los supervisores de EPM en este contrato.

- Copia del informe detallado del montaje, informe pruebas de campo e informe final de acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones en los numerales: 7.1.6.14, 7.1.6.15 y 7.1.6.16.

- Informes de Interventora y demás documentos donde consten las observaciones, recomendaciones, etc. y/o entregables, que presentó y envió EPM en calidad de interventor del Contrato 007-2008 y con el cuál se realizaron los diseños detallados del Proyecto Hidroeléctrico Ituango. Incluir las comunicaciones con el contratista y con la Sociedad Hidroituango, respecto de la ejecución o asuntos relacionados con el mismo Contrato. Remitir igualmente los anexos de la AMB01 (Del Contrato 007-2008) y la Comunicación 1572562 de noviembre 3 de 2009 remitida por EPM.

- Informe de Gestión de la vigencia 2018.

- Ultima Acta de Junta Directiva.

- Copia del Oficio HI048-208 del 21 de septiembre de 2018 emitido por la firma de auditoría de Costos - GAE, dirigido a la Sociedad HI y la respectiva respuesta.

- Gestión adelantada por la Sociedad HI a las 14 notas de auditoria reflejadas por la firma de auditoría de Costos - GAE por valor de $1.088.245 millones, cifra según Informe del Tercer Trimestre del 2018 - 3T201802 de marzo de 2019.

- Acta (s) u otros documentos de Junta Directiva que soporten la suspensión del proceso de subasta para la contratación de la financiación, construcción, operación y mantenimiento de una central de generación hidr capacidad de 2,400 MW bajo un esquema BOOMT.

- Contrato (s) de estabilidad jurídica – CEJ, celebrado (s) entre Empresas Públicas de Medellín – EPM y el Ministerio de Minas y Energía, incluyendo sus otrosíes y/o modificaciones.

- Informes de seguimiento al CEJ del proyecto Hidroituango realizado por el Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento del numeral 9, artículo 16 del Decreto 381 de 2012.

- Conceptos de estabilidad jurídica relacionados con el proyecto Hidroituango, en cumplimiento del numeral 7, artículo 16, Decreto 381 de 2012

- Informe técnico de evaluación de la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica presentada por EPM.

- Acta en la cual se aprobó la suscripción del contrato de estabilidad jurídica para el proyecto Hidroituango.

- Minuta del contrato de estabilidad jurídica del proyecto Hidroituango enviada al Ministerio de Minas y Energía para su celebración.

- Último informe anual presentado sobre el estado del contrato de estabilidad jurídica.

- Informes semestrales de la auditoria de cumplimento de la curva S del cargo por confiabilidad.

- Curva S del proyecto presentada a la CREG para el cargo por confiabilidad.

- Cronograma inicial curva S del proyecto y sus modificaciones.

- Acta de Junta Directiva de la Sociedad Hidroituango No. 168 del 30 de enero de 2017, en la cual se establece *"…El costo para proyecto de respaldar con Termosierra en el primer año son 17.8 mm de dólares. Esto no constituye como un costo adicional para el proyecto, sino que se deja de tener este ingreso. (el ingreso estimado era de 16.9 mm en el primer año, el contrato de respaldo es de 18 mm de dólares, es decir, un diferencial de 1.2 mm de dólares)"*, favor explicar lo contenido en el párrafo, indicando taxativamente los valores allí descritos, a que hacen relación y que implica para el proyecto. Además, si esta diferencia de 1.2 mm de dólares se incluye dentro de los costos del proyecto.

- Estado actual de las acciones de mitigación del riesgo de ejecución de la garantía del Cargo por Confiabilidad y la conservación de los ingresos del Cargo.

- Estado de la actuación administrativa de la CREG iniciada en noviembre de 2018

- Estados Financieros con corte a 31 de diciembre de 2018

- Estados financieros intermedios del último trimestre de 2018 de EPM

- Estados financieros intermedios del último trimestre de 2018 del Proyecto Ituango

- Estados Financieros anuales, vigencia 2018 de EPM

- Estados Financieros anuales, vigencia 2018, Proyecto Ituango

- Informes semestrales de la auditoria de cumplimento de la curva S del cargo por confiabilidad.

- Copia de la garantía financiera de cumplimiento de fecha de entrada en operación del proyecto Hidroituango

- Hoja de vida y declaración juramentada de bienes de

    1. Alberto Arroyave Lema
    2. Andrés Bernal Correa
    3. Aníbal Gaviria Correa
    4. Gabriel Ricardo Maya Maya
    5. Jesús Arturo Aristizabal
    6. Jorge Mario Pérez Gallón
    7. Juan Esteban Calle Restrepo
    8. Luis Fernando Arbeláez
    9. Luis Javier Vélez Duque
    10. Manuel Santiago Mejía Correa
    11. Rubén Hernando Fernández
    12. Wilson Chinchilla Herrera

- Hoja de vida y declaración juramentada de bienes y rentas de

    1. Alejandro Granda Zapata
    2. Iván Mauricio Pérez Salazar
    3. John Alberto Maya Salazar
    4. María Eugenia Ramos Villa
    5. Rafael Nanclares
    6. Sebastián Álvarez Díaz
    7. Sergio Fajardo Valderrama

- Información acerca de quienes ejercieron como gerentes y representante legales desde el año 2011 a julio de 2019.

- Hojas de vida, declaración de bienes y rentas, acta de posesión de quienes Serio Fajardo y Luis ramos como gobernadores de Antioquia

- Certificado, de los años 2008 a 2019, de quienes actuaron en representación de la gobernación ante la asamblea y/o junta directiva de Hidroituango

- Pólizas globales de manejo

- Certificado de gerentes de IDEA entre 2008 y 2019

- Hojas de vida, declaración de bienes y rentas, copia del acta de posesión de los ex alcaldes Aníbal Gaviria y Fabio Salazar.

- Pólizas globales de manejo que amparaban a los exalcaldes señalados en el punto anterior

- Pólizas de directores y administradores de hidroituango

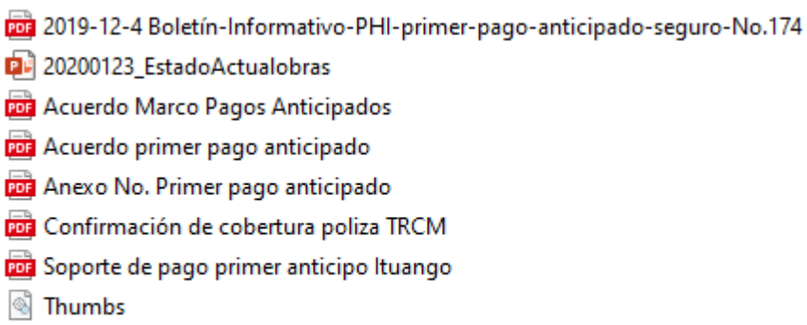
- Hojas de vida y contratos de Luis Gómez y John Maya

- Certificado de nombres, números de identificación y periodos de miembros de junta directiva

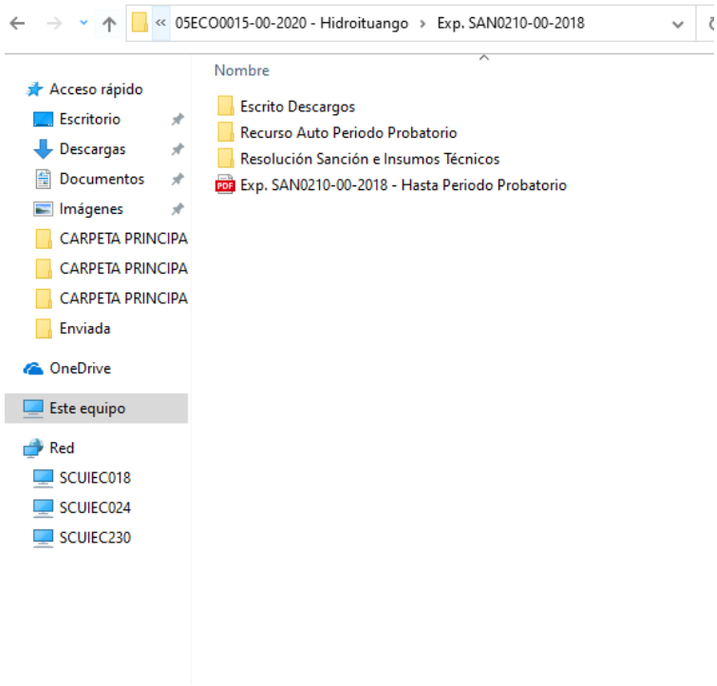
- Documentos acerca de datos de contacto de los presuntos responsables

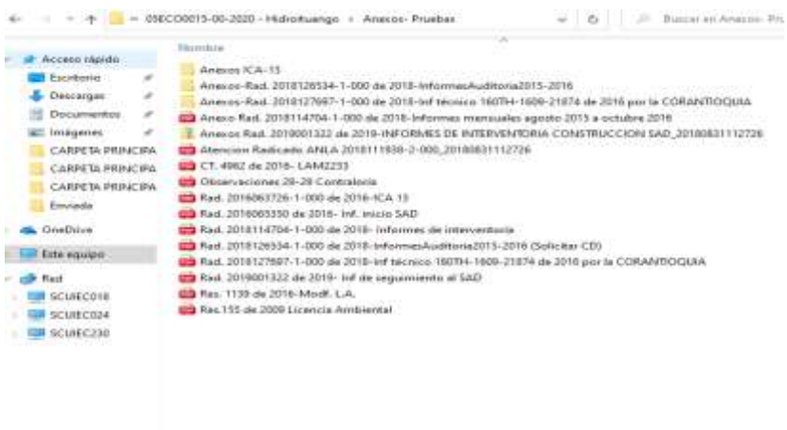
- Certificados de existencia y representación legal de las sociedades suscriptoras de los contratos CT-2011-000008, CT-2011-000014 y CT-000036

- CD. a fl. 11365



- Cd a Fl. 11343





- Certificado de existencia y representación legal de Gestión y Auditoría Especializada S.A.S

- Certificados emitidos por diferentes EPS y la DIAN que contienen direcciones de unos presuntos responsables

- Términos y condiciones en los que se permitió a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A la comercialización de las pólizas todo riesgo, construcción y montaje, daños materiales y retraso en la entrada de operación

- Los términos y condiciones en los que permitió a Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) y a Seguros Generales Suramericana la

comercialización de las pólizas de responsabilidad civil directores y administradores.

informe de causa raíz entregado por Integral

Certificación 20190130111296

La matriz contractual del proyecto original y sus modificaciones

Información y documentación respecto de la contingencia que fue entregada al Equipo Ajustador

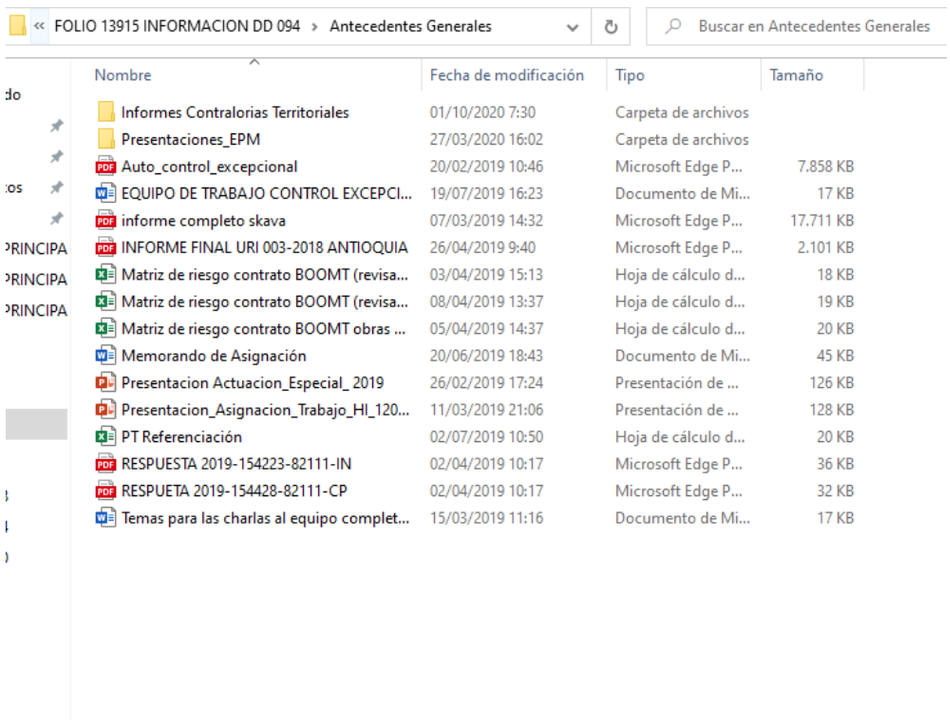
Contrato suscrito con MAPFRE bajo el cual se expidió la póliza 2901211000362

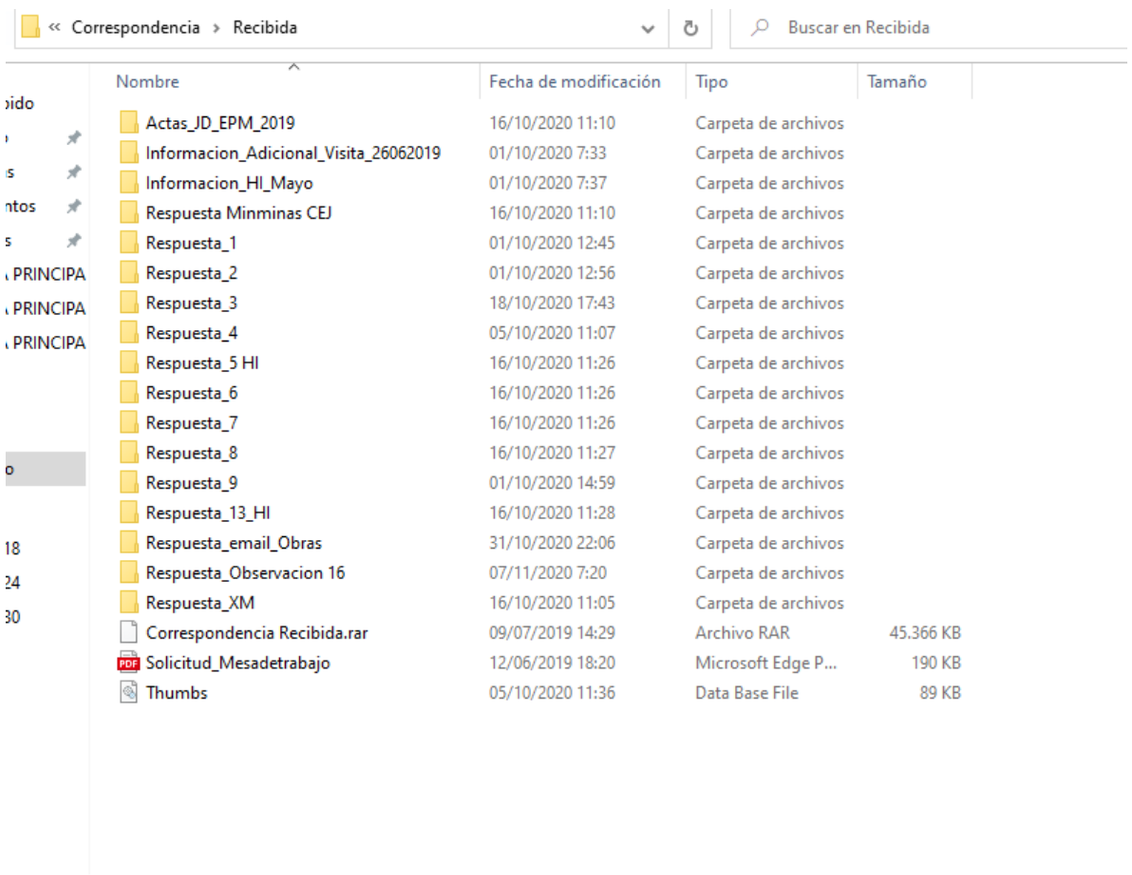
Proceso adelantado por la ANLA, el cual culminó con la resolución 02584 del 30 de septiembre de 2019

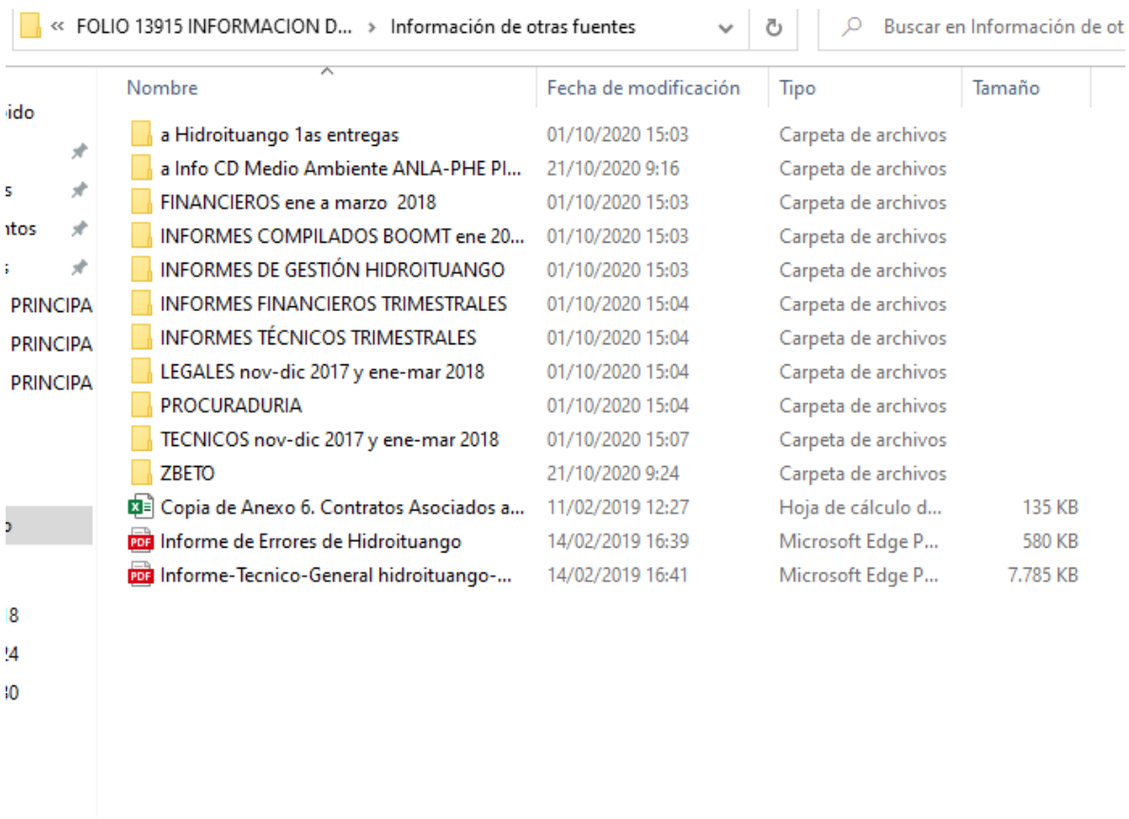
- Documentos relacionados con el pago realizado por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A, en cuantìa de 150 mullones de dolares

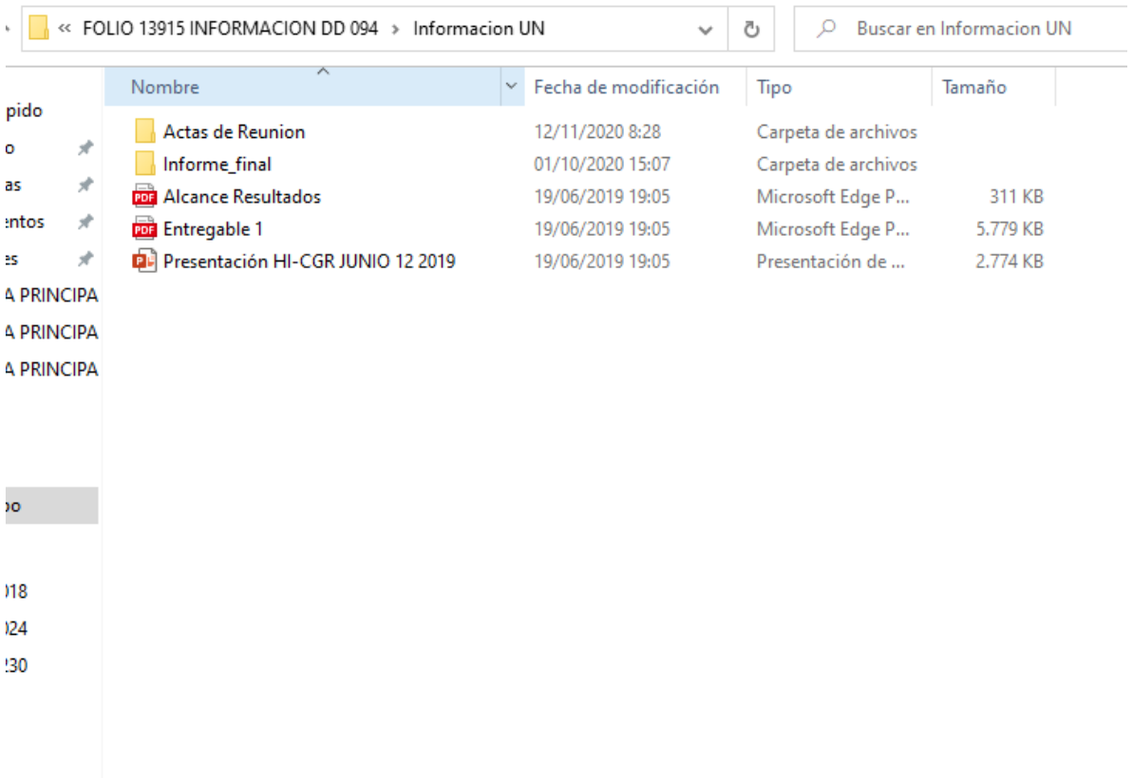
- Disco Duro FL. 13915

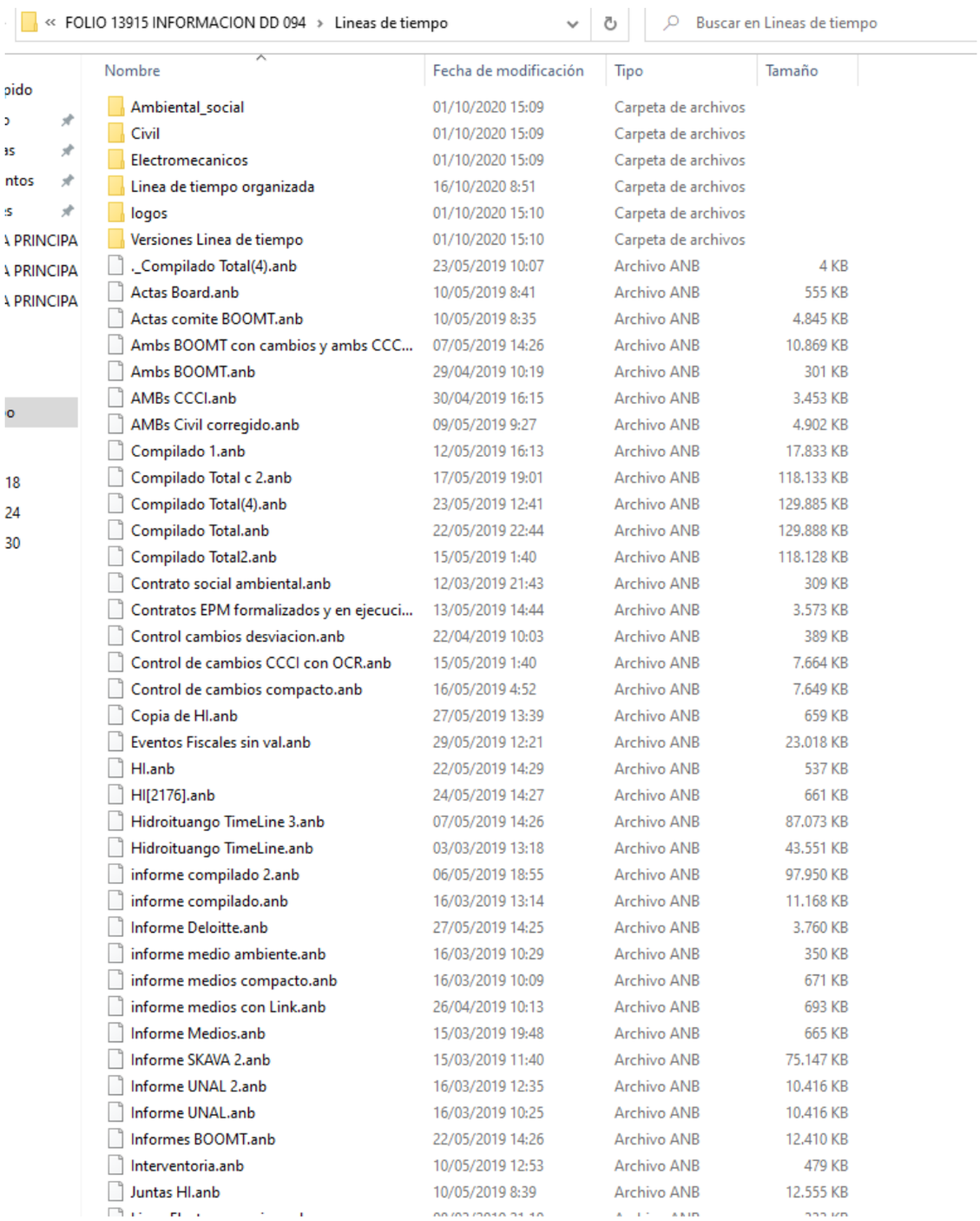
Antecedentes Generales	29/09/2020 13:33	Carpeta de archivos	
Correspondencia	01/10/2020 7:30	Carpeta de archivos	
Información de otras fuentes	01/10/2020 15:07	Carpeta de archivos	
Informacion UN	01/10/2020 15:07	Carpeta de archivos	
Lineas de tiempo	01/10/2020 15:10	Carpeta de archivos	
Respuesta_observaciones	01/10/2020 15:10	Carpeta de archivos	
ACE 5.8. Indice documentos Hidroituango	26/07/2019 14:40	Hoja de cálculo d...	116 KB
actas asamblea	28/07/2019 7:45	Documento de Mi...	13 KB
ACTAS ASAMBLEA	28/07/2019 21:07	Hoja de cálculo d...	19 KB
ACTAS BOARD	29/07/2019 9:42	Hoja de cálculo d...	37 KB
copia	25/07/2019 15:17	Documento de te...	7.600 KB


FOLIO 13915 INFORMACION DD 094 › Antecedentes Generales
Buscar en Antecedentes Generales
Nombre
Fecha de modificación
Tipo
Tamaño
Informes Contralorias Territoriales 01/10/2020 7:30 Carpeta de archivos
Presentaciones_EPM 27/03/2020 16:02 Carpeta de archivos
Auto_control_excepcional 20/02/2019 10:46 Microsoft Edge P... 7.858 KB
EQUIPO DE TRABAJO CONTROL EXCEPCI... 19/07/2019 16:23 Documento de Mi... 17 KB
informe completo skava 07/03/2019 14:32 Microsoft Edge P... 17.711 KB
INFORME FINAL URI 003-2018 ANTIOQUIA 26/04/2019 9:40 Microsoft Edge P... 2.101 KB
Matriz de riesgo contrato BOOMT (revisa... 03/04/2019 15:13 Hoja de cálculo d... 18 KB
Matriz de riesgo contrato BOOMT (revisa... 08/04/2019 13:37 Hoja de cálculo d... 19 KB
Matriz de riesgo contrato BOOMT obras ... 05/04/2019 14:37 Hoja de cálculo d... 20 KB
Memorando de Asignación 20/06/2019 18:43 Documento de Mi... 45 KB
Presentacion Actuacion_Especial_ 2019 26/02/2019 17:24 Presentación de ... 126 KB
Presentacion_Asignacion_Trabajo_HI_120... 11/03/2019 21:06 Presentación de ... 128 KB
PT Referenciación 02/07/2019 10:50 Hoja de cálculo d... 20 KB
RESPUESTA 2019-154223-82111-IN 02/04/2019 10:17 Microsoft Edge P... 36 KB
RESPUETA 2019-154428-82111-CP 02/04/2019 10:17 Microsoft Edge P... 32 KB
Temas para las charlas al equipo complet... 15/03/2019 11:16 Documento de Mi... 17 KB


« Correspondencia › Recibida
Buscar en Recibida
Nombre
Fecha de modificación
Tipo
Tamaño
Actas_JD_EPM_2019 16/10/2020 11:10 Carpeta de archivos
Informacion_Adicional_Visita_26062019 01/10/2020 7:33 Carpeta de archivos
Informacion_HI_Mayo 01/10/2020 7:37 Carpeta de archivos
Respuesta Minminas CEJ 16/10/2020 11:10 Carpeta de archivos
Respuesta_1 01/10/2020 12:45 Carpeta de archivos
Respuesta_2 01/10/2020 12:56 Carpeta de archivos
Respuesta_3 18/10/2020 17:43 Carpeta de archivos
Respuesta_4 05/10/2020 11:07 Carpeta de archivos
Respuesta_5 HI 16/10/2020 11:26 Carpeta de archivos
Respuesta_6 16/10/2020 11:26 Carpeta de archivos
Respuesta_7 16/10/2020 11:26 Carpeta de archivos
Respuesta_8 16/10/2020 11:27 Carpeta de archivos
Respuesta_9 01/10/2020 14:59 Carpeta de archivos
Respuesta_13_HI 16/10/2020 11:28 Carpeta de archivos
Respuesta_email_Obras 31/10/2020 22:06 Carpeta de archivos
Respuesta_Observacion 16 07/11/2020 7:20 Carpeta de archivos
Respuesta_XM 16/10/2020 11:05 Carpeta de archivos
Correspondencia Recibida.rar 09/07/2019 14:29 Archivo RAR 45.366 KB
Solicitud_Mesadetrabajo 12/06/2019 18:20 Microsoft Edge P... 190 KB
Thumbs 05/10/2020 11:36 Data Base File 89 KB


« FOLIO 13915 INFORMACION D... › Información de otras fuentes
Buscar en Información de ot
Nombre
Fecha de modificación
Tipo
Tamaño
a Hidroituango 1as entregas 01/10/2020 15:03 Carpeta de archivos
a Info CD Medio Ambiente ANLA-PHE PI... 21/10/2020 9:16 Carpeta de archivos
FINANCIEROS ene a marzo 2018 01/10/2020 15:03 Carpeta de archivos
INFORMES COMPILADOS BOOMT ene 20... 01/10/2020 15:03 Carpeta de archivos
INFORMES DE GESTIÓN HIDROITUANGO 01/10/2020 15:03 Carpeta de archivos
INFORMES FINANCIEROS TRIMESTRALES 01/10/2020 15:04 Carpeta de archivos
INFORMES TÉCNICOS TRIMESTRALES 01/10/2020 15:04 Carpeta de archivos
LEGALES nov-dic 2017 y ene-mar 2018 01/10/2020 15:04 Carpeta de archivos
PROCURADURIA 01/10/2020 15:04 Carpeta de archivos
TECNICOS nov-dic 2017 y ene-mar 2018 01/10/2020 15:07 Carpeta de archivos
ZBETO 21/10/2020 9:24 Carpeta de archivos
Copia de Anexo 6. Contratos Asociados a... 11/02/2019 12:27 Hoja de cálculo d... 135 KB
Informe de Errores de Hidroituango 14/02/2019 16:39 Microsoft Edge P... 580 KB
Informe-Tecnico-General hidroituango-... 14/02/2019 16:41 Microsoft Edge P... 7.785 KB

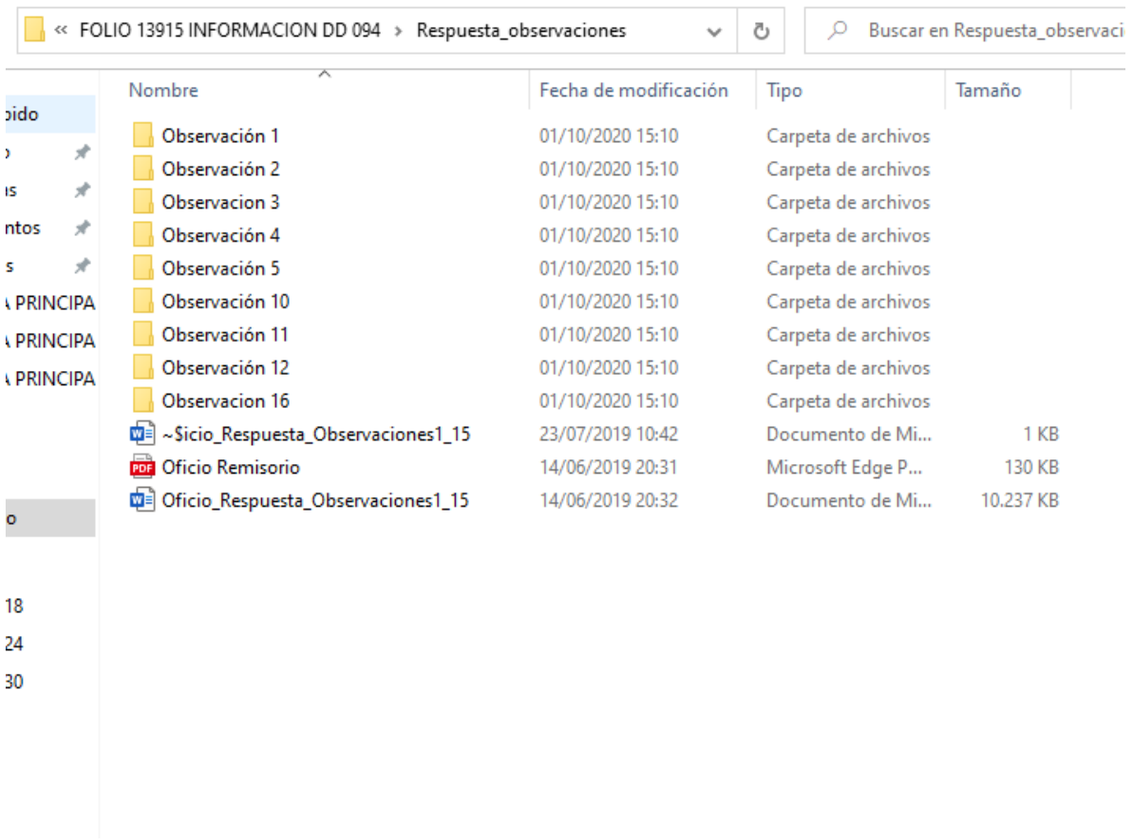

« FOLIO 13915 INFORMACION DD 094 › Informacion UN
Buscar en Informacion UN
Nombre
Fecha de modificación
Tipo
Tamaño
Actas de Reunion 12/11/2020 8:28 Carpeta de archivos
Informe_final 01/10/2020 15:07 Carpeta de archivos
Alcance Resultados 19/06/2019 19:05 Microsoft Edge P... 311 KB
Entregable 1 19/06/2019 19:05 Microsoft Edge P... 5.779 KB
Presentación HI-CGR JUNIO 12 2019 19/06/2019 19:05 Presentación de ... 2.774 KB



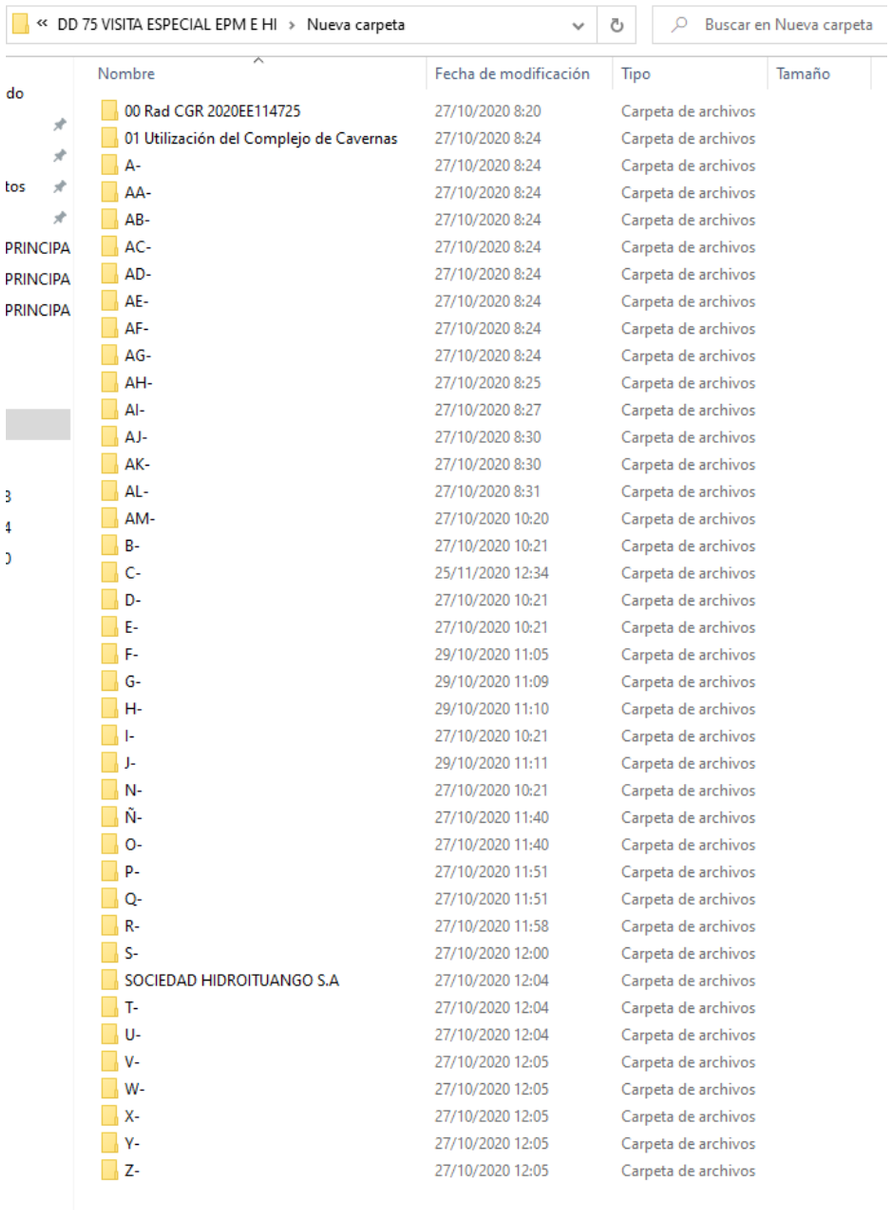
« FOLIO 13915 INFORMACION DD 094 › Lineas de tiempo

Buscar en Lineas de tiempo

Nombre	Fecha de modificación	Tipo	Tamaño
Ambiental_social	01/10/2020 15:09	Carpeta de archivos	
Civil	01/10/2020 15:09	Carpeta de archivos	
Electromecanicos	01/10/2020 15:09	Carpeta de archivos	
Linea de tiempo organizada	16/10/2020 8:51	Carpeta de archivos	
logos	01/10/2020 15:10	Carpeta de archivos	
Versiones Linea de tiempo	01/10/2020 15:10	Carpeta de archivos	
._Compilado Total(4).anb	23/05/2019 10:07	Archivo ANB	4 KB
Actas Board.anb	10/05/2019 8:41	Archivo ANB	555 KB
Actas comite BOOMT.anb	10/05/2019 8:35	Archivo ANB	4.845 KB
Ambs BOOMT con cambios y ambs CCC...	07/05/2019 14:26	Archivo ANB	10.869 KB
Ambs BOOMT.anb	29/04/2019 10:19	Archivo ANB	301 KB
AMBs CCCI.anb	30/04/2019 16:15	Archivo ANB	3.453 KB
AMBs Civil corregido.anb	09/05/2019 9:27	Archivo ANB	4.902 KB
Compilado 1.anb	12/05/2019 16:13	Archivo ANB	17.833 KB
Compilado Total c 2.anb	17/05/2019 19:01	Archivo ANB	118.133 KB
Compilado Total(4).anb	23/05/2019 12:41	Archivo ANB	129.885 KB
Compilado Total.anb	22/05/2019 22:44	Archivo ANB	129.888 KB
Compilado Total2.anb	15/05/2019 1:40	Archivo ANB	118.128 KB
Contrato social ambiental.anb	12/03/2019 21:43	Archivo ANB	309 KB
Contratos EPM formalizados y en ejecuci...	13/05/2019 14:44	Archivo ANB	3.573 KB
Control cambios desviacion.anb	22/04/2019 10:03	Archivo ANB	389 KB
Control de cambios CCCI con OCR.anb	15/05/2019 1:40	Archivo ANB	7.664 KB
Control de cambios compacto.anb	16/05/2019 4:52	Archivo ANB	7.649 KB
Copia de HI.anb	27/05/2019 13:39	Archivo ANB	659 KB
Eventos Fiscales sin val.anb	29/05/2019 12:21	Archivo ANB	23.018 KB
HI.anb	22/05/2019 14:29	Archivo ANB	537 KB
HI[2176].anb	24/05/2019 14:27	Archivo ANB	661 KB
Hidroituango TimeLine 3.anb	07/05/2019 14:26	Archivo ANB	87.073 KB
Hidroituango TimeLine.anb	03/03/2019 13:18	Archivo ANB	43.551 KB
informe compilado 2.anb	06/05/2019 18:55	Archivo ANB	97.950 KB
informe compilado.anb	16/03/2019 13:14	Archivo ANB	11.168 KB
Informe Deloitte.anb	27/05/2019 14:25	Archivo ANB	3.760 KB
informe medio ambiente.anb	16/03/2019 10:29	Archivo ANB	350 KB
informe medios compacto.anb	16/03/2019 10:09	Archivo ANB	671 KB
informe medios con Link.anb	26/04/2019 10:13	Archivo ANB	693 KB
Informe Medios.anb	15/03/2019 19:48	Archivo ANB	665 KB
Informe SKAVA 2.anb	15/03/2019 11:40	Archivo ANB	75.147 KB
Informe UNAL 2.anb	16/03/2019 12:35	Archivo ANB	10.416 KB
Informe UNAL.anb	16/03/2019 10:25	Archivo ANB	10.416 KB
Informes BOOMT.anb	22/05/2019 14:26	Archivo ANB	12.410 KB
Interventoria.anb	10/05/2019 12:53	Archivo ANB	479 KB
Juntas HI.anb	10/05/2019 8:39	Archivo ANB	12.555 KB



Disco Duro carpeta 75



MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO CON POSTERIORIDAD AL AUTO 1484 DEL 2 DE DICIEMBRE DE 2020:

Archivo "PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO. SISTEMA AUXILAR DE DESVIACIÓN (SAD). CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA AUXILIAR DE DESVIACIÓN — (SAD). Fechas de inicio de obras subterráneas y obras en superficie. Septiembre del 2019- Fl. 23885

A folio 21941:

Informes de Gobierno Corporativo de 2012 a 2015, donde se pueden ver las declaraciones de la evaluación de la gestión del Gerente General de EPM aprobadas por la Junta Directiva.

Informe de Gestión de Aníbal Gaviria Correa como Alcalde de Medellín 2012 – 2015.

Reconocimiento a Aníbal Gaviria Correa como mejor Alcalde de ciudades capitales

Decreto 1685 de 2015 “Por medio del cual se adopta el Modelo Integrado de Planeación y de Gestión –MIPYG- para la Administración Municipal de Medellín”

Decreto 1700 de 2015 “Por medio del cual se adoptan los Manuales que desarrollan los Lineamientos Estratégicos de los Pilares de Gestión del Modelo Conglomerado Público Municipio de Medellín”

Registro de las visitas realizadas por el doctor Aníbal Gaviria Correa en calidad de Presidente de la Junta Directiva de EPM al lugar del proyecto Hidroituango. Así mismo, se informe cuál fue la naturaleza y el propósito de cada visita

A folio 23211:

Extractos de las Actas de la Junta Directiva de EPM, en el periodo 2008-2011. Actas: 1484 de mayo 3 de 2018, 1490 de agosto 4 de 2008, 1506 de agosto 4 de 2009,
1511 de diciembre 1 de 2009, 1513 de febrero 2 de 2010, 1517 de abril 13 de 2010, 1518
de mayo 4 de 2010, 1519 de junio 1 de 2010, 1520 de julio 6 de 2010, 1521 de agosto 2
de 2010, 1522 de agosto 11 de 2010, 1525 de noviembre 2 de 2010, 1528 de febrero de 2011, 1532 de marzo 28 y 29 de 2011, 1537 de julio 5 de 2011 y 1541 de noviembre
de 2011.

El informe de gestión que presentó el Alcalde de Medellín, el Dr. Alonso Salazar Jaramillo, para el período 2008- 2011.

Informes que el Dr. Alonso Salazar Jaramillo, presentaba de la gestión como presidente de la Junta de EPM.

Extracto ACTAS DE JUNTA DIRECTIVA DE EPM 1498 de 2009 y 1532 de 2011

A folio 22872:

Certificación expedida por el Secretario General de Hidroituango con fecha 10 de diciembre de 2020 sobre las Junta Directivas en las que participó el señor SERGIO BETANCUR PALACIO.

A folios 19956-19965:

Contrato de prestación de servicios No. 014-2009, suscrito entre la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. y BNP PARIBAS, el 24 de junio de 2009, cuyo objeto era la asesoría en el diseño, ejecución y acompañamiento en la estrategia de implementación de un esquema de financiación PPA, BOM o similar por parte de la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

Informe de Gestión de la Dirección Técnica, del 4 de marzo de 2020, suscrito por el señor Oscar Jaramillo Hurtado, quien se desempeñó como Director Técnico de la Sociedad Hidroituango.

A folio 23088:

Informe Definitivo de Auditoria Especial Hidroeléctrica Ituango, suscrito por la doctora Bibiana Janeth Estrada Correa, Contralora Auxiliar de Auditoria Fiscal EPM 2 Energía, remitido al doctor Juan Esteban Calle, Gerente de Empresas Públicas de Medellín, con el radicado 201400006583.

Copia de la carta de julio 27 de 2017 enviada por el Dr. Alvaro Ospina, Director del Proyecto Hidroituango, al Dr. Gustavo Jiménez, Gerente de Hidroituango, hace la justificación del cambio de fechas de los hitos 7, 8 y 9, y ahí hace un estudio muy completo de la trayectoria del proyecto y las razones de la construcción de la SAD

A folios 24297

Solicito decretar, incorporar, y valorar como prueba documental copia del informe titulado “PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO- Contrato C-T-I- 2011-000014. Construcción de los Túneles de desviación, del túnel de acceso y las galerías de construcción de la casa de máquinas del Proyecto. Informe sobre la alternativa de Encomendar parte de las obras de desviación al Consorcio CCC Ituango, septiembre de 2013”

Se aporta junto al escrito de descargos. El objeto de esta prueba documental es acreditar los análisis de las distintas dependencias de EPM respecto a las soluciones al problema del retraso en la desviación del Río Cauca conforme lo fijado en el cronograma director.

A folio 23790

consolidado de informes semanales presentados al Gobernador de Antioquia, decretados en el auto 948 del 3 de junio de 2021.

informe titulado “Historia Clínica. Inversiones Patrimoniales. IDEA. GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA. Abril 25 de 2013.

Copia del informe titulado “PROYECTO HIDROELECTRICO ITUANGO- Contrato C-T-I- 2011-000014. Construcción de los Túneles de desviación, del túnel de acceso

y las galerías de construcción de la casa de máquinas del Proyecto. Informe sobre la alternativa de Encomendar parte de las obras de desviación al Consorcio CCC Ituango, septiembre de 2013.

respuesta entregada a la doctora MARIA EUGENIA RAMOS VILLA al derecho de petición presentado por ésta a la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P

A folio 20231 y 22275

Grabación de la entrevista Álvaro Rendón – Blu Radio 7 de septiembre de 2020

Memorando Técnico que preparó INTEGRAL para Hl titulado "Modificación Altura de Presa", F-PHI-HYS-ESS-00020 del 18 de mayo de 2006

Cronograma del Contratista CCCI, elaborado en Enero de 2013.

Comunicación D-PHI-CCE-ADM-1.1-00125 del 26 de agosto de 2009 (radicado No. 29224387).

El informe de la firma INTERTECHNE titulado "EVALUACION DE ALTERNATIVAS PARA EL CIERRE DE LOS TUNELES DE DESVIO".

Correo de Jaime Aristizábal de INTEGRAL SA al ingeniero Jorge E Mesa de EPM fechado el 16 de mayo de 2015.

Cronograma Maestro del BOOMT

Acta del Comité Diseño y Construcción No. 085

Oficio INT-OC-EPM-038/19 del Consorcio Ingetec-Sedic (radicado EPM

20190120009399 del 21 de enero de 2019).

Nota de Campo del 17 de enero de 2017 (NC-PHI-GT-CCCI-014-17).

Nota de Campo del 20 de marzo de 2017 (NC-PHI-GT-CCCI-176-17)

Nota de Campo del 11 de abril de 2017 (NC-PHI-GT-CCCI-259-17).

A folios 26386-27082:

Memorial Dr. Gustavo Quintero Navas, a través del cual aporta las traducciones solicitadas a través del auto 948 del 3 de junio de 2020, inicialmente aportados en Fl. 20165:

Documentación sobre la aceptación de los aseguradores en extender el interés asegurable a las obras correspondientes a la GAD y el Plan de Aceleración:

- Carta de EPM dirigida al Gerente Comercial de Delima Marsh con asunto: "Solicitud de cobertura para las obras asociadas a la alternativa de desviación del

río Cauca en la póliza de Todo Riesgo Construcción y Montaje del Proyecto Hidroeléctrico Ituango y Responsabilidad Civil Extracontractual" de fecha 3 de diciembre del 2013, en un (1) folio.

- Correo electrónico de fecha 20 de diciembre del 2013 remitido por Jaime Humberto Correa Murillo de EPM a Juan Cuartas de Marsh que contiene información sobre las medidas tomadas para la estabilidad de los pozos de compuertas y monitoreo de los túneles, cronograma con la desviación, las sumas asegurables actualizadas. Se anexan los siguientes cuatro (4) archivos adjuntos al correo:

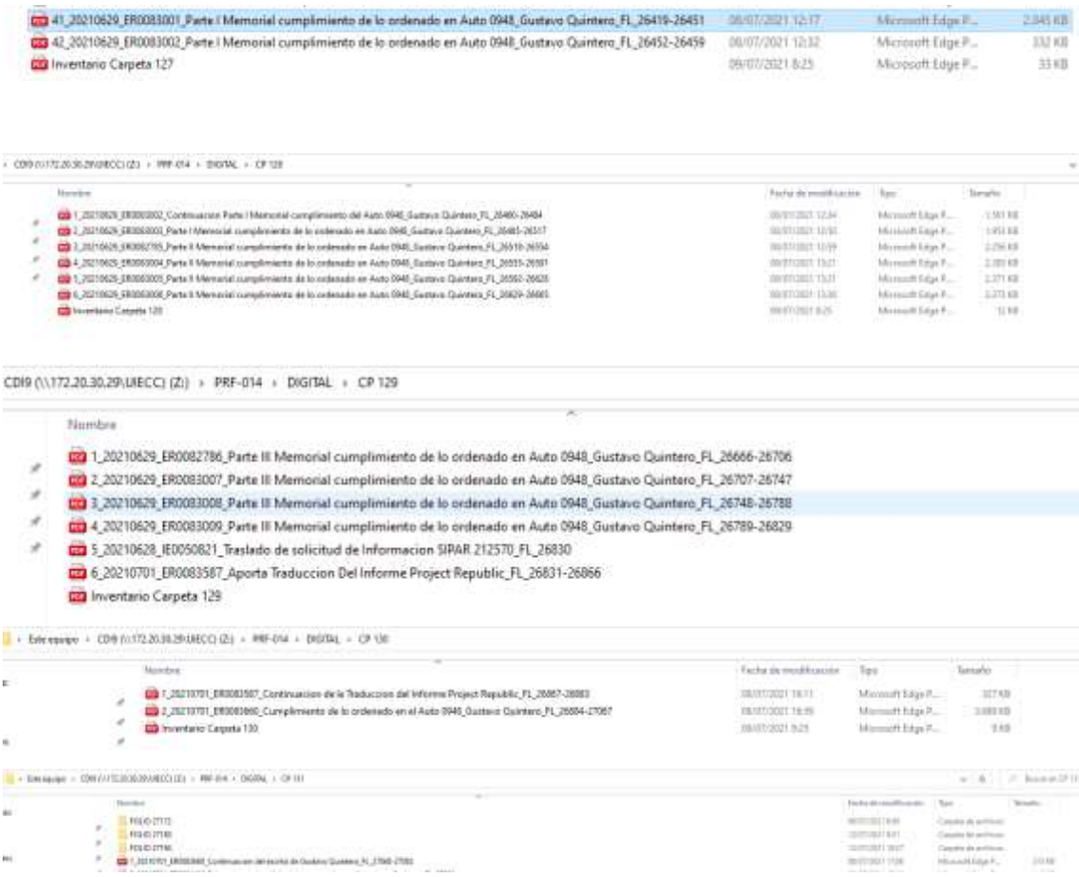
  - Informe Alternativas de Desviación diciembre 19 de 2013, en doce (12) folios.
  - Programa Ituango EPM Hitos Pliego OP-desv febrero 2014- color en dos (2) folios.
  - Programa Ituango EPM Hitos Pliego OP-ver noviembre 2011 en tres (3) folios.
  - Excel con Costo Proyecto Ituango 2012-2013

- Correo electrónico de fecha 20 de diciembre del 2013 remitido por Marlon Esteban Mejía Martino a personal de EPM y Marsh con seis (6) carpetas comprimidas y un (1) excel con información sobre:
  - Alternativa de Desviación- Hito febrero 2014
    a. Cronograma
    b. Informe
    c. Presentación PPT

  - Recomendación de Nigel RIR02/2012 - Plan de Gestión de Riesgos
  - Recomendación de Nigel RIR03/2012 - Registro de Riesgos de Diseño
  - Recomendación de Nigel RIR04/2012 - Registro de Riesgos de Construcción
  - Recomendación de Nigel RIR14/2013 - Monitoreo y Estabilidad Túneles de Desviación
  - Recomendación de Nigel RIR19/2013 - Informe de Avance del Proyecto
  - Informe modificación Nro 19 del Contrato No CT-I-2012- 000036
  - Oficio CE-0200 Remite Brat Saravia, Ingeniero residente del Consorcio CCC Ituango Desuno Alvaro León Ospina, Director Desarrollo Proyecto Ituango
  - Comunicación Nro 20163018924 del 7 de diciembre de 2016 Remite Alvaro León Ospina Montoya, Director Desarrollo Proyecto Ituango Desuno Brauho Samna, Ingeniero residente del Consorcio CCC
  - Comunicación Nro 201630166657 del 1 de diciembre de 2016 Remite Alvaro León Ospina Montoya, Director Desarrollo Proyecto Ituango Destino &arlo Saravra, Ingeniero residente del Consorcio CCC
  - Informe jurídico para la modificación Nro 19 del Contrato No 2012-000036 Fecha 30 de noviembre de 2016
  - Documento "Justificación acta de modificación bilateral Nro 19"

- Acta Nro 48 del Comité de Contratación

La traducción se aportó como se ve a continuación:



A folios 19628 y 23616

Comunicaciones y pruebas documentales aportadas por el consorcio CCCI, decretadas a través del auto 948 del 3 de junio de 2021.

TESTIMONIOS:

En desarrollo de la presente causa fiscal, se tomaron los testimonios de:

TESTIGO	FOLIOS
Clara Luz Vélez	Fl.16136-16138
Ivan Darío Sierra Vasquez	16139-16145
Juvenal Espinal	16146-16151
Carlos Adolfo Mejía Arbeláez	Fl.15152-16157

Alfredo Guerra Tibocha-	27177-27180
Juan Luis Cadavid Restrepo	27290-27293
Marcela Pareja Cárdenas	27191-27194
Otoniel Augusto Corrales	27169-27172
Carlos Andrés Pérez	27294-27297
Mauricio Valencia Correa	27303-27306
Jairo Hernán Ramírez	27600-27602
Tito Tulio Martínez	27603-27606
Gabriel Jaime Lacouture	27607-27610
Gabriel Ricardo Maya Maya	27611-27613
Rubén Hernando Fernández Andrade	28160-28162

V. DESCARGOS

RADICADO	FECHA	FOLIO	NOMBRE
2021ER0043672	13/04/2021	23791-23885	FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA
2021ER0043679 2021ER0043680	13/04/2021 13/04/2021	24025-24103 24104-24183	JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO
2021ER0043839	13/04/2021	24301-24331	ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA
2021ER0039617	07/04/2021	21902-21941	ANIBAL GAVIRIA CORREA
2021ER0042962 2021ER0042970	12/04/2021 12/04/2021	23089-23149 23150-23211	FABIO ALONSO SALAZAR JARAMILLO
2021ER0034694	23/03/2021	21696-21699	ALVARO JULIAN VILLEGAS MORENO
2021ER0042943 2021ER0042945 2021ER0042947	12/04/2021 12/04/2021 12/04/2021	22847-22871 22872-22892 22893-22935	SERGIO BETANCUR PALACIO

2020ER0139854 2020ER0139860 2021ER0043553 2021ER0043555 2021ER0044386	18/12/2020 18/12/2020 13/04/2021 13/04/2021 14/04/2021	19996-19998 20166-20186 23396-23442 23443-23452 24369-24370	ALVARO DE JESÚS VÁSQUEZ OSORIO
2020ER0139851 2021ER0043013	18/12/2020 12/04/2021	19851-19904 23212-23274	ANA CRISTINA MORENO PALACIOS
2021ER0043839	13/04/2021	24301-24331	IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR
2020ER0139838 2021ER0043493	18/12/2020 13/04/2021	19648-19704 23329-23395	JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA
2020ER0139853	18/12/2020	19956-19965	LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA
2021ER0042952	12/04/2021	22936-23088	JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR
2020ER0139834 2021ER0043014	18/12/2020 12/04/2021	19629-19647 23275-23301	JORGE MARIO PÉREZ GALLÓN
2020ER0139858	18/12/2020	20106-20165	LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE
2021ER0043696	13/04/2021	24187-24297	MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA RAFAEL ANDRES NANCLARES OSPINA
2021ER0043361 2021ER0043645	13/04/2021 13/04/2021	23304-23328 23617-23790	SERGIO FAJARDO VALDERRAMA
2021ER0042513 2021ER0042617	12/04/2021 12/04/2021	22787-22816 22817-22846	LUIS ALFREDO RAMOS
2020ER0139867 2021ER0040116	18/12/2020 07/04/2021	20187-20231 22208-22275	INTEGRAL S.A INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S
2020ER0139326 2021ER0043643	18/12/2020 13/04/2021	19470-1628 2345-23616	CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A CONSORCIO ITUANGO
2021ER0028318	03/03/2021	21316-21476	CONINSA RAMON H S.A

2021ER0040003 2021ER0040507 2020ER0139317	07/04/2021 08/04/2021 18/12/2020	21944-22207 22324-22588 19423-19469	FERROVIAL AGROMAN CHILE S.A. SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A CTIFS
2020ER0139839 2020ER0139841 2020ER0139480 S/N	18/12/2020 19/12/2020 21/12/2020 08/03/2021	19705-19777 19778-19850 20433-20504 21195-21274	INGENIEROS CONSULTORES CIVILES Y ELÉCTRICOS S.A - INGETEC
2021ER0027603 2021ER0027607 2021ER0042227 2021ER0042229	08/03/2021 08/03/2021 09/04/2021 09/04/2021	21498-21579 21580-21661 22607-22696 22697-22786	SEDIC S.A
2021ER0044841	15/04/2021	24404-24535	MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
2020ER0139884	18/12/2020	20232-20300	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A
2020ER0139129	17/12/2020	19225-19355	AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.
2020ER0139281 2021ER0036500	18/12/2020 24/03/2021	19376-19422 21762-21812	SBS SEGUROS COLOMBIA S.A

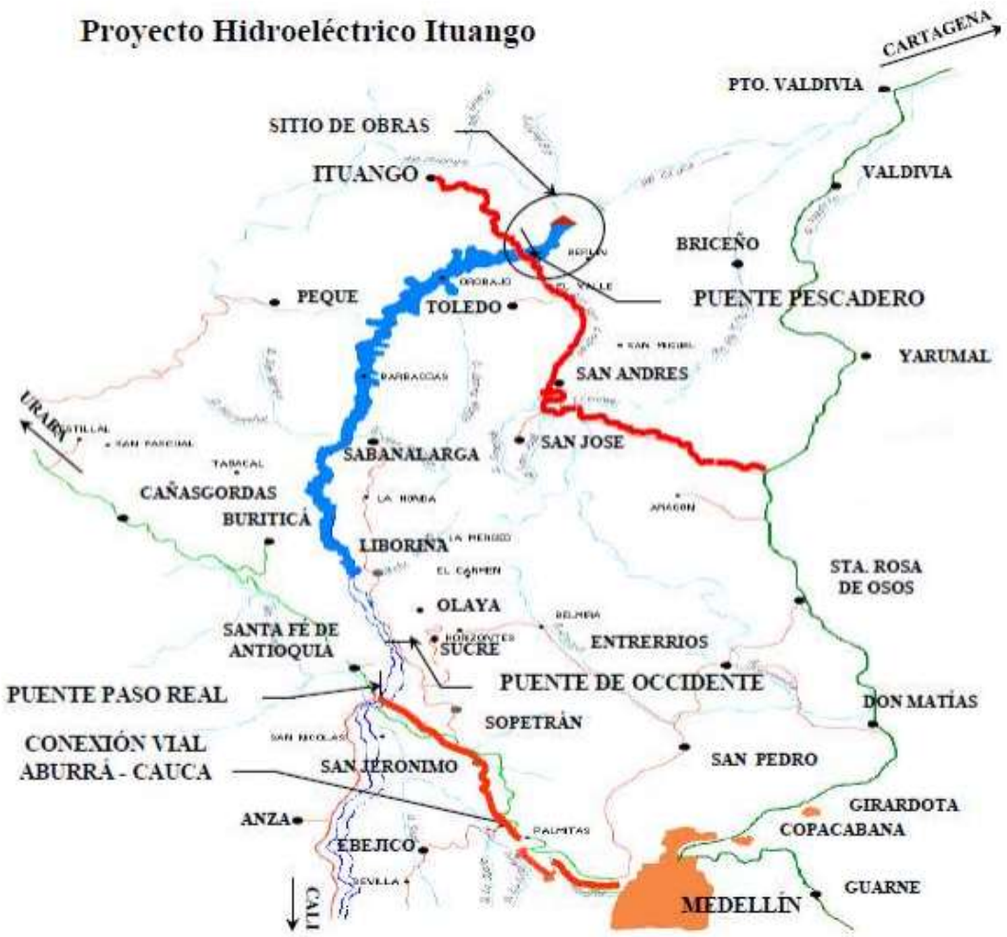
VI. FUNDAMENTOS DE HECHO

DE LA IMPORTANCIA ESTRATEGICA DE LA HIDROELÈCTRICA DE ITUANGO PARA EL PAIS:

Para efectos de contextualizar los hechos que dan lugar a la presente causa fiscal, resulta necesario entender en primera instancia cuál es la importancia del proyecto de la Hidroeléctrica[2] de Ituango para la generación de energía eléctrica en el país.

Es necesario recordar que la Hidroeléctrica de Ituango, Hidroituango, Está ubicada sobre el río Cauca, en el llamado 'Cañón del Cauca', entre el municipio de Ituango y el corregimiento de Puerto Valdivia, en el Departamento de Antioquia.

[2] Instalaciòn industrial que utiliza la energía procedente del movimiento del agua (energía hidráulica) para generar energía eléctrica. Definición tomada de https://dpej.rae.es/lema/central-hidroel%C3%A9ctrica consultado el 14/10/20 9 y 24 a.m..



Fue pensada para ser la hidroeléctrica más grande del país. Con las siguientes características:

> *"El proyecto, comprende una presa de enrocado localizada a 600 m arriba de la desembocadura del río Ituango al río Cauca, con obras para descargas de fondo e intermedia y un vertedero en canal abierto para evacuación de crecientes, obras ubicadas sobre la margen derecha del río. Sobre esta misma margen, se localizan las obras para generación que comprenden ocho captaciones sumergidas conectadas a las conducciones a presión que alimentan los ocho grupos turbina – generador de eje vertical, que se alojan en la caverna de casa de máquinas, conectados por galerías de barras a ocho bancos de transformadores monofásicos situados en la caverna de transformadores. El agua turbinada llega a dos cavernas independientes que actúan como*

almenaras de aguas abajo, de donde se desprenden cuatro túneles de descarga mediante los cuales el caudal es devuelto al río Cauca"[3]*.*

Respecto de la presa se indicó en la licencia que:

PRESA Y OBRAS ANEXAS

"La presa del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), tiene una altura de 220m, con corona de 12 m de ancho y de 500 m de longitud, a la cota 430. La impermeabilidad del lleno de roca, se logra mediante un núcleo de tierra con taludes 0,4H:1V en el lado de aguas abajo y 0,08H:1V en el lado de aguas arriba. Entre el núcleo de tierra y el lleno de roca, se ha dispuesto, en la cara de aguas arriba, una zona de transición de 10 m de espesor, conformada por material con un tamaño máximo de 0,20 m y, en la cara de aguas abajo, una transición compuesta por dos filtros de 4 m de espesor, uno de arena y otro de cascajo.

"El talud de aguas abajo de la presa, tendrá una inclinación promedia del orden de1,75H:1V; sobre este, se construirá una vía, cuyos objetivos fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y a la descarga intermedia. Dicha vía, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa, es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas. "La fundación del núcleo y de los materiales de filtro y transición, se hará sobre material de roca tipo IIB, por lo cual será necesario excavar hasta encontrar esta calidad de roca en la fundación; los espaldones de roca serán fundados, principalmente, sobre roca tipo IIA.

"Ataguía

"Tendrá 52 m de altura, con corona en la cota 262; el desvío se hará a través de dos túneles, dimensionados conjuntamente con la ataguía, con el criterio de que permitan evacuar una creciente con un caudal de 4.700 m3/s correspondiente a un período de retorno de 50 años, sin que la ataguía sea desbordada. La ataguía, será de concreto compactado con rodillo (CCR), incorporada a la presa, con taludes de 0.7H:1V en ambas caras.

"Preataguía

"Contará con una altura de 30 m, en la cota 240; estará conformada por roca y suelo, con taludes de 1,5H:1V en ambas caras. La preataguía, se diseñó con el criterio de que no sea sobrepasada al evacuar por los túneles de desviación, la creciente con un período deretorno de 2,33 años. Se ha previsto que la cara de aguas abajo de la preataguía sea protegida con una capa de concreto. El volumen total de la presa (incluyendo la ataguía y la contraataguía que están incorporadas a ésta) es de aproximadamente 16.300.000 m3.

[3] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ambiental y social\15-CT-2019-000004\Precontractual\Especificaciones Tecnicas\Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip\

"El volumen total de la presa (incluyendo la ataguía y la contraataguía que están incorporadas a ésta), es de aproximadamente 16.300.000 m³.
"Vertedero
"Será en canal abierto, con un ancho variable entre 100 m en el azud de control y 60 m en el deflector, en una longitud de aproximadamente 495 m y con una pendiente de aproximadamente el 20%. Se ha diseñado para evacuar la creciente máxima probable, cuyo caudal de entrada es de 25.300 m3/s y de salida de 23.250 m3/s. Es controlado por cinco compuertas radiales de 16 m de ancho y 21,50 m de altura, separadas por pilas de 5 m de ancho. La cresta del azud sobre el cual asientan las compuertas radiales se localiza en la cota 400, en tanto que el nivel del deflector, desde donde el agua es lanzada al pozo de disipación de energía, se ubica en la cota 320msnm.

"Desviación

"Para la construcción de la presa, la desviación del río Cauca se ha dispuesto mediante dos túneles paralelos emplazados en la margen derecha, separados de modo que la distancia libre entre ellos fuera de al menos 2,5 veces su diámetro. Las entradas de los túneles se han localizado en un sitio tal que permitan ubicar la preataguía de modo que entre ésta y la ataguía se cuente con un espacio libre suficiente para desarrollar los trabajos en la pata de la presa. Al final de la construcción de las obras, este espacio podrá servir como zona de depósito y a la vez contribuir a la impermeabilización de la cara de aguas arriba de la presa. Las estructuras de salida de los túneles de desviación se localizan en la zona conformada por el retiro del depósito aluvial "colgado" al frente de la desembocadura del río Ituango, de tal manera que no interfirieran con el pozo del vertedero.
"Los túneles se han diseñado con una sección hidráulica de 14 m de ancho, hastiales verticales de 7 m de altura y bóveda de 7 m de radio, con capacidad de evacuar una creciente con un caudal pico máximo de 4.700 m3/s, que corresponde a la creciente con un período de retorno de 50 años, sin sobrepasar la ataguía. Las longitudes aproximadas de los dos túneles son 811 m y 1.065 m, respectivamente.
"El alineamiento vertical de los túneles tiene una pendiente sostenida entre el 0,38% y 0,50% aproximadamente, diseñado para aprovechar la caída del río entre la entrada y salida de la mejor manera posible. La estructura de entrada de cada uno de los túneles cuenta con una pila central, de modo que cada túnel se cerrará mediante dos compuertas deslizantes de 7 m de ancho y 14 m de altura, las cuales permitirán la construcción de los tapones de concreto para el cierre definitivo de los mismos.
"Descargas de fondo e intermedia
"Con el fin de mantener permanentemente en el río Cauca, durante el llenado del embalse, un caudal por lo menos igual al mínimo registrado, se ha previsto la construcción de obras de descarga que garanticen la evacuación de unos 300 m3/s.
Puesto que la magnitud del caudal medio del río y el volumen del embalse, hacen que la utilidad de la descarga de fondo sea casi nula para controlar el llenado del embalse o para el vaciado del mismo, el propósito de las obras de descarga, es únicamente garantizar el caudal mínimo antes citado y,

consecuentemente, no se considera práctico disponer una descarga de mayor capacidad
"OBRAS DE GENERACIÓN
"Obras de Captación
"Están conformadas por dos bloques de estructuras sumergidas, separadas e idénticas, cada uno de los cuales tiene cuatro bocatomas independientes, con rejas coladeras fijas. Igualmente hacen parte de la captación, ocho pozos de compuertas, uno por conducción, localizados bajo una galería subterránea a la cota 430 msnm, desde la cual se operan las compuertas sobre los túneles superiores de conducción, que permiten el cierre del sistema bajo presiones equilibradas.
"Cada uno de los dos bloques de estructuras de captación tiene un ancho total de 92 m y una altura de 20 m a partir de la plazoleta en la cota 350 msnm. Las estructuras son sumergidas y consisten en cuatro bocatomas de aducción frontal, equipadas con rejas coladeras fijas, dispuestas sobre un mismo plano, que incluyen rejas con una separación entre barras determinada por el tipo de turbinas para impedir la entrada de basuras con tamaños que podrían hacerles daño.
"Obras de Conducción
"Cada conducción (ocho en total) está compuesta por el túnel superior de 144,4 m de longitud y 10% de pendiente, el pozo de presión vertical de 151,4 m de profundidad incluyendo los codos verticales de 16,5 m de radio y, finalmente, el túnel inferior que es horizontal con una longitud de 63,5 m, lo cual representa una longitud efectiva por conducción de 359,3 m.
"Casa de Máquinas, Caverna de Transformadores y Obras Anexas
"El esquema de las obras de la central, localizadas en el contrafuerte derecho, comprende la caverna principal de la casa de máquinas donde se ubican ocho unidades, de 300 MW de potencia nominal cada una, y una capacidad instalada total de 2.400 MW, con turbinas tipo Francis y generadores sincrónicos de eje vertical, los equipos auxiliares electromecánicos, equipos de control, la sala de montaje, oficinas. Aguas arriba de ésta, se localiza la caverna de transformadores que aloja un banco de tres transformadores monofásicos por grupo y, aguas abajo las cavernas de las almenaras, una para cada cuatro unidades, que junto con los túneles de descarga conforman las obras de descarga.
"Obras de Descarga
"Cada uno de los cuatro túneles de descarga, dos por cada almenara, evacua un caudal de 337,50 m3/s, correspondiente al caudal turbinado por dos unidades generadoras cuando la central está trabajando a plena carga. En su alineamiento, orientado a que la longitud sea la menor posible, los túneles salen perpendiculares a las almenaras y manteniéndose paralelos y separados 50 m, se orientan para descargar en río Cauca, luego de un recorrido que varía entre 868,4 m para el túnel de menor longitud y 1.142,5 m para el de mayor longitud.

Dicha estructura, estaba pensada para generar 2400 MW al día, y entrar en funcionamiento a partir de noviembre de 2018.

Traducido a términos comunes y de conformidad con lo sostenido por Richard A. Muller, en su libro "*Physics for future presidents, the science behind the headlines*"[4], 1000 casas consumen aproximadamente 1000 kwh lo que equivale a 1MWh, en este sentido, si la capacidad instalada que buscaba Hidroituango era de 2400Mwh, la energía producida por la referida hidroeléctrica alcanzaría para proveer electricidad a 2.400.000 casas. Lo anterior, permite entender por qué se afirma que dicha hidroeléctrica generaría el 17% de la demanda de energía eléctrica del país

En este sentido como se explicará con precisión más adelante esa energía generada ya se encontraba vendida previo a la entrada en operación, lo que tiene dos consecuencias, de un lado generaba la idea de que existían una cantidad de KW seguros de energía para el país y para EPM como (ejecutor, dueño y operador de la mismas) y para Hidroituango como dueño del proyecto, representaba el acceso a recursos producto de la venta segura de KWh a un valor preestablecido y considerado rentable.

Adicional a lo anterior, la intervención producto de la construcción y operación de la hidroeléctrica, iba a estimular la inversión social beneficiando a los 12 Municipios de la zona de influencia.

Por lo anterior, resulta claro que se trata de un proyecto esencial para la sostenibilidad eléctrica del país, pero también tiene una importancia estratégica para el desarrollo económico y social de una región que ha sido históricamente azotada por la violencia.

PRESENTACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS HECHOS QUE ENMARCAN LA CAUSA FISCAL

Conscientes de la importancia estratégica de dicho proyecto, a efectos de desarrollar los fundamentos de hecho en los cuales se consignan los hechos generadores del daño a investigar en la presente causa fiscal, se hará una presentación que seguirá la línea de tiempo desarrollada desde el auto de apertura, sustentada en el material probatorio obrante en el plenario, en especial en las actas de junta directiva de Hidroituango, las actas de la asamblea de accionistas de Hidroituango, los informes de gestión de Hidroituango, los informes del comité BOOMT, el contrato BOOMT incluidos sus anexos, las actas de Modificación bilateral tanto del contrato BOOMT como del subcontrato de obra con el consorcio CTIFS y CCC Ituango, el subcontrato con CCC Ituango, las respectivas AMB así como los informes de interventoría, los documentos que se refieren al proceso de subasta que se inició para conseguir un contratista que financiara y desarrollara el proyecto hidroeléctrico y que también dan cuenta de la suspensión del mismo, los documentos de seguimiento del cumplimiento de la curva S suscritos por Deloitte,

[4] Edit Norton, 2009, p 72 y 73

con ocasión de la Subasta de Energía en firme por cargo por confiabilidad dada a Hidroituango, entre otros.

En este acápite, tal y como se verá a continuación, se procederá a demostrar que a pesar de que el proyecto de la hidroeléctrica de Ituango comenzó a concebirse desde 1962 y a planearse desde los años 70 s lo que continuó desarrollándose hasta 1999 cuando se dio inicio a los trámites de obtención de la licencia ambiental.

Sin embargo, a partir de dicha fecha, el proyecto no siguió desarrollándose a la misma velocidad y solo a partir del año 2008, se le dio un impulso significativo lo que llevó a que se realizaran tanto los diseños como la construcción de las obras de infraestructura y de las obras principales de la hidroeléctrica objeto de esta causa fiscal.

En efecto, en 2008, se comienzan a presentar una serie de irregularidades como consecuencia de problemas de planeación, decisiones inoportunas e insuficientes de administración, dirección y control, falta de diligencia de los contratistas y ejecución defectuosa de las prestaciones necesarias para el desarrollo del proyecto, como son entre otras, las siguientes:

- Como consecuencia de problemas administrativos al interior de Hidroituango y del hecho de que los miembros de la junta no hacían seguimiento a las ordenes que se le impartían al Gerente de Hi se atrasó la suscripción de los contratos de diseños de las vías.

- El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos.

- La modificación del trazado de las vías cuando las mismas ya se encontraban en ejecución, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto para el desarrollo de las mismas, que en últimas no cumplieron con la finalidad de lograr que el proyecto entrara en operación en oportunidad.

- Modificación de la altura de la presa, originalmente diseñada y autorizada en la licencia ambiental, lo que generó demoras en el inicio de la construcción por haberse tenido que modificar la licencia ambiental consecuentes demoras en la entrega de los diseños de detalle de las obras principales por los cambios en las especificaciones técnicas tanto de la altura como de la cola del embalse.

- Consagrar salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido a EPM, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango.

- Hidroituango permitió que se Diluyera su capacidad de seguimiento al contrato BOOMT como consecuencia de omisiones en la estructuración administrativa y operativa necesaria para asumir el rol que tenía dentro de un contrato de dicha magnitud, lo anterior agravado por las falencias en el control al mecanismo de seguimiento contractualmente pactado (comité de seguimiento)

- El inicio de las obras de construcción de los túneles de desviación sin contar con las vías de acceso necesarias, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto destinado para tal fin.

- A pesar de los graves atrasos acumulados, insistieron en participar en una segunda subasta de energía en firme, que les fue adjudicada e implicaba entregar 9.540.821,91 KWh-día de energía en firme para el periodo comprendido entre 01/12/2021 a 31/11/2038.

- El desarrollo por parte del contratista de los túneles de desviación sin tener adecuado planeación y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público así como las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones, acumulando atrasos significativos, generando la necesidad de aplicar nuevos planes de recuperación de tiempos y aumentando los costos a pesar de lo cual no se logró cumplir con uno de los hitos fundamentales del proyecto, el cual era la desviación del Río Cauca.

- A pesar de que como consecuencia de la no desviación del río Cauca en la fecha programada, desde 2012 se hizo evidente una alta probabilidad de que el proyecto no entrara en operación en noviembre de 2018, no haber tomado las decisiones necesarias para evitar que los gastos del proyecto se elevaran de forma tal que llevaran a destruir el Valor Presente Neto del proyecto

- La necesidad de ceder el contrato de construcción de los túneles de desviación del río Cauca al contratista de obras principales, para lograr cumplir con el cronograma de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018. Lo que llevó a implementar un plan de aceleración para lograr la desviación del río a principios de 2014, hecho que por la premura y por el atraso de 333 días en la contratación de las mismas y del 91% en la ejecución de este mecanismo hidromecánico, llevó a prescindir de la instalación de las compuertas en los dos túneles de desviación, lo que indujo a modificar las características catalogadas contractualmente como

> "inmodificables" del proyecto como fue la construcción del tercer túnel de desviación (GAD).
>
> Este último túnel, a la postre durante la desviación del río cauca, necesaria para el cierre con tapones de concreto de los túneles de desviación derecho e izquierdo, requisito para iniciar el lleno de la presa, colapsó como consecuencia de no contar con diseños específicos para la realización del mismo y errores constructivos y de especificaciones técnicos.

Como se explicará en detalle más adelante, pusieron al proyecto en un estado de alta vulnerabilidad lo que terminó desencadenando en la contingencia del año 2018, la cual generó no solo la imposibilidad de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 con consecuencias para la estabilidad energética del país, sino también implicó la realización de inversiones adicionales a los ya cuantiosos gastos realizados, para atender los gastos que ocasionó esa situación.

Este aumento vertiginoso de las inversiones, puede ser calificado como **injustificado**, pues excedió significativamente lo presupuestado en el modelo que sirvió como cierre financiero del proyecto y obedeció a conductas, que tal y como se explicará en el acápite de "CONDUCTA Y NEXO DE CAUSALIDAD", fueron negligentes ya que responden a problemas de planeación, improvisación, errores constructivos y de seguimiento y control, que llevaron a que se causara un daño al patrimonio del Estado como consecuencia de la pérdida del valor presente neto del proyecto.

Así mismo, como consecuencia de estos hechos se concretó el riesgo de no entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 y por lo tanto se generó un lucro cesante, el cual como se verá en el acápite correspondiente también ocasionó un daño al patrimonio del Estado.

En este punto resulta oportuno exponer cronológicamente los hechos de esta causa fiscal:

Etapa preliminar

Todo proyecto inicia con una etapa de concepción, en la cual se identifica una Idea que se intenta integrar a un contexto, con el objetivo de mejorar una situación determinada y/o aprovechar una oportunidad, que aún no se tienen claramente definidas.

En el caso del Proyecto Hidroituango, el antecedente más remoto para su concepción se registra en el documento del ingeniero Lucio Chiquito Caicedo

"Riqueza Hídrica de Antioquia 1898 - 2011"[5], en el cual se hace una primera referencia a la Hidroeléctrica Ituango a nivel de idea.

En el año 1962, en una reunión de la Sociedad Antioqueña de Ingenieros y Arquitectos (SAI), el autor del documento presentó al Gerente de EPM de esa época, el anteproyecto de una central de 4.000 megavatios y una presa con una altura de 350 metros, medida que no incluía el adicional necesario para las crecientes denominado embalse muerto y cuya ubicación sería en el sitio pescadero (Antioquía).

En 1969, la firma Integral presentó el documento "Memorando preliminar sobre la capacidad potencial y posibilidades de desarrollo escalonado del desarrollo hidroeléctrico del Cauca medio" en el cual identificó a Cañafisto e Ituango como los lugares para la realización de la presa. Como resultado de este documento en el año 1971 se adelantó un estudio sobre el posible potencial de este proyecto, el cual, se compiló en un documento denominado "Evaluación del potencial hidroeléctrico del Cauca Medio" el cual finalizó en 1974, con la identificación de cinco posibles— Cuecas para la Hidroeléctrica (Xarrapa, Farallones Alto, Cañafisto, Ituango Alto, Apaví Alto)[6], seleccionando preliminarmente Cañafisto con proyecciones de 1.600 Megavátios[7] e Ituango Alto con 3.860 megavatios3.Hacia 1982 Integral realizó el estudio de factibilidad del proyecto, el cual se actualizó mediante documento “Estudios de actualización de la factibilidad, junio 1999" por las firmas Integral S.A y Agra Monenco.

También se manifiesta que Hidroituango estuvo inicialmente pensada por el ingeniero José Tejada Sáez[8], cuando a mediados de 1969, ideó un plan para construir una serie de centrales hidroeléctricas escalonadas en el Cauca Medio, desde La Virginia hasta Caucasia. Para Tejada, este proyecto representaba la "fuente potencial de energía hidroeléctrica más importante del país", como lo consignan archivos del periódico El Mundo.

Dependiendo de los niveles de profundización de los diferentes aspectos analizados, los estudios comúnmente se denominan como: Identificación de la idea, perfil preliminar, estudio de prefactibilidad, estudio de factibilidad y diseño definitivo. En cada una de estas etapas se examina por lo menos la viabilidad desde el punto

[5] Socio fundador de las firmas: INTEGRAL y SEDIC. un artículo sobre su vida y obra fue publicado en:https://www.elmundo.com/portal/opinion/columnistas/lucio_chiquito_un_grande_de_la_ingenieria.p_hnit.XQ-dP4hKilU

[6] Presentación técnica, Medellín mayo 9 de 2019. Informes presentados por la Interventoría de Obras y la Sociedad Hidroituango.

[7] Fuentes Periódico El Mundo del 20 de mayo de 2018 - Medellín - Colombia. Antecedente de la Historia de Hidroituango. Autor Darío Valencia Restrepo y www. sai.org.co.

[8] Socio fundador de la firma INTEGRAL, un relato de su vida y obra se puede consultar en https://studylib.es/doc/4888855/ios%C3%A9-tejada-s%C3%A1enz--visionario-de-laingenier%C3%ADa-colombiana

de vista técnico, económico, financiero, institucional y ambiental, así como la conveniencia social de la propuesta de inversión[9].

En los estudios del proyecto respecto de los aspectos anteriormente indicados estaba "la idea integrada a un contexto"; específicamente se identificó la oportunidad de generar energías a región del cauca medio para aprovechar el potencial que se había reconocido. Así las cosas, el proyecto necesitaba pasar a una etapa de formulación del perfil preliminar, en la cual se clarificarían los objetivos y se analizarían en detalle sus componentes.

La Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

Es así como, con el fin de materializar la idea y hacer realidad el proyecto, el 8 de junio de 1998, mediante escritura pública 2.309 de la Notaria 18 de la ciudad de Medellín[10], se constituyó la Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. (en adelante Hi). El preámbulo de la citada escritura de constitución dispone tres etapas para el cumplimiento del objeto social de la Sociedad, así:

"PREAMBULO: En razón al mencionado propósito, las partes reconocen la conveniencia y necesidad de crear una persona jurídica cuyo objeto social en una ***primera etapa*** *le permita* ***actuar como promotora*** *y actualizar los estudios realizados por ISAGEN en la década de los ochenta, realizar estudios complementarios de ingeniería, turísticos, recreativos y especialmente ambientales para determinar la factibilidad final del proyecto, celebrar aquellos contratos y acuerdos pertinentes al respecto, y en general, para adelantar la elaboración de documentos y obtención de permisos, licencias y aprobaciones que se requieran para permitir que el proyecto pueda proseguir a la segunda etapa. Esta* ***segunda etapa comprende*** *la* ***firma de todos los contratos y acuerdos para llevar a cabo la ingeniería complementaria,*** *adelantar los trámites administrativos de licencias permisos para la construcción y los tramites respectivos para obtener el cierre financiero requerido para la construcción del proyecto. En una* ***tercera etapa se efectuaría la construcción del proyecto, su operación y mantenimiento, y la comercialización de la energía generada." ...***
(Negrilla fuera del texto original)

[9] Ver MERROW E. (2011), Industrial Megaprojects: Concepts, Strategies, and Practices for Success, Hoboken, NJ, (EUA), John Wiley & Sons, pp. 100 y https://proyectostipo.dnp.gov.co/images/GuiasUNOPS/Anexos1/4.-Matriz-Estructuracin---Lectura-Horizontal---Ficha-por-Variable.pdf

[10] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA J ESTATUTOS\ESTATUTOS\PRINCIPALES

La Sociedad estaba constituida originalmente por la Gobernación de Antioquia, EADE S.A. E.S.P.[11], Instituto para el Desarrollo de Antioquia (en adelante IDEA), ISAGEN S.A. E.S.P., la empresa de consultoría INTEGRAL S.A. y 57 sociedades miembros de ACIC[12] seccional Antioquia, y se denominó Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero ltuango.

Para avanzar hacia la construcción del proyecto y poder definir su factibilidad[13], la Sociedad contaba inicialmente con los siguientes estudios contratados previamente:

• Mediante Contrato 069 de marzo 24 de 1971, la empresa de consultoría Integral (en adelante Integral) elaboró los estudios de hidrología, cartografía, suelos, energía, regulación de caudales, uso de la tierra, esquemas de centrales, impacto, ambiental, predimensionamiento de los equipos principales, infraestructura, líneas de transmisión y presupuestos para el estudio de factibilidad.

• En 1979 mediante Contrato ISA-863, Integral hizo los estudios e investigaciones para determinar la factibilidad técnica y económica del proyecto. El informe, de factibilidad especificaba que el proyecto comprendía una central subterránea con 10 unidades y una capacidad instalada de 4.270 megavatios, presa de enrocado y núcleo de tierra con altura de 247 metros, 26,6 millones de m^3 de lleno y un volumen de embalse de 4.050 hectómetros cúbicos - hm^3. Además, comprendía subestaciones, líneas de transmisión, vías de acceso e instalaciones.

Posteriormente y en cumplimiento de sus objetivos, la Sociedad contrató los siguientes estudios:

• En 1998, la firma Integral actualizó los estudios de factibilidad para establecer la viabilidad técnica, definir sus características fundamentales, conciliando el aprovechamiento del recurso hidráulico, el entorno ambiental y social, y una rentabilidad adecuada[14].

---

[11] Empresa Antioqueña de Energía, compuesta por las entidades públicas: departamento de Antioquia, Empresas Públicas de Medellín, nación y algunos municipios, bajo la forma de sociedad anónima del orden departamental.

[12] Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores

[13] La factibilidad se refiere a la disponibilidad de los recursos necesarios para llevar a cabo los objetivos o metas señaladas; es decir, si es posible cumplir con las metas que se tienen en un proyecto, tomando en cuenta los recursos con los que se cuenta para su desarrollo. En esta etapa se adelantan dos tipos de actividades, la primera es la formulación, que no es otra cosa que la organización y análisis de la información y estudios disponibles y la segunda, la evaluación mediante la aplicación de técnicas, indicadores y criterios para definir su conveniencia

[14] De todo lo anterior, da cuenta el ACTA de Junta Directiva de la sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero-Ituango SA ESP No 41 de fecha 22 de octubre de 2002, en la cual se lee lo siguiente:

"Antecedentes técnicos del Proyecto (Acta 41 de octubre 22 de 2002)

Desde las primeras investigaciones en la época del 60 del Proyecto Hidroeléctrico de Ituango, nombre dado por ese entonces, se han desarrollado minuciosos análisis y efectuado estudios con el fin de definir la mejor alternativa para aprovechar el potencial hidroeléctrico del rio cauca en este tramo para el beneficio del país. Es así como en la prefactibilidad encomendada por ISA a Integral

Ltda entre 1971 y 1974 se estudiaron varios ejes de presa en un tramo de 8 kms comprendidos entre el puente de Pescadero y la desembocadura del rio Ituango al rio cauca, llegando finalmente a seleccionar 5 ejes que presentaban las mejores condiciones técnicas para emplazar las estructuras previstas; seleccionado el eje ubicado a 800 m aguas arriba del eje actual, configurando el proyecto con una presa de gravedad en concreto de 247 m de altura y una central con una capacidad instalada de 3.860 MW.

Dadas las condiciones favorables desde el punto de vista técnico y que el proyecto presentaba el menor costo unitario de Kilovatio instalado del país al finalizar la década del 70, tal como lo indica el estudio Del Sector de Energía Eléctrica (ESEE), ISA contrató a Integral Ltda para realizar los estudios de factibilidad del proyecto entre los años 1979 y 1983. En estos estudios se tuvieron en cuenta dos ejes de presa y varias alternativas de configuración de las obras y estructura de las obras seleccionando el actual eje por presentar las mejores condiciones geológica, geotécnicas y topográficas, además que de que la disposición de las estructuras disminuyen el volumen de la presa y acortando los túneles de desviación y de conducción de la casa de máquinas, aumentando la potencia de la central. La alternativa seleccionada consistía en una presa de 247 m de altura en roca con núcleo impermeable, una capacidad instalada de 4.270 MW y una generación media anual de 19.900 GWh.

Debido a la gran cantidad de energía generada por el proyecto, que a la fecha de los estudios de factibilidad representaba duplicar la producción que en ese momento presentaba el país, se decidió no avanzar con los estudios definitivos ya que se prefirió construir proyectos de menos capacidad dejan do éste para cuando existiera una demanda capaz de absorber la energía generada.

Durante el año 1998 el departamento de Antioquia y un grupo de empresas antioqueñas constituyeron la Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero- Ituango S.A E.S.P, con el fin de continuar con los estudios requeridos, construir y operar el proyecto. Es así, como en 1998 se contrató con INTEGRAL S.A y la asesoría de AGRA Monenco inc, los estudios para la actualización de la factibilidad analizando 16 alternativas de configuración del proyecto sobre el eje definido en la factibilidad de 1983. El estudio se concentró en definir la altura y tipo de presa, y la capacidad instalada de la central, analizando alturas de presa entre 150 y 247 metros de una manera discreta, y tipos de presa en CCR, para las menores de 190 metros, y roca desde 190 m hasta 247 m; variando la capacidad instalada entre 1.289 MW y 4.375 MW. Finalmente se seleccionó la alternativa de presa de 185 m de altura de gravedad en CCR de bajo contenido de pasta. La cresta de la presa tendrá de 480 metros de longitud, ubicándose en la cota 395 msnn, la cual servirá de puente sustituto del de Pescadero que quedará inundado por el embalse. El vertedero adosado a la presa será un canal abierto con un ancho toral de 120 metros, controlado por 5 compuertas radiales de 18 metros x 22.3 metros, capaz de evacuar la CMP estimada en 24.815 metros cúbicos por segundo.

La desviación del rio cauca se hará por medio de dos túneles de 587 m y 740m respectivamente. La central será subterránea ubicada en la margen derecha de la presa, alimentada por 4 túneles de conducción que llevan el agua hasta las 4 unidades generadores, constituidas por turbinas tipo Francis de 450 MW cada una, para una capacidad instalada total de 1.800 MW, una generación media anual de 11.000 GWh y una energía en firme de 6.671 GWh. El factor de planta promedio será de 0,70 y un caudal de diseño de 1.208 metros cúbicos por segundo.

Esta alternativa concilia el potencial hidroeléctrico del rio cauca en el tramo , las condiciones ambientales de la región, la producción de energía y las condiciones económicas y financieras para que el proyecto sea viable.

El embalse formado por la construcción del a presa inundará 2.770 ha y tendrá un volumen total 1.773 hm3 de los cuales 275 hm3 son volumen útil.

Todo lo anterior nos habla de un proyecto que se ha actualizado a la realidad del momento en el país buscando optimizar costos y recursos para hacerlo viable en los aspectos económico, ambiental, de desarrollo regional y de desarrollo tecnológico.

(…)

INVERSIONES QUE DEBEN REALIZARSE

Los dineros de la Capitalización serán invertidos para concluir los estudios de factibilidad del proyecto hidroeléctrico, acometiendo las tareas necesarias como son: el análisis de alternativas (que corresponden a un aumento de la altura dela presa, a ubicar la central adosada, o al pie de la misma),

• En 2004 mediante Contrato 001, Integral ejecutó el estudio de restricciones ambientales (ERA), como un concepto técnico sobre el impacto del proyecto sobre la subienda y los sistemas de humedales.

---

el Estudio de Impacto Ambiental, (en sus etapas de estudio de impactos significativos y estudio de impacto ambiental), las Investigaciones Básicas (perforaciones, ensayos de laboratorio, estudio neo-tectónicos, líneas de refracción sísmica, estudios hidrológicos y de sedimentos, cartografía y topografía), la Ingeniería Complementaria (con la elaboración de planos definitivos para la construcción), la asesoría Externa (de los Expertos Mundiales relacionados con el tema), el estudio de Conexión al STN, el Análisis Financiero y lo relacionado con los Campamentos, vehículos , Helicópteros y otros que sean necesarios para adelantar las obras antes mencionadas, con una Administración del 10% del costo total, para una Inversión de $18.000 millones de pesos.
(…)
ESTADO ACTUAL DEL PROYECTO
La Subdirección de Licencias Ambientales del Ministerio de Medio Ambiente con fecha de 6 de junio de 2001 bajo el Auto No. 432 dispone en su artículo primero que no se requiere la elaboración de un Diagnóstico Ambiental de Alternativas, con lo cual se simplifican los trámites ante ese ministerio con una rebaja sustancial de costos y de tiempo. Todo lo anterior por los estudios previos que descartaron las demás alternativas por alguno de los problemas económicos, geológicos o técnicos. En dicho auto se fijan como términos de referencia que deben cumplir los contemplados en el ETER – 210 y se complementan con los fijados en dicha norma.
(…) La grave crisis en la que se vio involucrado el Proyecto, que lo llevó al estado de postración que por poco deja de existir, sirvió para que se tomara conciencia de su importancia y estamos en el momento histórico de arrancar de nuevo con todo el impulso que se merece.
No entendemos la razón expresada en los estatutos de la Sociedad para convertirla en Privada para la Construcción, lo cual nos llevaría a perder la propiedad sobre la misma, pues si la inversión se estima en US$1.400 millones, y los aportes hasta el momento de la ejecución del proyecto por parte de los accionistas será del orden de los 14 millones de dólares, nos daría una participación del 1% de la misma, pero la situación es muy distinta pues tenemos socios capaces de llevar a cabo la construcción como lo son las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, Accionista del Proyecto.
(…)
HACIA DONDE VAMOS
Con la capitalización se procederá al pago de las obligaciones atrasadas para sanear las finanzas. Realizar los Estudios para el Análisis Final de Alternativas, definiendo la altura de la presa que se puede elevar hasta 205m sobre el nivel del río inundando 3.310 ha, en lugar de las 2.770 ha con la altura actual. El cambio de la ubicación de la Central que nos puede ahorrar costos de producción, que se debe definir antes de realizar perforaciones y estudios neo-tectónicos.
Contratar los estudios encaminados a la obtención de la Licencia del impacto ambiental, de acuerdo a los Términos de Referencia exigidos por el Ministerio del Medio Ambiente.
Realizar las investigaciones básicas anotadas. Para luego realizar la Ingeniería Complementaria. Buscar la Cooperación de las Entidades Multinacionales relacionadas con el Tema para obtener la Asesoría Externa que es necesaria, y si no es posible por este camino, realizar las contrataciones respectivas por nuestra cuenta. Además, efectuar el estudio de la Conexión al STN, así como el Análisis Financiero, apoyándonos en nuestro socio IDEA quien tiene larga experiencia en estos temas.
Por último, todo lo relacionado con la parte logística, o sea, campamentos, vehículos, helicópteros y lo que se necesite para adelantar la obras antes mencionadas.
La Administración y el seguimiento y apoyo de cada una de las actividades a desarrollar en esta etapa del proyecto.
De allí que en los próximos años, el reto de la Sociedad será el de afianzar este Proyecto, para que su construcción y operación sean realizados dentro de los plazos previstos, o sea diez años a partir de la fecha, cumpliendo con todas las exigencias legales".

• En 2006 se celebró contrato 002, con la firma de consultoría Integral para determinar la factibilidad técnica, económica y ambiental del proyecto. En 2007 se entregó el estudio bajo el nombre de "Complementación de la Factibilidad, agosto 2007-Consorcio Integral"

• Dado que en la primera parte de desarrollo del proyecto, la ruta crítica la constituía la construcción de las vías necesarias para el acceso al proyecto y en especial aquellas requeridas para llegar al punto en donde debían iniciarse las obras para la desviación del río Cauca, en enero de 2008, se abre la licitación para el diseño de las vías pues se pretendía que el mismo estuviera finalizado en septiembre del mismo año, sin embargo, dicho contrato inicia su ejecución hasta 23 de junio de 2008, es decir, con 3 meses de atraso. Cabe anotar que dicho contrato le fue adjudicado al Consorcio Generación Ituango, conformado por las empresas Integral Ingeniería de Consultas S.A. y Solingral S.A.(CT-007-2008) para elaborar los diseños detallados; y asesoría durante la construcción, los diseños definitivos Fase 1 (Diseño conceptual) y fase 2 (Diseño de detalle).

De lo anterior, da cuenta el Acta 81 de 16 de junio de 2008[15], en los siguientes términos:

> Pregunta el presidente de la Junta, doctor José Fernando Villegas por el trámite de los contratos que se informaron en la pasada reunión de Junta.
>
> El doctor Alejandro Estrada informa que ya le fue notificado a integral, se les remitió el contrato, están legalizándolo y comenzarán el 10 de julio.
>
> Y cómo vamos con este contrato en el desarrollo del cronograma, pregunta el doctor José Fernando Villegas? Responde el doctor Alejandro Estrada que va hasta septiembre para tener terminado el diseño.
>
> Agrega el doctor Luis Carlos Rubiano que la contratación debería haber terminado el primer trimestre del 2008. En consecuencia llevamos tres meses de retraso.

Como consecuencia de lo anterior, se presenta la necesidad de aplicar un **primer plan de contingencia** para recuperar los términos que se han atrasado (Acta 81).

> Sugiere el doctor José Fernando Villegas un plan de contingencia para recuperar los términos que se han atrasado. Pregunta si este plan se puede contratar o hacer con las EEPPM.

En el acta 86 de la Junta Directiva de Hi de 29 de agosto de 2008[16], se refiere la fecha en que empezó tanto el contrato de diseño de las vías, como el contrato de

15 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P53, 56 y 57_HI\Actas de Junta Directiva.
16 Ibid

interventoría a las mismas, sin embargo, se precisa que en dicha fecha aún no se había dado orden de inicio por cuanto el contrato aún no se encontraba firmado.

> La Interventoría diseño de vías adjudicado a EPM, por un valor de ochenta y ocho millones de pesos ($88'000.000.oo), que empezó el 28 de abril y termina dos meses después de terminado el diseño. Está en ejecución y va hasta el 12 de enero del 2009.
>
> El Contrato del diseño de la construcción de las vías con Integral por mil quinientos millones de pesos ($1.500.000.oo) que empezó el 23 de junio y debe terminar el doce (12) de noviembre del presente año. Lleva un avance del veinticinco por ciento (25%).

(…)

> Se retoma el tema del contrato con Integral para el diseño de la construcción de las vías. Informa el doctor Alejandro Estrada que no se ha dado la orden de inicio porque aún no se ha firmado el contrato. La minuta se le remitió a Integral y considera que él no lo debe firmar sino que lo debe hacer el próximo gerente.
>
> El doctor Luis Carlos Rubiano expresa las razones por las que la firma de este contrato no se debe demorar y lo que implicaría que se pospusiera su legalización. Pide al doctor Alejandro Estrada que firme el contrato.

Como puede verse, las demoras en la suscripción del contrato obedecieron a problemas de orden administrativo que se estaban dando al interior de la Sociedad Hidroituango, los cuales se refirieron en las diferentes actas de junta directiva, en las cuales se hizo evidente en los procesos de capitalización realizados para la subasta de energía, que no existía siquiera claridad en la composición accionaria[17].

La orden de inicio de este contrato solo viene a darse hasta el 15 de diciembre de 2008 y su plazo inicial era de 365 días[18], el valor inicial de dicho contrato ascendía a la suma de $16.013.677.895 y debía haberse terminado el 14 de diciembre de 2009. Sin embargo, como puede observarse en el acta de Liquidación[19], el mismo fue modificado y se adicionó su valor en sendas actas de modificación bilateral, aumentando el valor final del mismo en más de $11.000 millones de pesos. Así mismo, se modificó su fecha de terminación, la cual se extendió hasta el 30 de junio de 2010.

17 Ver actas de Junta Directiva 70 a 80
18 Ver acta de Liquidación en Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO - \EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\07-Contratos HI\CT-007-2008 Diseños Detallados y Asesoria
19 Ibid

El 30 de enero de 2009, se recibe la Resolución 0155[20] que es la licencia ambiental del proyecto, la cual incluye tanto las obras principales, como los campamentos y las vías de acceso al proyecto e incluye también la variante.

Visto lo anterior y a solo 1 mes de haber iniciado el contrato de los diseños de detalle, mediante acta 93 de 14 de enero de 2009[21], la Junta Directiva autoriza la apertura de la licitación para la contratación de las obras de infraestructura (Vías y campamentos), pero dicha licitación se abre solo un mes después el día 16 de febrero de 2009, y se cierra el 17 de abril de 2009 - el 24 de junio de 2009, se adjudica dicho contrato (CT-015-2009) al Consorcio Pescadero Ituango el cual tenía un término de 900 días y un valor de $258.000 millones, en la misma fecha se adjudica el contrato de interventoría a SEDIC-INGETEC con un plazo de 930 días y un valor de $12.945 millones.

Es importante anotar en este punto que en el Acta 94 de 28 de enero de 2009, aparece por primera vez la necesidad de incluir la vía Puerto Valdivia Presa, de igual manera, en acta 95 de fecha 25 de febrero de 2009, la junta directiva autoriza la contratación de la Vía Barro San Andrés de Cuerquía, y la vía Puerto Valdivia y mediante acta 97 de fecha 29 de abril de 2009, se autoriza al Gerente para que entre en contacto con el Consorcio Generación Ituango para el diseño de la vía Puerto Valdivia, lo que se justifica en la premura de contar con dicha vía.

Estas situaciones de manera correlativa generaron modificaciones en el contrato del diseño de las vías. En efecto, a lo anterior obedeció la suscripción del AMB 1[22], la cual valga anotar es de 9 de diciembre de 2009 (casi 11 meses después de que se menciona por primera vez la necesidad de la Vía Puerto Valdivia):

20 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ambiental y social\15-CT-2019-000004\Precontractual\Especificaciones Tecnicas\Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip\

21 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P53, 56 y 57_HI\Actas de Junta Directiva

22 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\07-Contratos HI\CT-007-2008 Diseños Detallados y Asesoria\CT-007-2008 Adiciones

ADICIÓN 1: Mediante Acta de Modificación Bilateral No. 1 – AMB No. 1 del 9 de diciembre de 2009. Para: a) Diseño del tramo de vía entre el sitio denominado El Barro y la cabecera municipal de San Andrés de Cuerquia, b) Diseño del túnel vial bajo el talud del vertedero, c) Diseño de la vía entre Puerto Valdivia y el proyecto, d) Investigaciones sismológicas, e) Legalizar cantidades adicionales en costos directos predecibles. **Valor de la Adición**: Cuatro mil seiscientos treinta y cuatro millones trescientos ochenta y cuatro mil novecientos veinticuatro pesos ($4.634.384.924), sin incluir el IVA. **Valor del Contrato**: Como producto de esta Adición el valor del contrato queda en $20.648.062.819, sin incluir el IVA. **Ampliación del Plazo**: Hasta el 30 de junio de 2010.

El contrato para la construcción de las vías (CT-015-2009[23]) se suscribe hasta el día 14 de Agosto de 2009[24] y la orden de inicio se da únicamente hasta el 16 de octubre de 2009[25], lo anterior por cuanto, tal y como da cuenta el acta 103 de 30 de septiembre de 2009, no se cuenta con la modificación de la licencia ambiental, lo que retrasó el cronograma un mes más.

Licencia Ambiental y orden de inicio del contrato construcción de vías. Informa el doctor Luís Guillermo Gómez que en junio se solicitó una modificación de la Licencia Ambiental al Ministerio del Medio Ambiente y a pesar de haber hablado con la Viceministra del Medio Ambiente y una asesora suya, y de las gestiones de EPM, no se ha podido lograr el acto administrativo. Por esta razón no se ha podido dar la orden de inicio al contrato de construcción de las vías y se ha retrasado el cronograma en un mes.

Además de los atrasos atrás referidos, en Acta 97 de 29 de abril de 2009, se expresa la necesidad de acelerar la compra de predios por cuanto se afirma que es inminente el inicio del contrato de construcción de las vías, en este punto pone nuevamente de presente el Despacho, como se explicó líneas atrás, que no se contaba aún con el diseño de las vías.

23 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-015-2009 CPI
24 Ver Acta de Liquidación Bilateral que se encuentra en: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta3\Ob civiles y consultoria\CT-015-2009 CPI\Liquidacion
25 Ver acta de inicio que se encuentra en: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-015-2009 CPI\Contractual

Con relación al contrato de la compra de predios informa que se tiene noticia que fue aprobado en un comité interno de EPM. Manifiesta que el proceso de este contrato ha sido difícil, ya que se viene discutiendo con EPM desde hace varios meses, incluyendo la discusión sobre su valoración. Por su cuantía se llevó al Comité de Gerencia de EPM. A partir de este momento comienza el proceso de

En Acta 99 de 24 de junio de 2009, se le presenta a la Junta Directiva el trazado de las vías del proyecto:

El grupo I lo conforman las obras que se encuentran más próximas a la entrada del proyecto. El grupo dos incluye las carreteras nuevas. Describe el trazado proyectado para la construcción de este grupo de carreteras, que se anexa a la presente acta con el plano presentado por el doctor Marino Gómez para ilustración de los miembros de la Junta.

En efecto, como adjunto de dicha acta se presenta además el siguiente plano:

En el acta 107 de 27 de enero de 2010, se encuentra referida una situación que denota la fragilidad en la planeación del proyecto, puesto que 5 meses después de iniciado el contrato de construcción de las vías, y si bien era claro que el primer hito que debía cumplirse en el proyecto era la desviación del río Cauca, las vías que llegaban al punto donde debían iniciarse las obras para construir los túneles de desviación, eran por su ubicación, lo último en el proceso constructivo.

Por este motivo se debió plantear la alternativa de llegar a la boca de túnel para poder comenzar la excavación desde la margen contraria (es decir la margen izquierda) y con un puente provisional atravesar el río cauca, lo que supuso que se realizaran inversiones adicionales, todo lo anterior en pro de cumplir con el cronograma.

Presentación del Gerente Técnico de la Sociedad y Construcción de vías alternas de acceso. Expresa el doctor Luis Guillermo Gómez que el túnel de desviación del río es uno de los hitos fundamentales en el proceso de construcción de la presa, porque el río se debe desviar en un estiaje en enero del año dos mil trece (2013). Si no se hace para esa fecha, se tendría un atraso en la construcción de por lo menos un año. Ahora bien, la carretera que llega al portal de entrada de los túneles de desviación, por su ubicación, es lo último en el proceso actual de construcción de las carreteras.

Bajo las anteriores circunstancias se ha estudiado la posibilidad de llegar por la margen izquierda del río Cauca para comenzar a excavar el túnel por el portal de de salida del túnel de desviación, por medio de una carretera de tipo industrial y un puente provisional en el río cauca de bajo costo, con lo que se tendría la seguridad de que la desviación se podría hacer oportunamente y, con ello, el cumplimiento del cronograma.

Reitera el doctor Ceballos lo expresado por el doctor Gómez del requerimiento para el desvío en enero del 2013, lo que daría la holgura de un año, esto es, la entrada de la primera unidad en diciembre de 2018. Hasta el momento todo el complejo vial está proyectado sobre la margen derecha del río Cauca, para descender hacia los portales aguas arriba del túnel de desviación.

Como alternativa, se propone construir un ramal por la margen izquierda que se desprende de la carretera existente en el punto llamado el bombillo, con el fin de llegar más rápido al frente de aguas abajo o portales de salida de los túneles de desviación,. Para este propósito se requiere: Adecuación del carreteable existente entre el Bombillo y el campamento El Palmar, construcción de una vía industrial hasta sitio de presa, construcción de un puente metálico provisional sobre el río Cauca, y construcción de una vía industrial hasta plazoleta de casa de máquinas.
Estos accesos se pueden hacer en un plazo de doce (12) meses.

Paralelamente, se continuará la construcción de las vías por la margen derecha, con el fin de llegar a los portales aguas arriba en las fechas contractualmente definidas.

Autorizada la construcción de dicha vía, en acta 108 de 24 de febrero de 2010, se informa que la construcción de la vía por la margen izquierda ya se inició:

Señala que ya se inició la ejecución de la vía industrial de la margen izquierda que garantizará el acceso rápido a los portales de salida de los túneles de desvió y al portal de acceso a la casa de máquinas; esto garantizará que se inicien las excavaciones mediante túneles pilotos en el 2011 y posterior excavación total en sección completa para el año 2013. Se analizará la viabilidad jurídica, técnica y económica si se puede realizar la excavación de los túneles pilotos con el mismo contratista que actualmente está construyendo las vías del proyecto o mediante un nuevo proceso licitatorio. Esto permitirá que cuando se dé el empalme con el concesionario, se producirá una cesión de contratos para garantizar la continuidad y asegurar que el desvío del río Cauca se lleve a cabo en enero de 2013.

Sin embargo, en acta 109 de 24 de marzo de 2010, es decir un mes después se reconoce que dicha vía realmente no ha iniciado y que INTEGRAL debe entregar los diseños de la misma. Además, en el acta el señor Sergio Betancur pregunta **si con esta decisión, se está poniendo en punto de ruta crítica mayor el proyecto**. Ante lo cual la administración de Hidroituango reconoce que el cronograma es estrecho de por sí. Así mismo se reconoce que ante las circunstancias que se han venido presentando el tiempo se hace cada vez más precario, específicamente en lo que se refiere a la fecha para cumplir con la desviación del río.

Por lo que en este punto, se solicita que se realicen las gestiones con EPM y con el contratista de las obras viales, para que se acelere el proceso de la compra de predios, para ganar tiempos.

Frente a esto último se afirma, que la alternativa planteada, no va a permitir ganar tiempo sino cumplir en la fecha programada. En efecto en dicha acta se lee:

Recuerda que las obras de desviación se deben iniciar a mas tardar en febrero de 2011 para garantizar el desvío del río Cauca en enero de 2013, pero ya no es posible llegar oportunamente por la margen derecha, ya que este programa vial tiene una duración de 18 meses contados a partir de la fecha de iniciación y, a la fecha, todavía no se han iniciado en forma la construcción de esta vía sustitutiva, ya que aun no se han negociado los predios requeridos. Además, indica que por esta margen es necesario construir un puente sobre el río San Andrés, un túnel vial (Chiri) de un kilómetro, un largo desarrollo para llegar a los portales de salida y una vía industrial para acceder a los portales de entrada.

Por lo tanto, para cumplir con este hito es necesario acceder a los portales de entrada y salida por la margen izquierda, para lo cual se analizaron dos alternativas:

(…)

Ante la anterior presentación de la Administración, el doctor Sergio Betancur expresa que siempre ha considerado que los diseños y el cronograma del proyecto se encuentran en ruta crítica. Pero, ante la aparición de estas nuevas situaciones, manifiesta su inquietud si en la medida que se van desarrollando los diseños, se está poniendo el proyecto en un punto más alto de ruta crítica no prevista anteriormente.

Responde el doctor Gómez, que no se trata de atraso en los diseños y que, efectivamente, el cronograma es estrecho de por sí. Ahora, con la construcción de las vías, se encuentran con las dificultades de la conformación geológica de la zona y las que corresponden a la compra de predios, que no avanza al ritmo que se requiere por las dificultades con los propietarios. Agrega que en la medida en que se avanza en el proyecto el tiempo se hace más precario, sobre todo en lo que tiene que ver con la fecha de desviación del río Cauca.

Solicita entonces el doctor Sergio Betancur, que se realicen las gestiones necesarias para acelerar el proceso de compra de predios que adelanta EPM, al igual que con los contratistas de las obras viales para que ayuden a ganar el tiempo que es tan valioso.

El doctor Oscar Jaramillo señala que con la alternativa que se acaba de presentar no se ganaría tiempo, sino que se tendría la seguridad de llegar oportunamente a la fecha que se requiere para la desviación del río.

Lo anterior, permite concluir al Despacho que existía claridad por parte de Hidroituango respecto de lo ajustado que era el cronograma y que cada situación que se presentaba iba en desmedro de los tiempos pactados, en especial la fecha para la desviación del Río Cauca.

Ahora bien, para efectos de la construcción de esta vía por la margen Izquierda, solo a través de AMB 2[26] de 29 de junio de 2010, al Contrato CT-015 de 2009, se incluye ésta modificación, con base en las siguientes consideraciones:

e) Que es fundamental para el proyecto garantizar la desviación del río Cauca en el verano de principios del año 2013 y por lo tanto se debe acceder por la margen izquierda del río al sitio de las obras principales a comienzos del año 2011.

f) Que se hace necesario garantizar el acceso a la zona del proyecto, por lo tanto, debe intervenirse la vía: partidas a San José de la Montaña – San Andrés de Cuerquia.

g) Que la Junta Directiva aprobó la construcción de la vía industrial margen izquierda en sesión del 27 de enero de 2010, acta No. 07 y en la sesión de 27 de abril de 2009, acta No. 97 aprobó la celebración del convenio No. 1843 con la Gobernación de Antioquia y el Instituto Nacional de Vías – Invias para el mejoramiento de las condiciones técnicas de la vía San Jose de la Montaña – San Andrés de Cuerquia en el cual se estableció que la Hidroeléctrica con sus propios recursos construiría el tramo faltante hasta San Andrés de Cuerquia

h) Que entre las partes se acuerda la ejecución de obras adicionales y, como consecuencia de ello, la adición al valor del contrato y el ajuste de los plazos máximos inicialmente consagrados en el numeral 2.2.3.5 – Anexo Técnico – Programa de Trabajo, del pliego de condiciones.

En primer término, es importante precisar que esta alternativa, a pesar de la premura de la cual eran consientes los asistentes a la reunión de junta directiva de Hidroituango, referida en el acta 108 de marzo de 2009 y que fue aprobada en dicha sesión, solo se instrumentalizó en el contrato de construcción de las vías 3 meses después.

Así mismo, esta modificación supuso una alteración en el plazo inicial del contrato de construcción de las vías y además generó mayores erogaciones para la sociedad.

En efecto, como consecuencia de dicha modificación, se estableció un cronograma de ejecución de las obras que contemplaba los siguientes plazos:

26 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-015-2009 CPI\Contractual\Modificaciones HI

TERCERO. Plazo: Modificar los plazos máximos de entrega contemplados en el numeral 2.2.3.5 – Anexo Técnico – Programa de Trabajo del pliego de condiciones, así:

GRUPO I

• Entrega variante San Andrés	Septiembre 03 de 2010
• Entrega explanaciones para campamentos (Esta fecha supone la entrega de predios del sitio de campamentos, por parte de Hidroituango, antes del 01 de marzo de 2011).	Marzo 17 de 2012.
• Vía industrial aguas abajo margen izquierda (A nivel de subrasante)	Febrero 28 de 2011
• Entrega puente provisional aguas abajo	Diciembre 31 de 2010
• Vía industrial aguas arriba margen izquierda (A nivel de subrasante)	Abril 30 de 2011
• Entrega puente provisional aguas arriba	Abril 09 de 2011

En relación con los mayores costos que supuso dicha vía, y las modificaciones realizadas al contrato de construcción mediante AMB 2, en Acta 119 de 22 de diciembre de 2010, se dijo lo siguiente:

Recuerda el doctor Oscar Jaramillo que inicialmente se tenía previsto llegar a la zona de desvío sobre la margen derecha del río pero, por las circunstancias presentadas en el desarrollo del proyecto, en enero del 2010 se tomó la alternativa de la construcción de las vías industriales sobre la margen izquierda con el fin de llegar a tiempo a los portales aguas abajo de los túneles de desvío, tal y como se informó en la reunión de Junta Directiva del 27 de enero de 2010. Posteriormente se presentó la opción de trabajar también aguas arriba, pasando el río por el puente provisional, y actuar por los dos frentes, con el fin de llegar efectivamente al desvío a finales del 2012 o en el verano a inicios del 2013. Se está iniciando el trabajo en la vía industrial con el fin de tener en marzo paso al otro lado del río. Se anexa la presentación hecha por el doctor Jaramillo.

En la presentación que se realizó en la reunión de Junta del 27 de enero del 2010, se informó que esa primera parte de la vía industrial tenía una valoración de siete mil quinientos millones de pesos. Ahora bien, esa vía industrial, más el resto de las obras que describió el doctor Jaramillo, tiene un valor total de veintinueve mil quinientos veinte millones de pesos ($29.520'000.000) que se incluyeron en el acta de modificación bilateral No. 2 con el contratista de las vías, el Consorcio Pescadero I.

Finalmente, el contrato se extendió mucho más de lo previsto, pasando de tener un término de 900 días a durar 1443 días y si bien su valor inicial correspondió a la suma de $258.191.932.808, terminó costando la suma de $427.528.858.084[27].

De igual forma, el contrato de interventoría pasa de tener una duración de 930 días a tener una duración de 1581 días y pasa de tener un costo de $12.945.955.429 a costar $30.691.327.695[28].

De las consecuencias de los atrasos presentados en estas vías, da cuenta la comunicación 2012002331 de fecha 14 de junio de 2012[29], Dirigida por el Gerente de EPM al Gerente de Hidroituango, en relación con esta situación se afirma lo siguiente:

27 Ver Acta de Liquidación bilateral en : Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-015-2009 CPI\Liquidacion.
28 Ver Recibo final CT-I-016-2009, en Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-016-2009 Sedic_Ing\Liquidación
29 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 64\REFERENCIA CRUZADA ER0092828 ITEM No 17

- La entrega del puente metálico aguas abajo presenta un atraso estimado en 176 días (5,8 meses).
- La entrega del puente metálico aguas arriba presenta un atraso estimado en 137 días (4,6 meses).
- Además del atraso en la entrega de los puentes metálicos, se presentan atrasos en las vías industriales acordadas en el AMB 2. El concepto de la Interventoría sobre estos atrasos se resume en el siguiente aparte del informe: "los atrasos en la ruta crítica del contrato no son recuperables en su totalidad. Lo anterior implica que los hitos acordados en el Acta de Modificación Bilateral No. 2 no se cumplirán."

Efectos de los atrasos del contrato de la infraestructura vial en el inicio de las obras de desviación. Una vez EPM Ituango recibió el contrato de las vías, implementó en la obra medidas de choque orientadas a minimizar los atrasos que presentaba la obra, con énfasis en los relacionados con los accesos requeridos para iniciar las obras de desviación. Estas medidas, que están documentadas en informes de la Interventoría, que han sido de conocimiento de Hidroituango en tiempo real, en virtud de la metodología de libro abierto y los comités de seguimiento del contrato BOOMT, incluyeron acciones tales como la de pasar equipos de excavación desde la margen izquierda hasta la margen derecha del río Cauca utilizando una garrucha, para obviar la falta del puente.

Así las cosas, los accesos prioritarios a cada uno de los sitios de las obras de desviación estuvieron disponibles en las siguientes fechas:

- Acceso al portal de salida de los túneles de desviación: 2 de Noviembre de 2011 (8 meses de atraso con respecto a los acuerdos de la AMB 2).
- Acceso al sitio del portal de entrada de los túneles de desviación: 06 de Febrero de 2012 (9 meses de atraso con respecto a los acuerdos de la AMB 2).
- Acceso al depósito Ticuitá: 07 de Diciembre de 2011.

En el mismo sentido, respecto de las causas por las cuales se presentaron mayores tiempos y mayores valores en desarrollo del contrato de las vías, en acta 131 de 25 de abril de 2012, se afirma que obedeció a la necesidad de realizar la construcción de las vías por la margen izquierda, lo que implicó además la construcción de 2 puentes que no estaban contemplados en los diseños originales. En efecto en dicha acta, textualmente se lee lo siguiente:

- **Infraestructura vial**

Contratista:	Consorcio Pescadero I (Mincivil - Topco - SP Explanaciones)
Valor inicial:	$ 258.191.932.808
Adición AMB 02:	$ 29.520.000.000
Adición AMB 04:	$ 24.150.913.531
Nuevo valor:	$311.816'000.000
Fecha de inicio:	Octubre 16 de 2009
Plazo inicial:	900 días
Nuevo Plazo:	1443 días
Adición AMB 04:	543 días
Fecha final:	Sep. 27 de 2013

Informa el doctor Luis Javier Vélez que, en principio, en los diseños originales se contempló el acceso a la presa por la margen derecha, de manera que esta carretera, así como la de la margen izquierda, se constituyeran en vías sustitutivas. Al tener problemas con los mineros, asentamientos, compra de predios, etc., el cronograma por la margen derecha presentó dificultades ,por lo que fue necesario acelerar la construcción de las vías por la margen izquierda y, además, se tenían que construir dos (2) puentes sobre el río Cauca que no estaban contemplados. Esas son razones para las modificaciones al contrato.

El doctor Juvenal Espinal agrega que a la vía Llanos de Cuiva - San José de la Montaña también se le está realizando mantenimiento.

Como se verá más adelante, esta situación fue determinante para que se demorara la suscripción del contrato de construcción de los túneles de desviación, y generó problemas desde un principio con el contratista CTIFS para aceptar el cronograma de ejecución de los túneles de desviación.

• De otra parte, se suscribió el Contrato N° 011-2009 con el contratista Promotora Nacional de Zonas Francas S.A., el contratista se encargó del acompañamiento, asesoría, elaboración y presentación de todos los documentos y trámites tendientes a la declaratoria de zona franca permanente especial, en los terrenos en los cuales se ejecutarían las obras principales del proyecto y la celebración del contrato de estabilidad jurídica.

La Sociedad como propietaria del proyecto, en el año 2007, gestionó la inscripción del proyecto, que se encontraba en fase II[30], ante la Unidad de Planeación Minero

[30] El registro de proyectos de energía eléctrica ante la UPME, se hizo al menos en fase II o factibilidad. Esto significa que se registró con la mejor alternativa identificada en la etapa de prefactibilidad. Es decir, con estudios más profundos y completos que en la fase de prefactibilidad. Esto incluye diseño de ingeniería a nivel de anteproyecto sin nivel de detalle, estimación de costos, entre otros. La información debe ser tal que permita tomar la decisión de hacer o no la inversión del proyecto.

Energética-UPME[31]; tal como consta en Acta de Junta Directiva de la Sociedad Hidroituango de fecha 14 de diciembre de 2007.

En sus gestiones para lograr la construcción del proyecto, en el año 2008, la Sociedad aspiraba aplicar al mecanismo de cargo por confiabilidad[32] y así obtener recursos que mejoraran los indicadores de evaluación del mismo, como quedó consignado en el Acta de Junta Directiva N°74 de la Sociedad del 14 de diciembre de 2007 en la que se explica que los requisitos para participar en la subasta, eran: [1] garantía de seriedad de que sí se iban a presentar en subasta (antes del 14 de abril de 2008) y [2] la curva S, sobre la cual iban a medir el cumplimiento del cronograma. Así mismo, *"si el proyecto ganaba en la subasta, se debía constituir una garantía de entrada de operación de la planta y había que sostenerla por todo el tiempo de construcción por el 100% de la energía firme que se asignara"*[33].

La Sociedad para cumplir con la garantía de seriedad que debía establecer, se capitalizó en $4.000 millones, lo cual fue aprobado en la Junta Directiva del 6 de mayo de 2008; el Banco Citibank otorgó la garantía necesaria[34].

En junio de 2008 el proyecto, propiedad de la Sociedad, con una capacidad de 1.200 megavatios[35], cumplía con los requisitos[36] y por tanto participó en la primera subasta de energía para proyectos clasificados como Plantas de Generación con Períodos de Construcción Superior al Período de Planeación -GPPS-, en la que le fueron asignadas Obligaciones de Energía en Firme-OEF- mediante el cargo por confiabilidad[37].

---

[31] Acta de Junta Directiva N°72 de la Sociedad del 3 de octubre de 2007.

[32] Con el fin de cubrir las necesidades de energía del país incentivando la construcción de nuevas plantas, reduciendo el riesgo en la inversión, mediante la oferta de energía a través de un esquema en el cual se transfieren ingresos fijos hasta por 20 años a los generadores, la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG mediante Resolución 071 de 2006 y la Resolución 061 de 2007, adopta la metodología para la remuneración del cargo por confiabilidad.

[33] Acta de Junta Directiva N°72 de la Sociedad del 3 de octubre de 2007.

[34] Acta de Junta Directiva N°80 de la Sociedad del 19 de mayo de 2008.

[35] Se consideraba que Ituango podía llegar a tener una capacidad neta de 2.400 megavatios, pero en su primera etapa sólo se comprometió energía por 1.200 megavatios.

[36] En este punto es necesario anotar

[37] "El Cargo por Confiabilidad implantado en el mercado colombiano sigue esta línea. En esencia, el mecanismo consiste en la **compra, por parte del regulador** en nombre del conjunto del sistema, de **energía firme de largo plazo mediante subastas destinadas a potenciales inversores en nueva generación**. En dicha licitación se pide a los ofertantes el precio, por un producto de largo plazo, la energía firme, que les garantiza una determinada remuneración durante un periodo de varios años a cambio de instalar un grupo generador y suplir la energía en los casos en que se exija". Salazar, Jorge Enrique. Simulación del cargo por confiabilidad y de la expansión del mercado de generación en Colombia. Tesis de máster. Escuela Técnica Superior de Ingeniería – icai, 2008, p. 24.

"De esta manera, el cargo por confiabilidad se convierte en un mecanismo que busca incentivar y valorar la construcción de capacidad de respaldo que la oferta eficiente aporta al sistema, en cumplimiento de lo establecido en la Constitución Política y en las Leyes 142 y 143 de 1994. Dicho cargo, de acuerdo con lo establecido en la Resolución creg 071 de 2006, remunera la energía que está asociada a la capacidad de generación de respaldo de que trata el artículo 23 de la Ley 143 de

Una vez la Sociedad consiguió en la subasta la asignación de energía en firme, inició el proceso para encontrar un inversionista que le permitiera desarrollar el proyecto y cumplir con los compromisos de entrega de energía en firme, de esta manera se cumplía un importante primer requisito para viabilizar la construcción del proyecto.

El segundo requisito era la aprobación de la licencia ambiental, situación que se consolidó mediante la Resolución 0155 de 2009, No obstante, los antecedentes de la licencia dan cuenta de los trámites llevados a cabo por la Sociedad, quien la solicitó desde el año 1999.

La licencia tiene en su alcance la construcción de *"una presa de enrocado localizada a 600 metros arriba de la desembocadura del río Ituango al río Cauca, con obras para descarga de fondo e intermedia y un vertedero en canal abierto para evacuación de crecientes; obras ubicadas sobre la margen derecha del río. Sobre la misma margen, se ubican las obras para generación que comprenden ocho captaciones sumergidas conectadas a las conducciones a presión que alimentan los ocho grupos turbina - generador de eje vertical, que se alojan en la caverna de casa de máquinas, conectados por galerías de barras a ocho bancos de transformadores monofásicos situados en la caverna de transformadores. El agua turbinada llega a dos cavernas independientes que actúan como almenaras de aguas abajo, de donde se desprenden cuatro túneles de descarga mediante los cuales el caudal es devuelto al río Cauca".*

Es necesario recordar que en el informe producto de la auditoría de cumplimiento realizada por la Delegada de Medio Ambiente de la Contraloría General de la República, se estableció que la licencia fue obtenida con diseños de prefactibilidad y no con los diseños de detalle requeridos para una obra de las dimensiones de esta hidroeléctrica[38].

Cabe anotar que la licencia contemplaba una altura de la presa de 220 metros, Sin embargo, desde el Acta 89 de 12 de noviembre de 2008, comienza a plantearse la posibilidad de realizar modificaciones sustanciales a esos diseños:

1994, y que es la que puede comprometerse para garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica, bajo condiciones de estrés del Sistema Interconectado Nacional (sin). En consideración a lo expuesto, bien puede decirse que la naturaleza jurídica del cargo por confiabilidad es la de una opción financiera del tipo call en la que los generadores o inversionistas beneficiarios del cargo son remunerados para que, en el momento en que se haga efectiva la opción, entren a generar a un precio determinado. De esta manera, el cargo por confiabilidad representaría un pago anticipado de una capacidad de generación de respaldo, necesaria para atender situaciones críticas de suboferta energética". Ospina Riaño Andrés David Ospina Riaño y Mosquera Palacios Diewiskey, Cargo por confiabilidad: ¿éxito o fracaso?, en Revista de Colombia, Consultada el 02-08-2019, en file:///C:/Users/usuario/Downloads/4997-Texto%20del%20artículo-22883-1-10-20170809.pdf

[38] Ver informe "Gestion de las autoridades ambientales en el proceso de licenciamiento proyecto hidroeléctrico Ituango MADS-ANLA-CORANTIOQUIA-Corpourabá con corte a moyo de 2018"

El doctor Jesús Arturo Aristizabal expresa que, como ejercicio académico, le dan por parte de EPM la bienvenida para que sea objeto de poderlo conocer en forma pormenorizada, estudiarlo, hacerle algunos comentarios, mejoras, modificaciones, etc. Plantea inquietudes sobre la posibilidad de modificaciones a algunos aspectos de diseño en obras principales del proyecto que no fueron contemplados en la factibilidad técnica, económica y ambiental que entregó Integral en el mes de agosto del año pasado y, teniendo en cuenta que estamos ya en el momento de la iniciación de los diseños detallados por parte de Integral, cree que no debe ir por un lado la evaluación económica-financiera, que bajo la propuesta actual modifica los aspectos constructivos y el diseño mismo del proyecto y por el otro los diseños detallados que ya han sido contratados con Integral.

Consistente con lo anterior y después de 5 meses de obtenida la Licencia ambiental en las condiciones anotadas, en acta No 100 de 29 de junio de 2009, se plantea ante la junta directiva de Hidroituango, con la asistencia técnica de INTEGRAL, la posibilidad de modificar la altura de la presa, aumentándola a 225 metros con el objetivo de lograr una mayor generación de energía lo que llevó a que, como se explicó líneas atrás (Acta 103), sin dicha modificación no podían iniciarse las obras de construcción de las carreteras de acceso al proyecto, por lo que este hecho también generó atrasos en los cronogramas. en efecto, en dicha acta se planteó lo siguiente:

Acta 100 de 29 de junio de 2009

El señor Gerente manifiesta que de tiempo atrás se han presentado inquietudes por parte de personas conocedoras del tema de Centrales Hidroeléctricas, en el sentido de incrementar la altura de la presa para logra un mejor aprovechamiento del potencial hidroeléctrico que ofrece el Rio Cauca. Bajo esa consideración han solicitado al consorcio diseñador que en el proceso de refinamiento del diseño maximice esta posibilidad, cuyos resultados vienen analizando tanto con el consorcio como con la interventoría del mismo ejercida por EPM y por los ingenieros al servicio de Hidroituango. Se analizaron las implicaciones que estas modificaciones traerían en los aspectos técnicos, ambientales y financieros al igual que en el cronograma de construcción del proyecto. La propuesta de la firma diseñadora se basa fundamentalmente en 3 elementos sobre los que el consorcio plantea, las posibles modificaciones a saber:

1. Ampliación del ancho de la corona de la presa que actualmente está prevista en 12 metros para pasarla a 14 metros. Recordemos que por allí pasará la carretera sustituta a Ituango. Este ensanchamiento genera una mayor estabilidad en la presa y permite que el flujo vehicular, caballar y peatonal sea más seguro.
2. Realce del borde libre de la presa sobre la cuota máxima del embalse en 5 metros más, para quedar en 10 metros, lo cual otorgará una mayor protección contra eventuales crecientes que pueda poner en riesgo la estabilidad de la presa.
3. Aumentar en 5 metros más el nivel del embalse, lo cual nos aumenta la superficie del espejo de agua y la cola del embalse se subirá aproximadamente 2 kilómetros aguas arriba de cómo se tiene nivelada. Este incremento en la altura nos permitirá una generación de energia adicional de un 4% aproximadamente a un costo marginal muy bajo.

Los dos primeros aspectos considerados no presentan una mayor incidencia desde el punto de vista técnico, ambiental y económico, dando una ventaja en el sentido de que el material de excavación sobrante se podría depositar en la presa, con costo más bajo que en las áreas de depósito cada vez más lejanas. El problema previsto es para el tercer punto para el cual se requiere una modificación de la licencia ambiental que nos llevará a perder el control del tiempo en el proceso de tramitación de dicha modificación ante las autoridades ambientales que generaría una incertidumbre muy grande en el cronograma de construcción de por sí ya muy apretado

El doctor Darío Ceballos expresa que desde los estudios de factibilidad del dos mil seis (2006) y dos mil siete (2007) tenían claro que la Central sería más económica y rentable mientras más alta fuera la presa. La altura de la presa se definió desde el punto de vista ambiental, esperando no perturbar la zona cercana al Puente de

Occidente. Pero desde esa época se propusieron unos estudios adicionales con relación a la altura de la presa.

Explica a continuación los pormenores de esta propuesta y las implicaciones que tendría. Concluye expresando que el Consorcio recomienda en su informe que se acoja ese más cinco, pero siempre teniendo en cuenta la importancia de los requerimientos de la modificación de la licencia ambiental.

Interviene el doctor Federico Restrepo y manifiesta que, en principio, están de acuerdo con las tres propuestas hechas por la Administración de modificación a la presa. Le preocupa el tema del incremento de la altura de la presa por el trámite y el plazo que requeriría la modificación de la licencia ambiental. Se debe hacer el estudio del costo- beneficio que implicaría el aplazamiento probable de los seis meses. Considera que, como está planteado el cronograma, no afectaría la entrada en funcionamiento de la Central.

(…)

Ante la pregunta del doctor Federico Restrepo sobre la holgura que se tiene en el proceso de los diseños para entrar en la ruta crítica, el doctor Darío Ceballos señala que sería posible si la Sociedad negocia con el constructor de las vías un plazo parcial para llegar con la carretera al portal de los túneles de desviación. Si se consigue ese plazo, que sería de veinte (20) meses, la holgura que tiene el proceso de diseño sería de seis a ocho meses.

Después de un debate sobre las implicaciones de la propuesta del realce de la presa y el riesgo del trámite de la licencia se considera que los beneficios que se podrían obtener son de tal magnitud que la Junta Directiva autoriza que se afronte esta posibilidad y se le dé el trámite que requiere ante las autoridades ambientales para obtener la modificación a la Licencia y ante el Ministerio de Minas para realizar el ajuste que corresponde a la declaratoria de utilidad pública por los predios que se deben incorporar por el aumento de la cola del embalse. Todo lo anterior con una estrategia de apoyo político que incluya una solicitud a la Presidencia de la República, cumpliendo así el cronograma propuesto hasta este momento. Si después de realizar todos los esfuerzos para lograrlo, y en el evento en que en el desarrollo del trámite se aprecie que no se puede cumplir, la Administración lo informará a la Junta Directiva.

Cabe anotar en este punto que si bien en la sesión del acta 100, INTEGRAL, como consultor consideró que era oportuno para el proyecto esta modificación, en 2007, se expresó en un sentido contrario, en efecto, en acta 71 de 31 de agosto de 2007 de junta directiva, afirmó:

> "La presa podría levantarse más pero no conveniente ambientalmente dados los impactos para una zona grande de Santa Fe de Antioquia porque la cola del embalse depositaría allí sedimentos, basuras y lodos que serían muy feos y perjudiciales para la zona que es una de las de mayor vocación turística del departamento.
>
> Para esta altura [220 metros] una mayor capacidad instalada no genera beneficios económicos adicionales, el análisis marginal de capacidad instalada implica que los KW-hora adicionales que se logren instalando un KW más por encima de los 2400 MW, tendría un costo superior a la tarifa usada como referencia"

Así mismo esta variación fue uno de los factores que llevaron a la modificación del contrato No. 007-2008, lo cual se evidencia en la solicitud realizada por Integral a Hidroituango en agosto de 2009 para ampliar tres meses el plazo de entrega de los diseños, fundamentado en las modificaciones a la corona y la altura de la presa, lo que además conllevaba la compra de más predios, aspecto que para el momento ya presentaba dificultades de negociación, pero que sin embargo se materializó en las actas de modificación bilateral a dicho contrato.

Ahora bien, aprobada dicha modificación, Hi se enfrentó a los trámites propios de la modificación de la licencia ambiental, de los cuales da cuenta el Acta 102 de 26 de agosto de 2009.

Acta 102 de 26 de agosto de 2009

> Sobre la modificación a la altura de la presa y el trámite de la licencia ambiental, informa que se reunió con el Ministro y la Viceministra del Medio Ambiente. Les explico el tema y sus bondades, al igual que el temor por los plazos que al interior del Ministerio se pudieran dar. La Viceministra propuso una reunión previa a la presentación de la modificación a la Licencia Ambiental con los técnicos del Ministerio y tomar la decisión en consecuencia.
>
> El doctor Álvaro Villegas considera que para lograr la modificación a la Licencia en el menor tiempo posible, es necesario procurar el apoyo del Presidente de la República. Propone que se consiga la cita con él para plantearle la situación.

De manera simultánea, como se explicó atrás, el proceso de Subasta se venía surtiendo y se requería contar con los diseños de detalle de las obras principales para que los futuros oferentes pudieran elaborar sus propuestas. Por el cronograma que tenía dicha subasta debía contarse con los diseños de detalle para el día 15 de diciembre de 2009. Sin embargo, para poder contar en esta fecha con los diseños de detalle, se acuerda que los mismos sean entregados como estaban concebidos originalmente, es decir sin incluir el realce de la presa. De esta situación da cuenta el acta 103 de 30 de septiembre de 2009, en la cual se dijo lo siguiente:

Acta 103 de 30 de septiembre de 2009

> b. Diseños del Proyecto y proceso de subasta. Informa el doctor Luís Guillermo Gómez que se ha logrado el compromiso del Consorcio Generación Ituango – que realiza los diseños del proyecto- para entregar al quince (15) de diciembre el informe de los diseños conceptuales del proyecto que se requieren para el proceso de subasta, lo que le permitirá a los interesados elaborar sus propuestas en el tiempo propuesto en el cronograma. Indica que el Consorcio Generación Ituango ha solicitado prórroga para la entrega final hasta el mes de marzo.

(…)

c. Elevación del nivel del embalse de la Central. Informa el doctor Luís Guillermo Gómez que en consideración a los requerimientos del cronograma de la subasta y las dificultades para que el Ministerio del Ambiente realice las modificaciones a la Licencia Ambiental, se han dado instrucciones al Consorcio Generación Ituango para que continúe con el concepto original, porque de lo contrario no se podría asegurar la información que requiere el proceso de subasta para diciembre. El ganador de la subasta podrá hacer el trámite de solicitud para ampliar el realce de la presa.

El doctor Álvaro Villegas solicita que sobre este tema también se informe al señor Presidente y que se adicione en este sentido el memorando que se presentará al señor Gobernador, doctor Luís Alfredo Ramos.

En el mismo sentido, en Acta 104 se reitera el hecho de que debe contarse con los diseños conceptuales el 15 de diciembre de 2009. En efecto en dicha acta se lee:

Acta 104 de 28 de octubre de 2009

Con relación al contrato de Diseño de las Obras Principales se destaca:

- El diseño conceptual se recibió y ejecutó el 100%
- En los diseños detallados se presenta un avance del 52%
- Se entregaron los diseños de las vías de San Andrés de Cuerquia, Campamentos, Energía para la construcción y se adelanta el diseño de la vía Puerto Valdivia al sitio de la presa
- Se está por definir la orientación de la Casa de Máquinas

- Se han presentado algunas dificultades por la consecución y transporte de la dinamita.
- Se estudia de manera alterna una vía que permita construir los túneles de desviación por dos frentes: portal de entrada y de salida.
- En la modificación de la Licencia se incluyó la construcción del túnel de Chirí; la variación del puente sobre el río San Andrés y los aumentos de volúmenes en los depósitos.

Concluye su informe el doctor Juvenal Espinal señalando que el consultor se compromete a entregar los diseños del proyecto que se requieren para adelantar la subasta, para el quince (15) de diciembre del 2009.

De igual manera, en la misma acta se hizo referencia también a una solicitud de ampliación del plazo del contrato de diseños de obras principales en 105 días, como consecuencia de 3 situaciones a saber: contrato de interventoría solo fue firmado con EPM hasta el día 19 de marzo de 2009, los problemas en la negociación del

predio con Distriandes y las dificultades en el trasporte de la dinamita, por problemas de orden público.

> Informa el doctor Juvenal Espinal sobre la solicitud de modificación bilateral al contrato de Diseño de las Obras Principales en la ampliación del plazo en ciento cinco días que presentó el consultor, Consorcio Generación Ituango, y comenta las razones que se tienen para ello: contrato de interventoría con EPM firmado el diecinueve (19) de marzo de 2009, negociación del predio con Distriandes y requerimiento de autorización de sus propietarios para adelantar los trabajos, dificultades para el transporte de la dinamita por razones de orden publico. Todo lo anterior los lleva como interventores a autorizar la modificación en el plazo.

Es así como, en el informe de Gestión de Hidroituango del año 2009, se refiere el hecho de que se extendió el plazo para la entrega de los diseños de detalle hasta el 30 de marzo de 2010.

Ahora bien, el Contrato de diseños, fue modificado mediante ADICION de fecha 9 de marzo de 2010, dentro de las consideraciones se refiere a la modificación de la altura de la presa y mantiene el plazo hasta el 31 de marzo de 2010.

Planilla y al formulario 30 costos directos predecibles asociados a ella. **8)** Que mediante comunicación 1588804 de diciembre 28 de 2009, **LA INTERVENTORÍA** del Diseño-EPM, entrega el informe sobre el estudio y análisis de la información requerida para la justificación de esta acta, el cual hace parte integrante de esta Adición No. 2, y en el cual **LA INTERVENTORÍA** manifiesta la viabilidad de la modificación del alcance del objeto contractual y por ende la adición del valor del contrato, así: **a)** Dirección y Coordinación del Lote de Control 11, para la realización de los trabajos adicionales con un costo de $5.443.903, sin IVA. **b)** Actividades del Lote de trabajo 11.1 – Trámites Ambientales, que comprende la gestión necesaria para abordar el proceso de modificación de licencia ambiental (obras principales y variación de especificaciones en cola de embalse) y ajuste de la matriz de compromisos ambientales adquiridos en la licencia y sus modificaciones, por un monto de $18.224.648, sin IVA. **c)** Actividades del Lote de trabajo 11.2 – Intervención sobre los medios físico y biótico, en las actividades de Ajuste y actualización del EIA; Estudio para verificación de la subienda; Estudio del paisaje; Términos de referencia para el estudio ecológico preliminar; Metodologías para estudios ícticos; Modificación licencia por cambios en diseños (cola de embalse, patios, campamentos); Actividades de campo para definir áreas de compensación y monitoreo de aguas en las vías sustitutivas; Informe final, con un costo de $320.001.729, sin IVA. **d)** Actividades del Lote de trabajo 11.3 – Intervención sobre el medio social, en las actividades de Ajuste y actualización del EIA; Caracterización de mineros; Caracterización cola de embalse; Caracterización zonas de compensación, Programa de información y participación; Monitoreo entorno sociopolítico; Monitoreo presión migratoria; Inversión forzosa; Informe final, por un monto de $422.687.928, sin IVA. **e)** Actividades del Lote de trabajo 11.4 – Memoria cultural (Arqueología, antropología), en las actividades de Dirección; Trabajo de campo; Trabajo de oficina; Informe final, por un monto de $195.882.523, sin IVA. **f)** Cantidades adicionales y cantidades no ejecutadas en Costos Directos Predecibles Formulario No. 30 de la propuesta. Una vez analizados por **LA INTERVENTORIA** su valoración, determinó un valor adicional por este concepto de $664.226.120, sin IVA. **9)** Plazo inicial del contrato. **LA INTERVENTORÍA** en su oficio 1588804 de diciembre 28 de 2009 presento a **LA HIDROELÉCTRICA** su concepto de que las actividades contempladas en ésta acta deberán cumplirse DENTRO DEL PLAZO estipulado en el acta de modificación bilateral No. 1, es decir, la fecha para la entrega de los productos de estas actividades será el 31 de marzo de 2010. En virtud de los considerándoos anotados, las partes:

ACUERDAN:

PRIMERA: Ejecutar las actividades detalladas en los considerándoos y pertenecientes al Lote de control 11 – Gestión Ambiental. **SEGUNDA PLAZO**: Para el cumplimiento del alcance establecido en los términos de referencia del proceso de contratación PC 003-2008, se acuerda mantener el plazo pactado en el AMB1, esto es el 31 de marzo de 2010. **TERCERA VALOR:** De acuerdo con las consideraciones de la presente **Adición No. 2** la suma de los valores adicionales establecidos corresponde a la ampliación del valor del presente contrato en la suma de UN MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ML ($1.626.466.851) sin incluir el IVA. **CUARTA**: De conformidad con el parágrafo de la cláusula novena del contrato original EL CONSULTOR deberá ampliar las garantías en relación con el plazo y el valor aquí señalado. **QUINTA:** Las demás consideraciones del contrato No. 007-2008 continúan vigentes, en las conclusiones que se pactaron inicialmente. **SEXTA:** EL CONSULTOR manifiesta que por la presente modificación no habrá lugar a reclamaciones. **SÉPTIMA:** La presente Adición No. 2, se entenderá perfeccionada con la suscripción de este documento por las partes.

Como consecuencia de la modificación atrás presentada, se adicionaron los recursos invertidos en el contrato de diseño de obras principales, de lo anterior, dan cuenta las actas 112 y 113 en los siguientes términos:

Acta 112 de 28 de junio de 2010

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que se requiere la aprobación de la Junta para la adición al contrato de Diseño Detallado de las Obras Principales que adelanta el Consorcio Generación Ituango. Este contrato ha tenido tres actas de modificación que sumadas a la cuarta, que implica un pago de cuatro mil novecientos millones de pesos ($4.900'000.000), se supera el cincuenta por ciento del valor inicial del contrato. Se presenta a la Junta el análisis preparado por la Gerencia Técnica de Hidroituango que se acompaña a la presente acta. Estas actas de modificación están aprobadas por EPM, interventor del contrato. En consecuencia, el valor total del contrato pasa de $16.013.677.895 a $27.174.529.670 que, con respecto al valor inicial corresponde a incremento del 52%., de acuerdo con el análisis que presenta el doctor Luis Guillermo Gómez a consideración de la Junta, y se anexa a la presente acta.

El doctor Jesús Aristizabal manifiesta su conocimiento de las actas de modificación bilateral y de los requerimientos para adicionar el contrato inicialmente suscrito con el Consorcio Generación Ituango.

Por las inquietudes presentadas al interior de la Junta, con relación a las obras y valores que se reconocerán y motivan la adición solicitada, la Junta comisiona a los doctores Jesús Aristizabal y Sergio Betancur para que hagan la revisión de las actas de modificación y justificación de la adición presupuestal solicitada por la Administración. Hecha la revisión por los doctores Aristizabal y Betancur, informan que están de acuerdo con lo solicitado por la Administración y es procedente su aprobación por la Junta. Puesta a consideración por el señor Presidente, es aprobada por la unanimidad de los miembros de la Junta.

Acta 113 28 de julio de 2010

Informe de la comisión para aprobación la adición del contrato de Diseño de las Obras Principales. El doctor Sergio Betancur informa que se reunió en EPM con los funcionarios de la Subgerencia de Desarrollo de Proyectos para verificar los datos presentados por la Administración en la reunión de Junta anterior, con el fin de sustentar la solicitud de adición presupuestal al contrato de Diseño de las Obras Principales suscrito con el Consorcio Generación Ituango. Manifiesta que encontró plenamente justificada la solicitud y pudo apreciar la forma correcta como EPM realizó la interventoría a ese contrato. De esta reunión, que se realizó el 29 de julio de 2010, informó oportunamente al doctor Luis Guillermo Gómez, con el fin de confirmar la aprobación que dio la Junta a la adición solicitada. Interviene el doctor Jesús Arturo Aristizabal para reiterar que se verificó el alcance de la solicitud de modificación No. 4, con relación a los valores de los costos directos predecibles, los no predecibles y los reajustes de personal. Después del análisis se concluyó que el contrato tuvo un incremento del cincuenta y dos por ciento (52%) con respecto al valor inicial del contrato, ya que pasó de dieciséis mil millones de pesos ($16.000'000.000) a veintisiete mil ciento setenta y cuatro millones de pesos ($27.174'000.000). Están todos los soportes y, por consiguiente, hay tranquilidad para la aprobación de la adición.

En consecuencia, se ratifica la aprobación realizada por la Junta en su anterior reunión.

En conclusión, la decisión de realzar la altura de la presa, generó demoras como consecuencia de la modificación de la licencia ambiental, pero además generó que el contratista de los diseños solicitara un mayor plazo para la entrega de los mismos y que además debieran realizarse adiciones en dinero a dicho contrato.

Ahora bien, además de la Licencia ambiental, uno de los requisitos más importantes para dar inicio al proyecto- el estudio de impacto ambiental — fue remitido por Hi a la autoridad ambiental, el 3 de diciembre de 2007, además de la certificación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en donde consta que en el área de influencia del proyecto no existían comunidades, ni parcialidades indígenas; requisitos indispensables para avanzar en su ejecución.

Una vez cumplidas las condiciones de asignación de energía en firme en 2008 que dieron la viabilidad y conveniencia del proyecto y haber obtenido la licencia ambiental en 2009, pero sin solvencia económica para desarrollar el proyecto, la Sociedad a través de su Junta Directiva, decidió explorar diferentes modelos económicos para el financiamiento del proyecto e iniciar con la ejecución de obras indispensables para el cumplimiento en la entrega de energía al sistema eléctrico a partir del año 2018[39].

[39] Acta de Junta Directiva N°95 de febrero de 2009.

En los modelos de financiación la Sociedad analizó dos alternativas[40]: la primera era mediante un esquema "Fuera de Balance", en el cual la Sociedad conseguiría un socio inversionista con propósito específico, independencia legal y financiera denominado "Concesionario Operador". Las ventajas de esta opción para la Sociedad, radicaban en que transfería el riesgo al concesionario y a cambio el concesionario le pagaría una prima con lo cual participaría del flujo de caja generado por la operación de la central eléctrica. La segunda alternativa era una financiación con "Recursos del Balance" de la Sociedad, lo que requería una capitalización y recurrir al mercado de capitales asumiendo la gestión y riesgos propios que una empresa mixta con capital público debe asumir para la obtención de un empréstito. Esta última alternativa no contó con aprobación de los socios y, en consecuencia, se resolvió optar por la primera.

Con esta decisión, la Sociedad debía encontrar un inversionista para ejecutar el proyecto bajo un contrato BOOMT[41]. Dicho inversionista, como se establece en este tipo de contrato, debía encargarse de la financiación, construcción, mantenimiento, operación y usufructúo de la central hidroeléctrica por un período determinado, y después de recuperar su inversión y la rentabilidad pactada retornarla a la Sociedad.

Al momento de esta decisión, luego de que el IDEA adquiriera las acciones de la Empresa de Energía de Bogotá -EEB, Integral y de la mayoría de los socios minoritarios, la composición accionaria de la Sociedad Hidroituango era la siguiente:EPM: 46.14%; IDEA: 50,54%; Departamento de Antioquia: 2,14%; minoritarios públicos (Nación, Empresa de Energía del Pacífico - EPSA y la Financiera Energética Nacional -FEN): 0,57%; minoritarios privados: 0,47% y la Central Hidroeléctrica de` Odas -CHEC: 0,14%.

Aunque EPM era el segundo mayor accionista de la sociedad y quien tenía la capacidad financiera y la experiencia en proyectos hidroeléctricos como las centrales hidroeléctricas Porce II y Porce III, no tenía la propiedad del proyecto que se mantiene en cabeza de la Sociedad.

En la búsqueda de un inversionista, en el mes de abril de 2009, la sociedad encargó al IDEA, la misión de adelantar el proceso de contratación de una banca de inversión para llevar a cabo la subasta y definir la estructura de los pliegos por los que se contrataría la banca de inversión (…)"[42] En ese proceso se invitaron las siguientes firmas: Santander, BNP Paribas, Creditsuice, Royal Bank, Deutche Bank, JP Morgan, Bank of América, Citibank, Mitzuho. En junio de 2009 se firmó el contrato de asesoría con el BNP Paribas, quien determinaría el socio del proyecto a través de la subasta".

[40] Informe de Gestión de la Sociedad 2008. Págs. 18 y 19.
[41] Un contrato BOOMT por sus siglas en inglés significa build, operate, owned, maintenance and transfer. En español, construir, operar, poseer, mantener y devolver el proyecto.
[42] Párrafo 2 de la página 8 del Acta 97 del 29 de abril de 2009

El 18 de marzo de 2010, una vez convocado a través de la página web de la Sociedad, el proceso con el cual se iniciaba la precalificación, la Sociedad recibió intención de participar en el proyecto por parte de las siguientes firmas:

1. China Three Gorges Corporation de China.
2. El Consorcio KEPCO, integrado por Korea Electric Power Corporation: Korea Hydro & Nuclear-Power Co.; Pasco Engineering & Construction; Lotte Engineering & Construction, SK Engineering & Construction y Daewo Engineering Company de Corea.
3. Construcoes e Comércio Camargo Corréa S.A. de Brasil
4 Centrales Eléctricas Brasileras S.A. ELECTROBRAS de Brasil.
5. Constructora Norberto Odebrecht S.A. de Brasil
6. Constructora Andrade Gutierrez S.A. de Brasil
7. Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P. de Colombia.

Terminado el proceso de precalificación de participantes para la subasta que buscaba adjudicar la construcción del proyecto Hidroituango, con la consecuente y natural expectativa entre los participantes, la Junta Directiva de la Sociedad en sesión de 9 de junio de 2010[43], un año después de la contratación del BNP-Paribas, decidió de manera unánime suspender el proceso de subasta (aun cuando para dicha fecha ya había gastado en desarrollo del mismo una suma de dinero superior a los 2287 millones de pesos[44]) y consolidar el proceso de negociación directa con EPM, para que este último fuera quien financiara, operara, mantuviera revirtiera después de un tiempo la central hidroeléctrica. Por lo anterior, se comunicó a la opinión pública la decisión de la Junta Directiva de la Sociedad y de sus accionistas mayoritarios, de dar por terminado dicho proceso.

En este punto, es importante anotar que desde el año 2002, tal y como puede observarse en las actas de junta directiva, se había considerado a EPM como un contratista potencial para desarrollar el proyecto, sin embargo, en dicha fecha EPM había manifestado resistencia a participar en el proyecto, toda vez que consideraba que el mismo podía generar un VPN negativo[45].

[43] Acta de Junta Directiva N°111 de la Sociedad del 9 de junio de 2010 (pág. 4). En la misma acta también se informa a la junta "(...) Zona Franca: se radicó la solicitud de zona franca en cabeza de Hidroituango en la Secretaría Técnica del Comité Técnico Intersectorial. Con relación al contrato de estabilidad jurídica informa que se tiene listo el contrato por parte de Hidroituango para su presentación, pero no se presenta aun por lo cuantioso y por considerar la Administración que se debe esperar a definir los resultados de la subasta o negociación para determinar en cabeza de quien se debe radicar".

[44] Ver Acta de Junta Directiva No 109

[45] Ver Acta de junta directiva de Hidroituango No 38 en donde se lee lo siguiente: “Finalmente, concluyeron los funcionarios de EPM:
El Proyecto Hidroelèctrico Pescadero Ituango no es viable económicamente bajo ninguno de los escenarios analizados. Todos arrojan un VPN negativo que oscila entre 290 y 630 millones de dólares que con respecto a la inversión representan valores de rentabilidad del orden del 20 al 42%.

De igual manera y si bien solo hasta 9 de junio de 2010, la Junta Directiva tomó la determinación de suspender el proceso de subasta, lo cierto es que desde principios de ese año[46] y ante las manifestaciones de los otros potenciales inversionistas interesados en desarrollar el proyecto mediante el contrato BOOMT de que pudiera existir inhabilidad o incompatibilidad de EPM para participar en el proceso de subasta, por contar con información privilegiada, la junta comenzó a estudiar la posibilidad de realizar la negociación de forma directa con EPM.

La gestión de negociación directa con EPM se documentó por las partes como se muestra a continuación:

Acuerdo de Voluntades

Como antecedente contractual se debe indicar que con fecha 4 de julio de 2010, se suscribió un primer documento denominado "Acuerdo de Voluntades"[47] entre EPM y la Sociedad; en el documento básicamente se establecieron los principios de negociación directa, la estructura financiera, y la metodología de trabajo de un eventual negocio a celebrarse entre ellos, vinculando a la firma Inverlink como facilitadora dentro del mismo. El documento fue suscrito por el Gerente General de la sociedad y el Gerente General de EPM; aparecen el presidente de la república de la época, el Gobernador de Antioquia, el Alcalde de Medellín y el Gerente General del IDEA como testigos.

Con fecha 11 de agosto de 2010, se suscribió un segundo acuerdo denominado "Acuerdo Marco"[48] entre el IDEA y EPM, ambos en calidad de accionistas de la Sociedad y quienes en conjunto representaban el 97.07%, del capital suscrito de ésta. El objeto de dicho acuerdo fue *"…establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual, EPM pueda financiar, construir, operar, mantener y restituir, la Hidroeléctrica Ituango, en lo concerniente a los compromisos y obligaciones que tanto IDEA como EPM asumen para concretar dicha estructura.*"

Dentro de las condiciones económicas que se establecieron en la cláusula tercera del Acuerdo Marco, se pactó, entre otras cosas, que se haría un pago de USD$205 millones a los accionistas diferentes a EPM, de los cuales USD$35 millones quedarían sujetos a la aprobación y reconocimiento para el proyecto de la condición de Zona Franca Permanente Especial. Adicionalmente, se estableció un plazo para el contrato BOOMT a celebrarse de cincuenta años, una Tasa Interna de Retorno

No se considera conveniente adelantar estudios complementarios que eliminen las incertidumbres ya que sus resultados no mejoran ostensiblemente los índices económicos"

[46] Ver actas de Junta Directiva de Hidroituango

[47] Ver Carpeta 2. Contrato BOOMT y actas de modificación bilateral, Subcarpeta ACUERDOS PREVIOS AL BOOMT IDEA GOBANT Y EPM 2010.

[48] Ibid

(TIR) esperada por la Sociedad de 11,70% expresada en términos de costo del patrimonio en dólares corrientes y así mismo, quedó estipulado que la estructura de apalancamiento promedio durante el plazo del contrato sería de 25% deuda y 75% capital patrimonio

Posteriormente, el 10 de septiembre de 2010 los accionistas mayoritarios de la Sociedad, el IDEA y EPM, celebraron un nuevo acuerdo cuyo objeto fue establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual, EPM directa o indirectamente a través de un vehículo diferente de la sociedad y bajo el control de EPM desarrollaría íntegramente el proyecto a través de un contrato BOOMT.

En la cláusula segunda de dicho acuerdo, quedó pactado que el IDEA y EPM propondrían y darían su voto favorable sobre los siguientes aspectos en la Sociedad:

• La escisión de una porción patrimonial asociada al proyecto.
• La celebración del contrato BOOMT entre la Sociedad y la sociedad que resultara de la escisión acordada en el punto anterior.
• La celebración entre el IDEA y EPM de un contrato de compraventa de la participación accionaria que llegara a tener en la beneficiaria, bajo determinadas condiciones que se establecerían en ese acuerdo y en los términos del artículo 1869 del Código Civil Colombiano que trata de la compraventa de cosa futura.

Los mencionados acuerdos fueron concretados mediante Acta de Junta Directiva No 118 del 24 de noviembre de 2010, así mismo, en dicha acta, Se considera que dada la triple condición de EPM como socio de Hidroituango, miembro de la junta y contratista del BOOMT, no debe tomar decisiones sobre la manera como va a realizar Hidroituango la supervisión.

No obstante lo anterior, de manera permanente, los representantes de EPM en la Junta Directiva, intervinieron en el sentido de influir en la manera como debía realizarse la estructuración administrativa y operativa de Hi, en el sentido de reducir el campo de acción de la sociedad en su rol de controlante.

En este punto es necesario recordar lo ocurrido con el Estudio PENTA. El mismo fue contratado por Hi, para que precisamente, en atención al Rol de Hidroituango en el contrato BOOMT estudiara la manera como debía estructurarse administrativa y Operativamente Hidroituango para cumplir con las funciones que contractualmente se le asignaban, en el Anexo 6.12.

Como resultado de dicho informe se sugiere una estructura y el uso de la Herramienta Business Intelligence. Sin embargo, presentado el informe la junta Directiva influida por los representantes de EPM, se consideró que debía realizarse de manera paralela y en atención a los Estatutos de Hi que le otorgaban a la junta la función de determinar la estructura administrativa de la sociedad un nuevo estudio

desde la Administración una estructura adecuada que tuviera en cuenta el hecho de que Hi no podía coadministrar.

De lo anterior, da cuenta el acta de junta directiva No 128 de 30 de noviembre de 2011, en la cual se presenta el Informe PENTA en comparación con la propuesta presentada por la Administración, sin embargo, se decide que sea la nueva Junta que iniciaría gestiones en 2012, la que decida la estructura administrativa necesaria.

En Dicha Acta textualmente se lee lo siguiente:

> Concluye el doctor Luis Guillermo Gómez que el B I suministra una información en tiempo real que no es la requerida por HI, por cuanto no la que se recibirá de EPM I no la tendrán en tiempo real y, de otro lado, su montaje implica tiempo y recursos económicos importantes. Penta expresa en su informe final que se debe tener una fase de transición para su implementación, que puede ser larga de acuerdo con el tipo de B I. Por lo anterior, la intranet y el tablero de mando elaborados por la Empresa, pueden suministrar la información suficiente que HI requiere para la verificación del Boomt y en su debida oportunidad.

(…)

> Continúa el doctor Ramírez con el análisis de los demás cargos y respectivos perfiles, para concluir con la propuesta de HI, sobre una planta de personal sin BI y sin tercerización, que tendría 23 cargos, a diferencia de la propuesta por Penta, que para el caso tendría 33 cargos. Con relación a los costos, la propuesta de Penta tendría un valor de $3.404'000.00 al año, y la propuesta por la Administración un valor de $2.632'000.000, en la que están incluidos los costos de dos (2) profesionales requeridos para las áreas técnica y financiera, y dos (2) auxiliares para gestión documental y mensajería, respectivamente. Lo anterior, como aparece en la presentación hecha por la Administración que se acompaña a la presente acta.
>
> El doctor Federico Restrepo recuerda que desde un principio se consideró que la estructura administrativa para HI debería ser lo más delgada posible.

Es así, como en el acta 131 de 25 de abril de 2012 se define la estructura administrativa de HI, en el numeral 8 y en Acta 134 de 31 de octubre de 2012, se aprueba el presupuesto de HI pero teniendo en cuenta la estructura que propone Jhon Maya, desechando la figura del bussines intelligence al considerar que la plataforma dispuesta por EPM era suficiente.

Sin embargo y después de presentarse los diferentes problemas explicados en este acápite, cuatro años después de elaborado el informe PENTA, en 2015, en acta 156 del 23 de septiembre de 2015, en proposiciones y varios numeral 2, el Gerente de la Sociedad propone que se retome como guía dicho estudio para determinar la estructura administrativa de la sociedad para atender las necesidades operativas y

administrativas en su rol, lo que es aprobado por los miembros de la JD. Sin embargo, solo hasta 2017, se retoma efectivamente el informe PENTA para ampliar los cargos para realizar las verificaciones propias del rol de Hi, de esto último dan cuenta las actas de Junta Directiva 170 de 7 de abril de 2017 y 171 de 22 de mayo de 2017.

Ahora bien, continuando con la narración cronológica del Contrato BOOMT, es de anotar que se presentó el resumen de la negociación y las características principales en el acta de Junta Directiva de Hidroituango 122 de 9 de marzo de 2011. Así mismo tal y como dan cuenta los anexos de las actas 121, 122 y 123, a los miembros de la Junta Directiva se les envió copia del clausulado con la redacción exacta del Contrato BOOMT.

En efecto, en la presentación que realiza Hidroituango del mismo, se lee en una de las diapositivas el Descargo de Responsabilidad, en los siguientes términos:

Descargo de Responsabilidad

Esta presentación solamente hace referencia a las generalidades del contrato BOOMT y fue elaborada con propósitos ilustrativos. El detalle del clausulado con la redacción exacta fue distribuido a todos los miembros de Junta con anterioridad para su análisis previo.

Precisado lo anterior, es de anotar que en la minuta del contrato BOOMT EPM consignó las siguientes declaraciones y, en contraposición a las mismas específicamente en el anexo 1.02(7) cronograma director, EPM acepta la versión definitiva del Programa General del Proyecto pero imponiendo las siguientes salvedades:

DECLARACIONES DE EPM	SALVEDADES DE EPM
iv) Ha obtenido toda la información y asesoría que ha considerado necesaria, apropiada y suficiente para efectos de la celebración y ejecución de los contratos del proyecto en donde participa;	No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto
vii) Ha obtenido, directamente o a través de sus accionistas (y estos le han comunicado o transferido), toda la información necesaria o apropiada en relación con los riesgos, contingencias	

y otras circunstancias que puedan influir o afectar el Proyecto o el cumplimiento de sus obligaciones bajo los contratos del proyecto y, directamente a través de sus accionistas, con la experiencia, solvencia, idoneidad y los conocimientos técnicos requeridos, necesarios o apropiados, para desarrollar y ejecutar el contrato y el proyecto de conformidad con experiencias y técnicas recientes, probadas e internacionalmente aceptadas:	
x) Como resultado de su propio análisis, ha determinado que el Proyecto es operativa, técnica y financieramente viable;	
xi) Conoce y está familiarizado con las condiciones prevalecientes en Colombia, incluyendo, aunque sin limitación, (a) las de seguridad del país, del Sitio y de los inmuebles del Proyecto; (b) la forma y la naturaleza del sitio, de los Inmuebles del Proyecto y de las zonas del trazado para las vías incluyendo (1) sus condiciones físicas, estacionales, climáticas y meteorológicas que predominan en el Sitio y en las zonas del trazado para las vías, y (2) su topografía y accesibilidad; (c) la hidrología imperante en el Río Cauca o en sus afluentes; y (d) la disponibilidad de mano de obra, condiciones sindicales, materiales, suministros de energía eléctrica, agua y demás recursos necesarios, así como los servicios disponibles de transporte y hospedaje;	El programa calculado, tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que falta por ejecutar. Todos estos compromisos actualmente los adelanta Hi bajo su responsabilidad, por lo tanto, todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por Hi, no se clasificarán como imputables a EPM. Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando clara la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control
xiii) Realiza las anteriores declaraciones con la intención de inducir a Hidroituango a celebrar este contarto o los Contratos del Proyecto en donde participa y, por lo tanto, reconoce que Hidroituango los celebra con fundamento en tales declaraciones.	

Haber consignado el contratista y permitido el contratante que se consignaran dichas salvedades, obró en perjuicio del proyecto y alteró la distribución de riesgos disminuyendo las responsabilidades de EPM perjudicando correlativamente a Hidroituango, quien, se recuera era el dueño del proyecto.

En este punto es preciso recordar que EPM en razón de los convenios marco suscritos con Hidroituango desde 2008[49], fungió como interventor y/o como consultor para realizar la totalidad de los términos de referencia de los contratos de diseños e infraestructura de vías y campamentos (ver entre otras Acta 80 de 19 de mayo de 2008), por lo que se encuentra probado para este Despacho que EPM contaba con la información suficiente respecto de los atrasos y las dificultades que presentaban dichas obras, por lo que al consagrar dichas salvedades, la obligación típica de resultado propia de los contratos de obra[50], terminó convirtiéndose en una obligación de medio, en la que permanentemente EPM intentaba cumplir con las fechas programadas pero no se comprometía a hacerlo, como se verá más adelante.

Sociedad EPM Ituango S.A. E.S.P

En septiembre de 2010, mediante acta No 116, la Junta Directiva de Hidroituango aprueba por unanimidad el proyecto de escisión para crear una sociedad espejo, decisión que es aprobada en octubre de 2010 por la Asamblea General de Accionistas. En dicha sociedad "espejo" los accionistas de la Sociedad Hidroituango tenían el mismo porcentaje de participación que en ésta. En el Acta de la reunión extraordinaria Asamblea General de Accionistas N°24 de 27 de octubre de 2010, se expresó lo siguiente:

"(…) Se *escinde la porción del patrimonio de Hidroituango (sociedad escindente) asociada a la ejecución del proyecto y se transfiere en bloque a EPM Ituango S.A. E. S. P. Sociedad beneficiaria. Hidroituango como propietaria del proyecto mantiene la propiedad de la licencia ambiental, los predios necesarios para la ejecución del proyecto y los activos necesarios para el funcionamiento de la sociedad..."*

[49] Carpeta principal 65/FOLIO13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/recibida/Respuesta_1

[50] Cabe recordar que dado que el Contrato BOOMT incluye dentro de sus prestaciones, la de construcción de una obra, sobre el particular, resulta pertinente recordar lo sostenido por el Consejo de Estado sobre este particular, en los siguientes términos: "La caracterización del contrato de obra pública comporta como regla general una obligación de resultado del contratista y su responsabilidad y el riesgo por el álea normal en la realización de la obra completa. Desde ese punto de vista, el objeto acordado no se limita a un trabajo o actividad del contratista, sino a la obtención de un resultado querido por la entidad estatal y pactado en el contrato" *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ.Bogota, D.C., cinco* (5) *de septiembre de dos mil dieciocho (2018),Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386)*

La junta resolvió aprobar la escisión de Hidroituango S.A. E.S.P y crear un Vehículo de Propósito Especial — SPV, por sus siglas en Ingles, denominado EPM Ituango. En los documentos que soportan los antecedentes y anexos de la citada acta[51] se informó a la junta lo siguiente: *"se ha cumplido con todo el proceso para las respectivas autorizaciones de licencia ambiental, declaratoria de utilidad pública, factibilidad técnica y financiera e inscripción en el plan de expansión nacional con compromisos reales de ENFICC para el año 2018" (subrayado* fuera de texto).

En la misma junta, se analizaron dos opciones de esquemas de ejecución del proyecto: una directa en la cual la Sociedad lograba la financiación y contrataba y una indirecta que consistía en que EPM ejecutaba el proyecto a través de un vehículo de propósito especial SPV[52] (Contratista — Sociedad Beneficiaria); con el objetivo de buscar ventajas de carácter económico para la sociedad y sus accionistas, como son recursos adicionales de financiamiento, aplicación de zona franca, beneficios de estabilidad jurídica del contrato Nación-EPM, recuperación inmediata de lo ya invertido y transferencia de riesgos; tal y como se presentó en la junta citada previamente.

El efecto de la escisión y creación del SPV (EPM Ituango), quedó confirmada en el Acta de Junta Directiva del 24 de noviembre de 2010, con lo siguiente: "(...) *Se tomó entonces la decisión de que la contratación que requiere el proyecto la adelantara Hl y que, una vez formalizados los contrato del BOOMT, los contratos se trasladarán o cederán a EPM Ituango. (...)".*

La autorización de la Asamblea de Accionistas, respecto de la creación del SPV (EPM Ituango), se materializó una vez surtidos los trámites de publicación necesarios para la escisión, mediante escritura pública N° 893 del 23 de marzo de 2011. La sociedad escindida tenía naturaleza de sociedad comercial del tipo anónima, constituida como empresa de servicios públicos con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal y se denominó EPM Ituango S.A. E.S.P. En la escritura se consignó: *"f) la Sociedad Escindente (HI) cuenta con los diseños técnicos y los análisis económicos favorables para adelantar la construcción y operación del proyecto Hidroeléctrico...)"(*subrayado fuera de texto).

Simultáneamente se inició el proceso contractual para la construcción de los túneles de desvío del Río Cauca, acuerdo de Junta Directiva 008 del 29 de septiembre de 2010.

CONTRATO BOOMT

[51] Que Posteriormente sería EPM Ituango
[52] Acta de reunión extraordinaria Asamblea General de Accionistas N°. 24 de fecha 27 de octubre de 2010 (página 90)

Una vez constituida legalmente la nueva sociedad, el proceso de contratación directa concluyó el 30 de marzo de 2011 con la firma del contrato BOOMT entre la Sociedad, en calidad de contratante y la recientemente creada EPM Ituango, en calidad de contratista.

En el desarrollo del contrato se definió que la explotación comercial sería al menos por un lapso de 50 años, y que finalizado este término EPM Ituango debería restituir los terrenos y transferir los demás bienes del proyecto a la Sociedad EPM Ituango como vehículo financiero y con el respaldo técnico de EPM, asumió el compromiso de **hacer las inversiones necesarias para la financiación, construcción, operación, mantenimiento y la entrada en operación comercial de la central hidroeléctrica**, que acogía las siguientes proyecciones:

• Entrada en funcionamiento en el año 2018.
• Valor del proyecto calculado en USD$ 3.049 millones.

Mediante la matriz de riesgos del contrato se delimitaron las responsabilidades tanto para la Sociedad como para EPM. Allí, las partes acordaron la distribución y asignación de los riesgos inherentes a las diferentes fases de la ejecución del contrato, de manera que los efectos económicos de los riesgos que se materialicen durante las diferentes etapas de construcción del proyecto, sean asumidos por cada parte dependiendo del área de riesgo asignada, es decir**, si son responsabilidad de la Sociedad serán cargados como mayor valor del proyecto, pero si son responsabilidad de EPM, ésta última deberá asumir los mayores costos, gastos e indemnizaciones que correspondan**.

También se estableció respecto a los riesgos no identificados en la citada matriz lo siguiente:

"Los efectos económicos que ocasione cualquier riesgo no identificado a la fecha de firma del contrato, no asignado en la matriz de riesgos y que se materialice durante la etapa de construcción, serán cargados como un mayor valor del proyecto, para efectos del cálculo de la remuneración establecido en la cláusula 2.04 (V, salvo que en este contrato el riesgo haya sido asumido de manera expresa por el contratista".

Así mismo, se fijó como procedimiento en el caso de una divergencia, que en el evento en que entre las partes se presente una discrepancia respecto de la cual de las partes corresponde asumir el riesgo, "(..) ***cualquiera de ellas podrá llevar esta diferencia a los mecanismos de solución de disputas del CAPITULO VIII de este Contrato. (…)"*** es decir, se hará efectiva la cláusula compromisoria del contrato.

Los riesgos del proyecto se definieron en tres etapas: (i) riesgos de la etapa de construcción, (ii) riesgos comunes a la construcción y a la operación y (iii) riesgos

asociados a la operación. Se identificaron en total 31 riesgos, los cuales se organizaron en 15 áreas de riesgo, los cuales se presentan en el anexo 1.

Otro aspecto relevante del contrato BOOMT lo constituyen los hitos o actividades importantes que debían ser cumplidos en las oportunidades previstas, como se muestra en la tabla siguiente:

Tabla 2. Hitos del Contrato BOOMT

HITO	FECHA INICIAL
Hito 1: Es la desviación del río Cauca	A más tardar 15 de enero de 2013
Hito 2: Es la terminación de la construcción de la Ataguía en Rolled Compact Concreté (RCC).	A más tardar 13 de agosto de 2013
Hito 3: es la terminación de la excavación de la Caverna de la Casa de Máquinas hasta las galerías de barras 4 a 1	A más tardar 16 de abril de 2014
Hito 4: Es el inicio de los concretos en la sala de montajes concretos primarios Unidades 4 a 1 y concretos para la vía gruas para las Unidades 4 a 1	A más tardar 20 de julio de 2014
Hito 5: Es el inicio del montaje de la Unidad 4.	A más tardar el 12 de noviembre de 2015
Hito 6: Es la construcción de la presa hasta la cota 320	A más tardar el 11 de enero de 2016
Hito 7: Es el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse	A más tardar el 1 de marzo de 2018
Hito 8: Es la entrada en operación Comercial de la Unidad 4	A más tardar el 27 de septiembre de 2018
Hito 9: Es la entrada en Operación comercial de la Unidad 1	Ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2019
Hito 10: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 8	A más tardar el 24 de junio de 2022

La fecha final de los hitos fue modificada en diferentes Actas de Modificación Bilateral al contrato BOOMT[53], algunas de las cuales se explicarán más adelante.

[53] Ver Actas de Modificación Bilateral en Carpeta 2. Contrato BOOMT y actas de modificación bilateral, Subcarpeta BOOMT CON ANEXOS Y MODIFICACIONES, Subcarpeta AMBs

El contrato BOOMT también estableció un capítulo de **características inmodificables de las obras principales del proyecto**, las cuales al igual que los hitos también fueron modificados a lo largo del contrato, mediante Actas de Modificación Bilateral, se modificaron aspectos sustanciales del contrato, así como las fechas de entrega de los hitos pactados que cambiaron significativamente los tiempos de ejecución del proyecto.

Después de suscrito el contrato BOOMT, 30 de marzo de 2011, mediante Contrato CT- 2011-000001 del 30 de abril de 2011, celebrado entre EPM Ituango y EPM, con fecha de inicio 13 de mayo de 2011, se acordaron las actividades para gerenciar el proyecto durante la construcción de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango. Este contrato de mandato general con representación, se firmó con el objeto específico de gerenciar por parte de EPM el contrato que se había suscrito entre la Sociedad y EPM Ituango.

El 7 de febrero de 2013, se firma el contrato de venta de activos por parte de EPM Ituango a EPM, el que incluía todos los activos asociados al proyecto Ituango con los que se venía ejecutando el contrato BOOMT. En relación con el alcance, *se* estableció que en contraprestación de los servicios que EPM le prestaba a EPM Ituango, se incluían los conceptos de arrendamiento de infraestructura, locación y mobiliario, equipos de cómputo, bienes y servicios necesarios directa e indirectamente para el desarrollo de las actividades, y servicios de tecnología, y se pagó hasta la fecha de terminación del contrato un valor de $30.486.635.624, con base en las siguientes actividades:

• EPM se obligó a ejecutar todos los actos necesarios para garantizar que EPM Ituango pueda cumplir con las obligaciones que se derivan de su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios con capital mayoritariamente público.
• La gerencia del proyecto comprendía el ejercicio de acciones para la gestión, construcción, puesta en marcha, operación y mantenimiento por el mismo plazo del contrato BOOMT.

Para esta época, también se confirma que la gestión de consecución de la zona franca, iniciada desde 2009 por la Sociedad, ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, no fue exitosa, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, resolvió el recurso interpuesto ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por EPM Ituango y procedió, mediante Resolución N° 005 de 19 de diciembre de 2012, a confirmar la decisión de negación de la solicitud de zona franca.

Usufructo de Acciones

Después de la negativa de aprobación de Zona Franca Especial para el proyecto Hidroeléctrico Ituango, se suscribió con fecha 2 de enero de 2013, un contrato denominado de "Usufructo de Acciones", entre el IDEA (Usufructuante) y EPM (Usufructuario o beneficiario) ambos en calidad de accionistas de la Sociedad

Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., por medio del cual, EPM propietaria del 46.33% de las acciones, adquiere los derechos políticos de IDEA, quedando entonces EPM como usufructuario con el 97.07% para la toma de decisiones, únicamente en los siguientes asuntos:

• La Cesión del contrato BOOMT a favor de EPM y demás contratos, derechos y obligaciones asociados a la ejecución del Contrato.
• Autorización a la Junta Directiva de la Sociedad para que se acondicionara formalmente el BOOMT a EPM.
• Renuncia de las acciones legales por la negativa de zona franca.
• Incorporación de la inversión social adicional como costo de la inversión del proyecto.
• Incorporación del reconocimiento de USD$35 millones, a los accionistas de la Sociedad diferentes de EPM como costo de inversión del proyecto.
• Autorización para modificar estatutos de EPM Ituango, en especial en lo que se refiere al objeto, denominación social y disolución (literal K) del artículo 48.

Es decir que, el usufructo no solamente estaba limitado al ejercicio de derechos políticos del usufructuante como accionista de la Sociedad, sino que dentro de dicho ejercicio también se limitó a actividades o acciones específicas. Así mismo se pactó que, por concepto de dicho contrato de usufructo, el usufructuario EPM, pagaría al usufructuante IDEA, como contraprestación económica, la suma de USD$33 millones.

Así las cosas, el contrato de usufructo, suscrito entre los accionistas mayoritarios de la Sociedad, otorgó ventajas mutuas para ellos, pues, de una parte, el usufructuante recibió una contraprestación económica y por la otra, el usufructuario tuvo la capacidad de decisión, derecho a voto, sobre el 97.07% de las acciones de la Sociedad. Todo esto se traduce, en que EPM al consolidar la mayoría accionaria, podía tomar, y de hecho tomó, las decisiones autorizadas por el contrato de manera unilateral.

Las decisiones que previamente se habían pactado tomar mediante el denominado contrato de "Usufructo de Acciones", fueron acordadas en Asamblea General de Accionistas de EPM Ituango[54], en la cual se aprobó la propuesta de cesión del contrato BOOMT por parte de EPM Ituango a EPM, medida sustentada, entre otros, en la disminución de los impactos negativos surgidos al no haberse conseguido la declaración de zona franca para el proyecto, con la posibilidad de amparar el proyecto con los beneficios del contrato de estabilidad jurídica - CEJ[55], celebrado por EPM con la Nación para el proyecto Porce III.

[54] Acta N°29 del 11 de enero de 2013
[55] Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia se establecieron mediante Ley 963 de 2005, esta norma fue posteriormente derogada-por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012. La estabilidad jurídica hace referencia a la-garantía que la nación otorga al inversionista de que se continuará aplicando esa normatividad por el término de duración del contrato, que para el caso de Porce III era de veinte años.

Cesión del BOOMT EPM Contratista

Finalmente, la cesión del contrato BOOMT a favor de EPM fue protocolizada mediante Acta del 19 de enero de 2013[56], y es así como EPM adquiere la condición de contratista del mencionado contrato BOOMT con todas las obligaciones y derechos estipulados en él y en los demás contratos y activos asociados al proyecto.

Una consecuencia de la cesión contractual del BOOMT a EPM fue la disolución de EPM Ituango por la terminación de su objeto social o extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto, lo que a su vez se traduce en que EPM será el único responsable de la construcción, operación, mantenimiento, explotación y comercialización de la central hidroeléctrica del proyecto y su transferencia a la Sociedad al final del periodo establecido para recuperar la inversión con la rentabilidad acordada.

La incorporación del contrato BOOMT al CEJ de EPM, representó una variación importante en las condiciones pactadas respecto del cálculo de la remuneración para las partes, tal y como quedó consignada en el Acta de Modificación Bilateral N°4 (sin fecha) suscrita entre EPM y la Sociedad. Es decir, que para el cálculo de la remuneración a la Sociedad Hidroituango *se* debe tener presente que el valor a incluir como beneficio en el cálculo del Flujo de Caja Libre Desapalancado del Proyecto es neto luego de restar el impacto de la reversión del crédito mercantil tal como se encuentra consignado en el contrato BOOMT, acorde con la modificación descrita en la cláusula tercera del AMB N°4.

Como ya se mencionó, al asumir EPM la calidad de contratista del BOOMT recibió de EPM Ituango, como parte de la cesión, los contratos suscritos por esa empresa y los que había recibido de la Sociedad Hidroituango al momento de firmar el BOOMT, algunos de estos contratos ya se han citado en párrafos anteriores. Para continuar con el proceso de construcción se dio inicio a la contratación de obras principales; aunque EPM es el contratista del contrato BOOMT, el esquema de ejecución contractual utilizado para el proyecto no fue solamente ejecutado por EPM, toda vez que este podía subcontratar la ejecución parcial de las obligaciones relacionadas con la construcción, operación y mantenimiento del proyecto, aplicando en todo caso el criterio de términos de mercado.

[56] Acta de cesión del contrato "tipo BOOMT suscrito entre Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y EPM Ituango S.A. E.S.P a favor de Empresas Públicas de Medellín ES.P.- en la cual EPM Ituango cede su posición contractual como contratista en el contrato BOOMT a favor de EPM, en consecuencia EPM (luengo S.A: E.S.P. cede a favor de EPM todas las obligaciones y derechos adquiridos en el contrato BOOMT y demás contratos que hacen parte del proyecto, por tanto EPM adquiere la calidad de contratista en el contrato BOOMT, en el cual la Sociedad es el contratante. EPM debió reconocer a EPM Ituango por la cesión de la posición contractual una suma equivalente a $18.519.893.719.

Los primeros contratos firmados fueron los de interventoría y asesoría técnica, los cuales actualmente siguen en ejecución: el contrato CT-2011-000008 Consorcio Ingetec — Sedic.

Con el objeto de prestar los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles y el montaje de los equipos electromecánicos del proyecto y el contrato CT-2011- 000009, suscrito con Consorcio Generación Ituango S.A. (conformado por las firmas Integral S.A. y Solingral S.A.) para la prestación de los servicios de asesoría durante la construcción de las obras principales y equipos electromecánicos del proyecto, se identificaron 64 contratos de subcontratistas de este consorcio.

Los contratos con más relevancia y valor celebrados por EPM en representación de EPM Ituango y en calidad de contratista, luego de la cesión contractual del BOOMT en 2013, para la ejecución del proyecto fueron los siguientes:

Tabla 3. Principales Contratos realizados por EPM para el proyecto

NÚMERO	CONTRATISTA	OBJETO
CT-201.1-000014	Consorcio Ferrovial Agroman-Sainc Ingenieros Constructores	Construcción de los túneles de desviación, túnel de acceso y las galerías
CT-2012-000036	Consorcio CCC Ituango	Construcción de la presa, central y obras asociadas del proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango
CT-2012-000039	Alstom Energías Renovávers LTDA	Compraventa y Prestación de Servicios de Turbinas. Generadores y Equipos Asociados del Proyecto Hidroeléctrico Ituango
CT-I-2013-000001	Consorcio Mispe Ituango	Construcción de la vía entre Puerto Valdivia y el sitio de presa del Proyecto Hidroeléctrico Ituango
CT-2013-000338	ATB RIVA CALZONI S.P.A	Compraventa y prestación de servicios de compuertas para la desviación, aducción y túneles de aspiración del Proyecto Hidroeléctrico Ituango
CT-2013-001681	SIEMENS TRANSFORMER (GUANZHOU) Co. Ltd	Compraventa y Prestación de Ser-Vicios dé 25 transformadores y equipos asociados del Proyecto Hidroeléctrico Ituango
CT-2013-002190	Consorcio CMI (Cedido por GRODCO S.A.)	Mantenimiento y mejoramiento de las vías en la zona de influencia directa-e indirecta-del Proyecto

		Hidroeléctrico Ituango, construcción del Túnel Chirí y el Puente Orejón
CT-2014-000507	ATB RIVA CALZONI S.P.A.	Compraventa y prestación de servicios -de 8 conjuntos de blindajes de acero para los túneles inferiores del Proyecto Hidroeléctrico Ituango
CT-2014-000508	IMPSA	Compraventa y -prestación de servicios de compuertas para el vertedero, la descarga intermedia y las puertas estancas del Proyecto Hidroeléctrico Ituango. (Terminado anticipadamente)
CT-2015-001738	ATB-RIVACALZONI S.P.A	Compraventa y prestación de servicios de Rejas -coladerapsa-craadpat ación y compuertas para la descarga de fondo
CT-2015-002754	ATB RIVA CALZONI S.P.A	Compraventa y prestación de servicios de compuertas para el vertedero, la descarga intermedia y las puertas estancas del Proyecto Hidroeléctrico Ituango. (Equipos del CT-2014-000508 terminado

Inicio de Obras

Para este momento del proyecto, en el que EPM asumía las responsabilidades como contratista, tal vez uno de los contratos más críticos y trascendentales era el de "Construcción de los-túneles-de desviación túnel de acceso y las galerías de construcción de la casa de máquinas del proyecto Hidroeléctrico Ituango", que garantizarían el cumplimiento del Hito 1, "Desviación del Rio Cauca", con lo que se daría vía libre al inicio de las obras como la presa.

De acuerdo con el cronograma director, el desvío del Rio estaba programado para que ocurriera a más tardar el 15 de enero de 2013, fecha estipulada en el numeral 3.3[57] del anexo 6.12[58] del contrato BOOMT, como el Hito contractual 1.

[57] Cronograma, costos e hitos del proyecto.
[58] Mecanismos de supervisión, coordinación, control y vigilancia del contrato tipo BOOMT por parte de la Sociedad.

El proceso de contratación de estas obras fue iniciado por la Sociedad en 2010[59] y culminado por EPM en nombre de EPM Ituango por el contrato de mandato y representación: se recibieron para evaluación por parte de la Sociedad 13 ofertas, entre ellas, la del Consorcio Túneles Ituango FS, que en el resultado final de ponderación de las ofertas fue el ganador con un puntaje de 100 sobre 100 y un valor de la oferta por $141.981 millones.

Es de resaltar que desde la aprobación del inicio de la contratación por parte de la Junta Directiva de la Sociedad (29 de septiembre de 2010), hasta la firma del acta de inicio anticipado de obras (11 de agosto de 2011) transcurrieron cerca de 11 meses.

En este punto, y dado que, revisado el material probatorio obrante en el plenario, se tiene que en múltiples ocasiones se aduce entre las diferentes causas que generaron atrasos en el proyecto y que impidieron que la desviación del Río pudiera realizarse en la fecha programada para 2013, es el hecho de que Hidroituango no hubiera adjudicado y suscrito el contrato con CTIFS, resulta pertinente analizar las causas por las cuales no se adjudicó este contrato en tiempo.

Teniendo en cuenta que el Hito que seguía al desarrollo de las vías era la desviación del Río Cauca y que para efectos de poder entrar en operación en la fecha en la cual Hidroituango se había comprometido, es decir, en las estivas de 2013, el paso que seguía era el de realizar los trámites necesarios para licitar, adjudicar y suscribir dicho contrato.

En primer término, le correspondía a Hi, conseguir los recursos para financiar la excavación de los túneles de desviación. Por lo anterior, en Acta 110 de 5 de mayo de 2011, se autoriza el inicio de los trámites de endeudamiento para tal fin.

En este punto, cabe recordar tal y como se explicó líneas atrás, en la misma acta, se acordó que se siguiera con los trámites de negociación directa con EPM, y posteriormente en acta 111 de 9 de junio de 2010 se suspendió el proceso de Subasta.

En consecuencia, con lo anterior, en acta 114 de la junta Directiva de Hi de fecha 25 de agosto de 2010, se informa sobre las gestiones realizadas por la administración de Hi para el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación. Teniendo en cuenta que finalmente quien va a realizar el trabajo de los túneles es EPM, se decide que tanto los trámites de endeudamiento como los trámites de la licitación se realizaran de forma integrada los equipos de EPM y Hi.

[59] Proceso contractual autorizado por la Junta Directiva de la Sociedad. mediante Acta N°116 del 29 de septiembre de 2010

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez sobre las gestiones realizadas por la Administración con Bancolombia para obtener el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación, por valor de trescientos millones de dólares (USD 300'000.000).

El doctor Federico Restrepo expresa que EPM podría otorgar el aval que se requiere para ese endeudamiento, que no necesariamente debería ser con Bancolombia, ya que se tienen otras fuentes muy favorables. Pero, bajo la consideración que ellos adelantarán el proyecto, EPM requiere tener participación en ese proceso de negociación y por ello consideran que el equipo financiero de HI se debe acompañar con el equipo de Gestión de Capitales de EPM para el trámite de endeudamiento.

Señala el doctor Álvaro Vásquez que teniendo en cuenta las posibilidades que da la importancia financiera de EPM y los beneficios de su presencia en el mercado, comparte lo expresado por el doctor Restrepo para que se efectúe un trabajo conjunto entre los equipos financieros de las dos entidades.

Finalmente, agrega el doctor Juan Felipe Gaviria, teniendo en cuenta que quien en última instancia va a realizar el trabajo de las obras de los túneles de desviación es EPM, se debe considerar si ese proceso lo debe hacer esta entidad directamente, consultando los mecanismos jurídicos que se requieran para el efecto.

Por ello, aporta el doctor Jesús Arturo Aristizabal, se debe buscar la forma para que EPM asuma de una vez el proyecto. Complementa señalando que la contratación del endeudamiento por HI no sería fácil, por cuanto no tiene la calificación de riesgo que se requiere y debería hacer todo el trámite para obtenerla.

En consecuencia, la gestión de endeudamiento y el proceso de licitación para los túneles de desviación, se realizará de forma integrada entre los respectivos equipos de HI y EPM.

Acta 116 de 29 de septiembre de 2010

El doctor Luis Guillermo Gómez manifiesta que se ha recibido de parte de EPM, en las respectivas mesas de trabajo, la solicitud de que sea Hidroituango la que inicie el proceso de licitación para la construcción de los túneles de desviación y así poder cumplir con los cronogramas. Del mismo modo, para que HI abra la licitación de la interventoría para toda la construcción del proyecto y para que se contrate la Asesoría durante la Construcción, con los diseñadores de las Obras Principales. Por esta razón se ponen a consideración de la Junta estos temas, con el fin de que se otorgue su autorización para iniciar los procesos correspondientes. Igualmente, para que sean aprobados los respectivos CDPs y las vigencias futuras.

El doctor Juan Felipe Gaviria pregunta si esas licitaciones las debe iniciar Hi o EPM, si esos temas pasarán a la beneficiaria directamente o las puede emprender EPM, o si se deben decidir conjuntamente entre EPM y HI?.

El doctor Juan Gonzalo Álvarez expresa que, como lo afirmó el doctor Gómez, en las mesas de trabajo se determinó que HI debe iniciar los procesos de contratación que se traen a consideración de la Junta, por cuanto en las actuales circunstancias jurídicamente no puede EPM iniciar o adelantar procesos de contratación del proyecto, que aún se encuentra en cabeza de Hidroituango. Todo esto ha sido conciliado en esas mesas de trabajo. Agrega que posteriormente esos contratos se cederán a EPM.

(…)

El doctor Wilson Vélez informa que para que HI pueda iniciar esos procesos de contratación requiere de recursos que no tiene para aprobar el CDP - alrededor de trescientos millones de dólares (USD300'000.000) - y recuerda que se ha logrado con Bancolombia una carta de aceptación de un cupo de endeudamiento por ese valor. Se requiere la aprobación de la Junta de las vigencias futuras, con base en ese cupo de endeudamiento con Bancolombia.

Expresa el doctor Juan Felipe Gaviria que le preocupa que las decisiones que se tomen sobre estos temas lleguen a entrabar el proceso, por cuanto EPM no ha tomado las decisiones finales sobre la forma de cómo hacer el endeudamiento y no se quiere que esa aprobación llegue a condicionar a la sociedad vehículo, o a EPM, sobre la forma de tomarlo.

(…)

En ese orden de ideas, y puestos a su consideración por el señor Presidente la iniciación del proceso licitatorio de los túneles de desviación, para la interventoría de la construcción de las Obras Principales y el contrato de asesoría de los diseñadores, segunda etapa de la licitación para el Diseño de las Obras Principales, la Junta aprueba por unanimidad los tres procesos de contratación, al igual que la autorización de vigencias futuras solicitada por la administración para la expedición de los respectivos CDPs.

Cabe anotar que de conformidad con el Acta 117 de 27 de octubre de 2010, se precisa que para efectos de la Suscripción del Contrato BOOMT y antes de que inicie el contrato de construcción de los túneles, se debe contar con la póliza que cubra diferentes riesgos, pero para ello Hi debe comprometer vigencias futuras.

Informa el doctor Juan Gonzalo Álvarez, Gerente de Estructuración Financiera de HI que para adelantar esta póliza, y la de terrorismo, la empresa requiere comprometer vigencias futuras y, por consiguiente, debe definir la fuente de este contrato. A pesar de que este contrato no lo va a realizar HI, sino el contratista del BOOMT, EPM Ituango, para la firma del contrato BOOMT se deben tener cubiertos estos riesgos y, por consiguiente, tener a finales de año su definición, antes del inicio de la construcción de los túneles de desviación, de conformidad con la presentación que hace a los miembros de Junta, que se anexa a la presente acta.

En el mismo sentido, el Acta 119 de 22 de diciembre de 2010 se refiere a la mesa de trabajo entre EPM e HI. Explica que el proceso de consecución de la póliza que va a cubrir el proyecto es ruta crítica toda vez que debe estar lista para cuando se adjudique el contrato de construcción de los túneles de desviación.

Mesa de riesgos y seguros:
Informó el doctor Álvarez que se presentaron seis (6) ofertas de reaseguradores para la póliza de todo riesgo y construcción, cuatro (4) para la de responsabilidad civil y seis (6) para la de terrorismo. Se realizó una reunión con EPM, JLT y De Lima y se solicitarán ajustes a esas cotizaciones. Agrega que se buscará que Munchen Re asuma el liderazgo del reaseguro. Agrega que también se llegó a una decisión sobre los límites de aseguramiento y en las próximas dos semanas se remitirán a los interesados para tener propuestas definitivas. Una vez se tengan los términos definitivos de la contratación de la póliza, se traerán a la Junta Directiva para que sus miembros conozcan los niveles de aseguramiento que se tendrán. Esta labor se está adelantando de forma mancomunada con EPM. Expresa que este proceso se vuelve ruta crítica por cuanto se requiere que la póliza esté lista para cuando se adjudique la construcción de los túneles de desviación.

Finalmente, el contrato BOOMT se suscribe en Marzo de 2011 entre Hi y EPM Ituango.

Sin embargo, en razón de los trámites administrativos que supuso el hecho de que el contrato fuera adjudicado por EPM Ituango, el contrato de construcción de los túneles solo pudo iniciar en Agosto de 2011, tal y como da cuenta el Acta 127 de 28 de septiembre de 2011.

Túneles de desviación y acceso del proyecto Consorcio colombo chileno integrado por Ferrovial Agroman S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A. Ya se firmó el contrato que tiene un plazo de ejecución de seiscientos diez (610) días calendario (20 meses) y un costo de ciento cuarenta y dos mil millones de pesos ($142.000'000.000). Aclara el doctor Luis Javier Vélez que esté contrato que estaba previsto para inicios de mayo de este año empezó a mediados, en razón de las audiencias públicas, conceptos, etc., se desplazó el inició de este contrato que comenzó a mediados de agosto y, de la forma cómo está proyectado el cronograma de ese contrato, se estaría llegando en abril y, teniendo en cuenta que la fecha de cumplimiento es la de enero, se le solicitó al contratista un programa de recuperación para mantener la fecha en enero. Considera que es viable, pero se debe incrementar .el presupuesto. Con relación al desplazamiento de la maquinaria, explica que el contrato prevé un término de treinta (30) días para la movilización de equipos del contratista

Finalmente, el contrato termina siendo adjudicado por EPM Ituango el 28 de junio de 2011 y se le da orden de inicio anticipada el día 16 de agosto de 2011[60].

Como conclusión de lo anterior, se tienen entonces que este contrato no fue adjudicado en tiempo por cuanto de un lado suponía que Hi comprometiera vigencias futuras para poder comprar la póliza que amparara los riesgos de una operación tan delicada como lo era la desviación del río Cauca situación que era complicada en atención a que con ocasión de la suscripción del contrato BOOMT el contrato en últimas iba a ser adjudicado a EPM Ituango, así mismo, el contrato tuvo demoras por cuanto para su adjudicación debieron adelantarse los trámites contractuales propios de EPM Ituango y por cuanto aún en la fecha en que se dio la orden de inicio anticipada, tal y como se explicó líneas atrás, no se contaba con el acceso efectivo a través de las vías que llevaban al puntos donde debían iniciarse las obras.

El inicio tardío de este contrato, llevó a que para efectos de cumplir el cronograma y desde su inicio, se le solicitara al contratista un **Programa de recuperación, que supuso incrementar el presupuesto.**

Así mismo, generó desde el principio controversia con el contratista en lo que se refiere al cronograma de las obras, de lo cual dan cuenta las siguientes actas del comité de seguimiento al contrato BOOMT:

Acta 8 Comité de seguimiento 20 de diciembre de 2011:

60 Ver orden de inicio anticipada en: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Contractual

El contratista entregó cronograma, se está revisando por parte de la interventoría y EPM Ituango. Se informó que este programa todavía no es el definitivo. Se están revisando algunos asuntos contractuales que influyen en el cronograma.

Específicamente el contratista argumenta que las fechas a considerar en el programa de trabajo deben ser las fechas de entrega efectiva en condiciones operacionales de las vías industriales y los depósitos de los distintos frentes de obra.

Acta 9 comité de seguimiento 24 de enero de 2012

Se han presentado algunas dificultades con el contratista Ferrovial – Agroman y se están analizando las diferentes opciones buscando soluciones que beneficien la marcha del proyecto.

Se están buscando alternativas para el cumplimiento hitos (desviación rio) y si en todo caso se dan retrasos en el hito, no se afecte la entrada de operación del proyecto.

El plazo inicial del contrato fue de 610 días, que se ampliaron a 823 a través de las actas de modificación bilateral, mismo mecanismo mediante el cual se aprobó el pago de obras ordinarias, extras y adicionales y la modificación de los diseños originales. Los hitos contractuales igualmente fueron modificados en dos ocasiones, siendo eliminados en la AMB N°5 de octubre de 2013, así:

• AMB N°3 del 16 de abril de 2013, en la que se prórroga el plazo en 132 días calendario, contados a partir del 17 de abril de 2013 quedando como nueva fecha de terminación el 26 de agosto de 2013.

• Adicionalmente, en esa misma AMB N°3, se reemplazan los tres primeros hitos por uno solo, el cual denominan "Terminación de todas las obras, objeto del contrato, necesarias para la desviación del río Cauca", al cual le determinan una fecha límite de cumplimiento del 31 de julio de 2013.

• Posteriormente, el 8 de octubre de 2013 suscriben el AMB N°5 a través de la cual nuevamente prorrogan el plazo del contrato, estableciendo como fecha de terminación el 15 de noviembre de 2013. Adicionalmente se elimina el hito establecido en el AMB N°3 y se llega a un acuerdo respecto de las cantidades y precios unitarios para la ejecución de obras extras relacionadas con el suministro e instalación de las tuberías del sistema de aireación para las estructuras de cierre de los túneles de desviación.

En esa misma acta adicionan el valor del contrato.
Respecto de la ejecución del contrato, cabe anotar que se presentaron desde el principio atrasos atribuibles al contratista, de los cuales dan cuenta los informes de interventoría[61]. En efecto, desde el primer informe de septiembre de 2011, se cuestiona la diligencia del contratista, en los siguientes términos:

> Si bien en el inicio de actividades de construcción en un contrato como el referido se presentan dificultades y bajos rendimientos, se observa que falta una mayor diligencia del Contratista, en la planeación, organización, y obtención de recursos (personal, equipo, materiales) para acometer los trabajos encomendados. En tal sentido el Contratista no ha presentado un programa de trabajo ajustado a los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, presentó tardanzas en la consecución del personal básico, no dispone en la obra de un equipo que le permita habilitar las actividades iniciales de manera paralela, no **ha presentado el diseño de los campamentos e instalaciones industriales**, y no ha presentado la metodología de trabajo para la ejecución de estas actividades iniciales.

Esta conducta por parte del contratista se mantiene a través del tiempo y se va haciendo cada vez más profunda, tanto que en el noveno informe de interventoría, se presenta una gráfica que evidencia la magnitud del atraso, toda vez que 10 meses después de iniciada la ejecución de las obras, se tiene el avance que debía haberse dado durante los primeros 2 o 3 meses:

Entonces, si bien el contratista CTIFS alega dentro de las causas de su incumplimiento el retraso en la entrega de las vías del proyecto, así como en vías sustitutivas y vías industriales, campamentos, servicios públicos débil ingeniería de detalle, deficiencias en la planeación de las obras y logística para dar inicio al

[61] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2011\PHI-INM-LC1-001-R0.pdf

proyecto, modificación de los diseños originales, desplazamiento de los cronogramas de las obras de construcción de infraestructura, y los problemas en la dinámica de construcción de los túneles y compuertas de los túneles de desviación de las que fueron objeto los contratos CT-2011-000014 y CT-2012-000036, así como situaciones de orden público.

Este Despacho encuentra probado que si bien dichas circunstancias pudieron influir en los atrasos, la causa determinante de los mismos estuvo relacionada con la falta de diligencia del contratista que se manifestó en no tener adecuado planeamiento y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de a pesar de conocer las circunstancias de orden público así como las dificultades geológicas de la Zona, no haber previsto acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones[62]

Así mismo, en lo que se refiere a la solicitud en la modificación de los hitos, en atención a los retrasos del contratista, se encuentra el Acta No 16 al comité de seguimiento del contrato BOOMT. En dicha acta**,** se precisa que EPM Ituango está analizando con el consultor todas las opciones para determinar si es posible desviar el río en junio de 2013.

Acta 16 del comité de seguimiento al contrato BOOMT de fecha 20 de septiembre de 2012, en la cual se lee:

- **Modificación hitos BOOMT**

Ante la solicitud de modificar los hitos intermedios del BOOMT. EPMI explica que con el diseñador se están analizando todas las opciones para determinar si es posible desviar en junio de 2013. EPMI, con la ayuda de un plano de los túneles de desviación, expuso los rendimientos que se están alcanzando y los avances actuales.

Igualmente, EPMI se refirió a la solicitud hecha al contratista de la desviación de ceder voluntariamente al contratista de las obras principales algunas frentes de obra. Explicó que la secuencia de construcción del proyecto contemplaba

[62] Ver informes de interventoría en especial el decimotercero,

hacer las vías primero; luego, al salir este contratista, haría las obras de desviación, y al terminar estas, comenzaría las obras principales. Pero todo esto se juntó, por las circunstancias conocidas, y por eso se está buscando la cesión de algunos frentes, para evitar las interferencias

EPMI aclaró, que una de las razone principales del retraso del inicio de las obras de desviación, con las consecuencias que hoy se viven, es el retraso en la ejecución de las vías sustitutivas y de acceso a los frentes de obra.

(…)

EPMI explicó que se hizo una simulación del cronograma con fechas reales; el resultado que se obtuvo es que se desplazaría la entrada en operación de la primera máquina en 9 meses.

Por lo la anterior EPMI propone modificar los hitos del BOOMT, aunque se compromete, en un esfuerzo de medios, a poner todos los recursos y todos los esfuerzos para lograr entrar en operación una unidad en el 2018. Se hizo la observación de que aunque con una sola unidad se cumpla con las OEF de 1.085 Gw- h/año para el 2018, la CREG exige que se debe cumplir con la entrada en operación de las 4 unidades.

(…)

EPMI hace la aclaración de que es diferente una obligación de medios a una de resultados. Si se mueve 9 meses el cronograma seguiría siendo un contrato de resultados. Si HI no acepta mover los hitos, la obligación de EPMI no podría ser mas que de medios, puesto que las causas de los retrasos no son imputables a EPMI

Desde el acta anteriormente transcrita aparece una posibilidad alta de que, con ocasión de la modificación de las fechas en la desviación del río, exista un atraso de 9 meses en la entrada en operación de la hidroeléctrica.

A pesar de tratarse de un contrato que dentro de sus prestaciones incluye la realización de una obra y por lo tanto, supone una obligación de resultado[63], la cual

[63] "La caracterización del contrato de obra pública comporta como regla general una obligación de resultado del contratista y su responsabilidad y el riesgo por el aleas normal en la realización de la obra completa. Desde ese punto de vista, el objeto acordado no se limita a un trabajo o actividad del contratista, sino a la obtención de un resultado querido por la entidad estatal y pactado en el contrato" Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ

en este caso, tal y como se explicó líneas atrás, estaba supeditada al inicio de la operación en una fecha exacta, EPM Ituango ofreció todos los medios para lograr el cumplimiento en dicha fecha pero, contradictoriamente, consideró que podía no comprometerse a lograrlo.

Adicional a lo anterior y a pesar de que ya se habían implementado con el contratista todos los planes de aceleración se observa en el Acta 17 de 25 de octubre, los representantes de Hidroituango, siendo conscientes de la gravedad de la situación, consideraron que no valía la pena alertar a la junta directiva por cuanto podía ser prematuro, dado que apenas se iban a iniciar las obras principales:

Acta 17 de 25 de octubre de 2012:

HI expuso que se realizaron reuniones con miembros de la JD de HI en donde se les explicó sobre la evolución del proyecto con la Curva S. Asimismo, se les informó sobre el desplazamiento de la entrada en operación, sus implicaciones en la CREG y adicionalmente el impacto que produce en el flujo de caja el hecho de correr 9 meses el proyecto.

HI considera como un hecho a favor, que en el cronograma de la CREG la desviación está propuesta para el 2014. Propuso que se podría enfocar el cronograma a cumplir con la fecha de entrada en el 2018, al menos con una unidad. Lo de las cuatro unidades en el 2018 según CREG, se podría negociar mas adelante.

HI propone entonces, que los hitos del BOOMT se podrían mover, pero conservando las fechas de entrada en operación. EPM manifiesta que el cronograma, alimentado con las novedades de vías de acceso y depósitos, arroja que las unidades no entran en el 2018, razón por la cual, no es posible garantizar que una unidad entre en el 2018. EPM se compromete a hacer todo lo posible, pero no garantiza que se cumpla.

(…)

LÓPEZ. Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número 11001-03-06-000-2018-00124-00 (2386).

EPMI explica que ha implementado con el contratista de la desviación todos los planes de recuperación posibles, con lo que ya no hay holguras; asimismo, se le solicitó al contratista de obras principales una propuesta de ejecución y precio de los frentes de obra que actualmente tiene el consorcio FAS, en el supuesto de que éste los cedería, y la respuesta que se obtuvo fue que terminarían las obras de desviación en mayo de 2014, a unos costos superiores. Es decir, además de costar más, ya la desviación ni siquiera se haría a principios de 2014.

HI considera que puede ser prematuro decirle a la JD que se va desplazar el proyecto, considerando que apenas se van a iniciar las obras principales. EPM dice que el cronograma de hitos modificados que se sometió a consideración, obedece a la realidad de la obra y a la materialización de excepciones y salvedades que quedaron expresamente convenidas en los acuerdos previos y en el propio contrato BOOMT, en lo referente al programa de referencia.

Se definió que la propuesta a llevar a la JD deberá hacerse así: Cambiar los 3 hitos más inmediatos, según la propuesta programática de EPM, dejando claro el efecto que estos traerían en los demás hitos, lo cual será acordado por las partes y plasmado en una AMB oportunamente. EPM propondrá el texto y se enviará a HI

Si bien en dicha acta se consideró que no era oportuno alertar a la junta directiva sobre este punto, es preciso recordar que las actas del comité de seguimiento del contrato BOOMT quedaban a disposición de los miembros de la junta directiva para que pudieran ser revisadas.

En igual sentido, en el Acta 18 de 21 de noviembre de 2012, se sostuvo lo siguiente:

- Construcción de túneles de desviación:

Según análisis hechos con los supuestos de rendimientos de EPM, la fecha de finalización de estas obras sería en noviembre de 2013. El contratista de obras principales necesitaría dos meses para organizarse e iniciar la desviación. Se resalta que el emboquillado de los portales de entrada de los túneles de desviación requiere de mucho tiempo debido a los cortes verticales que se deben hacer en la plazoleta de los pozos, agregando que aún no se tiene información geológica detallada sobre la calidad de la roca para realizar las excavaciones y el soporte del talud.

HI informa que la entrada en operación en el año 2018 es una fecha inmodificable, por las implicaciones económicas que se tienen para el Depto. de Antioquia (fuente de ingreso) además, se debe tener en cuenta la parte política.

EPM dice que la UPME está solicitando que se le informe la fecha de inicio de generación de la planta, para ellos planear la licitación, construcción y puesta en servicio de la subestación de 500kV. Por lo tanto, sostenerse con la fecha de entrada en el 2018, traería implicaciones sobre la garantía que se debe firmar con la UPME para la línea de transmisión. En caso de no cumplir con la fecha se debe pagar una multa el 40% del valor de los activos de transmisión; debe evaluarse si se corre ese riesgo, conociendo que la realidad del proyecto hoy en día muestra la probabilidad significativa de no poder iniciar generación en el 2018.

(…)

EPM dice que el cronograma estuvo bien realizado, solo que quedó con unos condicionamientos que se materializaron. Se propuso sacar entre EPM e HI una lista de estos condicionamientos con los eventos ocurridos, para llevarlos a la reunión con la Junta

En este mismo sentido, es necesario acotar que en diligencia de testimonio rendida dentro de esta causa fiscal por el Señor Juvenal Espinel el día 26 de octubre de 2020 a quien se le preguntó, de manera específica sobre los motivos por los cuales EPM Ituango consideró en este punto que era posible recuperar los tiempos y lograr la entrada en operación, en efecto en dicho testimonio se dijo lo siguiente[64]:

[64]Ver Video que reposa en carpeta 76 referencia cruzada y acta de testimonio a folios 16146 y ss.

> ***"PREGUNTA:*** *En las actas de seguimiento al contrato BOOMT, se hace referencia desde el 25 de octubre de 2012, inclusive desde antes- que existía una altísima probabilidad de que el proyecto no pudiera entrar a generar en noviembre de 2018 ¿Cómo entendieron que esa situación era altamente probable? ¿Qué los llevó a pensar que podía recuperarse ese tiempo? Desde lo técnico.* ***RESPONDIO:*** *Lo primero que tiene que tener uno son las vías de acceso, veíamos que ese cronograma tenía sus dificultades, veíamos el riesgo de que esos tiempos no se cumplieran y que se comprometiera la entrada en operación de la primera unidad, si eso se entregaba tarde, la construcción sub siguiente que eran los túneles de desviación, estaba en riesgo también, porque estas son actividades que hay que hacer de manera sub siguiente, no paralela, con los supuestos que teníamos y el rendimiento calculado, en cuanto a construcción de presa y caverna, pudiera uno pensar que iba a atrasarse la entrada en operación de esa unidad 1.*
>
> *Teniendo en cuenta las incertidumbres y acá entra en juego el acompañamiento que se hace desde el punto de vista de la ingeniería (con todo el equipo pues) , con el acompañamiento de la interventoría, y de acuerdo al acompañamiento del BOARD y a todo el acompañamiento por parte del asesor y diseñador, se acoge la posibilidad- de hecho ese es el manejo normal- que le permitan a uno alternativas que abran la posibilidad de recuperar ciertos tiempos que se van perdiendo, recuerdo que dentro del cronograma director, la ruta crítica del proyecto (o sea lo que hay que cumplir si o sí)* ***pasaba por la presa y por la construcción de la casa de máquinas, pero el avance y el éxito, le permiten a uno cuando ya entra a ejecutar la obra que los rendimientos se puedan mejorar, porque el material se puede sacar más fácil, porque el clima ayuda, porque la calidad de la roca que se encuentra uno de pronto va a ser mejor que la inicialmente concebida, todo esto puede hacer que se recupere el tiempo, de igual manera, puede presentarse el caso contrario, que se presenten situaciones que no lo permitan, muchas veces se cumplen y otras no, estamos hablando de la naturaleza, por más estudios que uno haga, no se puede olvidar que se está hablando a la naturaleza, siempre se trabaja con un grado altísimo de incertidumbre****, los estudios nunca le van a dar el 100% y ahí es donde entra la ingeniería, cuando uno construye cualquier túnel, normalmente lo que se hace siempre que se excava es entrar con geólogo, ingenieros y determina el tipo de soporte que se le hace al túnel, es todos los días que se toman esas decisiones. Yo tuve acceso a esta información, eso mostraban* ***decían eso, que la desviación del río no se iba a hacer en esa fecha, pero no se podía decir tampoco que se comprometía la entrada en generación del proyecto, porque se podían presentar muchas situaciones, (…)"****.*

La respuesta anterior, dada por el testigo, partía de la existencia de unos supuestos que podían darse o no, como por ejemplo encontrar una mejor calidad de roca o un mejor clima. Sin embargo, se trataba de supuestos inciertos los cuales de conformidad con la valoración de las pruebas que ha realizado este Despacho, con base en la sana crítica y la persuasión racional, contrario a lo que afirma el Testigo, daban para pensar que las situaciones que se iban a presentar, tal y como de hecho

ocurrió no iban a mejorar los tiempos de desarrollo del contrato sino que se iban a presentar mayores problemas.

En efecto, se trataba de una megaobra, ubicada en una zona con características geológicas muy difíciles, las cuales ya se habían hecho evidentes en desarrollo del contrato de las vías y los campamentos, así como una zona con condiciones sociales y de seguridad muy complejas lo cual de suyo suponía mayores tiempos en el desarrollo de cada una de las obras que componía el proyecto. Lo anterior, sumado a los bajos rendimientos que el contratista CTIFS venía presentando desde el inicio del contrato sólo permitían concluir que la posibilidad de recuperar el tiempo generado por los atrasos no era real.

Lo anterior permite concluir al Despacho que, tanto para EPM Ituango como para Hidroituango desde septiembre de 2012 existía una probabilidad más que significativa de no poder iniciar la generación de energía en 2018.

De manera paralela, en actas de junta directiva 134 de 31 de octubre de 2012 y 136 de 13 de diciembre de 2012, se comienza a plantear la inconveniencia técnica de desviar el Río en el veranillo de 2013 y se supedita a que se den las condiciones hidráulicas para cumplir con este hito en enero de 2014, tema que se retomará más adelante.

Ahora bien, simultáneamente al desarrollo del contrato con CTIFS y a pesar de los problemas y atrasos recurrentes presentados, aunados a los atrasos acumulados en relación con las obras de infraestructura de vías y campamentos EPM se presentó para una segunda asignación del cargo a este proyecto en enero de 2012. En el proceso de asignación a Plantas de Generación con Períodos de Construcción Superior al Período de Planeación -GPPS de marzo de 2012, al-proyecto Ituango le fueron asignadas OEF de 9.541 MW-hora, mediante el cargo por confiabilidad, para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2021 y el 30 de noviembre de 2038 con un precio de cierre de 15,7 USD/MWh.

Cambio de contratista túneles de desviación

Debido a los reiterados atrasos del contratista CTIFS en la entrega de las obras para la desviación del Río Cauca en los plazos pactados y ajustados, *se* decidió entregar al consorcio CCCI, ejecutor de la construcción de obras de superficie en especial la presa, la terminación de las obras subterráneas pendientes a cargo del contratista CTIFS.

Varios hechos que están documentados en informes de interventoría y actas de Junta Directiva fueron determinantes para que el contratista de obras de superficie CCCI, asumiera la terminación de las obras subterráneas a-cargo del contratista CTIFS como se muestra a continuación:

• Durante la ejecución del contrato se evidenciaron bajos rendimientos por parte del contratista, representados en la discontinuidad de los trabajos, limitados recursos de personal y equipos, falta de planeación de los trabajos, problemas de logística e inoportunidad y tardanza en la ubicación de los soportes de construcción. El contratista CTIFS presentaba atraso *en* el cronograma, y cuando estaba próxima la fecha de desvío no tenía listas las guías de compuertas de la desviación ni la estructura de descarga de fondo, así como tampoco las guías de descarga de las compuertas.

• Era de conocimiento de la gerencia y la interventoría que, para poder cumplir con el programa de entrada con la primera unidad en el 2018, era necesario entregar como mínimo con dos meses de anticipación los túneles de desviación al Consorcio CCCI para la adecuación y preparación de la desviación del río Cauca en enero del 2014.

La Junta de Asesores en su informe de agosto de 2013, advirtió que el atraso en la construcción de los túneles de desvío podría afectar la ejecución del contrato de obras principales y afectar el cronograma de ejecución del proyecto y el normal desarrollo de actividades.

Ante el incumplimiento del contratista con la fecha de terminación de obligaciones asociadas a las excavaciones exteriores del portal de entrada, en los revestimientos de los ramales y en la instalación de elementos metálicos en las zonas de compuerta (obras exteriores, ramales, emboquilles y pozos), EPM entre los meses de agosto y septiembre de 2013, negoció con el Consorcio CCC Ituango -contratista de las obras principales- la terminación de estas obras", a fin de garantizar que la desviación del Río Cauca se llevara a cabo en enero de 2014. El consorcio CTIFS continuó los trabajos relacionados con el objeto del contrato hasta el 15 de noviembre de 2013, para finalmente liquidar el contrato en junio de 2014.

CCCI presentó cronogramas de trabajo con varias alternativas para asumir las tareas pendientes del contrato de CTIFS: sin embargo, los cronogramas presentados no garantizaban desviar el Río Cauca en enero de 2014 (primer verano del año), frente a esto la interventoría, en informe" del 1 de octubre de 2013, manifestó lo siguiente:

> *"(...) Para la ejecución de las anteriores obras, el Contratista presentó por medio de la comunicación CI-00653 un programa de trabajo para la ejecución de la vía de acceso al portal entrada hasta a la elevación 22.5 y para la excavación y tratamientos de los emboquilles entre las elevaciones 260 y 213.*
>
> *Una vez se le encargó la finalización de las obras en los ramales, envió a EPM un programa para la terminación de las obras, considerando como alternativa el uso de stop logs en los ramales del túnel izquierdo. La finalización de estas obras de acuerdo al programa enviado por el Contratista, sería el 15 de mayo de 2014. Esta solución no se hizo efectiva porque se requería realizar la desviación en el mes de enero de 2014. En vista de que el uso de los stop-logs*

en el túnel izquierdo no fue una alternativa conveniente, se solicitó al Contratista ***un nuevo programa que incluyera la finalización de todas las obras para la desviación del rio, incluyendo las excavaciones y tratamientos del portal entrada, conservando los diseños actuales. El Contratista presentó el programa mediante la comunicación CI-00863 del 24 de septiembre de 2013. En este programa el cual incluía la finalización de las excavaciones y tratamientos en portal entrada y las demás obras requeridas para realizar la desviación del rio Cauca, el Contratista estima que puede finalizar las obras el 20 de agosto de 2014. Esta fecha de finalización ponía en peligro la desviación del rio en el segundo periodo seco del año (julio de 2014), por lo que fue descartada.***

Como alternativa adicional se están realizando ajustes al diseño para involucrada construcción de un tercer túnel. Una vez se definan los trabajos a realizar para la desviación del rio Cauca con la opción antes mencionada, se solicitará al Contratista la presentación de un programa de obras para la ejecución de dichas actividades.

A continuación, se presenta un resumen del estado de avance de las obras encargadas al Consorcio CCC Ituango. [...)"

Ante esta situación y la necesidad de dar cumplimiento al cronograma de entrada del proyecto en las fechas- programadas para no perder el cargo por confiabilidad, desde 2013[65] EPM empezó a estudiar la posibilidad de construir un tercer túnel para desviar el río en enero de 2014 y poder iniciar los trabajos de levantamiento de la presa.

De acuerdo con los diseños originales, el Río Cauca se desviaría a través de dos túneles paralelos ubicados en el Cerro Capitán al lado derecho de la presa, los cuales permitían evacuar, entre ambos, un caudal de hasta 4.700 m3/s que estaría controlado mediante la instalación de las compuertas deslizantes de cierre de los túneles de 7 metros de ancho por 14 metros de alto, las cuales finalmente no fueron instaladas.

El contratista debía cerrar inicialmente el túnel izquierdo para construir la descarga de fondo que garantizara el caudal ecológico y, posteriormente una vez terminada la descarga de fondo, se instalarían las compuertas en el túnel derecho para poder poner el tapón definitivo de éste e iniciar el llenado del embalse. Así mismo, debía manejar el control de aguas y las filtraciones que se pudieran presentar en los tapones definitivos de estos túneles durante el llenado del embalse y hasta la entrega final de la obra a EPM.

[65] Acta 21 al Comité de seguimiento del contrato BOOMT de 15 de mayo de 2013 “EPM explica que de todas formas está explorando alternativas para proceder en caso de que CTIFS no cumpla, que incluyen asignar al consorcio CCCI parte de los trabajos, desviar el río sin terminar completamente algunos frentes, construir una galería adicional, entre otras.(…)”

Una de las decisiones tomadas por EPM que mayor impacto causó al proyecto, fue la no construcción de las guías de las compuertas de cierre de los túneles de desviación. Dicho efecto se reflejó, no solamente en los costos del proyecto — los cuales aumentaron directamente en el costo del denominado tercer túnel - sino también en la entrada en operación y generación del proyecto como se presenta a continuación.

El no desviar el Rio Cauca en el primer verano del 2013 como se había planeado originalmente en el Hito 1 del BOOMT y tener que instalar las guías de las compuertas, implicaba retrasar el desvío hasta 2015, por tanto, se empezaron a buscar diferentes alternativas para desviar el río en el primer verano de 2014. Por la variación de terreno encontrada se ajustaron los tiempos y se modificaron las especificaciones técnicas de construcción.

EPM conocía de la situación de desviar el río Cauca sin las estructuras para la instalación de las compuertas de cierre; es decir, por recomendación de la Junta de Asesores, analizó las diversas opciones de desviar el río por los túneles izquierdo y derecho sin la instalación de los marcos y guías de las mencionadas compuertas de los túneles de desviación, sin embargo, para cumplir con los tiempos decidió ejecutar la obra prescindiendo de dichas estructuras, las cuales a 31 de diciembre de 2013 no se encontraban listas como consecuencia del hecho de que fueron contratadas tardíamente, tal y como da cuenta el Acta de seguimiento técnico con corte a esa fecha, en la cual se afirma lo siguiente:

> *"Los equipos hidromecánicos, conformado por las compuertas de desviación, vertedero y descarga del embalse, presentan un atraso del 21% con relación al avance programado,* ***fundamentalmente por la contratación tardía de las compuertas de cierre de los túneles de desviación, cuyo atraso, con relación a la fecha de orden de inicio de los trabajos es del 91% en el diseño, fabricación y transporte"***[66]*.*

De igual manera, se hacer referencia en el Informe mensual de seguimiento de febrero de 2014[67], en donde se explica que la desviación del río sin las obras civiles, es lo que dará lugar a la construcción de descarga de fondo en un futuro TERCER TÚNEL:

[66] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\INFORMES SEGUIMIENTO TÉCNICO\2013
[67] Obcit

2.13.2 Obras de desvío

Contrato No. CT-2012-000036 - Consorcio CCC Ituango: Las actividades relacionadas con la finalización de las obras en los portales de entrada y salida de los túneles de desviación, lo mismo que las obras en los ramales fueron concluidas en la fecha prevista (16 de febrero de 2014), lo que permitió que la desviación del río Cauca se realizara el 17 del mismo mes, cumpliendo con el cronograma aprobado.

La desviación del río se realizó sin las obras civiles, pórticos, guías, asientos y demás elementos estructurales para el montaje y operación de las compuertas, necesarios para la construcción de la descarga de fondo y los tapones de concreto en los túneles. Esta situación forzará la construcción de la descarga de fondo en un futuro tercer túnel.

A la situación geológica encontrada en el Cerro Capitán durante la construcción de los túneles de desvío, se sumó la necesidad que tenía EPM de cumplir con el cronograma para la entrada de la unidad 4 de generación de energía antes de diciembre de 2018.

Para atender el riesgo de un posible incumplimiento de la fecha de entrada en operación de la Unidad 4, EPM con aprobación de la Sociedad, adelantó un plan de recuperación, denominado *"Plan de Aceleración*"* que consideraba la construcción de un Sistema Auxiliar de Desviación— SAD que independizaría las obras subterráneas de las obras exteriores permitiendo así apresurar la ejecución de los trabajos.

El plan de aceleración permitía, no solamente cerrar los dos túneles iniciales de desviación, sino también conducir la totalidad del caudal del río por la galería auxiliar para el cierre final de las compuertas, reducir los tiempos de atraso del proyecto y generar energía dentro de los tiempos de los cronogramas aprobados.

La Junta de Asesores desde agosto de 2013, informó el retraso que presentaba la construcción de los túneles *y, en* consecuencia, que la demora en la terminación de estas obras afectaría los trabajos de CCCI de levantamiento de la presa y trabajos adicionales, así:

"(...) Los trabajos de construcción de los túneles de desviación no avanzan bien. Es importante llegar a un acuerdo con el contratista de estos trabajos para terminar el contrato y evitar interferencias en la ejecución de este frente con el contratista principal (CCCI) (...)"

En Acta de Junta Directiva de la Sociedad, Al°142 del 18 de octubre de 2013, se menciona:

(..) Teniendo en cuenta las diferencias porcentuales para cumplir el cronograma establecido a cargo de Consorcio CTIFS en octubre de 2013 y atendiendo a la obligación contractual de desviar el rio en el primer trimestre del año 2014, EPM

viene analizando las siguientes alternativas con el fin de dar cumplimiento al hito N° 1 en la fecha acordada:

Alternativa N°1
• CTIFS sale en septiembre del frente aguas arriba y se concentra en túneles y frentes aguas abajo. No hay interferencias con CCCI
• CCCI ingresa al frente aguas arriba, termina obras que dejó pendientes CTIFS y ejecuta las que son suyas antes de desviar el río.
• Respaldo de los asesores internacionales, la Interventoría y la Asesoría del proyecto.
• Con esta medida se viabiliza la desviación del río en el segundo verano de 2014: aceptable, pero se requieren otras acciones para desviar en primer verano 2014.

Alternativa N°2

Dado que el avance y los rendimientos de la obra de túneles de desviación y tratamiento de portales de salida y de entrada, ejecutadas por el Consorcio CTIFS, no garantizan que la desviación se pueda hacer en enero del año 2014, se llegó a un acuerdo con este contratista para que cediera parte de la obra que todavía tiene pendiente. Con este acuerdo el Consorcio CCC, se hace cargo de la adecuación de los portales de entrada y de salida.

Adicionalmente se elimina el tratamiento del talud entre las cotas 230 y 260 con el fin de aprovechar un túnel de descarga de agua turbinada, se hace una galería del km y la descarga de fondo se corre para darle continuidad al nuevo túnel de desviación.

En enero del año 2014 se hace la desviación por los túneles actuales y no-es-necesario instalar las compuertas dado que, con esta solución, 2 de las 4 compuertas se reubicarán en el nuevo túnel de desviación.

Cuando sea el momento de embalsar se hace una ataguía que obligue al rio a desviar por este nuevo túnel, inmediatamente se entra a sellar los túneles de desviación en un tiempo estimado de dos meses, mientras tanto el río está pasando por el nuevo túnel de desviación.

Cuando se termine el sellado se cierran las compuertas, en este momento empieza a funcionar el túnel de descarga de fondo, el cual garantiza el caudal ecológico.

A medida que va aumentando el embalse llega un momento en el cual empieza el funcionamiento del túnel de descarga intermedio, el cual tiene el mismo objetivo, garantizar el caudal ecológico.

El nuevo túnel de desviación se dejó con las mismas dimensiones de los túneles originales, 14x14mts, previendo un posible fenómeno de la "niña".

Reiteradamente la Junta de Asesores del proyecto se pronuncia al respecto en el informe definitivo No. 2 del 16 agosto 2013.

"(...) El cronograma de la obra, desafortunadamente no se pudo mantener, especialmente por el retraso en la excavación del talud superficial, y el progreso actual de la obra no permite realizar el programa anticipado para desviar el rio en enero del 2014. En vista de esta situación, Integral esbozo un diseño conceptual de una alternativa, que permitiría el desvío del rio para la fecha de enero del 2014, instalando unos pozos adicionales en los ramales del túnel de aguas abajo (izquierdo), postergando las excavaciones superficiales, reduciendo los requerimientos de tratamientos en los túneles de desvío y ejecutando una serie de tareas complejas en un tiempo reducido.

La Junta tuvo la oportunidad de evaluar la alternativa conceptual para acelerar las obras de desvío, incluyendo una reunión con el contratista, CCCI, para investigar la viabilidad de estas obras y su posible cronograma. Como resultado de esta evaluación, la Junta considera que los riesgos técnicos asociados con la aceleración no son aceptables para un proyecto de esta envergadura, y además, es de la opinión que existe aún incertidumbre de que las múltiples y delicadas tareas restantes para lograr el desvío se ejecuten oportunamente. En opinión de la Junta, el mayor riesgo técnico es el postergamiento de las excavaciones y adecuado tratamiento de los taludes marginalmente estables de roca encima de los pozos, lo cual genera un alto riesgo de comprometer el cierre de los túneles.

Por consiguiente la Junta recomienda ejecutar el diseño original, con el contratista CCCI optimizando el soporte y la secuencia de excavación del talud encima de los pozos y en la zona de emboquille de los túneles para tratar de lograr el desvío en el primer trimestre del 2014. En caso de no lograr esta meta, se ejecutaría el desvío a mediados del 2014 y se tomarían las medidas necesarias para recuperar el cronograma inicial agilizando la construcción de la presa, lo cual en nuestra opinión se puede lograr más favorablemente y con un riesgo mucho menor que la aceleración del desvío. Se sugiere además, eliminar la descarga de fondo actual sustituyéndola por una descarga intermedia modificada a la cota 240m, lo cual reduce sustancialmente el riesgo de esta operación. Esta opción requeriría el uso de cuatro compuertas en lugar de dos como se contempla en el esquema actual.

El soporte técnico para esta sugerencia se presenta a continuación, junto con una evaluación de los aspectos geotécnicos del desvío (...).1

De lo antes expresado por la Junta de Asesores de EPM, se evidencia que, desde agosto de 2013, **EPM** estudiaba la alternativa de construir un tercer túnel de desviación (Galería Auxiliar de Desviación — GAD), con el fin de garantizar la desviación del rio en enero del año 2014, toda vez que el incumplimiento de esta fecha acarrearía mayores tiempos en el inicio de generación del proyecto. Con esta decisión EPM se apartó no sólo de los diseños originales sino también de la recomendación de su Junta de Asesores, respecto del cambio de diseño que incluía

la GAD; decisión que aumentó el riesgo del proyecto. Sobre este riesgo se pronunció la Junta de Asesores en su informe del 29 de noviembre de 2013, que señala:

"(..) La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y complementar las guías de compuertas después del desvío ***no fue aceptada por la Junta.*** *Además, la alternativa de* ***desviar el río sin las estructuras*** **de** ***cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío*** *para garantizar el mantenimiento de la fecha de enero 2014, no fue apoyada. La Junta, se manifestó a este respecto en las conclusiones de su informe como se transcribe abajo:*

"La Junta de Asesores considera que los riesgos técnicos inherentes a la aceleración del desvío del río no son aceptables y recomienda ejecutar el diseño original optimizado con el contratista principal CCCI. El desvío del río debe ser efectuado después del término de las excavaciones y del concreto de las estructuras incluso la instalación de las guías de las compuertas.

Incluso se procuró demostrar que, en caso de retraso en el cierre mismo, las fechas finales de generación podrían ser mantenidas, con el desvío del río en el verano de julio-septiembre siguiente y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa, que en el cronograma estaba prevista con mucha holgura. En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra. (…)" (Negrita y subrayado fuera del texto original).

A continuación, se menciona lo manifestado por EPM en el comité de seguimiento al contrato BOOMT, el día 3 de diciembre de 2013, en el cual exponen, erróneamente, que la Junta de Asesores del 29 de noviembre de 2013, validó el esquema del tercer túnel:

"(..) A manera meramente enunciativa, se pone en conocimiento de Hidroituango los temas de la visita, se hizo énfasis en lo relacionado con la desviación, en especial al cumplimiento del hito IC1 en la fecha prevista.

EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.

EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones. Asimismo, la Junta de Asesores planteó las siguientes tres alternativas para la segunda desviación: 1. Taponamiento del portal de los túneles colocando mallas 2. Construcción por voladura dirigida 3. Sistema combinado.

EPM explicó el proceso constructivo de cada una de las alternativas. Se adjunta a la presente acta el informe presentado por la Junta de Asesores con los detalles de cada una de las alternativas. (...)

Teniendo en cuenta los cambios antes citados. Hl tiene la inquietud de cómo se cerraría la desviación a lo cual EPM respondió que debe ser con compuertas que se localizaran en el tercer túnel de desviación Hl solicitó a EPM notificar oficialmente la construcción del tercer túnel dado que ya se han cumplido dos pasos que son la concepción del túnel y la consulta ante la Junta de Asesores se debe informar oficialmente para que quede documentado este cambio y, una vez la ANLA apruebe la disminución del caudal ecológico notificarlo igualmente a la sociedad HL En la comunicación se deben explicar los procedimientos que se han realizado y los próximos a realizar ante la ANLA; igualmente oficializar en este comunicado el informe de la Junta de Asesores y los planos de la desviación.

En este punto el Gerente de la Hidroeléctrica manifiesta que una vez oficializada la propuesta de construcción del tercer túnel se debe considerar las responsabilidades, tanto de la contratante como del contratista respecto a los sobrecostos que representara esta alternativa, de conformidad con la matriz de riesgo definida".

De manera reiterativa la Junta de Asesores de EPM se manifestó en reunión del 4 de abril de 2014, sobre la necesidad de estudiar el problema del cierre de los túneles y la nueva galería, como consta en el informe N°4 de 2014:

"(..) El desvío del río en febrero último se hizo por los dos túneles sin las estructuras para la instalación de las compuertas de cierre. Para su cierre, está prevista la construcción de una galería auxiliar de 14 m de diámetro (inicialmente denominado túnel T3) y la construcción de una ataguía que permita cerrar los dos túneles (cuatro bocas de entrada) y conducir la totalidad del caudal del río (800 a 1.000 m3/s) por la misma galería auxiliar, para el cierre final por compuertas.

La Junta discutió en detalle este problema en la 3a reunión de noviembre de 2013 y había recomendado postergar el desvío del río por los túneles T1 y T2, hasta que se definiera en detalles la fase de desvío por la galería auxiliar, que es una operación poco ortodoxa sin precedentes. El acto está consumado, y ahora resta estudiar el problema en detalle para definir una alternativa factible para realización del desvío final.

La Junta recomendó que EPM entre en contacto con un consultor, con experiencia en obras del género, que pueda reforzar el equipo del Diseñador y auxiliarlo a llegar a buen término en esta tarea poco común. Las diligencias están en proceso en este sentido y la Junta aguardará la oportunidad para

contribuir de su parte para el éxito del diseño y materialización del cierre final de los túneles de desvío y relleno del embalse."(...)

Adicional a lo explicado anteriormente, resulta oportuno anotar que en diciembre de 2015, el Consorcio Contratista presenta el informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto y construcción del Sistema auxiliar de desviación[68], en el cual expone lo siguiente:

“Durante la ejecución de las obras civiles del Poyecto Hidroelèctrico Ituango se han presentado una serie de situaciones de diferente índole que, de no tomarse medidas urgentes afectarían la fecha de entrada en operación comercial de la central.

En la primera parte de este documento se indican las principales causas que han ocasionado atrasos en el proyecto, el tiempo estimado de los mismos y las estrategias que ha sido necesario implementar para mitigar las afectaciones en el cronograma de obras.

En la segunda parte del documento se plantea el esquema propuesto para negociar los costos asociados a la aceleración, la utilidad por aceleración de obras y las premisas tenidas en cuenta por EPM para abordar dicha negociación con el contratista CCCI.

Cabe anotar que este contrato se celebró por el sistema de precios reajustables. El valor es de mas de 1.8’’. “Mas el valor de las obras adicionales y extras”. Por lo que con base en este último concepto tal y como lo muestran las AMB 3 a 15 se le reconocen cuantiosos valores por obras extras o adicionales, por lo que en la AMB 19 se ven obligados a establecer un mecanismo contractual para el pago provisional de dichos costos por parte de EPM.

Cabe anotar que tal y como se expresa en acta 154 de mayo 20 de 2015, de conformidad con el informe de Deloitte presentado a XM, el proyecto presentaba a 31 de diciembre de 2014 12.73 puntos porcentuales de retraso así mismo precisa que la entrada en operación comercial de las 4 unidades presenta un atraso de 628 días, así mismo en dicha acta se realiza una valoración económica de los costos del atraso. Además, en acta 158 de 28 de diciembre de 2015, La Junta Directiva de Hidroituango, aprueba incorporar el plan de aceleración como costos del proyecto.

Adicional a lo explicado anteriormente, en diciembre de 2015, el Consorcio Contratista presenta el informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto y construcción del Sistema auxiliar de desviación, en el cual expone lo siguiente:

[68] Ver Carpeta 7. Correspondencia, Subcarpeta Recibidas, Subcarpeta Respuesta_1, P. 51

"Durante la ejecución de las obras civiles del Poyecto Hidroelèctrico Ituango se han presentado una serie de situaciones de diferente índole que, de no tomarse medidas urgentes afectarían la fecha de entrada en operación comercial de la central.

En la primera parte de este documento se indican las principales causas que han ocasionado atrasos en el proyecto, el tiempo estimado de los mismos y las estrategias que ha sido necesario implementar para mitigar las afectaciones en el cronograma de obras.

En la segunda parte del documento se plantea el esquema propuesto para negociar los costos asociados a la aceleración, la utilidad por aceleración de obras y las premisas tenidas en cuenta por EPM para abordar dicha negociación con el contratista CCCI".

Para la ejecución de las actividades y obras del Plan de Aceleración se acordaron modificaciones al contrato suscrito con CCCI, las cuales se reflejan a partir de la AMB N°15.

La Galería Auxiliar de Desviación - GAD, era una modificación que implicaba un cambio a las características inmodificables estipuladas en el anexo 1.02 (3) del Contrato BOOMT y a pesar de su magnitud y del riesgo que involucraba, se inició su construcción sin contar con la licencia ambiental y sin la previa autorización de la Junta Directiva de la Sociedad.

Cuando EPM tomó la decisión de construir la Galería Auxiliar de Desviación no había iniciado el trámite para modificación u otorgamiento de la licencia ambiental ante la ANLA para la construcción del tercer túnel de desviación. El contratista de obra CCCI, inició las obras de construcción del tercer túnel en julio de 2015, sin embargo, la licencia fue otorgada sólo hasta septiembre de 2016, es decir, un año después de que se iniciaran las obras de construcción del mismo. Esta situación generó la imposición de sanción por parte del ANLA, tal y como consta en la Resolución No. 02584 de 30 de diciembre de 2019[69]

De conformidad con lo acordado entre las partes (EPM y CCCI), en las AMB N°15 y 16 del 22 y 23 de diciembre de 2015 respectivamente, las obras de construcción del sistema debían terminar en junio de 2017 y la puesta en operación del mismo, en julio de ese mismo año, atendiendo el plan acelerado de obras y los incentivos acordados: las obras de construcción terminaron el 20 de septiembre de 2017.

En efecto, en acta 171 de fecha 22 de mayo de 2017 de la junta directiva de se advierte un retraso en la realización de las obras principales.

[69] Res. No. 02584 de 2019 y sus Constancias en la ruta Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 52\FOLIO 11343 OFICIO 2020ER0006631 DEL 24-01-2020\05ECO0015-00-2020 - Hidroituango\Exp. SAN0210-00-2018\Resolución Sanción e Insumos Técnicos

Segundo desvío del Río Cauca y la contingencia

El 22 de septiembre de 2017, la GAD entró en funcionamiento y así el río se desviaba por los 3 túneles: entre septiembre 6 y octubre 28 de 2017, se construyeron los pretapones del túnel izquierdo, quedando así en operación el túnel derecho y la GAD.

El 20 de noviembre de 2017 se presentó un aumento súbito del río Cauca, que sobrepasó la capacidad de descarga de los túneles, para dicha época funcionaban el derecho y la GAD, lo que llevó al aumento del nivel del río hasta la cota 243,9.

El 18 de enero de 2018 se tapona definitivamente el túnel izquierdo, entre el 30 de enero y el 20 marzo de 2018, cuando empieza el primer invierno, se construyeron los pretapones del túnel derecho y la galería de construcción No.1.-Por lo tanto, el desvío del caudal del **Río Cauca a partir de ese momento se lleva a cabo solamente por la GAD.**

Entre abril 8 y 14 de 2018: *"se produjo una creciente de aproximadamente 1.740 m3/s, la cual generó un embalse que alcanzó la cota 262,8'43.* La cota de la descarga intermedia era la 260.

El 28 de abril de 2018, ocurre el primer derrumbe en la entrada del tercer túnel el cual tapona casi por completo la galería auxiliar; los túneles de desviación estaban sellados a la entrada y esto elimina por completo el control del llenado del embalse", el caudal de descarga de la GAD se reduce considerablemente y el embalse incrementa su nivel en 40m en tan sólo 24 horas. Sin embargo, al día siguiente, el 29 de abril se destapona naturalmente ocasionando una descarga de aproximadamente 1.500 m3/s que conlleva a un llamado a las comunidades para alertar sobre anormalidades en el caudal".

El 30 de abril se presenta el segundo taponamiento y aparece una chimenea en la superficie, como medidas de precaución se cierra el paso por el Puente Pescadero".

El 7 de mayo se presenta el taponamiento total de la GAD y el 9 de mayo aparece una nueva chimenea en la intersección de los túneles 1 y 4; a partir de ese momento empieza un flujo intermitente de agua por el túnel de desviación derecho, posiblemente por el colapso de una de las galerías de construcción internas 0447.

El caudal del Río Cauca se represa en el embalse, todos los túneles por donde es posible desviar el flujo de agua están cerrados, el nivel de agua del embalse aumenta rápidamente y se genera el riesgo de que sobrepase la presa causando una tragedia.

Ante esta situación el 10 de mayo de 2018, se torna la decisión de desviar el caudal del río Cauca por Casa de Máquinas a través de los túneles de captación 1, 2, 7 y

8, ocasionando daños en la infraestructura construida y la maquinaria instalada. A partir de ese momento disminuye el nivel del embalse, aumenta el caudal del río aguas abajo y empieza un flujo intermitente de agua por el túnel de desviación derecho.

En Junta Directiva de la Sociedad N°183 del 10 de mayo de 2018, el Gerente General de EPM explica la crisis por la que está pasando el proyecto, el derrumbe del tercer túnel, el bloqueo total del río el 30 de abril, el cambio de diseño de la presa por lleno prioritario y la fecha estimada para alcanzar la cota 410 msnm el 22 de mayo de 2018.

El 12 de mayo ocurre el destaponamiento natural del túnel de desviación derecho que aumenta sustancialmente el flujo de agua, entregando al río Cauca aguas abajo un caudal superior a los 6.000 m3/s provocando graves daños a Puerto Valdivia, al Puente Pescadero -cruce normal entre Medellín e Ituango- y a otras estructuras próximas al margen del río. Ante este evento se inicia la evacuación de los pobladores cercanos a la zona de influencia". Ese mismo día ocurre una liberación, ocasionando un segundo deslizamiento que cierra el túnel de desviación derecho y el ascenso en los niveles del embalse.

Con el rápido aumento del nivel del agua en el embalse y teniendo en cuenta que la presa no estaba terminada, se toma la decisión de acelerar la construcción de ésta con un relleno prioritario, diferente al diseño original, con el fin de *"mitigar el riesgo de que la presa sufra el sobrepaso del embalse, debido al taponamiento de la GAD y el embalsamiento prematuro y no controlado'49.* La decisión de cambiar los diseños de la presa *es* llevada a Junta Directiva de la Sociedad por el Gerente General de EPM donde manifiesta que se *"inició el lleno prioritario en la presa para alcanzar la cota 410 msnm que permite evacuar aguas por el vertedero" y que la presa está en la cota 401 msnm'5°.*

La Junta de Asesores en su informe-14° de 15 de mayo-de 2018", hace la salvedad que el relleno prioritario es una medida de emergencia para evitar que el agua sobrepase la presa pero que *se* requiere *"un complemento para incorporar el plano de estanquidad en la posición central de la presa coincidiendo con el material impermeable ya colocado y con el futuro a ser construido en la parte superior de la presa".*

Así mismo, la Junta de Asesores manifiesta que *"para la construcción final de la presa es importante garantizar el plano de impermeabilización en forma continua en el centro de la presa para lo cual se pueden ejecutar las siguientes etapas:*

- Etapa I: Completar el enrocado de protección 3B localizado aguas arriba, simultáneamente con la colocación de material hasta alcanzar la cota 415 del relleno prioritario.

- Etapa II: Ampliar la corona del relleno prioritario con un ancho de 3m aproximadamente.

- Etapa III: Instalar un muro central de pantalla de concreto plástico de 1,00 m de espesor penetrando 5,00 m dentro del núcleo existente en la cota 385.

-Etapa IV: Finalizar la presa hasta la cota 435".

La Junta Directiva de la Sociedad lleva a cabo una reunión extraordinaria el 17 de mayo de 2018[70] en la cual el señor Gobernador de Antioquia expresa su preocupación ante la falta de control que tiene EPM frente a la situación crítica que enfrenta el proyecto, las acciones con las que EPM como contratista se comprometió para superar la crisis no se cumplieron generando un riesgo para la población, para la Sociedad y un riesgo patrimonial.

Entre el 19 y el 20 de mayo se presenta un nuevo evento en las obras a nivel subterráneo ocasionando un cierre en los conductos 7 y 8, lo que hace que el nivel embalse se incremente a un ritmo de2,5 m/día". El 26 de mayo, se registra otro derrumbe, esta vez en la región de la casa de máquinas debido al cierre de las compuertas de captación N°7 y N°8; la Junta de Asesores recomienda *"prestar atención sobre los efectos de seguridad del proyecto, en particular su repercusión sobre la estabilidad de la presa y/o su fundación, en la medida que le nivel del embalse crece* y *el desvío del agua por la central intensifica los factores de inestabilidad"'.* El 31 de mayo en Junta Directiva de la Sociedad se manifiesta la situación compleja en la que se encuentra Casa de Máquinas y el posible colapso de la misma: igualmente, se informa que el macizo es un tema neurálgico dado las grietas y los derrumbes que se están presentando.

Durante el mes de junio, se presentan puntos de filtración en el relleno prioritario de la presa los cuales fueron superados el 21 de junio, se alcanzó la cota 415 y se presentaron algunos deslizamientos en los túneles de desviación y en el túnel de acceso a la central". La Junta Directiva de la Sociedad asegura que los caudales son manejables y que no afectan gravemente el sitio de la presa".

En la Junta Directiva del 14 de junio de 2018 se exponen los riesgos derivados de la contingencia entre ellos el colapso o cierre descontrolado de la Casa de Máquinas y el destaponamiento repentino del túnel derecho. Igualmente, se señala la necesidad de reforzar el lleno prioritario de la presa porque la construcción hasta el momento no era la definitiva, solo era para superar la emergencia y no cumple con los estándares de una presa en los términos usuales".

El 18 de julio de 2018 la presa alcanza la cota 418, la Junta de Asesores en su informe N°16 de agosto de 2018 manifiesta que las pantallas de concreto plástico con presiones hidráulicas utilizadas en el proyecto son las adecuadas; sin embargo,

[70] Acta 184 de 17 de mayo de 2018

debe intensificarse el contacto entre la pantalla plástica y la roca de los estribos con inyecciones adicionales.

Avanzan las obras de construcción de la presa y la inspección de los daños ocasionados por la contingencia del 28 de abril; respecto de la casa de máquinas, la probabilidad de rehabilitar el puente grúa es casi nula, se estima que se debe construir de nuevo.

En Junta Directiva del 24 de julio de 2018 se exponen los costos del proyecto los cuales podrían llegar a los $11 billones; se presenta el cronograma de recuperación y puesta en servicio del proyecto el cual contempla la entrada de la unidad 4 el día 21 de noviembre de 2020 y el 9 de enero de 2022 estarían listas las primeras 4 unidades".

El deterioro en Casa de Máquinas ocasionado por el paso del Río Cauca desde el 10 de mayo de 2018 demandaba la necesidad de interrumpir el flujo del río por aquel lugar; sin embargo, esto no era posible antes de que el vertedero estuviera en condiciones óptimas para su funcionamiento. El domingo 4 de noviembre de 2018, se realiza la apertura del vertedero, a partir de esta fecha se ha mantenido el paso del Río Cauca por esta estructura".

Finalmente, la compuerta N°1 de Casa de Máquinas *se* cierra el 16 de enero de 2019 y la N°2 se cierra el 5 de febrero.

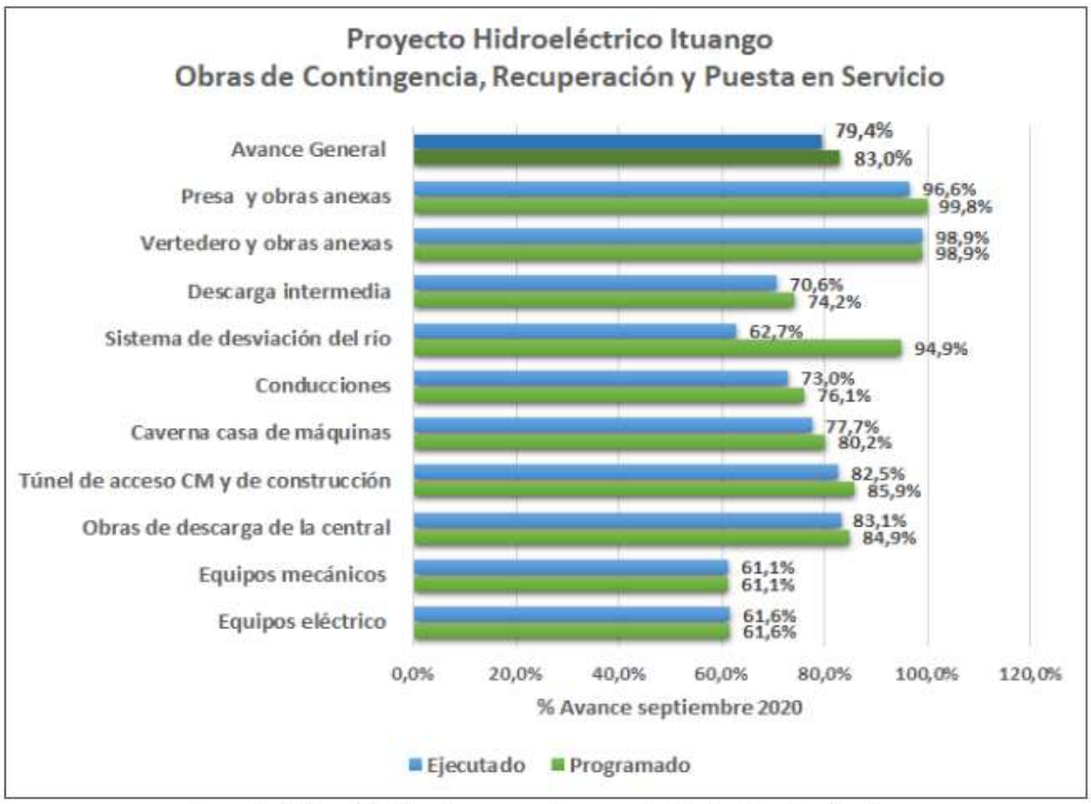
La decisión de permitir el paso del Río Cauca por la Casa de Máquinas ocasionó daños en la infraestructura, equipos y afectaciones ambientales, sobre este punto, el Despacho reconoce que se trata de una decisión que ante las circunstancias pretendía salvaguardar la vida de los habitantes que se encontraban aguas abajo.

En este punto es necesario precisar que de conformidad con la Resolución 820 de 2018, la ANLA[71] suspendió la Licencia Ambiental y permitió únicamente el desarrollo de las obras para la atención de la emergencia.

Ahora bien, en visita especial realizada por el Despacho a EPM, se solicitó que se explicara el Estado actual del proyecto, frente a lo cual, con corte a septiembre de 2020, se explicó lo siguiente:

> *"El avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango a 30 de septiembre de 2020, medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, es del 79.4%.*

[71] Carpeta principal Nop.74/DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI/ Nueva Carpeta/AI-/Contrato y modificaciones/ Actas de modificación al contrato/Actos Advos. Motivadores de ajustes al contrato.



Proyecto Hidroeléctrico Ituango – Avance principales frentes de obra

Se han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del Proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del río y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.

Además se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del Proyecto, tales como:

- La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD
- Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m3 de concreto colocados.
- Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas.
- Bombeo y retiro de residuos en las cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas.
(…)"[72]

[72] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AC-

No obstante los avances atrás referidos, se tiene probado que a hoy, 2 de diciembre de 2020, no se ha puesto en marcha ni siquiera la primera unidad, por lo que resulta evidente que **el proyecto no ha comenzado a generar energía.**

Las causas técnicas que generaron la contingencia

Es necesario precisar que en el expediente obran diferentes informes técnicos que dan cuenta de las causas técnicas que generaron la contingencia.

Para efectos de la valoración de los mismos, el Despacho se ha servido de la ayuda del funcionario de apoyo técnico designado para tal fin y, del análisis de los mismos, bajo la sana crítica y la persuasión racional, se encuentra que ellos conllevan a atribuir la causa de la contingencia de abril de 2018 a diferentes factores, la firma Skava[73] indica que la causa física probable que inició el colapso sería la erosión progresiva de una zona de cizalla a nivel del piso de la GAD, causada por el flujo de agua en el túnel, sin embargo menciona otras causas probables contribuyentes, ya que ninguna de ellas por sí sola, puede explicar el colapso y taponamiento de la GAD, pero la simultaneidad y combinación de estos factores sí explican lo ocurrido.

Por su parte, los expertos contratados por el Consorcio Generación Ituango (Integral) [74]. y Lombardi S.A[75] llegan a conclusiones que cuestionan la metodología y fundamentos con los que Skava soporta su informe, inclinándose por causas relacionadas con el proceso constructivo y concluyendo que la contingencia se debió a causas imprevisibles desde la ingeniería.

En este punto el Despacho encontró que tales informes deben ser valorados junto al Informe Causa Raíz elaborado en el proceso de ajuste y contratado por los reaseguradores del proyecto[76], cuya incorporación en este proceso de responsabilidad fiscal fue decretada como medio de prueba mediante el Auto 933 del 08 de septiembre de 2020. Este informe fue elaborado por los expertos Dr.

[73] Skava (2019) Informe de estudio de causa raiz física, en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz\Reference Report

[74] Informe de Integral, en la ruta: \\?\Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\84. Documentación enviada (respuesta Contraloria con anexos) 06-08-2019\P4 carta 2019EE33925\Anexo 2 y 3 actas comitès\2. Informes y Recomendaciones\Integral

[75] 20190327 7758.0-R-10 Ituango - Causa raiz taponamiento GAD DEF, en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 59\FOLIO 12749 ANEXOS VERSIÓN LIBRE DE ESTEBAN POSADA REPRESENTANTE LEGAL DE INTEGRAL\Anexo 12

[76] Ituango Expert RCA 20190905 Spa, en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz

Christopher Snee, Prof. Luiz Guilherme de Mello, Mr. Bernard Murphy y Dr. Rafael Prieto y en él se indica:

"Causa Raíz del Evento

*2.13. La causa raíz del evento fue una **combinación de problemas no resueltos con los procesos diseño, supervisión y construcción** en un área de una zona de cizalla que hicieron al túnel vulnerable a un grupo particular de condiciones hidráulicas que ocurrieron a mediados de abril de 2018. Esto es desarrollado con mayor detalle a continuación.*

(…) 10. CONCLUSIONES

10.2. El Proyecto operó un programa de gestión de riesgos a alto nivel, pero no cumplió con el Código de Práctica de túneles porque no tenía un sistema de gestión de riesgos para de bajo nivel para la fase de construcción y no controló los eventos usando un programa de mitigación de riesgos.

10.3. El diseño de los túneles de desviación generalmente estaba de acuerdo con los códigos, normas y prácticas normales la industria. El método observacional fue un componente significativo del proceso de diseño y construcción. La construcción del TDI y el TDD siguió el MO, por ejemplo, se verificó el diseño durante la construcción mediante los datos de convergencia. Sin embargo, el MO no se aplicó correctamente al TAD; por ejemplo, la convergencia no se midió con la prontitud necesaria para ser usada para verificar el diseño y ajustar el soporte.

10.4. Se afirmó que el TDI y el TDD habían funcionado satisfactoriamente durante cuatro años de operación, por lo que la Asesoría utilizó la experiencia y datos de estos y otros túneles para optimizar el diseño del soporte del TAD. El soporte del TAD fue, sin embargo, más ligero comparado con el del TDI y el TDD, de tal manera que el soporte del TAD era vulnerable a una forma altamente irregular, la erosión y los cambios de presión del agua. Además, el análisis de la Asesoría mostró que el soporte tenía que instalarse completamente y estar funcionando antes de avanzar la cara del túnel.

10.5. El macizo rocoso del TAD era más débil cerca de las zonas de cizalla que las suposiciones del diseño para el terreno Tipo III y se le permitió relajar más de lo esperado según el diseño porque se realizaron avances de la cara antes de que curara la lechada. En consecuencia, la roca excavada no era controlada por el soporte instalado, y el soporte no fue aumentado para compensar la sobre-relajación de la roca, por ejemplo con soporte activo, para eliminar estas debilidades, tal y como se habría hecho si se hubiese implementado correctamente el MO tal como se hizo en el TDI y el TDD. Adicionalmente, la malla de acero requerida para las zonas de cizalla no fue instalada en el lugar del colapso.

10.6. Además, el túnel no fue construido de acuerdo con el diseño, ni las especificaciones técnicas porque el espesor del concreto lanzado no se medía con los pines de profundidad, los tramos de voladura fueron excesivos en ocasiones y no fue instalado un piso de concreto para proteger la roca débil y las zonas de cizalla de la erosión por el flujo de agua.

10.7. El túnel mostró signos claros de dificultad durante la construcción debido a que el Contratista hizo frecuente uso de soporte adicional para avanzar la cara del túnel (Spiles), la sobre-excavación persistente, desprendimientos de rocas y soporte de la bóveda y hastiales, fisuras y grietas en el concreto lanzado. Estas señales de dificultades del túnel no fueron atendidas por el Proyecto según lo requerido por el MO.

10.8. Las partes que asesoraban a EPM (Asesoría e Interventoría) y junto con el Contratista tenían conocimiento de en donde la obra no siguió el diseño, en donde en la construcción no se produjo el túnel con la forma y soporte esperados y donde el túnel colapsó durante la construcción. Muchos de estos problemas no se remediaron porque dichas partes no estaban de acuerdo en la causa o quién era responsable de resolverlos.

10.9. El soporte instalado en el TAD fue degradado por el flujo turbulento porque tenía una forma altamente irregular y el piso fue erosionado porque no tenía cobertura de concreto, lo cual afectó el soporte desde el inicio de operación. Las partes tenían una divergencia crítica sobre la causa de los daños del macizo rocoso más allá de las suposiciones del diseño, en que la Asesoría consideraba que el daño era causado por las voladuras pobres y el Contratista consideraba que esto se debía a roca pobre preexistente. Este y otros asuntos no fueron resueltos, y el TAD fue puesto en servicio con estas vulnerabilidades".

aunque se encontró en una zona de cizalla geológica o en cercanía a la abscisa 0+540, de acuerdo a las conclusiones de informe de los reajustadores, no se instaló el soporte adecuado: "***el lugar en que ocurrió el colapso, el soporte y protección que eran ambos obligatorios y prudentes de acuerdo con el diseño, no se implementaron y el frente del túnel fue avanzado antes de instalar el soporte completo".***

En el mismo sentido, el mencionado informe también indica que:

"c) Aun cuando se encontró una zona de cizalla, el soporte y protección que eran ambos obligatorios y prudentes de acuerdo con el diseño, no se implementaron y el frente del túnel fue avanzado antes de instalar el soporte completo.

d) El perfil excavado fue muy irregular, desviándose significativamente del techo curvo asumido en el diseño, impidiendo así la formación de un arco estructural.

La sobre-excavación de la bóveda resultó en hastiales verticales más altos que lo establecido en el diseño, haciéndolos menos estables para los pernos de roca instalados.

e) El macizo rocoso se relajó y el túnel probablemente convergió durante construcción mas allá del límite de seguridad porque los tramos de avance eran excesivos, y el soporte no era instalado completo antes de avanzar el frente del túnel, y la instrumentación para monitoreo de convergencia fue instalada y monitoreada después de que había ocurrido la mayor parte de la convergencia.

*f) El Método Observacional (**MO**)15 no se aplicó correctamente durante la implementación del diseño del TAD. La convergencia no fue medida a tiempo y por tanto, el diseño no pudo ser ajustado a las condiciones encontradas del terreno, según lo requerido por el MO, en específico.*

i. La convergencia del túnel debía medirse para validar el TAD construido. Esto no se hizo correctamente. En consecuencia, no había forma de saber como era el desempeño del soporte instalado.

ii. La estabilidad del techo del túnel no pudo controlarse resultando en una pérdida del perfil debido a sobre-excavacion significativa, incluso con soporte adicional sustancial que no estaba previsto en el diseño.

iii. El soporte y roca se cayeron del techo del túnel en varias ocasiones durante construcción, lo cual demostraba que el soporte no estaba funcionando según lo esperado, lo cual debió iniciar revisiones del diseño de acuerdo con el método observacional.

g) En consecuencia, el túnel construido era aún más débil que el diseño ya marginal" (Subrayas fuera del texto)

De lo anterior se concluye que la causa del colapso de la GAD obedeció a las fallas que anota el informe de los reajustadores, de donde este Despacho refrenda la conclusión de que la Contingencia no obedeció exclusivamente a una causa externa, sino que la misma fue producto de defectos constructivos, problemas en el seguimiento y control de las obras, como consecuencia de la ejecución acelerada de las obras para intentar cumplir a toda costa con una fecha de entrada de generación de energía.

Pagos parciales realizados por Mapfre como consecuencia del aviso del Siniestro de la póliza todo riesgo construcción que ampara el proyecto.

En este punto, resulta necesario precisar que de conformidad con la respuesta dada por EPM, obrante a folio 11361 y ss del expediente, se encuentra probado que Mapfre, en virtud de la póliza todo riesgo asociada al proyecto, ha realizado un

primer pago anticipado en relación con el daño emergente producto de la contingencia por valor de USD 150 millones[77].

Dicho pago, sin embargo no corresponde a la indemnización total del siniestro, pues, en efecto, el proceso de ajuste se encuentra aún en marcha, así como tampoco se trata de un pago definitivo, puesto que de conformidad con lo previsto en el acuerdo marco suscrito entre Mapfre y EPM así como en la carta de reconocimiento de cobertura[78], se estableció que puede darse reversión de la cobertura.

La realización de dicho pago parcial se justificó en el hecho de que EPM ha venido incurriendo en erogaciones para reponer equipos y reparar las obras afectadas por el siniestro y que la póliza contempla expresamente la posibilidad de realizar ese tipo de pagos.

Así mismo, es de anotar que la Superintendencia Financiera de Colombia, envió una comunicación al Señor Contralor General de la República, la cual fue remitida por competencia a este Despacho y hace parte del acervo probatorio de este proceso (fl 13586 y ss) , en la cual se afirma que la superintendencia ha revisado periódicamente la adecuación del nivel de reservas y que se realicen los ajustes que han sido necesarios para dar cumplimiento a los estándares mínimos de su constitución y los niveles de patrimonio adecuado. Así mismo se refiere al pago de 150 millones de dólares realizado el día 4 de diciembre de 2019 y anuncia que se tiene pensado un nuevo pago por 100 millones de dólares, a realizarse en septiembre de 2020.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Despacho solicitó como complementación de oficio que la Universidad Nacional tuviera en cuenta para efectos de correr el modelo financiero los pagos parciales, asunto sobre el cual este Despacho se pronunciará en el acápite en el cual se estudia el elemento Daño.

IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS GENERADORES DEL DAÑO

De la amplia exposición, atrás realizada, resulta oportuno identificar de manera resumida los hechos generadores de daño así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/O RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE**

[77] Dicho pago fue realizado el día 4 de diciembre de 2019.
[78] Ambos documentos obrantes en el CD que se encuentra a folio 11365 del expediente.

DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/O ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Tal y como se explicó al inicio de este acápite, se trata de una serie de hechos sucesivos y concatenados que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal.

Estos hechos se dividen e identifican única y exclusivamente a efectos metodológicos para simplificar la realización más delante de las imputaciones individuales de responsabilidad.

VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Constitución Política de Colombia
Ley 42 de 1993
Ley 610 de 2000
Ley 1474 de 2011
Ley 80 de 1993
Ley 489 de 1998
Ley 142 de 1993
Ley 143 de 1993
Estatutos de Hidroituango
Contrato BOOMT
Contratos con los subcontratistas:

Contrato CT-2011-000008
Contrato CT-2011-000014
Contrato CT-2012-000036

VIII. IDENTIFICACIÓN DE LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA.

EPM: Empresa de servicios públicos domiciliarios, organizada como “empresa industrial y comercial del Estado”, de propiedad del Municipio de Medellín.

HIDROITUANGO: sociedad por acciones, constituida como una empresa de servicios públicos mixta, con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal mediante Escritura Pública 2.309 del 08 de junio de 1998, otorgada en la Notaría 18 del Circuito Notarial de Medellín, inscrita en la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia el 05 de agosto de 1998

De manera indirecta socios públicos de Hidroituango, a saber:

Accionistas	Número de Acciones suscritas	% de participación accionaria
Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA)	30.539.584.791	50,741261%
Empresas Públicas de Medellín E.S.P.	27.885.783.007	46,331992%
Departamento de Antioquia	1.291.495.015	2,145808%
Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. (CHEC)	85.934.593	0,142780%
La Nación	46.490.817	0,077244%
Financiera Energética Nacional (FEN)	21.619.223	0,035920%

IX. OTRAS SOLICITUDES

Previo a entrar a resolver sobre la responsabilidad fiscal de los implicados, este Despacho se pronunciará sobre otras solicitudes presentadas por los apoderados, así:

A. SOLICITUDES POR DECIDIR

1. <u>Solicitudes de Nulidad</u>

1.1 Las nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal

En general, la declaratoria de nulidades ha sido entendida como un mecanismo procesal de protección del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), en tal sentido, la jurisprudencia constitucional la ha definido como:

> "[l]rregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso"[79].

[79] Corte Constitucional. Sentencia T-125 del 22 de febrero de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En concordancia con dicho concepto, el capitulo III del título II de la Ley 610 del 2000 se refiere a las nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal, cuyas causales se encuentran contempladas en el artículo 36, así:

> **"**Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso".

Así mismo, el artículo 109 de Ley 1474 del 2011 establece que:

> "La solicitud de nulidad podrá formularse hasta antes de proferirse la decisión final, la cual se resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación.
>
> Contra el auto que decida sobre la solicitud de nulidad procederá el recurso de apelación, que se surtirá ante el superior del funcionario que profirió la decisión".

1.1.1 Solicitud de nulidad formulada por LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO a través de su apoderado especial mediante el memorial con radicado No. 2020ER0042513 del 12 de abril de 2021.

A través del escrito de descargos el apoderado especial de LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO presentó solicitud de nulidad de lo actuado por a existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, lo cual fundamenta en:

a. El Auto No. 1103 del 2 de octubre del 2020 se ejecutó sin que se resolvieran previamente los recursos de reposición y apelación que se interpusieron en virtud del artículo 24 de la ley 610. Peor aún, la Contralora Delegada 09 no tramitó ante su superior los recursos de apelación que fueron interpuestos.

Al respecto se destaca que el artículo 24 de la Ley 610 de 2000 indica:

> "ARTICULO 24. PETICION DE PRUEBAS. El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas.
>
> **La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación**".

De acuerdo con la disposición citada es claro que la decisión en contra de la cual procedían los recursos de reposición y apelación es la **negación** de solicitudes probatorias, la cual se adoptó concretamente en el ordinal cuarto de dicha providencia, tal como fue advertido por el ordinal quinto del mismo auto, así:

> "**CUARTO: NEGAR EL DECRETO Y PRACTICA Y/0 INCORPORACIÓN** de los demás medios de prueba solicitados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
>
> **QUINTO**: En contra del numeral CUARTO de esta decisión, proceden los recursos de REPOSICIÓN Y APELACIÓN, los cuales deberán ser interpuestos dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta providencia".

Así las cosas, los ordinales restantes al no ser objeto de recurso se encontraban ejecutoriados incluso sin haberse tramitado los recursos de reposición y apelación que en contra del ordinal cuarto del Auto 1103 de 2020 se interpusieron, por lo que la interpretación traída por la solicitud de nulidad tales puntos no eran ejecutables al momento en que se practicaron las pruebas decretadas carece de fundamento y no está llamada a prosperar, al no implicar una afectación al debido proceso de los vinculados a esta causa fiscal.

Ahora bien, el argumento también es desarrollado con fundamento en que:

> "Curioso es el reiterado argumento para proceder a la denegación de las pruebas solicitadas por los sujetos procesales, y aberrante y sin explicación jurídica alguna, fue la negativa a permitir la contradicción del informe técnico presentado por la Universidad Nacional al considerar "impertinentes" las solicitudes de aclaración y complementación solicitadas, en el ya obvio interés de cercenar las garantías de los hoy imputados, incluyendo naturalmente, al Dr. LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO.
>
> Es así como se dictó auto de Imputación Fiscal, sin que el Despacho diera traslado a los sujetos procesales de las respuestas parciales de la Universidad Nacional a las solicitudes de aclaración, complementación y ajuste. En efecto, el 1 de diciembre de 2020, se incorporó al expediente la respuesta de la Universidad Nacional fechada el 30 de noviembre, y el 3 de diciembre se procedió a dictar y noticiar el Auto de Imputación, sin haberse dado previamente traslado de las respuestas a los sujetos procesales".

Al respecto se destaca que la negación de las solicitudes de aclaración y complementación del Informe Técnico elaborado por la Universidad Nacional se encuentra motivada de conformidad con el alcance de tal informe y en todo caso, las piezas procesales que conforman el expediente, entre las cuales se encuentra la respuesta a las solicitudes que fueron trasladadas a la Universidad Nacional, siempre se han encontrado a disposición para la consulta de los apoderados y presuntos responsables, sin embargo, la contradicción de los informes técnicos no contempla un traslado adicional al del informe inicial y en tal medida el trámite adelantado por esta Delegada sobre el particular tampoco constituye una

irregularidad que afecte el debido proceso, pues la exigencia que reclama el solicitante carece de fundamento en las disposiciones que orientan el proceso de responsabilidad fiscal.

Por otro lado, el solicitante trae a colación el siguiente argumento:

> "Incluso, a manera de ejemplo, puede mencionarse lo dispuesto en el Auto Nro. 1000 de 16 de septiembre de 2020, cuando el operador fiscal resolvió:
>
> *"2. La asignación de dos profesionales de apoyo técnico con perfil contador público o afín, la cual se solicitará mediante oficio dirigido a la Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción".*
>
> Como si se tratase de un proceso inquisitivo y reservado para los implicados, no se conoce el nombre de los dos profesionales de apoyo técnico designados para tal fin, ni el informe técnico que elaboraron".

Al respecto es necesario reiterar que la solicitud de nulidad formulada demuestra el desconocimiento que el solicitante tiene del expediente de esta causa fiscal pues los funcionarios de apoyo técnico a los que hace referencia el Auto 1000 del 16 de septiembre de 2020 fueron asignados por la Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción mediante el oficio 2020IE0057899 del 18 de septiembre de 2020, en el que se identifican claramente las funcionarias que se han desempeñado como apoyo técnico con perfil contadoras en este proceso.

Así las cosas, el argumento traído a colación tampoco esta llamado a prosperar pues la naturaleza y trámite del proceso de responsabilidad fiscal han sido observadas por este Despacho.

Finalmente sobre este punto la solicitud de nulidad expone que:

> "Otro hecho que demuestra la violación del derecho de defensa de mi defendido, es el adosamiento de nuevos cargos, antes no formulados, en el auto de imputación. A mi prohijado se le hicieron suyos, como adicionales, todos los cuestionamientos que la Contraloría le hizo, también sorpresivamente, a los Doctores ALVARO VÁSQUEZ OSORIO Y ANA CRISTINA MORENO PALACIO, en su calidad de miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, bajo un muy reforzado y excesivo ejercicio argumentativo sobre la figura constitucional del control de tutela.
>
> Es decir, al Dr. RAMOS BOTERO se le imputaron hechos nuevos-adicionales que no aparecían, ni se señalaban en el auto de apertura, y que lo tanto no fueron materia de las versiones libres.

> Es claro que entre el auto de apertura y el auto de imputación debe respetarse o el principio de congruencia, y peor aún, no se tuvo la oportunidad frente a esos nuevos hechos de ejercer el derecho a la versión libre o a la ampliación de la misma, antes de la imputación".

Al respecto se destaca que la argumentación del solicitante desconoce los requisitos que la Ley 610 del 2000 exige para proferir los autos de apertura e imputación en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal, a saber:

> **"ARTICULO 40. APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.** Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, **se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo**, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. (…)
>
> **ARTICULO 48. AUTO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD FISCAL.** El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.
>
> El auto de imputación deberá contener:
>
> 1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
>
> 2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
>
> 3. **La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal** y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado" (negrilla fuera de texto)

En tal medida no es de recibo que se interpreten como equivalentes los indicios serios de los presuntos autores del daño fiscal, exigidos para la apertura del proceso de responsabilidad fiscal de conformidad con el artículo 40 de la Ley 610 del 2000, con los elementos de la responsabilidad fiscal que deben estar suficientemente acreditados en el Auto de imputación, según el numeral 3 del artículo 48 de la misma Ley, máxime cuando los hechos que han orientado esta causa fiscal son los mismos desde su apertura hasta la fecha, por lo que no hay lugar a que se llamara nuevamente a rendir versión libre después de proferido el auto de imputación, pues

esta la oportunidad para plantear argumentos de defensa en esta etapa del proceso son los descargos en el traslado previsto por el artículo 50 de la Ley 610 del 2000.

En síntesis, la solicitud de nulidad confunde los indicios serios que permitieron la vinculación del solicitante a este proceso con los hechos del proceso de responsabilidad fiscal y con las conductas que permitieron acreditar la culpa grave del señor Ramos Botero.

Así las cosas, dado que no se encuentra acreditada irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, este argumento tampoco se encuentra llamado a prosperar.

b. LA PÉRDIDA DE COMPETENCIA POR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. La presente solicitud de nulidad se presenta, teniendo en cuenta que el Despacho entiende que es posible adelantar la acción de responsabilidad fiscal frente al Doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO, argumentando que los hechos por los cuales fue vinculado se prologaron en el tiempo y que por lo tanto, son de carácter permanente o continuado.

Al respecto el escrito de solicitud indicó:

> "En materia administrativa sancionatoria, la responsabilidad únicamente puede establecerse a partir de juicios de reproche que identifiquen de manera directa la responsabilidad del funcionario cuestionado, lo que implica que, en tratándose de sanciones, éstas sólo proceden respecto de quien cometió la infracción por acción o por omisión".

Sobre este punto es necesario realizar una precisión inicial y es que el proceso de responsabilidad fiscal no es de naturaleza sancionatoria sino resarcitoria, así lo ha dejado claro la Corte Constitucional que en la sentencia SU-620 de 1996 indicó:

> *"Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto,una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismotiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94".*

Posteriormente, en la sentencia C-189 de 1998, señaló:

> *"Losprocesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala quecorresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa"*

Así las cosas después de contextualizar sobre el fundamento legal, jurisprudencial y doctrinal en relación al fenómeno de la caducidad el solicitante afirmó:

> *"Es indiscutible que la acción fiscal frente a mi defendido LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO debe cesar, ya que los hechos por los cuales se le investiga, datan del año 2010, según lee en las imputaciones efectuadas a los miembro de junta VÁSQUEZ OSORIO Y MORENO PALACIO, y para la fecha del auto de apertura de la investigación, esto es para el día 08 de noviembre de 2019, había operado inexorablemente el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal, prevista en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, pues habían pasado, no cinco años, sino casi nueve.*
>
> *Ahora bien, como el cuestionamiento a estos dos miembros de junta tiene que ver con los pormenores y vicisitudes de un contrato estatal ejecutado por Hidroituango, no puede olvidarse que para el ejercicio de la acción fiscal derivada de contratos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido como último acto de ejecución, la liquidación del contrato, fecha a partir de la cual la Contraloría cuenta con un término de cinco (5) años para iniciar las labores investigativas de responsabilidad fiscal.*
>
> *De manera que, cualquier acción fiscal derivada del contrato No 007 de 2008, referida a su control fiscal posterior, debió iniciarse a partir de la fecha de suscripción del Acta de Liquidación, esto es, a partir del 19 de diciembre de 2012, ya que ésta constituye el último acto derivado frente a dicho contrato.*
>
> *En ese orden de ideas, resulta claro que, para el 8 de noviembre de 2019, fecha de apertura de la investigación fiscal, se encontraba más que configurada la caducidad de la acción conforme a los términos señalados en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, perdiendo competencia la Contraloría para investigar por estos hechos.*
>
> *Resulta claro además, que los artículos 16 y 47 de la Ley 610 de 2000, estipulan que procederá la **CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL** cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operador la caducidad".*

Al respecto, es necesario destacar que El artículo 9º de la Ley 610 del 2000, en su redacción original, aplicable a la fecha de apertura de este proceso de responsabilidad fiscal, prevé que:

> *"La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.*
>
> *La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.*
>
> *El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública".*

De la norma precitada se observa con claridad que (i) la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal esta relacionada al hecho generador del daño al patrimonio público y no el momento en el que el presunto responsable haya realizado la conducta que se reprocha para acreditar su culpa grave, (ii) el término de caducidad aplicable es de cinco (5) años y (iii) el computo de dicho término depende de la naturaleza del hecho, pues si es de ejecución instantánea contará desde su realización, pero si es de ejecución sucesiva o continuada, se contará desde el último hecho o acto.

En tales términos, conviene recordar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015, reiterada por el Consejo de Estado:

> "…esta Corporación se pronunció sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales, al declarar exequible un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará "una vez liquidados o terminados los contratos". La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución; (ii) el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes.
>
> La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales "se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación". Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: "1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha

> perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y 2. una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales" .

Con ocasión de ello, el Consejo de Estado ha indicado que incluso cuando se desconozcan las fechas de terminación, liquidación o entrega resulta "innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas" .

Con base en lo anterior, este Despacho mediante el Auto 946 del 09 de septiembre de 2020, al decidir una solicitud de cesación de la acción fiscal, indicó que como los hechos referidos en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, es evidente que se trata de hechos de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto.

Dadas las anteriores consideraciones, en la parte resolutiva de este proveído se negará la solicitud de nulidad analizada.

1.1.2. Solicitud de nulidad formulada por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a través de su apoderado especial mediante el memorial con radicado No. 2021ER0100739 del 04 de agosto de 2021.

Teniendo en cuenta que el apoderado especial de Seguros Generales Suramericana S.A. formuló la solicitud de nulidad referenciada como subsidiaria, siempre que no prosperara el recurso de apelación interpuesto contra el Auto 1125 del 19 de junio de 2021 que se allegó con el mismo número de radicado, este Despacho se abstendrá de estudiar el contenido de la misma, en atención a que mediante el Auto ORD-801119-214-2021 resolvió revocar la decisión de esta Delegada en lo relacionado a los avisos de circunstancia y en consecuencia incorporarlos al expediente.

1.1.3. Solicitud de nulidad formulada por CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A., CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A y CONINSA RAMON H S.A. a través de sus apoderados especiales, mediante el memorial bajo radicado No. 2021ER0101643 del 05 de agosto de 2021.

A través de la comunicación referenciada los apoderados especiales de CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A., CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A y CONINSA RAMON H S.A. solicitan que se declare la nulidad del presente proceso de responsabilidad fiscal desde que se hubiese realizado la designación de algún funcionario de apoyo técnico con perfil ingeniero civil, por violación del derecho de defensa y comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso que fundamenta en que:

a. Sus representadas no han tenido oportunidad de conocer y pronunciarse sobre los informes, análisis o estudios realizados por el funcionario de apoyo técnico que hayan servido al Despacho para la interpretación de las pruebas y la toma de decisiones frente a las mismas.

b. El funcionario de apoyo técnico no tiene la formación, experiencia académica y experticia requeridas para emitir informes, análisis o estudios en este proceso.

c. El funcionario de apoyo técnico puede llegar a tener conflictos de interés con los imputados por ser el actual representante legal, accionista único y controlante de la sociedad Constructora J.G.C. S.A.S.

Al respecto es necesario recordar que como se expuso en el Auto 1125 del 16 de julio de 2021 "*el funcionario de apoyo técnico con perfil ingeniero civil asignado a esta actuación desempaña funciones de apoyo al despacho que no son objeto de incorporación o valoración como medios de prueba documentales o por informe en sí mismos*", en tal sentido, el funcionario de apoyo técnico al que hace referencia la solicitud de nulidad presta una función de colaboración a través de la explicación de conocimientos de naturaleza técnica, que a la postre son reflejados en las decisiones adoptadas en el proceso, cuya contradicción esta reglada por las disposiciones procesales que orientan el proceso ordinario de responsabilidad fiscal.

En el mismo sentido se recuerda a los solicitantes que los funcionarios de apoyo técnico que han sido designados en esta causa fiscal son empleados públicos de este organismo de control fiscal, cuyos requisitos para acceder al empleo público, así como las funciones que han de desempeñar están definidos por la ley y por el Manual de Funciones aplicable, por lo que los reparos formulados en relación con la formación y experiencia del funcionario asignado desconocen el alcance, naturaleza y forma en que se hace efectivo el trabajo de apoyo técnico.

Finalmente, se encuentra necesario precisar que los conflictos de interés previstos por el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 hacen referencia a los servidores que deban "*adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicas pruebas o pronunciar decisiones definitivas*", pues las funciones de apoyo técnico **no conllevan a que se adelante, sustancie, practiquen pruebas o adopten decisiones definitivas en los procesos de responsabilidad fiscal,** pues

como se ha explicado insistentemente ante las solicitudes formuladas, las funciones de apoyo técnico no son suficientes para estructurar decisiones de fondo, sino que sirven de soporte ante las situaciones técnicas que el funcionario de conocimiento requiera consultar para la correcta valoración probatoria que haga parte de sus fundamentos, que en todo caso tienen la oportunidad de ser replicados en ejercicio del derecho de contradicción en las oportunidades que le otorgan las disposiciones que reglan el trámite.

Así las cosas, se negará la solicitud bajo estudio en la parte resolutiva de este proveído.

1.1.4. Solicitud de nulidad formulada por SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, MARIA EUGENIA RAMOS VILLA, FEDERICO RESTREPO POSADA, JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR y RAFAEL NANCLARES OSPINA a través de su apoderada especial, mediante el memorial bajo radicado No. 2021ER0109662 del 20 de agosto de 2021.

A través de la comunicación referenciada la apoderada Aracelly de las Misericordias Tamayo Restrepo formuló solicitud de nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, que fundamenta en:

a. Violación del principio de “investigación integral”, al rechazar el decreto y práctica de medios de prueba conducentes y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, y

b. Solidaridad no regulada en la ley.

Adicionalmente formuló solicitud de nulidad subsidiaria por desconocimiento del derecho de defensa.

En tal orden, pasarán a revisarse los argumentos formulados:

a. Violación del principio de “investigación integral”, al rechazar el decreto y práctica de medios de prueba conducentes y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos:

Indica la solicitud que:

> “El vicio de estructura denunciado consiste primordialmente en la pretermisión del Despacho en decretar y practicar innumerables medios de prueba de inexcusable incorporación al proceso, que por su evidencia se desprendían de la propia versión del investigado rendida en la etapa de investigación fiscal, y de los descargos presentados luego de la imputación, y de los que afloraba su pertinencia para establecer la ausencia de responsabilidad fiscal, así como de aquellas otras pruebas que fueron solicitadas por la defensa y que fueron denegadas, a nuestro sentir, de manera caprichosa, pues el sustento de la negación fueron

frases reiterativas que no satisfacen la sindéresis y motivación que exigía un auto de alta lesividad para la defensa de quienes represento".

Al respecto es preciso destacar de las pruebas documentales en particular, se negó la incorporación de muchas de ellas por cuanto se encuentran en el plenario. Sobre el particular es necesario precisar lo que se le respondió a la apoderada en el Auto 1031 en el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto así:

"Por otro lado, sostiene la recurrente, que lo que persigue con la insistencia de solicitar el decreto de pruebas que -no sobra indicar- se negaron por las mismas razones en el Auto 1103 del 2 de octubre de 2020, es: "Lograr la precisión del valor probatorio de los documentos que eran aportados en consonancia con las explicaciones rendidas por la suscrita abogada al presentar las explicaciones correspondientes frente al auto de imputación de cargos No. 1484 del 2 de diciembre de 2020, y (…) aportar los documentos de manera integral, ordenada y concatenada, por cuanto en el expediente se encuentran algunos de ellos de manera desarticulada, desordenada, además de que la ruta de acceso a los mismos en algunos casos no permite la visualización y revisión de los documentos."

Con respecto a lo dicho en precedencia, es preciso recordarle a la apoderada, en primer lugar que la precisión del valor probatorio de las piezas obrantes en el expediente no depende de que sean aportadas nuevamente al mismo, sino de los argumentos que a partir de tales medios de convicción sean expuestos, que como es lógico, dependen de la revisión del plenario, que a los interesados corresponda, y en segundo lugar, que en nada incide -y nada ha obstado- para que este Despacho tenga en cuenta los documentos aludidos por la apoderada, aún cuando de acuerdo a su criterio, los mismos no se encuentran en el expediente de manera "ordenada", la diligencia en la consulta de las actuaciones y el material probatorio no es una carga atribuible a este organismo de control y por el contrario, corresponde a una de las actividades que los apoderados deben adelantar en cumplimiento de las obligaciones contraídas con sus mandante, no obstante, este Despacho ha brindado las rutas de ubicación de cada uno de los documentos aludidos por la apoderada.

Indica la recurrente que, "el Despacho pasa por alto que la PRUEBA ÚTIL TIENE QUE VER CON LA SUFICIENCIA DEMOSTRATIVA QUE REPRESENTA PARA EL DEBATE JURÍDICO. Con ella se obtiene la certeza y convencimiento de la realización del hecho, de ahí entonces, que las pruebas documentales que se aportaron y que obraban en el expediente no son INUTILES, de conformidad con la apreciación vertida por el Despacho. Y no son inútiles, porque independiente que el fallador revise los documentos obrantes en el proceso, o los aportados por la parte en las solicitudes probatorias, ambos escritos revisten la suficiencia demostrativa para acreditar unos hechos determinados, y así debe proceder a ser DECRETADO

POR EL DESPACHO, por cuanto a la fecha no han sido formalmente decretadas como pruebas"

Sobre este punto, tal como lo ha indicado en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado, la UTILIDAD de la prueba radica en que el hecho que se pretende demostrar con la misma no esté ya demostrado con otro medio probatorio[80], y es este y no otro, el sustento del Despacho para indicar que las pruebas obrantes en el expediente, como es el caso de todas las pruebas documentales que le fueron negadas a la apoderada en la providencia recurrida, al ser consideradas inútiles, lo son, por la simple razón de encontrarse incorporadas al plenario, no se trata de documentos distintos, con cambios, análisis, folios, o contenido distinto, tan es así, que se brinda la ruta en donde pueden ser encontrados en el expediente, ruta que debe conocer la apoderada como producto del análisis y conocimiento del expediente que le compete conforme a las funciones encomendadas por sus poderdantes.

Por otro lado, se refiere la recurrente a lo que considera una imprecisión del Auto 948 hogaño, relacionada con lo que según ella es una "confusión" de las distintas etapas probatorias (solicitud, decreto y práctica), que en su opinión se traduce en una "transgresión evidente del derecho fundamental a la prueba, en detrimento del debido proceso administrativo del artículo 29 constitucional, y una de sus tantas concreciones en el artículo 50 de la Ley 610 de 2000 (…) no solo basta con revisar si determinados documentos ya reposan o no en el plenario. Si fuera así no tendría sentido que el legislador hubiera otorgado ese plazo para formular descargos. Por el contrario, la finalidad de esta nueva oportunidad probatoria es permitir que el investigado se defienda concretamente respecto de los cargos puntuales que le han sido endilgados. Situación que no se presenta en la etapa de apertura, la cual brilla por la abierta indeterminación de las conductas censuradas, y los hechos materia de investigación."

Cabe señalar que la "imprecisión" radica en el errado entender de la apoderada, quien insiste en que los documentos no han sido incorporados al expediente, afirmación que obedece a la falta de conocimiento de las piezas procesales por parte de la apoderada, aun cuando las mismas le han sido compartidas oportunamente por el Despacho. Lo anterior se hace evidente si se tiene en cuenta que en el Auto 1045 del 23 de septiembre de 2020 se decidió incorporar al expediente los papeles de trabajo de la actuación especial adelantada por la Contraloría Delegada Sector Minas y Energía, haciendo la salvedad que gran parte de tal información coincide con la aportada con el traslado del hallazgo fiscal, otra gran cantidad de documentos, se recolectó en la visita especial decretada a través del Auto 1103 del 2 de octubre de 2020, información que también reposa en su

[80] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto del 19 de octubre de 2020 (radicación 11001-03-28-000-2020-00049-00).

totalidad en el expediente y que- por supuesto- se entiende incorporada, tan es así, que fue empleada y valorada en la imputación del proceso que nos ocupa.

Así las cosas, contrario a lo indicado por la apoderada, sí existen providencias que se pronuncian exclusivamente sobre la incorporación de las aludidas pruebas al plenario y el desconocimiento de las mismas no es atribuible a la labor de este Despacho, por otro lado en el auto de imputación se esgrimieron argumentos suficientes, basados en el material probatorio obrante en el plenario, es labor de cada uno de los presuntos y sus apoderados ejercer su derecho a la contradicción, en la oportunidad procesal respectiva en la que el Despacho se pronuncie sobre la vocación probatoria de los documentos que pretendan hacerse valer, atendiendo a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

Así bien, respecto de los puntos expuestos conviene reiterar que los documentos siempre se han encontrado a disposición de los presuntos responsables y sus apoderados, siempre han hecho parte del expediente y respecto de los medios de prueba cuya reglamentación establece alguna forma específica de contradicción que involucre el traslado a los presuntos responsables, como es el caso del informe técnico, así se ha adelantado.

Continua su escrito de recurso la recurrente exponiendo los reparos planteados en contra de la decisión de negar las pruebas documentales solicitadas, cabe resaltar presenta un planteamiento genérico, reproducido ante cada una de las pruebas consideradas inútiles por el Despacho en la providencia recurrida:

"A la fecha este documento aún no se ha incorporado como prueba documental en los estrictos términos del artículo 173 de la Ley 1564 de 2012"

Conviene entonces mencionar que el aludido artículo señala justamente las oportunidades probatorias, así:

> *"ARTÍCULO 173. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.*
>
> *En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.*
>
> *Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que*

lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción."

Habiendo aclarado en precedencia que, en efecto los documentos sobre los que versan los alegatos de la recurrente, han sido incorporados al plenario, y que su desconocimiento del mismo no puede ser atribuible al Despacho, se entiende absorbido su argumento, aclarando por demás que las normas legal y procesales que rigen el Proceso de Responsabilidad Fiscal han sido fielmente observadas.

Ahora bien, con respecto a los documentos en los que la abogada adjunta una captura de pantalla, indicando que "no se encuentran en la ruta y por ende no han sido incorporados", es preciso señalar que el Despacho fue claro al indicar a los apoderados que podían acceder a la información recolectada durante la visita especial realizada a EPM e HI, siempre y cuando allegasen un disco externo con suficiente capacidad de almacenamiento, pues debido al peso de los archivos, no era posible compartirla vía One Drive. De facto, la precitada información fue repetida en múltiples ocasiones, tanto en oficios de respuesta a solicitudes de copias, como en autos proferidos en el marco del proceso que nos ocupa, así:

(…)"[81]

Respecto de las pruebas por oficio, muchas de ellas fueron negadas por cuanto no se señaló el objeto de las mismas o cuando en el plenario ya se encontraban otras que acreditaban lo pertinente.

Respecto de las pruebas periciales se dijo lo siguiente:

Respecto de la prueba pericial cuyo objeto consistía en : "*designar una firma técnica especializada y experta en Gobierno Corporativo, para que conceptúe por cada una de las conductas que fueron reprochadas a mi mandante en el auto de imputación, si las mismas se enmarcan dentro de lo correcto, técnico y ajustado a las funciones de miembro de Junta Directiva de la sociedad HI en la ejecución del proyecto Hidroituango".*

Se negó por cuanto "Por tratarse de puntos de derecho, se negará el decreto del medio de prueba solicitado, a lo cual es necesario añadir que el dictamen pericial no es un medio de prueba admisible en el proceso de responsabilidad fiscal, dadas las formas propias de este procedimiento, que no implica la existencia de partes.

Cabe destacar que respecto de la improcedencia de este medio de prueba sobre puntos de derecho, el artículo 226 del Código General del Proceso indica:

[81] Ver páginas 122 a 125 del Auto 1031.

> "No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera".

Adicionalmente, resulta inútil e impertinente, toda vez que las funciones de los miembros de la Junta Directiva de H.I, y sus obligaciones de seguimiento al contrato BOOMT, se encuentran consignadas en los estatutos de la sociedad y en el Contrato BOOMT y sus anexos, documentos que hacen parte del plenario.

Corresponde a la CGR, tras el análisis del material probatorio disponible, a la luz de las obligaciones legales y contractuales de los miembros de la Junta Directiva, establecer si las acciones u omisiones desplegadas por los presuntos responsables, se encuentran o no ajustadas al Derecho"

Respecto del Dictamen pericial cuyo objeto era: *designar una firma técnica especializada o ingeniero experto en construcciones de obra de gran calibre y complejidad, para que conceptúe técnicamente la relación causal de cada una de las conductas que fueron reprochadas a mi mandante en el auto de imputación, en relación con la contingencia de 2018.*

El experto consultará el uno a uno de los informes, documentos y demás documentos que posea la sociedad HI y EPM. El experto hará igualmente un estudio de probabilidades de ocurrencia del supuesto daño y/o ocurrencia de la contingencia con relación a cada conducta reprochada.

Se negó por cuanto: Por tratarse de puntos de derecho, se negará el decreto del medio de prueba solicitado, a lo cual es necesario añadir que el dictamen pericial no es un medio de prueba admisible en el proceso de responsabilidad fiscal, dadas las formas propias de este procedimiento, que no implica la existencia de partes.

Cabe destacar que respecto de la improcedencia de este medio de prueba sobre puntos de derecho, el artículo 226 del Código General del Proceso indica:

"No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera".

Así las cosas, este Despacho ha motivado suficientemente la decisión de las solicitudes probatorias adoptadas en los Autos 948 y 1031 del 2021, argumentos que fueron igualmente confirmados por la Sala Fiscal y Sancionatoria mediante el Auto ORD-801119-157-2021, por lo que no se encuentra acreditada la irregularidad sustancial que invoca la solicitante, ni mucho menos una afectación al debido proceso, pues deviene en una interpretación irracional, irrazonable y desproporcionada que todos los medios de prueba que fueron solicitados deban ser

decretados sin haber realizado el análisis de su conducencia, pertinencia y utilidad, que son los criterios que definen su admisibilidad.

Continúa el escrito de solicitud de nulidad indicando:

> "La más reciente afectación al debido proceso y la investigación integral se presentó al limitar las pocas pruebas testimoniales que habían sido decretadas luego de presentar los descargos, de tal cuenta que con la negativa sistemática de decretar las pruebas de descargos de mis representados, negarles la oportunidad de realizar una adecuada defensa y controvertir los cargos imputados, se está causando un perjuicio irreparable para mis defendidos, a quienes no se les ha permitido la oportunidad de defenderse de los nuevos y sorpresivos cargos que fueron irrogados en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, y frente a los cuales ni siquiera tuvieron la oportunidad de presentar versión libre, por cuanto se aperturó (SIC) la investigación con respecto a unos hechos, y posteriormente cada uno de mis defendidos, se les imputó responsabilidad fiscal por unos nuevos hechos frente a los cuales no tuvieron oportunidad de defenderse en la etapa de investigación fiscal.
>
> Aunque en la discursiva del Despacho no se imputaron hechos nuevos frente a los cuales fue aperturado (SIC) el proceso, y así lo dejó sentado al dar respuesta a la acción de tutela promovida por la suscrita abogada en defensa de quienes represento en este proceso
>
> > «Es necesario precisar que este argumento ha sido planteado por varios de los imputados y ha sido resuelto en múltiples autos proferidos por el Despacho, entre los cuales se encuentran los siguientes: Auto 1551 del 15 de diciembre de 2020, Auto 1569 del 16 de diciembre de 2020, Auto 474 del 24 de marzo de 2021, Auto 617 del 06 de abril de 2021, Auto 709 del 19 de abril de 2021 y Auto 879 del 21 de mayo de 2021.
> >
> > En este sentido, como en la imputación, no se incluyeron nuevos hechos, diferentes a los expuestos en la apertura de este proceso, para el momento en que se realizó la exposición libre y espontanea se encontraba identidad en los fundamentos facticos de esta causa fiscal y por tanto, si en su versión libre los presuntos responsables solo consideran procedente referirse o enfatizar en alguno de los puntos expuestos en la apertura, como en los indicios serios que permiten su vinculación, ello no implica que se haya realizado un cambio en las condiciones de hecho y de derecho aplicables al proceso, o que esta Contraloría debiera citar nuevamente a diligencia de versión libre.
> >
> > Finalmente, este Despacho, enfatiza que el acto administrativo definitivo en el proceso de responsabilidad fiscal es el fallo con o sin responsabilidad fiscal, por lo que difícilmente podrá hablarse de una

> violación al debido proceso por una decisión de imputación cuando el accionante no reconoce las formas propias del proceso de responsabilidad fiscal en el que se encuentra vinculado y aun no se ha proferido una decisión definitiva de fondo»
>
> *Lo cierto es que a pesar de que resultan ofensivas y maltrechas las afirmaciones realizadas, es evidente que las mismas no sirven para ocultar la realidad del proceso en cuanto a la incongruencia evidente que se presenta cuando a un investigado se le vincula, verbi gracia, por no haber realizado un seguimiento adecuado de los actos delegados, y posteriormente se le imputan cargos por siete conductas, hechos o actos relevantes, como quiera denominarse, porque la realidad no puede ocultarse con eufemismos retóricos.".*

En este punto, es necesario precisar lo que la jurisprudencia ha dicho en relación con la decisión de limitar los testimonios:

> *"Considera el despacho, que la limitación de testimonios efectuada por el a quo obedeció al ejercicio de una facultad a su cargo, autorizada por ley, **tendiente a garantizar la eficacia, economía y celeridad del proceso** de la referencia, ello porque **resulta inoficiosa la repetición de testimonios cuando, en criterio del fallador, la información recaudada es suficiente para esclarecer los hechos**"*[82]

En efecto, en el auto 1125 de 16 de julio de 2021 (fl.27.393 y ss.), con base en lo dispuesto en el artículo 212 del Código General del Proceso prevé que *"el juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso"* y se justificó en los siguientes términos: "*pasará a prescindirse de algunos de los testimonios programados en atención a que **de los testimonios practicados hasta la fecha se encuentran suficientemente esclarecidos los hechos que los mismos pretenden probar**, así:*

OBJETO	**TESTIMONIO PRACTICADO**	**TESTIMONIOS PRESCINDIDOS**
Acreditar que Integral fue sorprendido por el doctor Luis Alberto Sierra al comunicar que la oficina de gerencia de EPM había tomado la decisión unilateral de incorporar la SAD.	Juan Luis Cadavid Restrepo	María Cecilia Sierra Bonilla
Para probar el debido seguimiento, ejercicio de control de tutela, supervisión y	Carlos Andrés Pérez	Diego Miguel Sierra
	Mauricio Valencia Correa	Adriana Sampedro Cuartas

[82] Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrada ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, 2 de abril de 2018, Expediente: 15238 3339 751 2015 00307 01.

vigilancia, así como los mecanismos y generación de instrucciones y retroalimentaciones que el entonces Gobernador Sergio Fajardo ejerció sobre sus subalternos		
Probar el alcance, contenido, costos y necesidades reales de la adopción de la propuesta de PENTA a la sociedad Hidrotuango, así como la razón para que no hubiese sido implementado en el año en que inicialmente la propuesta fue expuesta a la Junta Directiva	Jairo Hernán Ramírez	Isabel Cristina Cardoso García
	Gustavo Jiménez Arango	Elkin Restrepo
		Eliana Saldarriaga Escobar

De donde resulta evidente que el Despacho obró de conformidad con la Ley y los limitó no para perjudicar los intereses de ninguno de los imputados sino en atención a que estaban esclarecidos los hechos que se pretendían probar.

Ahora bien, llama la atención que el escrito de solicitud de nulidad no argumente ningún reparo concreto a la posición del Despacho, que traiga a colación la contestación a una solicitud de tutela que fue formulada por la apoderada de los solicitantes en un contexto extraprocesal y la cual se dio solo con ocasión al escenario de control constitucional que la apoderada convocó, que en todo caso se ve reflejada en lo expresado mediante los Autos 1551, 1569 de 2020, 474, 617, 709 y 879 de 2021.

En efecto, por el contrario ahora en la solicitud de nulidad se califica de ofensiva y maltrecha la argumentación dada, ignorando que la comprensión de las formas y trámite aplicable al proceso de responsabilidad fiscal deviene en una necesidad para el ejercicio de la defensa, que se ejerce a través del planteamiento y contradicción de argumentos en derecho y en relación con los hechos que orientan la causa fiscal y no mediante calificativos que sí resultan retóricos.

En tales términos, es necesario remitirse a lo expuesto en los autos mencionados a fin de diferenciar las nociones de indicios serios que permitieron vincular a los presuntos responsables, los hechos que fundamentan la unidad procesal y las conductas que acreditaron la culpa grave de los presuntos responsables, los cuales permiten demostrar que ha existido congruencia entre las providencias de apertura e imputación.

Finalmente, la solicitud de nulidad expone que se ha vulnerado el principio de investigación integral pues indica:

> "El Despacho está denegando de manera injustificada la investigación de los hechos posteriores al 31 de diciembre de 2015, y que de conformidad con los mismos argumentos expuestos por la delegada fueron los que causaron los "mayores costos del proyecto", y esta vulneración al principio de investigación integral, ya trae consigo un prejuzgamiento intrínseco, que incluso es contradictorio con las mismas conclusiones plasmadas por el Despacho en el auto de imputación de responsabilidad fiscal".

Al respecto es necesario destacar que en este proceso de responsabilidad fiscal se investigan los hechos relacionados con las irregularidades de los recursos del proyecto de la hidroeléctrica de Ituango, sin embargo, en el desarrollo del trámite se encontró que algunos funcionarios que entraron al proyecto a partir de 2016 no debían ser investigados en tanto el carácter subjetivo de la responsabilidad fiscal impedía la configuración de los elementos de ella en su contra, tal como es explicado ampliamente al estudiar el argumento sobre el particular expuesto en los descargos presentados por la apoderada de los solicitantes.

La situación expresada no implica una vulneración al principio de investigación integral pues en todo caso respecto de los presuntos responsables que fueron vinculados a este proceso han sido valorados los diferentes medios de prueba en lo favorable y desfavorable, adoptando decisiones de imputación y de desvinculación.

Así las cosas, la nulidad invocada no se encuentra llamada a prosperar.

b. Nulidad originada en una solidaridad no regulada en la ley.

La solicitud de nulidad expone que la decisión de haber imputado responsabilidad fiscal a los solicitantes solidariamente por CUATRO BILLONES
SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS constituye una irregularidad en la medida que "cada uno de ellos tuvieron intervenciones distintas y en tiempos diferentes en las decisiones del proyecto Hidroituango".

Cabe recordar que aún antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, en el proceso de responsabilidad fiscal resultaba aplicable la solidaridad, lo anterior, como consecuencia del artículo 2344 del código civil aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, es necesario recordar en este contexto que en sentencias de los años 2001 y 2003 el Consejo de Estado pronunció sobre el particular

> *"En lo que hace a la crítica elevada por el demandante respecto de la responsabilidad fiscal que en forma solidaria les fue atribuida a los dos investigados, debe tenerse en cuenta que ella descansa, de un lado, sobre el ejercicio de las labores que a misma Constitución Política le impone a los alcaldes municipales, dentro de los cuales se encuentra la dirección de la actividad administrativa del municipio (art. 315, núm 3) y frente a la llamada*

> *culpa in vigilando que consagra el artículo 63 del Código Civil, "… no es posible tratar de descargar su responsabilidad en quienes desempeñan labores bajo su dirección y mando…"y, del otro, en cuanto la responsabilidad atribuida al superior, ésta no exonera a quienes desempeñan las labores bajo la dirección y mando de aquél. Con base en la apreciación anterior, la Contraloría luego de comprobar la existencia, entre otras irregularidades, del sobrecosto en el contrato de suministro de los elementos para optimizar el acueducto de la Paz, responsabilizó a ellas al exalcalde y a jefe de planeación municipal, quien fue el encargado de elaborar el presupuesto contractual, y determinó que aquellos debían responder en forma solidaria por los dineros pagados de más y sin sustento legal"*[83]

Del fragmento transcrito resulta evidente que el Consejo de Estado precisa los motivos por los cuales debe responderse de manera solidaria en el caso concreto y explica de qué manera cada uno de los responsables contribuyó con su actuación en la generación del daño patrimonial al Estado.

Igualmente, el consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2003, precisa de forma mucho más clara y expresa la situación que motiva el hecho de que como resultado de un proceso de responsabilidad fiscal surja una obligación indemnizatoria solidaria. En efecto, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo, sostuvo que:

> *"Estima la sala que el artículo 516 del Código Fiscal, si bien alude a la responsabilidad solidaria de los funcionarios de manejo, no lo es menos que también prevé la responsabilidad de los subalternos por fraude o malversación y por su participación directa en los hechos que dan lugar a la misma, lo cual no excluye que sean solidarios entre sí, como subalternos o con aquellos, entre otras razones porque* ***lo que determina a solidaridad no es la calidad del funcionario, de manejo o no, sino la pluralidad de personas que intervienen en la realización de una conducta causante de un daño"***[84]*.*

Ahora bien, el contenido del artículo 2344 del código civil fue positivizado positivizado en el artículo 119 de la Ley 1474 del 2011. Lo anterior permite concluir que la obligación reparatoria que surge como consecuencia del proceso de repsosnabilidad fiscal es de naturaleza solidaria lo que constituye una garantía en

[83] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Radicación No 20001-23-31-000-1999-0257-01 (6587), de 16 de noviembre de 2001, Consejero Ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

[84] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Radicación No 25000-23-24-000-1996-8485-01 (7370), de 27 de marzo de 2003, Consejero Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

favor del acreedor. En este sentido el hecho de imputar responsabilidad solidaria no configura una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso.

Por tanto, el argumento bajo estudio tampoco se encuentra llamado a prosperar.

c. Nulidad por desconocimiento del derecho a la defensa.

El escrito de nulidad invoca las mismas situaciones de negación de pruebas y variación de hechos entre la apertura y la imputación para alegar la violación del derecho de defensa pues considera que se debió haber permitido que los presuntos responsables rindieran versión libre frente a las conductas reprochadas y se debió haber trasladado la información que sirvió de fundamento para proferir el auto de imputación.

Sin embargo, se observa que la solicitud bajo estudio en el fondo no busca garantizar el derecho defensa sino desconocer las formas y estructura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal en la medida que la versión libre es una oportunidad para plantear argumentos de defensa con anterioridad a que se hubiera proferido la decisión del artículo 46 de la Ley 610 del 2000, y en todo caso, los hechos que se investigan no han sido cambiados desde la apertura del proceso.

Adicionalmente, tampoco existe una obligación de trasladar el acervo probatorio a los presuntos responsables en la medida que las decisiones a través de las cuales se decretan los diversos medios de prueba han sido debidamente notificados por estado y el expediente se ha encontrado disponible para su consulta para el ejercicio de sus derechos.

En tales términos y como este argumento subsidiario tampoco se encuentra llamado a prosperar, se negará en la parte resolutiva de esta providencia la solicitud bajo estudio.

2. Solicitud de traslado para presentar alegatos de conclusión formulada por CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A., CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A y CONINSA RAMON H S.A. mediante el memorial bajo radicado No. 2021ER0106017 del 13 de agosto de 2021

Después de una contextualización sobre la finalidad de los alegatos de conclusión en los procedimientos administrativos, de haber indicado que como la Ley 610 del 2000 no prevé que se presenten alegatos de conclusión en los procesos ordinarios de responsabilidad fiscal y de indicar que por tanto debería remitirse al artículo 294 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se planteó la siguiente solicitud:

> "en el presente proceso de responsabilidad fiscal, una vez se hayan practicado todas las pruebas decretadas por su Despacho, se debe otorgar la posibilidad a los imputados de presentar alegatos de conclusión, de forma que puedan argumentar, de manera clara y fundamentada, si en su criterio, con base en los medios probatorios practicados, efectivamente se logra acreditar el fundamento de sus defensas y la totalidad de los elementos que la acreditan la existencia de responsabilidad fiscal.
>
> En consecuencia, con fundamento en las razones anteriormente señaladas, respetuosamente solicitamos se acceda a nuestra petición y esperamos que, con la suficiente antelación, se informe a los imputados la oportunidad dentro de la cual podrán presentar sus alegatos de conclusión".

Al respecto, tal como se señaló en el escrito de solicitud, es necesario destacar que para el proceso ordinario de responsabilidad fiscal el ordenamiento colombiano no ha previsto que los presuntos responsables formulen alegatos de conclusión, en efecto, el artículo 52 de la Ley 610 del 2000 contempla:

> "ARTICULO 52. TERMINO PARA PROFERIR FALLO. Vencido el término de traslado y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, denominada fallo con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días".

Así las cosas, una vez vencido el término de traslado para la presentación de descargos y practicadas las pruebas pertinentes debe proferirse la correspondiente decisión de fondo, por lo que el trámite del proceso con posterioridad a que se profiera auto de imputación se encuentra expresamente reglado.

Teniendo en cuenta lo anterior y en garantía del principio de legalidad y debido proceso, no es posible aplicar la remisión normativa del artículo 66 de la Ley 610 del 2000 pues ella esta prevista para los "aspectos no previstos" en dicha ley y el trámite del proceso con posterioridad a la práctica de pruebas decretadas después de la imputación no es uno de ellos.

En conclusión, la solicitud bajo estudio será negada en la parte resolutiva de esta providencia.

3. Reconocimiento de personería adjetiva a la apoderada especial de SEDIC S.A.

A través del Auto 1232 del 24 de agosto de 2021 se estudió el poder otorgado por el representante legal suplente de SEDIC S.A. a favor de la abogada INGRID SORAYA ORTIZ BAQUERO y se ordenó:

> **"REQUERIR** al representante legal principal de la sociedad SEDIC S.A. para que ratifique el poder otorgado por el señor Mauricio Chiquito Ramírez, quien actuó como representante legal suplente, o acredite la incapacidad para actuar de su representante legal principal y de los representantes legales suplentes anteriores al señor Chiquito Ramírez. En todo caso deberá indicar la dirección de correo electrónico del apoderado, que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados y remitir dicho poder desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales, acompañada del Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad poderdante, previo a que se reconozca personería adjetiva a la doctora Ingrid Soraya Ortíz Baquero para actuar en su representación".

De conformidad con lo anterior, mediante correo electrónico del 25 de agosto de los corrientes bajo radicado No. 2021ER0112333 el señor Alejandro Marín Cerón, representante legal principal de SEDIC S.A. ratificó la actuación realizada por el representante legal suplente de la misma sociedad, Mauricio Chiquito Ramírez.

Así las cosas, en la parte resolutiva de esta providencia se accederá a la revocatoria del poder otorgado a la apoderada principal de SEDIC S.A., KARINA RODRIGUEZ LOPEZ, y se ordenará reconocer personería adjetiva a la abogada INGRID SORAYA ORTIZ BAQUERO como apoderada principal de SEDIC S.A.

X. CONSIDERACIONES

Corresponde en este punto al Despacho, con base en el acervo probatorio obrante en el plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 y siguientes de la Ley 610 de 2000 proceder a tomar la decisión de fondo correspondiente, es decir fallar con o sin responsabilidad fiscal para cada uno de los presuntos responsables que se encuentran vinculados a la misma.

El Despacho iniciará en este punto exponiendo desde la perspectiva teórica los elementos de la responsabilidad fiscal, después de lo cual procederá a analizar cada uno de dichos elementos a las luces del caso concreto.

A. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El fundamento del Proceso de Responsabilidad Fiscal se encuentra en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su

monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez se soportan en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo.

Está instituido para obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos

Las características del Proceso de Responsabilidad, de conformidad con la Ley y la jurisprudencia, son:

- Es de naturaleza administrativa
- La Responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa.
- Es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el implicado obró con dolo o con culpa.
- Es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular
- Es autónoma e independiente, En su trámite se debe garantizar el debido proceso

1. Daño patrimonial al Estado

En cuanto al daño, este es uno de los elementos de mayor importancia dentro de la responsabilidad fiscal, puesto que los artículos 40 y 41 de la ley 610 de 2000 considera la existencia como un requisito habitante para que el órgano de control fiscal expida el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, siendo este el primer elemento de la responsabilidad fiscal que debe ser verificado, previo a los presuntos responsables, su conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal, en el curso de un proceso de responsabilidad fiscal.

Lo anterior, toda vez que existe la obligación de que el patrimonio público permanezca indemne, motivo por el cual, si se genera un daño al patrimonio del Estado, surge la obligación de que las personas que hayan intervenido en su causación, ya sea como gestores fiscales o las personas que actuaron con ocasión a la gestión fiscal, deban reparar ese daño causado.

Debido a lo expresado en los párrafos precedentes, si no existe un daño patrimonial al Estado, no se configura la responsabilidad fiscal, pese a que pueda configurarse la responsabilidad penal o disciplinaria, en cada caso. Es preciso recordar que la naturaleza jurídica de la responsabilidad fiscal es de naturaleza resarcitoria y patrimonial, más no sancionatoria

De lo anterior, para efectos de la responsabilidad fiscal, el daño se define como: *"la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo"*[85]

2. Conducta dolosa o gravemente culposa de los gestores fiscales y de quienes contribuyen a la producción del daño fiscal.

Toda valoración relativa a la ocurrencia de un daño patrimonial imputable a la gestión irregular desplegada por quien ostente la calidad de gestor fiscal o por quien con ocasión de la gestión fiscal produzca o contribuya a la generación del daño en un momento determinado, debe realizarse con observancia de todos los principios que rigen el actuar fiscal. Así se ha consagrado en el estatuto fiscal:

> "ARTICULO 3o. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales."

Por su parte, el artículo 8° del mismo estatuto establece los fundamentos de la vigilancia sobre la gestión fiscal:

> ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la

[85] Articulo 6 de la Ley 610 de 2000, modificado por el Decreto 403 de 2020.

> distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración. "

Los citados postulados implican que la imputación de la responsabilidad fiscal debe evaluar si quien estaba llamado a hacer cumplir los fines del Estado mediante la administración o custodia de los recursos públicos en realidad actuó bajo el amparo de los mismos y obtuvo los resultados más favorables, evitando la configuración de un detrimento.

Ahora bien, es necesario indicar que la conducta dolosa o gravemente culposa, de conformidad con lo previsto el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 125 del Decreto 403 de 2020, debe ser desplegada por una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.

Acerca de los límites de la gestión fiscal, en la sentencia C-840 de 2001, la Corte Constitucional esclareció:

> "Este nuevo espectro constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión fiscal que le atañe, con unas responsabilidades correlativas que atienden a la defensa de diversos bienes jurídicos tales como los referidos a la Administración y al Tesoro Público. Claro que este orden de cosas no le incumbe con exclusividad al ordenador del gasto, dado que el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado (..) En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados (..)"

Para que la conducta del gestor fiscal sea relevante en términos de responsabilidad fiscal, debe realizarse con dolo o con culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil[86].

3. Nexo de causalidad entre la conducta y el daño

El tercer elemento integrante de la responsabilidad fiscal es la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta y el daño, el cual implica una relación determinante

[86] Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro

y condicionante de causa-efecto, de manera que el daño sea el resultado de una conducta activa u omisiva.

Teniendo en cuenta que la razón jurídica de la responsabilidad fiscal es la protección del patrimonio del Estado, su finalidad es entonces eminentemente reparatoria o resarcitoria, y está determinada por un criterio normativo que se estructura con base en el dolo y la culpa grave, partiendo del daño antijurídico sufrido por el Estado y del nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente, porque quienes cumplen gestión fiscal y quienes actúan con ocasión de ésta manejan directamente o indirectamente recursos estatales, y por ello les asiste el deber de orientar esos recursos a la realización de finalidades que le incumben al Estado.

Para efectos del proceso de responsabilidad fiscal se requiere que el gestor fiscal, sea servidor público o el particular con funciones públicas, que produzca daño fiscal con dolo o culpa grave, lo haga sobre bienes, rentas o recursos que se hallen bajo su esfera de acción en virtud del respectivo título habilitante. También puede ser quien en un marco de deberes u obligaciones que se cumplen con ocasión de la gestión fiscal, generen o contribuyan a generar el daño fiscal, como ocurre con los contratistas, interventores, entre otros que actúan con ocasión de la gestión fiscal de los contratos estatales.

B. DEL DAÑO EN EL CASO CONCRETO:

Para efectos de contextualizar el daño, resulta pertinente recordar que los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[87], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante

[87] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

Precisado lo anterior, en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, se encontró probado el daño al patrimonio del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, en la modalidad de pérdida de los recursos invertidos en la Hidroeléctrica, como consecuencia de la destrucción del valor presente neto del proyecto en cuantía de DOS BILLONES NOVESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.971.400.000.000) M/Cte sin indexar y que también generó una merma en los recursos del Estado, como consecuencia del lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, en cuantía de UN BILLON CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($1.104.280.000.000) M/Cte sin indexar.

Para los efectos de valorar el Daño, este Despacho se sirvió del uso del método de valoración Valor Presente Neto (en adelante VPN), el cual de conformidad con lo explicado por la Universidad Nacional en el informe técnico obrante en el plenario es: El resultado algebraico de traer a valor presente, utilizando una tasa de descuento adecuada, todos los flujos (positivos o negativos) relacionados con un proyecto. Es el valor del dinero o su equivalente en pesos actuales de todos los ingresos y egresos, presentes y futuros, que constituyen un proyecto de inversión.

Lo que el VPN permite **determinar es lo que vale hoy un proyecto teniendo en cuenta el dinero que va a recibir en el futuro**. En este sentido, se entiende "*el valor presente neto como el equivalente en pesos actuales de todos los ingresos y egresos, presentes y futuros, que constituyen un proyecto de inversión, y por lo tanto es una medida para entender cual es la ganancia que el proyecto generará*"[88].

Para conocer ese valor resulta necesario **descontar el valor invertido para** poder **establecer el dinero que efectivamente se va a recibir al final de la operación**.

En efecto, tal y como lo explica también la doctrina financiera, el valor presente Neto es un instrumento de valoración económica ampliamente usado, *"El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad" "...representa la equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto"* (Mokate, 2003).

En este sentido, y dado que la gestión fiscal incluye también el conjunto de actividades económicas tendientes a la adecuada y correcta administración de bienes y rentas públicas dirigidos siempre a cumplir los fines esenciales del Estado, El VPN, como instrumento de valoración económica resulta adecuado para calcular el valor del daño, dando certeza de su cuantía.

[88] Respuesta a aclaraciones y complementaciones realizada por la Universidad Nacional a folios 17440 y ss.

Es un instrumento que permite medir en grado de certeza la valoración de un proyecto, obra o negocio de tal modo que permita tomar las decisiones bien de continuidad o bien de corrección que el asunto demande. Es decir, es ante todo un mecanismo basado en la certeza para la toma de decisiones de inversión. Lo que por consiguiente coloca a los individuos que deciden o intervienen en esas decisiones en la debida diligencia de adoptar las decisiones correctivas a tiempo para preservar el patrimonio de la empresa o entidad.

En efecto, es necesario recordar que no solamente la Contraloría utiliza este método para determinar la cuantía de un daño a reparar, sino que la misma ha sido usada y avalada en distintos escenarios.

En efecto, es un método utilizado por el Departamento Nacional de Planeación para identificar, preparar y evaluar proyectos de inversión pública. Se utiliza también a efectos de determinar Plusvalías[89], es además un factor de selección de los contratistas en algunos contratos Estatales[90], el Consejo de Estado ha reconocido su validez a los efectos de determinar el valor de las acciones de una entidad pública[91] y es usado además por CIADI a efectos de determinar la existencia de daños en cabeza de un inversionista[92].

De igual forma, para efectos contables la Contaduría General de la Nación, reconoce el VPN como una base de valuación a efectos de determinar el valor de

---

[89] Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00132-01(24591)

[90] El valor presente neto, entre otras cosas se utiliza como criterio de adjudicación, un ejemplo de ello puede verse en la sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

[91] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

[92] A manera de ejemplo puede verse: Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012

los activos del Estado y de forma puntual, e indica su uso para determinar el valor de las inversiones que realiza una entidad pública.

En efecto, en el Plan General de Contabilidad Pública[93], expedido por el Contador General de la Nación, se lee:

> *9.NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD PÚBLICA*
> *9.1 NORMAS TÉCNICAS RELATIVAS A LAS ETAPAS DE RECONOCIMIENTO Y REVELACIÓN DE LOS HECHOS FINANCIEROS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y AMBIENTALES*
> *(…)*
> *131. Las diferentes **bases de valuación** que se definen a continuación, permiten reconocer y revelar las diferentes transacciones, hechos y operaciones, de la entidad contable pública, de tal forma que los resultados obtenidos se ajusten a los propósitos de control, rendición de cuentas, gestión eficiente y transparencia.*
> *(…)*
> *135. Valor Presente Neto. Corresponde al valor que resulta de descontar la totalidad de los flujos futuros que pueda generar un activo o un pasivo, empleando para el efecto una tasa de descuento.*
> *(…)*
>
> *9.1.1 Normas técnicas relativas a los activos*
> *141. Noción. Los activos son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general.*
> *142. Las normas técnicas relativas a los activos están orientadas a definir criterios para el reconocimiento y revelación de los hechos relacionados con los bienes y derechos de la entidad contable pública, derivados del desarrollo de sus funciones de cometido estatal.*
> *9.1.1.1 Inversiones e instrumentos derivados*
> *143. Noción. Las inversiones representan recursos aplicados en la creación y fortalecimiento de empresas públicas y entidades de naturaleza privada, y en la adquisición de valores como títulos e instrumentos derivados, en cumplimiento*

[93] https://www.contaduria.gov.co/plan-general-de-contabilidad-publica//document_library/Icr3IB7G0xlH/view_file/44037?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH_redirect=https%3A%2F%2Fwww.contaduria.gov.co%3A443%2Fplan-general-de-contabilidad-publica%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview

> *de políticas financieras, económicas y sociales del Estado y que como consecuencia pueden generar utilidades. Esta norma también trata los instrumentos derivados con fines de cobertura de activos.*
> *144. Las inversiones deben reconocerse por su costo histórico y actualizarse atendiendo la intención de realización, la disponibilidad de información en el mercado y, tratándose de inversiones patrimoniales, el grado de control o influencia que se tenga sobre el ente receptor de la inversión,* ***mediante la aplicación de metodologías que aproximen su realidad económica, tales como:*** *el valor razonable,* ***el valor presente neto*** *a partir de la tasa interna de retorno, el método de participación patrimonial y el método del costo.*

Por lo anterior, si dicha metodología resulta avalada para determinar el valor de un activo, de una inversión en cabeza del Estado, resulta igualmente válido utilizarlo para determinar una pérdida en cabeza del Estado cuando dicha inversión no obtiene el resultado esperado y se cuenta con los medios de prueba para concluir que en el horizonte de tiempo del negocio no lo va a recuperar. Tal y como ocurre en el caso concreto.
Así mismo, como se mencionó líneas atrás se trata de un método de valuación que ha sido avalado inclusive por el Consejo de Estado en el escenario de la **responsabilidad fiscal:**

> *"Tanto en el escrito de demanda como en aquel de la alzada, el recurrente señala que* ***la metodología de valoración de la sociedad gestora GESTAGUAS debía ser determinada a través de la metodología del flujo de caja libre, cuya importancia radica en el hecho de que "muestra la liquidez sobrante, generadas por la empresa después de hacer frente a las inversiones necesarias para su normal funcionamiento****."*[94]
>
> *No obstante ello, el análisis financiero realizado por la Contraloría de Bogotá partió de un procedimiento divergente, motivo por el que encontró diferencias económicas que le fueron atribuidas como perjuicio que debía ser reparado.*
>
> *Contrario a lo sostenido por el accionante, esta Judicatura encuentra que la valoración del negocio cuestionado, realizada por el órgano fiscal demandado, parte igualmente del método que éste echa de menos en su libelo introductorio y su apelación.*
> *Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explicó:*
>
> *"No hay discusión alguna en que la metodología más utilizada para la valoración de la compra de la participación accionaria es el flujo de caja libre descontando –FCLD–, aún cuando en algunos casos puedan evaluarse las compañías por la metodología del flujo de dividendos descontado –FDD–, en la medida en los que los nuevos accionistas aspiran a obtener una rentabilidad mínima frente al capital que ponen en riesgo para adelantar la inversión.*
>
> *Pero el modelo de valoración por el flujo de caja libre supone una proyección de los resultados del negocio en el tiempo, con fundamento en la operación de*

[94] Folio 31 del cuaderno principal.

la empresa en cuestión y busca determinar cuál es la remuneración, por el capital que un inversionista pone en riesgo, para que el negocio se adelante. De esta forma el FCLD pretende establecer cuántos recursos disponibles tiene una empresa para remunerar el capital invertido a los titulares de la misma, esto es, a los accionistas y a los acreedores.

(…)

Entonces, si los administradores de AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP querían establecer el precio a pagar por el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A., debieron calcular el FCLD de la empresa, año a año, y descontar esos flujos programados en el tiempo proyectado a una tasa de interés de oportunidad (20.27%) para nuestro caso, con lo cual se obtendría el valor base para negociar la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS."[95]

Por lo anterior, ***no puede admitirse que, como lo sostiene el demandante, la Contraloría haya aplicado un método distinto al del flujo de caja libre para deducir la existencia de daño patrimonial en la compra del paquete accionario de GESTAGUAS,*** *motivo que permite descartar el cuestionamiento"*[96]*.*

Visto lo anterior a efectos de valorar y cuantificar el daño, el Despacho hizo uso de un instrumento de valoración económica que permite determinar la realidad económica del proyecto y que por lo tanto dota de certeza el valor del daño calculado.
En el caso concreto, se concluyó que se dio un daño al patrimonio del Estado, consistente en la destrucción del valor presente neto de las inversiones, toda vez que la relación atrás indicada generó un resultado negativo como consecuencia de un aumento inusitado de las inversiones realizadas en el proyecto.

Lo anterior, analizado de cara al resto del material probatorio obrante en el plenario, permitió concluir al Despacho que los aumentos en dichas inversiones fueron injustificados, pues obedecieron a problemas en la planeación, desde el inicio del contrato se presentaron atrasos que condujeron a que, para intentar generar energía a toda costa en noviembre de 2018, -aun cuando desde finales del año 2012 ya se sabía que no era posible cumplir-, se idearan e implementaran planes consecutivos de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos.

La implementación de dichos planes, generó mayores inversiones durante el desarrollo de todo el proyecto y llevó a que las obras no se realizaran conforme a los diseños inicialmente programados y a que se cometieran errores constructivos

[95] Folio 8428 del cuaderno de pruebas.
[96] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00214-01

y de seguimiento, poniendo en estado de vulnerabilidad al proyecto, lo que desencadenó en que se diera la contingencia de 2018.

Esas inversiones adicionales aunadas a las que supuso la atención de la contingencia, como se demostrará a continuación, terminaron destruyendo el valor presente neto del proyecto.

Así mismo, en el auto de imputación, el Despacho trascendió el análisis de la Universidad Nacional, procediendo a revisar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM. estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero.

De igual manera, tanto los atrasos acumulados como la imposibilidad definitiva generada por la contingencia del 2018, impidieron además que el proyecto comenzara a generar energía en la fecha programada lo que ocasionó también un lucro cesante, tal y como pasará a demostrarse.

Como pudo verse en el acápite en el que se explicó el fundamento fáctico, se trató de una sucesión de **hechos concatenados**, que contribuyeron de manera determinante a que se generara el Daño al patrimonio del Estado en los términos descritos en el Auto de Imputación.

1. PRUEBA DE LA DESTRUCCIÓN DEL VALOR DEL PROYECTO

La Universidad Nacional adelantó, en ejecución del contrato suscrito con la Contraloría General de la República, la revisión del modelo financiero asociado al proyecto, en las 9 versiones, desarrollados por Inverlink y EPM entre los años 2011 a 2018, y que hacen parte del plenario[97].

Es preciso anotar que cada uno de dichos modelos está elaborado de forma tal que incluye los cincuenta (50) años de plazo que tiene contemplado el contrato BOOMT-

Así mismo, vale la pena anotar que la Universidad Nacional utilizó como modelo de base, para realizar la comparación con los demás modelos el modelo inverlink, lo

[97] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 48\INFORMACION DD95\3. Modelos financieros entregados por EPM y oficios remisorios

que se justificó en el hecho de que el mismo fue el que dio el cierre financiero al proyecto.

Como resultado de dicho informe, concluye la Universidad Nacional que en la medida en que las inversiones del proyecto fueron escalando año a año, de manera correlativa fue disminuyendo el Valor presente neto hasta generar un valor negativo. Lo que se traduce en el hecho de que los valores invertidos hasta junio de 2019 no van a ser recuperados cuando la Hidroeléctrica entre en funcionamiento, lo anterior, se repite, teniendo en cuenta la totalidad del plazo de los 50 años del contrato BOOMT.

Es más, la Universidad Nacional en atención a una solicitud de aclaración y complementación de oficio, va más allá y concluye que para que el VPN llegue a 0 (es decir que el valor invertido se compense con los dineros que se van a recibir por la operación, llegando a un punto de no pérdida), suponiendo que la hidroeléctrica después de los 50 años pueda seguir generando energía[98] y después de corrido el modelo a perpetuidad concluye que No es posible recuperar esos recursos, en los siguientes términos:

> *Como resultado de la aplicación de la metodología del criterio de Periodo de Recuperación Descontado, con los ingresos netos acumulados hasta el año 2045 el proyecto habría recuperado las inversiones de capital en activos y tendría un valor presente positivo de 17,91 COP$ Miles de MM (junio de 2019), por lo cual el periodo de recuperación de la inversión sería de aproximadamente 35 años.*
>
> *(…)*
>
> *Bajo el mismo criterio de separar de ingresos netos de la operación del proyecto de las inversiones realizadas, la aplicación de la metodología referida en el criterio del Periodo de Recuperación Descontado, muestra que con los ingresos netos acumulados hasta el año 2060, último año del horizonte de proyección del proyecto, no se habrían recuperado las inversiones de capital en activos y se tendría un valor presente negativo de -6.186,21 COP$ miles de MM3 . Frente a este resultado se procedió a incorporar al modelo financiero un valor terminal para imponer un cierre al modelaje financiero, entendiendo que si un proyecto tiene una vida útil infinita resultaría casi imposible e ineficiente modelar un número de periodos más grande que el ya inicialmente contenido en el modelo. El valor terminal refleja el valor presente de todos los flujos de caja futuros que ocurrirían más allá del último año del periodo explícito de la proyección (año 2060).*
>
> *(…)*

[98] Teniendo en cuenta que se trata de más de 50 años y ante los significativos avances tecnológicos y la búsqueda de otros tipos de energía, el supuesto de que la hidroeléctrica en ese marco temporal va a seguir siendo rentable es incierto.

Aplicando una vez más la metodología del criterio de Periodo de Recuperación Descontado, y ***considerando un valor terminal, el proyecto tendría un valor presente negativo de -5.716,66 COP$ Miles de MM, por lo que se concluye que aún con un flujo de ingresos netos a perpetuidad (valor terminal) no es posible establecer un periodo finito para la recuperación de la inversión de capital en activos".***

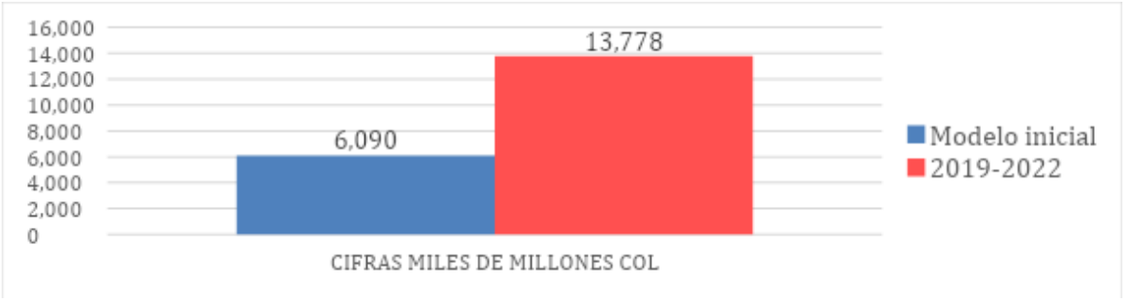
Se encuentra probado en la presente causa fiscal que el valor de las inversiones se incrementó muy por encima de lo proyectado por la banca de inversión contratada para tal fin la cual contaba con la idoneidad para elaborar el modelo financiero, el cual además fue aceptado por EPM e Hi al ser incorporado como cierre financiero.

En efecto:

De conformidad con el modelo inicial, el proyecto tenía un costo estimado de SEIS BILLONES NOVENTA MIL MILLONES DE PESOS.

Después de ocurrida la contingencia, el costo estimado del proyecto ascendía a la suma de TRECE BILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL MILLONES DE PESOS.

En efecto, en el informe de la Universidad Nacional, lo anterior se encuentra graficado así:



En este sentido, procede la Universidad Nacional a explicar la metodología utilizada en los siguientes términos:

"Con el fin de establecer los cambios ocurridos en el proyecto es necesario determinar una línea base o punto de partida, sobre la cual se van a realizar las comparaciones pertinentes a las diferentes versiones del modelo financiero.

Considerando que la planeación inicial del proyecto concibe entre otros el alcance, tiempo, recursos y las expectativas esperadas por el desarrollo de este, se establece que la línea base del proyecto corresponde a la versión denominada "P6.1 – Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsm". A partir de la información contenida en este modelo se hacen los análisis comparativos correspondientes a cambios registrados en las demás versiones del modelo de Inverlink y de EPM.

La Tabla 1 ilustra el comportamiento de los indicadores financieros y las inversiones en cada una de las versiones del modelo financiero analizadas:

VERSION MODELO FINANCIERO	Linea Base	P6.3. Anexo 1. Modituango SPV_EPMItuango_PlaFro 2011	P6.3. Anexo 2. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2014-2017	P6.3. Anexo 3 ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2015-2018	P6.3. Anexo 4. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2016-2019	P6.3. Anexo 5. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2017-2020	P6.3. Anexo 6. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2018-2021	P6.3. Anexo 7_ModInverlink BalanceEPM_Antes Contig 2018	P6.3. Anexo 8. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2019-2022
WACC (USD Corrientes)	10,58%	11,97%	10,20%	10,43%	10,17%	10,17%	10,17%	10,24%	10,27%
VPN sep 2010 (USD$ mm)	0,00	492,93	-349,10	-773,65	-97,09	-30,59	-214,97	-428,96	-921,49
Inversión (COP$ miles de mm)	6.090,01	8.118,27	8.612,90	8.431,07	9.205,54	9.289,02	9.609,70	9.664,95	11.296,65

Tabla 1. Indicadores de bondad P.6 Modelo Inverlink (Cifras en Miles de MM COP$) - Fuente: Información entregada por EPM a CGR

Como se observa, los indicadores no son estrictamente comparables pues los flujos de caja y el CAPEX están expresados en diferentes momentos de tiempo, las unidades monetarias y las tasas de descuento son diferentes en cada período.

Con el fin de hacer consistente el análisis comparativo, se homogeneizaron las unidades de las siguientes variables: unidades monetarias expresadas en la misma moneda y en el mismo momento, y una misma tasa de descuento (WACC) en corrientes.

Con respecto a la primera variable, los análisis y resultados serán valorados en pesos colombianos corrientes a junio de 2019. Dado que el contrato de BOOMT considera un horizonte de 50 años, la evaluación financiera se trabajará hasta el año 2061, consistente con los periodos de tiempo utilizados en la mayoría de las versiones del modelo financiero entregadas.

La segunda consideración metodológica se refiere a la tasa de descuento (WACC) a utilizar. Este concepto se menciona ya que se encontraron 7 tasas de descuento diferentes, tal y como se reflejó en la Tabla 1. Fue necesario, por lo tanto, definir una única tasa de descuento para el análisis de resultados.

En la versión de línea base, la tasa de descuento se calcula de manera que el valor presente de los flujos de caja en dólares (USD) sea igual a cero, en este modelo la tasa de descuento (WACC) encontrada está expresada en USD corrientes. Utilizando la misma metodología, se estimó la tasa de descuento como aquella que hace que el valor presente de los flujos de caja, en pesos colombianos a junio de 2019, sea igual a cero en la versión de línea base, el resultado obtenido es una tasa de descuento (WACC) en corrientes de 12,422065%. Dado que el modelo de línea base considera las características iniciales con que fue concebido el proyecto, se eligió utilizar ésta como parámetro de evaluación.

Los flujos de caja de referencia para el análisis son los registrados en cada una de las versiones del modelo financiero y expresados en pesos corrientes colombianos. Se ha considerado conveniente expresar todas las cifras en precios corrientes a junio de 2019 pues corresponde al último periodo en curso.

Finalmente se aclara que no se considera la estimación de un valor terminal para el proyecto toda vez que en un periodo de 50 años el uso de valor terminal es indiferente. Este mismo concepto metodológico es utilizado por EPM."

1.1. Análisis Marginal.

Tomando en cuenta las consideraciones expresadas en la metodología, se ajustaron todas las versiones a pesos corrientes y se procedió a recalcular los indicadores de bondad financiera como VPN, utilizando una misma tasa descuento correspondiente a 12,422065%.

La Tabla 2 ilustra el comportamiento de indicadores financieros y las inversiones en cada una de las versiones del modelo financiero ajustadas.

VERSION MODELO FINANCIERO	Linea Base	P6.3. Anexo 1. ModituangoSPV_EPMituango_PlaFro 2011	P6.3. Anexo 2. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2014-2017	P6.3. Anexo 3. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2015-2018	P6.3. Anexo 4. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2016-2019	P6.3. Anexo 5. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2017-2020	P6.3. Anexo 6. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2018-2021	P6.3. Anexo 7_ModInverlink BalanceEPM_Antes Contig 2018	P6.3. Anexo 8. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2019-2022
VPN a junio 19 (COP$ miles de mm)	0,00	3.140,15	-4.071,72	-3.431,12	-1.387,24	-1.056,79	-2.200,49	-3.670,82	-7.045,76
Inversión a junio 19 (COP$ miles de mm)	-10.873,69	-13.185,64	-13.344,43	-12.606,38	-13.443,78	-13.602,30	-13.921,89	-13.974,86	-15.317,31

Tabla 2. Indicadores de bondad Ajustados P.6 Modelo Inverlink (Cifras en Miles de MM COP$) – Fuente: Información entregada por EPM a CGR

Se resalta de este resultado el cambio en el valor de las inversiones realizadas entre la versión P6.3 Anexo 8 y P6.3. Anexo 7, que denota el origen de una variación de cerca del 10% frente al subregistro anterior (Anexo 8 vs Anexo 7) lo cual posiblemente estaría asociado a la atención de la contingencia presentada en abril de 2018.

Se procede ahora a realizar un análisis marginal de los flujos de caja con el fin de encontrar el efecto total sobre el proyecto, consecuencia de los cambios revisados en los diferentes modelos a través del tiempo.

Linea Base	VPN (12,42% EA Corriente)
P6.3. Anexo 1	3.140,15
P6.3. Anexo 2	-7.211,87
P6.3. Anexo 3.	640,60
P6.3. Anexo 4	2.043,87
P6.3. Anexo 5	330,45
P6.3. Anexo 6	-1.143,69
P6.3. Anexo 7	-1.470,34
P6.3. Anexo 8	-3.374,93
Valor Final	-7.045,76

Tabla 3. VPN Marginal en COP$ a junio de 2019 (Cifras en Miles de MM COP$) – Fuente: P.6 Modelos Inverlink. Cálculos grupo de investigación bajo metodología Inverlink

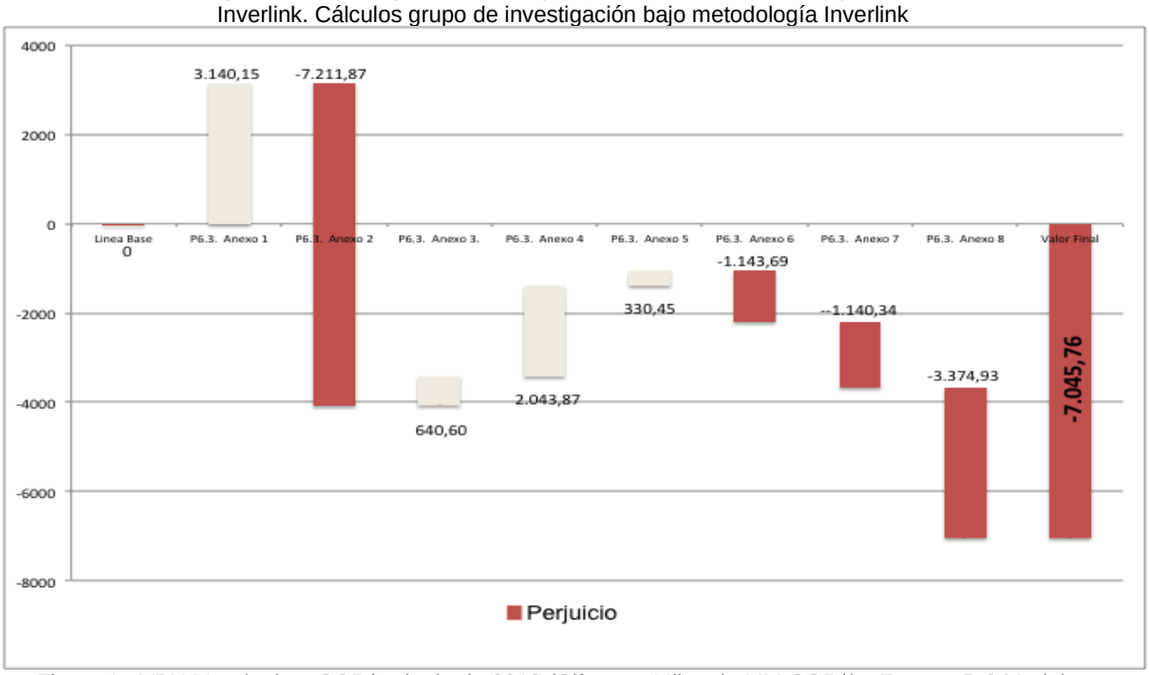


Figura 1. VPN Marginal en COP$ a junio de 2019 (Cifras en Miles de MM COP$) - Fuente: P.6 Modelos Inverlink. Cálculos grupo de investigación bajo metodología Inverlink

1.2. Conclusiones

Como se observa, el efecto total sobre el proyecto como consecuencia de las variaciones consignadas en las diferentes versiones del modelo de evaluación financiera de Inverlink, es de -7.045,76 Miles de MM COP$, que corresponde a la pérdida de valor acumulada durante las 9 versiones entregadas de los archivos P6. Modelo Inverlink.

Este efecto se puede dividir entre el impacto ya consolidado (histórico) y el impacto futuro (proyectado), como consecuencia de: 1) La no entrada en operación del proyecto y 2) La mayor inversión hasta el momento reportada. Adicionalmente se puede cuantificar el total histórico y proyectado respecto de lo que corresponde a mayores inversiones y en cuánto a lo que corresponde a la no entrada en operación del proyecto (considerando que a junio de 2019 el proyecto no ha iniciado operación comercial). La Tabla 4 ilustra lo mencionado.

VPN (jun 2019) Miles de MM COP$	TOTAL	HISTORICO	PROYECTADO
TOTAL	-7.045,76	-4.075,68	-2.970,07
Mayor inversión	-4.443,62	-2.971,40	-1.472,22
No entrada en operación	-2.602,13	-1.104,28	-1.497,85

Tabla 4. Impacto evaluación financiera (Cifras en Miles de MM COP$)– Fuente: P.6. Modelos Inverlink. Cálculos grupo de investigación bajo metodología Inverlink. Modelos: P6.1 – Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo (Línea Base) y P6.3. Anexo 8. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2019-2022

De esta forma se genera un impacto total de 7.045,76 Miles de MM COP$, que puede ser clasificado en un impacto causado hasta junio de 2019 correspondiente a 4.075,68 Miles de MM COP$ (de los cuales 2.971,40 Miles de MM COP$ corresponde al efecto de mayores inversiones y 1.104,28 Miles de MM COP$ al efecto de no entrada en operación comercial del proyecto). Adicionalmente, el impacto por causar, considerando un horizonte total del proyecto de 50 años, corresponde a 2.970,07 Miles de MM COP$ (de los cuales 1.472,22 Miles de MM COP$ asociado al efecto de mayores inversiones y 1.497,85 Miles de MM COP$ al efecto de no entrada en operación comercial del proyecto).

(…)

Siguiendo la misma metodología, se realizó la desagregación de los componentes del CAPEX tomando como referencia la versión de línea base y la versión Anexo P6.3. Anexo 8. Es importante mencionar que la versión de línea base no contiene detalle de las inversiones en CAPEX por lo que se tomó como referencia lo descrito en el documento Contrato BOOMT con Anexos. Apéndice No. 1, Presupuesto de referencia del proyecto, página 750. Tomando como punto de partida los valores registrados en el documento anteriormente descrito, se estimó el porcentaje de participación de los diferentes componentes en el total de la inversión y dicho porcentaje se aplicó al valor total de la inversión estimada en VP a junio de 2019.

A continuación, se muestran los resultados del análisis marginal:

VPN marginal (jun 2019) mayores inversiones en CAPEX (Miles de MM COP$)	TOTAL	HISTORICO	PROYECTADO
INGENIERIA Y ADMINSTRACION	-1.134,42	-680,44	-453,99
INFRAESTRUCTURA	-1.485,63	-1.462,39	-23,24
OBRAS PRINCIPALES (Desviación, presa y vertedero, conducción, obra casa de máquinas y descarga de la central)	-2.002,47	-1.606,14	-396,33
EQUIPOS (eléctricos y mecánicos de la central)	143,80	533,37	-389,57
CONEXIÓN	200,80	199,66	1,13
TIERRAS Y SERVIDUMBRES	-24,53	-25,00	0,48
GESTION AMBIENTAL Y SOCIAL	-476,95	-287,76	-189,18
PREOPERATIVOS	-169,39	-147,87	-21,52
DEPURABLES (Usufructo de acciones, posición contractual EPM Ituango, Saldo inicial HI)	505,17	505,17	0,00
Total mayores inversiones CAPEX depurado	**-4.443,62**	**-2.971,40**	**-1.472,22**

Como se observa en el efecto total de las mayores inversiones del proyecto, el 45% está asociado a un mayor valor de las obras principales del proyecto (2.002 Miles de MM COP$), seguido de las inversiones en infraestructura con un 33% (1.485 Miles de MM de COP$) e ingeniería y administración con un 25,5% (1.134 Miles de MM COP$).

A junio de 2019 y sin haber entrado en operación el proyecto se han generado mayores inversiones por 4.209,60 Miles de MM de COP$. Sin embargo, hasta la misma fecha también se ha presentado ahorros por inversiones no realizadas en equipos y el sistema de conexión al STN de 733,04 Miles de MM COP$. Es necesario señalar que el valor positivo registrado en lo que se ha denominado DEPURABLES (Usufructo de acciones, posición contractual EPM Ituango, Saldo inicial HI), no implica precisamente un ahorro. Lo que refleja este valor es que el modelo para efectos de la valoración del proyecto consideró necesario descontar los pagos entre las partes vinculadas relacionados con las posiciones accionarias, porque de acuerdo con la información reportada por EPM estos pagos fueron incluidos como parte de las inversiones. De acuerdo con el análisis y la metodología aplicada en este tipo de ejercicios, el equipo consultor concluye que esta clase de prácticas no es la adecuada, por tanto no refleja los conceptos inherentes reales a la inversión del proyecto.

En resumen, a partir de la información entregada por EPM en el modelo P.6 Modelo Inverlink, el proyecto a junio de 2019 sin haber entrado en operación ya ha realizado mayores inversiones por valor de 2.971,40 Miles de MM COP$.

Es importante mencionar que los modelos analizados son depurados en cuanto a que no consideran dentro de las inversiones los costos financieros en los que ha incurrido EPM. Si se considera la capitalización de los intereses financieros como un mayor valor de la inversión, las cifras arrojan los siguientes resultados:

VPN marginal (jun 2019) mayores inversiones en CAPEX (Miles de MM COP$)	TOTAL	HISTORICO	PROYECTADO
Total mayores inversiones CAPEX depurado	**-4.443,62**	**-2.971,40**	**-1.472,22**
Costos Financiero	-2.540,38	-1.801,98	-738,39
Total mayores inversiones CAPEX + costos financieros	**-6.984,00**	**-4.773,38**	**-2.210,62**

VPN (jun 2019) Miles de MM COP$	TOTAL	HISTÓRICO	PROYECTADO
TOTAL	-9.586,13	-5.877,66	-3.708,47
Mayor inversión	-6.984,00	-4.773,38	-2.210,62
No entrada en operación	-2.602,13	-1.104,28	-1.497,85

También es importante mencionar que la versión P.6 Anexo 8 del modelo financiero refleja en el año 2021 un ingreso por reclamo de seguro de 2.544 Miles de MM COP$, De considerar lo anterior el valor presente del proyecto sería mucho menor a lo presentado en el presente análisis, por efecto de un lucro cesante futuro mayor.

Al respecto el equipo consultor de la Universidad Nacional de Colombia recuerda que, dado que el hecho del posible reconocimiento de la reclamación ante la aseguradora es incierto, no se debería reflejar esta partida como ingreso, ni menos registrarlos contablemente. Eventualmente, estos conceptos podrían ser informados en las Revelaciones, en caso de existir alguna probabilidad del hecho. Lo anterior, basados en la normatividad de la información financiera vigente".

Respecto del informe técnico presentado por la Universidad Nacional, se presentaron una serie de solicitudes de aclaración y complementación, las cuales fueron enviadas a la Universidad Nacional y resueltas por ellos entiempo.

En primer lugar, corresponde anotar que varios de los presuntos responsables coincidieron en solicitar la identificación y los perfiles profesionales de las personas que desarrollaron la actividad encomendada a la Universidad Nacional.

Cabe anotar que dichas hojas de vida obran a folio 16848 del expediente.

De la revisión de las mismas, se constata que las personas que desarrollaron el informe, tienen la idoneidad que exige el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, pues la finalidad del informe se relaciona con la profesión o especialidad de quienes lo elaboraron.

En efecto, se tiene que la Universidad nacional dispuso de un equipo interdisciplinario, que cuenta con ingenieros industriales, ingeniero electricista, especialista en gerencia de tecnología con maestría en eficiencia energética, abogado con maestría en derecho, ingeniero electricista con doctorado en ingeniería, ingeniero industrial, con maestría en ingeniería industrial, especialista en economía, estudiante de doctorado de economía y finanzas y una contadora pública, especialista en Gerencia Financiera y Magister en Administración de negocios (MBA)

Ahora bien, respecto de las solicitudes de aclaración y complementación, es necesario precisar que el informe solicitado a la Universidad se circunscribió a realizar el análisis de los diferentes modelos elaborados por Inverlink y EPM a través de los años, haciendo uso exclusivamente de la información de dichos modelos sin que se solicitara un análisis sobre el hecho de que estuvieran o no correctos o un análisis que sopesara o incluyera variables diferentes a las incluidas por EPM en sus propios modelos.

Lo que se justifica en el hecho de que, EPM como ejecutor del proyecto, es quien determinó el cierre financiero y con base en ello, adelantó el proyecto, debiendo anualmente ajustar el modelo a la realidad del incremento de las inversiones. Por lo que este Despacho bajo los criterios de la sana crítica y la persuasión racional, considera el trabajo adelantado por la Universidad Nacional parte de los parámetros que corresponden para evaluar un proyecto de esta magnitud y considera que las conclusiones a las que se llega con el mismo ofrecen el sustento técnico necesario para forjar el convencimiento de este Despacho en lo que atañe a la prueba del daño en la presente causa fiscal.

En esta misma línea, cabe anotar que SURAMERICANA presentó un peritazgo, el cual, tal y como se indicó en el Auto 1103 de 2 de octubre de 2020, fue incorporado al plenario como prueba documental y respecto del cual se le solicitó a la Universidad Nacional, atendiendo a que se estaba en la oportunidad para contradecir el informe técnico que se pronunciara. Sobre el particular, consideró la Universidad Nacional lo siguiente:

> *"(…) en cuanto al el informe de peritazgo entregado por SURAMERICA, precisamos:*
>
> 1. *Se reitera que la Universidad Nacional realizó un análisis de los resultados registrados en los modelos entregados por la Contraloría General de la República y* ***no le correspondía hacer un juicio de valor acerca de la naturaleza o el resultado de los valores allí presentados****.*
>
> 2. ***El trabajo no contemplaba hacer operaciones para ajustar, complementar o actualizar los parámetros o cuentas contenidas en los modelos, o reflejar condiciones adicionales por decisiones propias del proyecto.*** *Lo anterior quiere decir que la Universidad Nacional no utilizó variables, índices u otro similar, para cambiar los números de los modelos financieros entregados por la Contraloría General de la República.*
>
> 3. *El trabajo buscaba* ***encontrar la mayor inversión realizada en el proyecto así como las ganancias dejadas de recibir por la no entrada en operación comercial*** *del mismo, a partir de la información contenida en las diferentes versiones de los modelos financieros que suministró la Contraloría General de la República a la Universidad Nacional.*

4. *Sobre el VPN, este sirve para encontrar la ganancia en valor presente que un inversionista obtendría por la generación de flujos de efectivo considerando los recursos económicos asociados a los ingresos del proyecto y sus erogaciones (capex, opex, capital de trabajo) considerando el costo de capital asociado a las fuentes de financiación del proyecto. La metodología de VPN evalúa la generación de valor de una inversión, luego se considera que a través de su uso se puede estimar la ganancia (spread) que genera un proyecto teniendo en cuenta las inversiones, ingresos, costos y gastos asociados a la realización de un proyecto durante todo su horizonte de planeación,* ***por lo que resulta válido que se utilice como herramienta para evaluar la bondad o viabilidad financiera.***

5. *Se aclarar frente al tema de los conceptos referidos en el informe de peritazgo, que los resultados desglosados del capex presentados en el informe final no incluyen, como debe ser, conceptos asociados a capital de trabajo. Se reitera que toda la información utilizada por la Universidad es la contenida en los modelos financieros entregados por la Contraloría General de la República y el grado de detalle está en los mismos.*

6. *Sobre el concepto WACC referido, su concepto debería entenderse en el contexto de toda fuente de financiación en el largo plazo bien sea deuda y/o patrimonio.* ***En efecto, las fuentes de financiación de corto plazo no hacen parte del WACC y si del capital del trabajo****.* ***En cualquier caso, no le correspondía a la Universidad Nacional estimar o calcular el WACC del proyecto.***

7. *Se observa de la información contenida en la información entregada por la Contraloría General de la República, que la tasa* ***WACC calculada de los modelos es la que hace que el valor presente de los flujos de caja sea igual a cero. Conservando el principio de no ajustar, alterar, modificar o actualizar la información recibida****, así como de* ***no hacer juicios de valor sobre la metodología o forma de trabajo utilizada en los modelos financieros recibidos****, el cálculo del WACC realizado por la Universidad recogió el mismo criterio empleado en los modelos y está referido en el informe final entregado a la Contraloría General de la República.*

   Realizadas las anteriores menciones el grupo de investigación de la Universidad Nacional, ***reafirma que la metodología utilizada para la evaluación del proyecto es de amplia aceptación y uso en la práctica financiera moderna como indicador de viabilidad financiera de proyectos de inversión.***

   Por lo anterior, no sería procedente el argumento expuesto respecto a errores metodológicos/conceptuales en la evaluación del proyecto*".* (Negrilla y subrayado del Despacho)

Al momento de proferirse al Auto de imputación, este Despacho analizó los argumentos planteados por la Universidad Nacional frente al peritazgo allegado por Suramericana y concluyó que dado que dicha prueba pretendía, desestimar la metodología empleada por la Universidad nacional planteando que se introdujeran

variables diferentes o consideraciones diferentes a las tenidas en cuenta por EPM al momento de correr los modelos, y por lo tanto, suponía que se desarrollara un ejercicio diferente, el mismo no tenía la virtualidad para desestimar la conclusiones del informe de la Universidad Nacional, pues este último se realizó empleando una metodología válida y ampliamente aceptada, la valoración de proyectos de inversión como el que ocupa esta causa fiscal, que atendió además a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y a las características propias del modelo financiero que utilizaron EPM y Hi para determinar el cierre financiero del proyecto.

Por último y si bien de oficio se le solicitó a la Universidad Nacional que incluyera dentro del modelo el pago parcial realizado por Mapfre en virtud de la póliza todo riesgo, este Despacho considera que no se puede reconocer tal ingreso en favor de EPM para efectos de presente daño por dos motivos: 1. Por cuanto la fecha de corte del daño en esta causa fiscal es junio de 2019 y dicho pago se realizó con posterioridad, en diciembre de 2019, lo cual implicaría extender el periodo de corte y sumar también las mayores inversiones realizadas hasta diciembre de 2019, así como el hecho de que la CREG hizo efectiva la garantía de la primera subasta de energía en firme, lo que excede el marco temporal del presente proceso y 2. Por cuanto se trata de un pago parcial que no es definitivo y que aún puede llegar a ser reversado por la aseguradora, de conformidad con los acuerdos existentes entre Mapfre y EPM.

Valorado el anterior informe técnico, así como las respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas y dado que respecto de los argumentos de defensa planteados por los presuntos responsables y/ o sus apoderados, dirigidos a desvirtuar esta prueba el Despacho, por las razones atrás esbozadas consideró que no resultan procedentes, encontró el Despacho, que el informe llega a conclusiones suficientemente fundamentadas, que dan el soporte técnico y el convencimiento necesario para que este Despacho pueda dar por probada la destrucción del Valor presente neto del proyecto.

Ahora bien, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos atrás esbozados, así como el acervo probatorio obrante en el plenario, encuentra este Despacho probado que como consecuencia de las situaciones que se presentaron en desarrollo del proyecto, EPM se vio abocada a realizar una gran cantidad de erogaciones adicionales no justificadas, pues obedecieron, tal y como se explicó ampliamente líneas atrás, a problemas en la planeación que destruyeron las holguras con las que se había contemplado el proyecto, que llevaron a intentar cumplir con la fecha de entrada en operación a través de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, que modificaron los diseños y las especificaciones técnicas del proyecto así como defectos constructivos y de seguimiento.

En atención a lo anterior, se modificaron las condiciones inicialmente proyectadas en el modelo financiero, por lo que a medida que se fueron presentando estas mayores erogaciones, se debió ir ajustando de manera sucesiva el modelo

financiero, lo que arrojó que Inverlink corriera 9 modelos diferentes (Ver Disco Duro, Carpeta 3.Modelos financieros entregados por EPM y oficios remisorios)

Este Despacho, con el fin de trascender lo plasmado en los modelos financieros procedió a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales. Para tal fin se revisó con el apoyo técnico designado a esta causa fiscal, el contenido de los estos últimos, desde el periodo 2011 a junio de 2019, tanto en la liquidada empresa EMP ITUANGO, como en EPM, encontrando que dichos costos se revelaban en la cuenta **Construcciones en Curso**, inmersa en la Cuenta Propiedad, Planta y Equipo de las referidas sociedades, así:

* EPM - ITUANGO

Tabla 1 Construcciones en Curso

Concepto	2011	2012
Costos Directos	**156.576**	**513.234**
Infraestructura	146.482	418.842
Obras principales	390	68.372
Gestión ambiental y social	9.704	26.020
Ingeniería y Administración	**123.316**	**202.216**
Interventoría	12.251	31.941
Asesoría	67.794	79.906
Administración	43.271	90.369
Tierras y Servidumbre	**7.556**	**2.213**
Tierras y Servidumbre	7.556	2.213
Total Construcciones en Curso	**287.448**	**717.663**

Fuente. Estados Financieros EPM Ituango 2012-2011 / Informe de Gestión EPM Ituango

Respecto de lo anterior se indicó en las notas explicativas a los Estados Financieros, lo siguiente:

Costos directos: la inversión durante el año 2012, por concepto de infraestructura del proyecto, ascendió a $272,360 (2011 - $146,482) para un total al 31 de diciembre de 2012 de $418,842.

Dentro de los ítems que componen la infraestructura del proyecto están los campamentos, con inversiones en el 2012 de $67,378 (2011 - $1,976), los cuales son construidos por la firma A.I.A. S. A.; las vías de acceso y sustitutivas, con inversiones por valor de $195,435 (2011 - $144,428), éstas vías las construye el Consorcio Pescadero I; otro rubro importante es el suministro y montaje de equipos necesarios para suministrar energía en los frentes de obra, con inversiones en el 2012 por valor de $ 3,866 (2011 - $0). Por último, el rubro de comunicaciones, con una inversión en equipos por $5,679 millones, (2011 - $77).

Obras principales: comprende las obras para la desviación del río (túneles de desviación, túnel de acceso y galerías de construcción), las cuales son ejecutadas por el consorcio Túneles Ituango F.S., con inversiones por $67,982 (2011 - $390).

Gestión Ambiental y Social: comprende todas las inversiones para implementar las medidas requeridas en la licencia ambiental y la gestión social del proyecto, tales como la restitución de proyectos económicos, restitución de viviendas, monitoreo físico biótico y vigilancia epidemiológica. Adicionalmente, se incluyen las indemnizaciones por pérdida de actividad económica. La inversión realizada en 2012 ascendió a $16,316 (2011 - $49,044).
(2) Ingeniería y administración: por estos conceptos se realizaron inversiones durante el 2012 por valor de $79,266 (2011 - $123,316). Dentro de los rubros que compone este grupo se destaca las interventorías a los contratos de las vías de acceso y sustitutivas, campamentos y obras principales, ésta interventoría es realizada por la firma Sedic-Ingetec con una ejecución en el 2012 de $19,690 (2011 - $12,251); las Asesorías y diseños contratados para la evaluación y adjudicación de las obras civiles principales y los equipos electromecánicos por valor de $12,478 (2011 - $467,794) y la administración con una ejecución en el 2012 de $47,098 (2011 - $43,271), por concepto de viáticos, transporte, seguridad y servicios públicos en el sitio de obra, y los servicios de gerenciamiento del proyecto prestado por EPM[99].

En cuanto a las tierras y servidumbres representaban el valor de las adquisiciones de predios y servidumbres necesarias para la construcción de las obras del proyecto hidroeléctrico Ituango, que en cumplimento del contrato BOOMT, EPM Ituango tenía el derecho de usufructo sobre estos bienes y la propiedad correspondía a Hidro Ituango.
Igualmente, en las Notas a los Estados financieros del periodo 2012 de EPM ITUANGO (**Nota 7. Hechos Posteriores de Impacto**) se informa sobre la Cesión a EPM de la posición contractual del contrato BOOMT s y compra de activos. Conforme se indica, en la Asamblea General Extraordinaria de EPM, realizada el 11 de enero de 2013, se aprobó la cesión del contrato para construcción, operación, mantenimiento y Transferencia del proyecto Ituango a EPM, por un valor de $18.520 millones lo cual se soportó, entre otras razones por el no otorgamiento a la Sociedad EMP Ituango de la zona franca para el proyecto.
Igualmente se aprobó vender a EPM los activos asociados al proyecto a valor contable con base en los listados de activos a 31 de diciembre de 2012 ($785.556 millones), más el ajuste por las inversiones realizadas entre el 1 y el 11 de enero de 2013.

* EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN – EPM

En relación con el proceso de cesión del Contrato BOOMT, se indicó dentro de la Nota No. 11 a los Estados financieros que en sesión extraordinaria del 11 de enero de 2013 la asamblea de accionistas de EPM Ituango S. A. E.S.P. decidió ceder a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. la posición contractual que tenía con HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A., en el contrato BOOMT, para la construcción, operación, mantenimiento y transferencia del proyecto Ituango a EPM. Las decisiones tomadas en esta Asamblea fueron las siguientes:

[99] Informe de Gestión 2012 EPM ITUANGO

- *Ceder a favor de EPM, la posición contractual que tiene EPM Ituango en el contrato BOOMT por un valor de $18,520, y los demás contratos que tiene suscrito para la ejecución del BOOMT así como los derechos y obligaciones inherentes al mismo.*
- *Vender a EPM los activos asociados al proyecto a valor contable con base en el listado de activos a 31 de diciembre de 2012 más el ajuste por las inversiones realizadas entre el 1 y el 11 de enero de 2013.*
- *Mediante documento privado suscrito el 19 de enero de 2013 EPM ITUANGO S.A. E.S.P. (En liquidación) cedió su posición contractual como contratista en el contrato BOOMT a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. al igual que los demás contratos que hacen parte del proyecto y como consecuencia la entidad cesionaria aceptó asumir procesal, sustancial y patrimonialmente todos los procesos judiciales, conciliaciones prejudiciales, amparos policivos y administrativos, reclamaciones por responsabilidad civil extracontractual, en los que estuviera actuando EPM ITUANGO S.A. E.S.P. como parte demandada, demandante, convocado o convocante a conciliación, y destinatario de reclamaciones, relacionados con la ejecución del proyecto hidroeléctrico Ituango, que en la actualidad se estén tramitando.*

Para llevar a cumplido efecto la cesión referida, EPM ITUANGO S.A. E.S.P. (En liquidación), por documento privado de 7 de febrero de 2013, vendió a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. todos los activos asociados al proyecto, con corte a 11 de enero de 2013, activos con los cuales se venía ejecutando por parte de EPM ITUANGO S.A. E.S.P. el contrato BOOMT. Se señaló que a partir de dicha fecha EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. era el propietario y por tanto el sujeto de las obligaciones y deberes inherentes a la calidad de propietario de cada uno de los activos. La liquidación de EPM Ituango S. A. E.S.P fue inscrita ante Cámara de Comercio de Medellín el 13 de enero de 2014, quedando la sociedad totalmente extinguida[100]*.*

El Proyecto Hidroeléctrico Ituango, se incorporó en el Balance de EPM, en febrero de 2013, para lo cual **se creó la unidad de negocio 00130**, **asociada al segmento de generación.**

En cuanto al reconocimiento en los Estados financieros del año 2013, del valor del proyecto, se plasmó dentro de la Nota No. 19 Propiedades Planta y Equipo / construcciones en Curso el registro “Hidroeléctrica Ituango” por valor de **$1.514.134 millones**, explicando que el valor inicial por el cual fue adquirido el proyecto fue de **$883.597 millones**, y que la ejecución de recursos para este mismo durante el periodo, correspondieron a los destinados a la construcción de la vías de acceso y campamentos, el inicio de la excavación del vertedero y de la bóveda de la caverna principal de la casa de máquinas, así como la terminación de la excavación del túnel de acceso a la casa de máquinas y de los túneles de desviación por $676,686.

[100] Nota No. 11 a los Estados financieros de EPM 2013-2012

En el año 2014, dentro de la Nota No. 10 *Propiedades, Planta y Equipo (netos*), se reconoce dentro de las Construcciones en Curso, el Proyecto Hidro Ituango, por un valor de $**2.491.798 millones**, que representan un incremento de $977.664 millones, los cuales se explican por la adquisición de bienes y servicios e ingeniería y administración para la construcción de la central hidroeléctrica Ituango.

Según se informa, el proyecto presentaba los siguientes avances:

* Vía Puerto Valdivia presa, en la excavación a sección completa de 14 km, construcción de cuatro puentes, excavación del túnel vial 1 y de los túneles viales 7,8 y 9 y la construcción del puente (64) sobre el río Cauca.
* Construcción de las obras para la desviación del río Cauca.
* La construcción de la Ataguía.
* Avance en la construcción de la instalación militar San Juan de Rodas.
* Puesta del 11 % de los llenos de la presa y construcción de la etapa 1B (llenos prioritarios).
* Excavación del vertedero y del túnel de descarga intermedia.
* Construcción de las galerías norte y sur en la caverna de máquinas,
* excavación de las galerías de barras y de la caverna de máquinas.
* Excavación de la caverna de transformadores.
* Excavación de las almenaras 1 y 2.
* Adjudicación y orden de inicio al contrato para la fabricación del blindaje de acero para los túneles inferiores de conducción.
* Adjudicación y orden de inicio al contrato para la fabricación de las compuertas para el vertedero, la descarga intermedia y las puertas estancas.

En el Informe de Gestión y Estados Financieros del periodo 2015-2014, dentro de la Nota No. 4 Propiedades, Planta y equipo, neto, se refiere el proyecto Hidroeléctrico Ituango, por valor de **$3.939.363 millones** e igualmente se muestra el saldo ajustado al año 2014 en $2.620.934 millones como consecuencia de la adaptación a las NIIF, lo cual arroja un incremento de **$1.318.429 millones**.
En cuanto a las obras ejecutadas se clasificaron y detallaron de la siguiente manera:

Obras de infraestructura

- En la vía Puerto Valdivia - Presa
  * Excavación a sección completa, 24.4 km
  * Vía pavimentada, 17.6 km
  * Túneles construidos 8 de 10 (1,4,5,6,7,8,9 y 10)
  * Puentes terminados, 35 de 62
  * Puentes en construcción, 10
- Obras civiles principales
  * Se excavó totalmente la plazoleta de compuertas
  * Concluyó la excavación y soporte adicional en la caverna de transformadores norte y se logró avanzar un 46% en el vaciado de concretos estructurales en la misma
  * Excavación total de los túneles de aspiración 2 y 4, e inicio de colocación de concreto de reposición en el túnel de aspiración 4

- Se concluyó la construcción de las galerías de aceleración A, B, C y D para los túneles de conducción y pozos de compuertas
- En el vertedero se alcanzó una excavación acumulada del 66%
- En los llenos de la presa, hubo una colocación acumulada del 25%
- Implementación estrategias de aceleración
  - Galerías, accesos y obras adicionales
  - Mano de obra y equipos adicionales
  - Equipos adicionales de producción y apoyo
  - Equipos especializados adicionales
- Inicio de la construcción de los túneles de conducción superior 7 y 8
- Inicio de la construcción de la Galería Auxiliar de Desviación “GAD” y de la galería de acceso a cámara de compuertas
- Inicio de excavaciones estructurales en los pisos de las cavernas de la central (Casa de máquinas norte y almenara 1)
- Inicio de concretos en la sala de montajes y en el sector de las unidades 1 a 4 de casa de máquinas.

- Equipos electromecánicos. Al año 2015, se informa, habían recibido los siguientes equipos:
  - Turbinas: Tubo y cono de aspiración, partes empotradas, cámara espiral, anillos estacionarios, anclajes y herramientas de cuatro turbinas (Unidades 1, 2, 3 y 4).
  - Generadores: Apoyos de estator, cuartos de estator, partes empotradas, equipos asociados y herramientas de las unidades 3 y 4.
  - Compuertas para la aducción: Cuatro principales con sus servomotores, cuatro auxiliares, guías principales y auxiliares 1 a 8, viga pescadora y grúa pórtico.
  - Compuertas para desviación: Dos con sus respectivos servomotores.
  - Compuertas para túneles de aspiración: Cuatro con sus servomotores y ocho juegos de guías.
  - Los dos puentes grúa de casa de máquinas y sus equipos asociados.
  - Equipos manejo de carga: Una grúa de 300 toneladas y dos grúas sobre camión de 13 toneladas, cuatro montacargas, un estibador y una plataforma tijera.
  - Blindajes de los túneles de conducción inferior: Blindajes completos de los túneles 4 y 3.
- Gestión social
  - Restitución de condiciones de vida:
    - Concertación y firma de contrato con 13 familias de Orobajo, 20 de Barbacoas, 50 de Puerto Valdivia – Sitio de Presa y 297 mineros.
  - Integración proyecto – región:
    - Cierre y liquidación de los proyectos para el manejo de los impactos por presión migratoria en riesgo sicosocial, en Toledo y San Andrés de Cuerquia.

- Mejoramiento y/o construcción de instituciones educativas: 3 en Peque, 1 en Sabanalarga, 1 en Liborina y 2 en San Andrés de Cuerquia.
- Entrega de 11 canchas sintéticas en municipios del área de influencia y un coliseo en el corregimiento de Puerto Valdivia.
- Mejoramiento de caminos en Buriticà, Olaya, San Andrés de Cuerquia, Sabanalarga y Peque.
- Conformación de la veeduría ciudadana en Valdivia – Puerto Valdivia.
- Vinculación de 8.145 trabajadores en obra, de los cuales 2,696 son de la región (mano de obra no calificada 2.114 y calificada 582). Adquirimos bienes y servicios por $ 36.000 millones.

* Inversión social adicional
  - Recuperación de 1.226 kilómetros de vías secundarias, terciarias y caminos de herradura.
  - Intervención en más de 3.010 hectáreas con proyectos productivos para el beneficio de 6.068 familias, esta incluye el programa Maná.
  - Mejoramiento de 659 viviendas y construcción de 80 viviendas nuevas.
  - Mejoramiento de 69 instituciones educativas rurales y construcción de 9 instituciones nuevas.
  - Ejecución de 65 proyectos de presupuesto participativo.
  - Atención primaria en salud para más de 12.493 familias. Además de entrega de equipos biomédicos, ambulancias y la implementación del programa de telemedicina.
  - Conexión al servicio de gas domiciliario para 5.489 familias.
  - Más de 4.200 jóvenes participaron en el programa Entornos Protectores como oportunidad para prevenir la vinculación a actividades ilegales. Mejoramiento en la calidad del servicio de acceso a derechos de los ciudadanos, a través del Fortalecimiento Institucional.
  - Caracterización de 712 familias víctimas del conflicto armado y acompañamiento a 111 familias para acceder a la reparación integral por la Ley de víctimas.

Igualmente se indica que se alcanzaron los siguientes avances de obra:

Actividad	Unidad	Total	Ejecutado	% Ejecución
Excavaciones del vertedero	m³	13.480.000	8.938.000	66%
Excavaciones en la presa	m³	1.094.000	557.000	51%
Llenos de la presa	m³	19.484.575	4.772.463	25%
Galerías acceso a g. inyección presa	m	1.629	1.589	98%
Galerías de inyección de la presa	m	763	449	59%
Galería auxiliar de desviación "GAD" (Bóveda)	m	1.338	174	13%
Casa de máquinas	m³	243.816	200.000	82%
Excavación en caverna de transformadores	m³	58.000	58.000	100%
Concretos en caverna de transformadores	m³	2.703	1.252	46%
Excavaciones almenara 1 y 2	m³	163.094	142.340	87%
Galerías de construcción de la central	m	1.504	1.504	100%
Plazoleta pozo de compuertas	m³	647.000	647.000	100%
Plazoleta de captación	m³	580.000	24.076	4%
Túnel de descarga intermedia	m	916	916	100%
Túneles de descarga N° 1 a 4 (Bóveda)	m	4.127	2.386	58%
Túneles de conducción inferior N°1 a 8	m	552	523	95%

Para el año 2016, se ilustra sobre la evolución del Proyecto desde la Nota No. 4 Propiedades, Planta y Equipo, neto de los Estados Financieros separados del Proyecto Hidro Ituango, que la construcción del proyecto Hidroeléctrico Ituango, presentó una variación respecto al año 2015, de $1.732.212, lo cual arrojaría que el saldo acumulado al 31 de diciembre de 2016 era de $ 5.671.575 millones, Sin embargo, en las Notas a los Estados Financieros de la sociedad EPM, se registró como valor acumulado de las construcciones en curso asociadas al mencionado Proyecto, $5.660.416 millones defiriendo igualmente el valor de la variación o recursos invertidos en el año 2016, ya que se indica que ascendieron a $1.721.054 millones, esto es, $ 11.158 millones menos.

Respecto de las Construcciones en curso, incluyen capitalización de costos por préstamos de $331.116 millones (año 2015: 219.445 millones), sin que se refleje la porción atribuible al Proyecto.
En cuanto al estado de avance del Proyecto se indicó en las notas a los Estados Financieros y en el Informe de gestión del periodo, que alcanzaba el 63,8%, con una inversión total de **5.7 billones de pesos**. Igualmente se ilustra a continuación lo informado respecto de la forma en que fueron utilizados los recursos invertidos:
Obras civiles principales:
Vertedero: *Presenta un avance general en las excavaciones del 81%. Continuaron las excavaciones del vertedero en zona del canal de aducción, el canal de descarga y del pozo de aquietamiento. Igualmente, se avanza con el vaciado de concretos en la estructura de control (Azud + muro derecho), presentando un avance del 71%*
Presa*: Los llenos de la presa presentan un avance del 47%. En el periodo se avanzó con los llenos en la etapa 8 entre las cotas 280.20 a 288,3 en la zona del núcleo. Igualmente, en la margen izquierda parte alta, continúan suspendidos las excavaciones en el talud frontal por los tratamientos que se están ejecutando para estabilización de los taludes de cierre aguas arriba y aguas abajo.*

Captación: *se avanzó en las excavaciones del sector norte y sur hasta la cota 350, además, continuaron los emboquilles desde la captación hacia los túneles de conducción superior 1,2, 6, 7 y 8. Los emboquilles 3,4 y 5 ya están terminados.*
Túneles de Conducción: *Conformados por ocho (8) túneles de tres tramos cada uno: Tramos superiores, pozos de presión y tramos inferiores.*
En los túneles de conducción inferiores continua el montaje del blindaje en los túneles 1 a 4, presentando un avance del 67%; además, se inició el montaje del blindaje de los túneles inferiores 5 a 8. De otra parte, finalizó el vaciado de concreto en el codo inferior 3, con lo cual se encuentran terminados los codos 2, 3 y 4.
Los pozos de presión (Túneles de conducción vertical) con aprox. 125 m de longitud cada uno, presentan un avance del 70% a sección completa. Se han excavado totalmente los pozos 1 a 4, en estos se inició el vaciado de concretos.
Casa de máquinas: *Continúa el vaciado de concretos en la sala de montajes y zona norte de la caverna, presentando un avance del 38%.*
En el montaje de la unidad 4, culminó el montaje del tubo de aspiración y se inició el montaje de la cámara espiral. En las unidades 3 y 2 continua el montaje de los tubos de aspiración
Caverna de transformadores: *Presenta un avance del 69% en la colocación de concretos. En esta caverna se avanza con el montaje de los bancos de transformadores (3 transformadores por banco); culminó el montaje del banco 4 y el banco 3, presenta un avance del 80%.*
Almenaras: En la almenara 1 continua el vaciado de los concretos, con un avance del 59%.
Túneles de descarga de la central: conformados por cuatro (4) túneles con una longitud aproximada de 3.149 m, presentan un avance del 100% de excavaciones en bóveda y del 90% en banco. Igualmente, se culminó la colocación de concreto de las estructuras de salida de los túneles 1 a 4.

Avances en obra:

Actividad	Unidad	Total	Ejecutado	% Ejecución
Vertedero				
Excavaciones del vertedero	m³	14,022,086	11,399,956	81%
Concretos estructura de control (Azud + muros derechos)	m³	46,462	31,130	67%
Presa				
Excavación núcleo de la presa - MI + MD	m³	1,094,352	860,161	79%
Llenos de la presa	m³	19,484,575	9,157,750	47%
Conducción				
Total túneles de conducción (Superiores + inferiores + Pozos)	m	2,489	2,184	88%
Túneles de conducción inferior 1 a 8 (69 m c/u)	m	550	550	100%
Túneles de conducción superior 1 a 8 (117 m c/u)	m	936	936	100%
Pozos de presión 1 a 8 - seeción completa (125 m c/u aprox)	m	1,003	698	70%
Concretos codos de conducción inferior 1 a 4	m³	4,709	4,379	93%
Plazoleta pozo de compuertas	m³	647,000	647,000	100%
Galería al pozo de compuertas unidades 5 a 8	m	119	119	100%
Pozos de compuertas 1 a 8 (8 x 85 m c/u)	m	680	669	98%
Plazoleta de captación	m³	580,000	575,940	99%
Galería superior pozo de salida de cables	m	100	100	100%
Pozo de cables - Excavación sección completa	m	336	336	100%
Central subterránea				
Excavaciones casa de máquinas	m³	243,816	243,816	100%
Concretos casa de máquinas (Sala de montajes + zona norte)	m³	26,469	9,979	38%
Excavaciones caverna de transformadores	m³	58,000	58,000	100%
Concretos caverna de transformadores	m³	3,355	2,305	69%
Excavaciones almenara 1	m³	88,788	88,788	100%
Concretos almenara 1	m³	3,013	1,778	59%
Excavaciones almenara 2	m³	76,194	76,194	100%
Descarga Central				
Portal túneles de descarga	m³	189,442	189,442	100%
Túneles de aspiración 1 a 8 (30 m c/u) - Sección completa	m	240	240	100%
Túneles de descarga 1 a 4 - Excavación Bóveda	m	3,149	3,126	99%
Túneles de descarga 1 a 4 - Excavación Banco	m	3,149	2,847	90%
Concretos en túnel de descarga 1	m³	1,301	1,301	100%
Concretos en túnel de descarga 2	m³	1,315	1,315	100%
Concretos en túnel de descarga 3	m³	1,315	1,315	100%
Concretos en túnel de descarga 4	m³	1,423	1,252	88%
Canales de descarga 1 a 4	m³	61,103	61,103	100%
Sistema auxiliar de desviación				
Galería auxiliar de desviación SAD (Bóveda)	m	2,145	2,059	96%
Galería auxiliar de desviación SAD (Banco)	m	2,145	1,308	61%
Galería de acceso a cámara de compuertas de la GAD	m	645	645	100%
Cámara de compuertas de la SAD	m³	12,419	12,419	100%
Portal de entrada SAD	m³	81,943	53,509	65%
Túnel de descarga de fondo	m	287	287	100%
Cámara de compuertas de la descarga de fondo	m³	3,276	3,276	100%

Unidad de medida expresada en metros cúbicos (m3) y metros (m).

Vía Puerto Valdivia – Presa: Presenta el siguiente avance:

Actividad		Ejecutado	% ejecución
Predios negociados		37 km	100%
Exc. sección completa		26,6 km	72%
Granulares		22,7 km	61,5%
Vía pavimentada		20,6 km	55,8%
Puentes (Total 60)	Terminados	44	73%
	En construcción	14	23%
Túneles (Total 10)	Terminados	10 túneles	100%

Equipos electromecánicos

Turbinas y generadores: El avance de la primera etapa es el siguiente:

Despachos de mercancía: El décimo primer despacho correspondiente a partes restantes de turbina U1, se encuentran en Barranquilla en proceso de nacionalización.

Montaje: En la U4 se trabajó en soldadura y ubicación de anillo para posteriormente centrar respecto a la brida del tubo de aspiración, avance total del 18%. Igualmente, se soldó y posicionó el recinto inferior en la cota 204,10 msnm, con avance del 50%. En la U3 se terminó el proceso de soldaduras para dar inicio al vaciado de concretos para alcanzar la cota 199,86 msnm, avance total del 90%. En la U2, continua el procedimiento de soldaduras de las virolas que conforman el tubo de aspiración, avance total del 64%.

Transformadores de potencia: Se realizaron pruebas eléctricas de aceptación en sitio (SAT) a los 3 transformadores del banco 4, con resultados satisfactorios; además, finalizó el montaje de los 3 transformadores de banco 3.

Puentes grúa: El puente grúa N°1 se encuentra en operación, realizando actividades de montaje de la unidad 4; Igualmente, se avanza en los preparativos para la instalación del polipasto auxiliar del puente grúa 1.

Compuertas para la desviación, aducción y túneles de aspiración: Se continúa con el montaje de las guías para las compuertas 1 a 4 de los túneles de aspiración.

Compuertas radiales del vertedero, compuertas de la descarga intermedia y las puertas estancas: Se terminó el diseño de toda la parte estructural de las compuertas y la adquisición de materiales tiene un avance del 95%.

Blindaje de los túneles de conducción inferiores: Los ramales de primera etapa se encuentran instalados quedando pendiente el montaje de los conos mayores y menores y algunas inyecciones de concreto. Se continua con el traslado de los ramales de la segunda etapa hacia el Proyecto.

Rejas coladeras para la captación y compuertas para la descarga de fondo:

- 100% de Blindaje de descarga de fondo en el proyecto Ituango.
- Compuertas descarga de fondo entregadas en Almacén Tarazá.
- Guías de rejas coladeras Túnel 1, 2,3 y 4 fabricados.

- Módulos de rejas coladeras Túnel 1 y 2 fabricados.

Cables de potencia: Se realizó la entrega de 12 de las trece carretas de cables de 500 kV y sus correspondientes terminales estructuras y accesorios.

Suministro equipos GIS - Subestación de 500 kV: Se continua con la ejecución de los siguientes diseños:

- Memoria de cálculo estructural losa GIS.
- Plano losa GIS.
- Estudio de campos eléctricos y magnéticos.
- Malla de tierra – Memoria de cálculo.
- Malla de tierra – Planta y detalles.
- Malla de tierra – Lista de materiales de malla de tierra.
- Diseño de integración del control de nivel 1 a nivel 2.

Sistema de control, medida, protección y comunicaciones para la central y para la subestación de 500 kV y suministro de los equipos auxiliares eléctricos: Se definieron las interfaces entre los equipos de control, medida y protección (Siemens) con los equipos de Subestación 500kV (ABB). Se efectuó la compra de los equipos aprobados en el listado de hardware y software para el sistema de control niveles 1, 2 y 3.

Cables de fuerza control e instrumentación: Se inició la fabricación del material del aislamiento.

Sistema de bandejas porta cables: Se inició la fabricación de las bandejas porta cables y accesorios.

Para el año 2017, igualmente se tuvo en cuenta lo indicado en el Informe Financiero del Proyecto Hidroeléctrico Ituango en compendio con lo ilustrado en los Estados Financieros y sus notal explicativas, correspondientes a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., encontrando lo siguiente:

En el Informe Financiero separado del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, se informa que las inversiones reflejadas en las construcciones en curso incorporan $1.957.655 millones correspondientes al proyecto, mientras que en la Nota explicativa No. 4 de la sociedad EPM, se informa que el incremento asociado al proyecto fue de $1.955.599 millones (diferencia de $2.056 millones). En consecuencia, el valor incorporado dentro de los Estados Financieros de EPM como Construcciones en curso bajo la denominación “Proyecto Construcción Ituango”, fue de **$7.616.015 millones**.

En cuanto al avance físico se informa que alcanzaba el 80.5% esperando alcanzar un 93.2$% a diciembre de 2018 y así cumplir con el hito de “**Inicio de la operación comercial de la Unidad 4 a finales de 2018**”.

Avance Físico.

Actividad	Unidad	Total	Diciembre de 2017	
			Ejecutado	%
Vertedero				
Excavaciones del vertedero	m³	14.089.693	13.652.913	97%
Concretos vertedero (Azud, pilas, muros, losas)	m³	153.833	126.451	82%
Presa				
Excavación núcleo de la presa - MI + MD	m³	974.637	974.637	100%
Llenos de la presa	m³	20.042.000	15.111.668	75%
Concretos descarga intermedia	m³	1.202	751	63%
Concretos cámara de compuertas descarga intermedia	m³	4.909	1.399	29%
Conducción				
Concretos conducciones inferiores 1 a 4 (codos + tapones)	m³	8.424	8.424	100%
Concretos conducciones superiores 1 a 8 (Invert+ hastiales +bóveda)	m	1.702	1.173	69%
Revestimientos pozos de presión 1a 8	m	824	602	73%
Revestimientos pozos de compuertas 1 a 8	m	680	680	100%
Concretos estructuras de captación 1 a 4	m³	6.064	6.064	100%
Concretos estructuras de captación 5 a 8	m³	5.629	5.629	100%
Central subterránea				
Concretos casa de máquinas (Zona norte)	m³	27.308	25.151	92%
Concretos casa de máquinas (Zona sur)	m³	15.546	7.649	49%
Concretos unidad 4	m³	3.964	3.964	100%
Concretos unidad 3	m³	3.960	3.960	100%
Concretos unidad 2	m³	3.960	3.695	93%
Concretos unidad 1	m³	3.910	1.376	35%
Concretos almenara 2	m³	2.466	1.598	65%
Descarga de la central				
Concretos túneles de aspiración unidades 1 a 4	m³	4.784	4.784	100%
Concretos túneles de aspiración unidades 5 a 8	m³	4.784	1.133	24%
Concretos solera túneles de descarga 1 a 4 (Izquierda+derecha)	m	7.593	4.302	57%

Descripción de los avances:

Vía Puerto Valdivia – Presa.

Actividad	Ejecutado	% ejecución
Predios negociados	37 km	100%
Exc. sección completa	35 km	94,6%
Granulares	30,3 km	82,0%
Vía pavimentada	28,5 km	77%
Puentes (Total 60)	60	100%
Túneles (Total 10)	10	100%
Avance físico general: 90,1%		

Equipos electromecánicos

Turbinas y generadores: La fabricación y el suministro de las ocho (8) unidades de generación, presenta un avance del 68,81%. Las unidades 4, 3, 2 y 1 se encuentran en proceso de montaje; las unidades 5 a 8 en proceso de fabricación.

Seguimiento al montaje: El montaje de los equipos empotrados de las turbinas 1 a 4 presenta el siguiente avance:

MONTAJE UNIDADES DE GENERACIÓN	% EJECUCIÓN ACUMULADA			
	U4	U3	U2	U1
UNIDADES DE GENERACIÓN	41%	33%	30%	25%
TURBINAS	76%	66%	60%	49%
Equipos empotrados	100%	100%	100%	70%
• Tubo de aspiración	100	100	100	100
• Cámara espiral, incluido anillo estacionario	100	100	100	97
• Recinto inferior	100	100	100	0
GENERADORES	16%	0%	0%	0%

Transformadores de potencia: Los trasformadores de la zona norte (13 trafos), se encuentran en proceso de montaje; los 12 transformadores de la zona sur, se encuentran fabricados en un 100%; se encuentran listos en fábrica para proceder con la entrega FCA.

Seguimiento al montaje en zona norte: Culminó el montaje mecánico (Bancos 1 a 4); El montaje de las GIB, del neutro y el control local presenta un avance del 100%. En general, el montaje presenta un avance del 100%.

Blindaje de los túneles de conducción inferiores: El blindaje de los túneles 1 a 4 presentan un avance del 82%; los túneles 5 a 8 presenta un avance del 80%.

Compuertas para la desviación, aducción y túneles de aspiración: El suministro de las compuertas está 100% en el proyecto.

Montaje compuertas de la aducción: Aducciones 1, 2, 4, 5, 6, 7 y 8: Continúa instalación de acero de refuerzo para los concretos laterales, dintel y bóveda.

Guías aducciones: Montaje A8 100%, A7 100%, A6 100% y A5 70%.

Montaje de las compuertas 1 a 4 para los túneles de aspiración. Presenta un avance del 98% Pendiente reubicación de las unidades oleohidráulicas y control dimensional final.

Cables de potencia: entregados el 100% de los suministros de la primera etapa; la segunda etapa presenta un avance en fabricación del 42%. Continúan las actividades de montaje de la etapa 1:

- Instalación de soportería en la galería inclinada.
- Instalación de soportería para el cable de reserva.
- Instalación de soportería en la salida de la GIB de los transformadores de potencia.

Suministro equipos GIS - Subestación de 500 kV: Presenta un avance en fabricación y suministro del 79%: Con respecto al montaje, presenta el siguiente avance%:

• Se encuentra instalados todos los interruptores y CTs asociados, así como las estructuras para las barras y los tableros de control local en el patio de la Subestación.
• Todos los tableros de control y protecciones están posicionados y se continúan con las labores de cableado de control, potencia y telecomunicaciones, incluyendo interconexión con la GIS.
• Se finalizaron las pruebas eléctricas a las celdas de 13.2kV y Se finalizó la instalación de los ductos para extracción de gases.

Compuertas radiales del vertedero, compuertas de la descarga intermedia y las puertas estancas: La fabricación y suministro presenta un avance del 100%.
El montaje de las compuertas radiales del vertedero presenta un avance del 39%. Se montaron los módulos 6 a 8 de la compuerta radial N°4. Se están preparando los embebidos para el montaje de los servomotores; además, se están soldando los brazos de la compuerta del vano 3 y sus respectivos rigidizadores.
En el montaje de la descarga intermedia finalizó la soldadura externa de las cajas marco y el montaje del dintel de los marcos de sellado de las dos compuertas radiales; además, continúan actividades de obra civil para los concretos de anclaje del blindaje y de la bóveda.

Rejas coladeras para la captación y compuertas para la descarga de fondo: Presenta un avance en fabricación y suministro del 100%. El montaje de las rejas coladeras presenta un avance del 50%.

Sistema de control, medida, protección y comunicaciones para la central y para la subestación de 500 kV: La etapa 1 de la fabricación presenta un avance del 100%, la etapa 2 del 44%, para un avance general del 83,2%.

En la S/E 500kV: todos los tableros de control y protecciones están posicionados, energizados y se continúan con las labores de cableado de control, potencia y telecomunicaciones, incluyendo interconexión con la GIS.

Cables de fuerza control e instrumentación y Bandejas portacables y tubería conduit: El suministro presenta un avance del 100%. El montaje de los cables presenta un avance del 27%, Asimismo, se inició el montaje de las bandejas portacables.

Sistemas auxiliares mecánicos: El diseño y fabricación de estos sistemas presenta el siguiente avance: G1 - Sistema de enfriamiento y drenaje 69%, G2 - Sistema de ventilación y acondicionamiento de aire 24%, G3 - Sistema de prevención y protección contra incendio 39%, G4 - Sistema de aire comprimido 94%.

Año 2018. Para el año 2018, se informó en la Nota No. 4 del Informe Financiero relacionado con el proyecto lo siguiente:

"Las transacciones significativas y otros aspectos relevantes ocurridos durante el período, diferentes a los del giro normal de los negocios de la empresa, están relacionados con la contingencia del proyecto Hidroeléctrico Ituango que se presentó el 28 de abril del 2018 por un evento geológico que taponó el túnel de desviación del rio Cauca con aproximadamente 160 mil metros cúbicos de roca y suelo, que generó un embalsamiento de la presa. Como consecuencia de lo anterior, EPM ha priorizado sus decisiones en proteger en primera instancia a las comunidades y el ambiente y en segunda instancia la infraestructura del proyecto, por tanto, el 7 de mayo de 2018, se tomó la decisión de evacuar el agua embalsada a través de casa de máquinas de la futura central de generación de energía

para que se encauzara de nuevo al río Cauca, con el propósito de que retornara a su caudal tradicional y el nivel del embalse descendiera. El 16 de enero y 5 de febrero de 2019, se cerraron las compuertas de captación #2 y #1, respectivamente, con lo que se suspendió el flujo de agua por casa de máquinas. A partir del 8 de febrero de 2019, se inició la recuperación del caudal del rio Cauca a través del flujo de agua por el vertedero.
En relación con lo anterior, EPM ha reconocido en sus estados financieros separados al 31 de diciembre de 2018, lo siguiente:
 Costo y avance de la construcción del proyecto hidroeléctrico Ituango por **$9,377,994** millones (ver nota 5).
 Provisión por $38,877 para la atención de los afectados de Puerto Valdivia, por indemnización de daño emergente, lucro cesante y daño moral, debido a la creciente de las aguas del río Cauca como consecuencia del taponamiento que tuvo el proyecto el 28 de abril de 2018. Además de la provisión por $42,917 para la atención de las personas que se debieron evacuar como consecuencia de dicho evento (ver notas 20.1.3 y 25).
 Provisión por $137,318 de garantía por cargo de confiabilidad que ampara la construcción y puesta en operación de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango (ver notas 20.1.3 y 25).
 Provisión por $31,388 para contingencia ambiental, establecida por el plan de acción específico para la recuperación de las partes afectadas por los eventos del taponamiento del túnel de desviación del rio Cauca que tuvo el proyecto el 28 de abril de 2018 y por el cierre de compuertas que disminuyó el caudal del rio aguas abajo del proyecto. Al respecto de indica en no Nota No. 20.1.3 lo siguiente:
"…*Constitución de la provisión para la garantía No. 10090002278 – Cargo por confiabilidad cuya cuantía es de USD 42,3 millones (COP $137,318). De acuerdo con la Resolución CREG 061 de 2017, las garantías del cargo por confiabilidad para la entrada de nuevos proyectos de generación se ejecutan cuando la entrada en operación comercial de la central se atrasa más de un año. Las contingencias presentadas en el túnel de desviación hacen que el proyecto Hidroeléctrico Ituango incurra en este tipo de atraso y, por tanto, bajo la reglamentación vigente procede la ejecución de esta garantía.*
EPM está gestionando ante la CREG y el Gobierno en general, una modificación a la reglamentación de garantías del cargo por confiabilidad que brinde alguna oportunidad de continuar con las obligaciones de energía firme y que a su vez se evite la ejecución de la garantía en asunto. Las principales acciones son: a) viabilizar varias subastas de reconfiguración anual del Cargo, b) Buscar respaldo en otros activos de generación, tales como generación con la central Termo Sierra y c) buscando nuevas centrales que incrementen la oferta energética del país".
 Provisión por $101,797 por el incumplimiento, de enero a octubre de 2021, al transportador Intercolombia por los meses posteriores a la entrada en operación de la infraestructura de conexión del proyecto Ituango.
 Pérdida por $78,295 correspondiente a retiro de activos por la contingencia. Para la baja de activos realizada se tomaron en cuenta los activos de casa de máquinas que por su estructura y naturaleza se tenía el 100% de seguridad de que, al estar sometidos a las condiciones actuales, su funcionamiento no sería posible, o que, aunque fuera posible, el fabricante de los mismos ya había indicado que no sostendría la garantía a causa de las condiciones a las que habían estado sometidos.
 Otros gastos por $45,639 reconocidos por la atención de la comunidad afectada por la contingencia. Estos pagos se realizaron en su gran mayoría en los meses de mayo y junio, debido, a que en ese momento no existía la provisión. Comprende todas las transacciones asociadas con la atención prioritaria de la contingencia, en lo relacionado con la adquisición de bienes o servicios de apoyo en actividades, tales como ayudas económicas a evacuados

y afectados; ayuda humanitaria de emergencia, construcción y mantenimiento de albergues, alimentación a personas y animales domésticos, costos logísticos de los funcionarios de EPM que participen en el plan, actividades relacionadas con las comunicaciones oficiales, alarmas, papelería, desplazamientos, transportes, combustibles, vestuario, elementos de aseo, medicinas, baños portátiles, equipos de comunicación, elementos de alertas tempranas, entre otros.

En total, las provisiones señaladas anteriormente suman $271.003 millones.

Sin embargo, en el informe de Gestión del Grupo EPM correspondiente al mismo periodo se indicó que "…*Los gastos extraordinarios generados por la atención a la contingencia del proyecto Ituango ascienden a COP 477,299 millones, de los cuales COP 329,665 millones corresponden a las estimaciones por la garantía del cargo por confiabilidad, la garantía por conexión, gastos asociados a la atención de los afectados y evacuados y finalmente a la provisión para la contingencia ambiental. Se han desembolsado COP 69,339 millones por concepto de reconocimiento de gastos para la atención de la contingencia a la comunidad, y por último se dieron de baja activos por COP 78,295 millones*"[101].

En cuanto al avance del proyecto se indicó que, a diciembre de 2018, se encontraba en un 88.2%. Respecto de lo anterior, se explicó: "…Al 31 de diciembre de 2018, el proyecto hidroeléctrico Ituango presentaba un avance físico del 88.2% (2017: 80.5%). Se tiene estimado que la primera unidad de generación de energía podría entrar en operación a partir del último trimestre del 2021. Sin embargo, esta fecha de puesta en operación es muy dinámica, debido a los cambios que se presentan en las variables técnicas y la evolución y eficiencia de las medidas implementadas para atender la contingencia presentada el 28 de abril de 2018 ocasionada por un evento geológico que taponó el túnel de desviación del rio Cauca con aproximadamente 160 mil metros cúbicos de roca y suelo, que generó un embalsamiento aguas arriba de la presa.

Como consecuencia de lo anterior, EPM ha priorizado sus decisiones en proteger en primera instancia a las comunidades y el ambiente y en segunda instancia la infraestructura del proyecto, por tanto, se tomó la decisión de verter agua por la casa de máquinas de la futura central de generación de energía para que el agua se encauzará de nuevo al río Cauca, con el propósito de que retornara a su caudal tradicional y el nivel del embalse descendiera. A la fecha de corte de los estados financieros no fue posible estimar el valor de los daños reales sufridos en la casa de máquinas, tanto en la componente de obras civiles como en la componente de equipos electromecánicos. Una vez se pueda restringir el paso de aguas del embalse por el complejo y se pueda efectuar el vaciado del agua remanente en este, se podrá realizar un diagnóstico claro y preciso de las afectaciones y daños sufridos y se podrán realizar las estimaciones ajustadas en cuanto al tiempo de las intervenciones, la ingeniería de recuperación y las obras a implementar para recuperar completamente esta componente del proyecto, utilizando información actualizada.

DESCRIPCIÓN DEL AVANCE

- **Obras civiles principales**

[101] Informe de Gestión 2018, Pag. 42 – Grupo EPM

Actividad	Unidad	Total	Diciembre de 2018			
			Program.	%	Ejecutado	%
Vertedero						
Excavaciones del vertedero	m³	14.089.693	14.089.693	100%	13.991.065	99%
Concretos vertedero (Azud, pilas, muros, losas)	m³	153.259	153.259	100%	153.259	100%
Presa						
Llenos de la presa	m³	20.172.194	20.172.194	100%	19.742.526	97,9%
Concretos descarga intermedia (Soleras)	m³	1.202	1.202	100%	1.202	100%
Concretos cámara de compuertas descarga intermedia	m³	4.767	4.767	100%	4.767	100%
Conducción						
Concretos conducciones superiores 1 a 8 (Invert+ hastiales +bóveda)	m	1.702	1.702	100%	1.636	96%
Revestimientos pozos de presión 1a 8	m	824	824	100%	824	100%
Revestimientos pozos de compuertas 1 a 8	m	662	662	100%	657	99%
Central subterránea						
Concretos casa de máquinas (Zona norte)	m³	27.500	27.500	100%	27.335	99%
Concretos casa de máquinas (Zona sur)	m³	27.130	27.130	100%	11.937	44%
Concretos unidad 4	m³	3.964	3.964	100%	3.964	100%
Concretos unidad 3	m³	3.960	3.960	100%	3.960	100%
Concretos unidad 2	m³	3.960	3.960	100%	3.960	100%
Concretos unidad 1	m³	3.910	3.910	100%	3.859	99%
Descarga de la central						
Concretos túneles de aspiración unidades 1 a 4	m³	4.784	4.784	100%	4.784	100%
Concretos túneles de aspiración unidades 5 a 8	m³	4.784	-	0%	-	0%

Información financiera con corte al 30 de junio de 2019.
En relación con la información financiera con corte al 30 de junio de 2019, se tiene que según lo plasmado en el Informe Financiero del Proyecto Hidroeléctrico Ituango emitido por Empresas Públicas de Medellín E.S.P., los siguientes fueron los hechos más relevantes en relación con el mismo:

Transacciones significativas llevadas a cabo y otros aspectos relevantes ocurridos durante el periodo intermedio (Nota 5):

5.1 La contingencia del proyecto Hidroeléctrico Ituango que se presentó el 28 de abril de 2018 por un evento geológico que taponó el túnel de desviación del rio Cauca con aproximadamente 160 mil metros cúbicos de roca y suelo, que generó un embalsamiento de la presa. Como consecuencia de lo anterior, EPM priorizó sus decisiones en proteger en primera instancia a las comunidades y el ambiente y en segunda instancia la infraestructura del proyecto, por tanto, el 7 de mayo de 2018, se tomó la decisión de evacuar el agua embalsada a través de casa de máquinas de la futura central de generación de energía para que se encauzara de nuevo al río Cauca, con el propósito de que retornara a su caudal tradicional y el nivel del embalse descendiera.
El 16 de enero y 5 de febrero de 2019, se cerraron las compuertas de captación #2 y #1, respectivamente, con lo que se suspendió el flujo de agua por casa de máquinas.
A partir del 8 de febrero de 2019, se inició la recuperación del caudal del rio Cauca a través del flujo de agua por el vertedero.

El 29 de mayo de 2019, se completó el cierre de una de las dos compuertas de la Galería de Desviación Auxiliar (GAD), en un nuevo hito en el trabajo de mitigación de riesgos en el proyecto. Con el cierre de primera compuerta, la izquierda, se materializó el trabajo de cerca de tres meses. Después del cierre de la compuerta izquierda del GAD, los siguientes trabajos se centraron en el cierre de la compuerta derecha para completar el cierre total. Posteriormente, se construiría un tapón de 22 metros aguas debajo de la cámara de compuertas en el eje de la presa, por lo tanto, EPM seguía avanzando en la reducción de los riesgos a las poblaciones ubicadas aguas abajo del proyecto.

El 19 de julio de 2019, se terminaron los trabajos de construcción de la presa que permitieron llevar esta estructura a la altura de 435 metros sobre el nivel del mar (msnm), es decir, la máxima establecida en los diseños originales. Como consecuencia de lo anterior, los demás avances técnicos logrados en el proyecto hidroeléctrico Ituango y las capacidades instaladas por EPM en las comunidades para reaccionar ante una posible eventualidad, permitieron que el 26 de julio de 2019, el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (SNGRD) modificara el estado de alerta para la evacuación de las poblaciones ubicadas aguas abajo de la futura central de generación de energía. Con la determinación ninguna localidad queda en alerta roja, que significaba evacuación permanente de carácter preventiva.

En relación con lo anterior, EPM tenía reconocidas las siguientes partidas en sus estados financieros separados al 30 de junio de 2019:
• Costo y avance de la construcción del proyecto hidroeléctrico Ituango por $9,900,676 (ver nota 7).
• Provisión por $35,995 (2018: $38,815) para la atención de los afectados de Puerto Valdivia, por indemnización de daño emergente, lucro cesante y daño moral, debido a la creciente de las aguas del río Cauca como consecuencia del taponamiento que tuvo el proyecto el 28 de abril de 2018. Además de la provisión por $10,458 (2018: $19,217) para la atención de las personas que se debieron evacuar como consecuencia de dicho evento (ver nota 22.1.3).
• Provisión por $135,455 (2018: $137,318) de garantía por cargo de confiabilidad que ampara la construcción y puesta en operación de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango (ver nota 22.1.3).
• Provisión por $33,204 (2018: $31,388) para contingencia ambiental, establecida por el plan de acción específico para la recuperación de las partes afectadas por los eventos del taponamiento del túnel de desviación del rio Cauca que tuvo el proyecto el 28 de abril de 2018 y por el cierre de compuertas que disminuyó el caudal del rio aguas abajo del proyecto (ver nota 13.1.1).
• Provisión por $105,543 (2018: $101,797) por el incumplimiento, de enero a octubre de 2021, al transportador Inter Colombia por los meses posteriores a la entrada en operación de la infraestructura de conexión del proyecto Ituango. (ver nota 13.1.4).
• Adicionalmente, en el Estado de Resultados Integral se reconocieron otros gastos por $11,335 (junio 2018: $45,024) para la atención de la comunidad afectada por la contingencia (ver nota 18).

5.2 El 24 de mayo de 2019, Japan Bank for International Cooperation – JBIC otorgó dispensa por el incumplimiento del indicador financiero Deuda Financiera Largo Plazo /EBITDA en virtud del párrafo (a), sección 6.5 del acuerdo de indemnización, solo para el período de análisis el cual finalizó en diciembre de 2018.
5.3 El 26 de junio de 2019, en el marco del Programa de Enajenación de la participación accionaria que EPM posee en ISA, fueron adjudicadas, en Primera Etapa, 14,881,134 acciones, a un precio de $15,700 por acción.
5.4 El 28 de junio de 2019, el JBIC otorgó a EPM una dispensa por el incumplimiento de la relación Deuda Financiera de Largo Plazo a EBITDA consolidado porque durante el período terminado el 31 de marzo de 2019, dicho ratio se ubicó en 4.0:1.0. Esta dispensa también cubre los trimestres finalizados el 30 de junio de 2019, el 30 de septiembre de 2019 y el 31 de diciembre de 2019, siempre y cuando no se supere 4.0: 1.0.

Propiedades, Planta y Equipos (Nota 6). Registró un saldo neto de 9.957.235 millones, dentro de los cuales la cuenta mas representativa corresponde a las Construcciones en curso por $9.900.676 millones, respecto de las cuales se indica su incremento respecto del periodo 2018, corresponde a $522.681 millones asociados al Proyecto Hidroeléctrico Ituango.
Respecto del cual se indicó que tenía un avance físico del 72.73% al 30 de junio de 2019 (año 2018 82.2%) explicando que "…*el avance físico que se presenta a la fecha del periodo sobre el que se informan los estados financieros, corresponde a la nueva versión del programa de recuperación y puesta en servicio. Se realizó un nuevo cronograma que incluye actividades de recuperación y duraciones mayores, por tal razón el porcentaje de avance disminuye tanto en lo programado como en lo ejecutado. Este nuevo cronograma es susceptible a cambios y/o modificaciones, ya que aún, no se conoce el estado real de las obras subterráneas y de las unidades de generación. Para la puesta en operación, se tiene estimado que la primera unidad de generación de energía podría entrar a partir del último trimestre del 2021. Sin embargo, esta fecha de puesta en operación es muy dinámica, debido a los cambios que se presentan en las variables técnicas y la evolución y eficiencia de las medidas implementadas para atender la contingencia.*
El 29 de mayo de 2019, se completó el cierre de una de las dos compuertas de la Galería de Desviación Auxiliar (GAD), en un nuevo hito en el trabajo de mitigación de riesgos en el proyecto. Con el cierre de primera compuerta, la izquierda, se materializó el trabajo de cerca de tres meses.
Después del cierre de la compuerta izquierda del GAD, los siguientes trabajos se centrarán en el cierre de la compuerta derecha para completar el cierre total. Posteriormente, se construirá un tapón de 22 metros aguas abajo de la cámara de compuertas en el eje de la presa.
En consecuencia, a la fecha de corte de los estados financieros, no fue posible estimar el valor de los daños reales sufridos en la casa de máquinas, tanto en la componente de obras civiles como en el componente de equipos electromecánicos. Sin embargo, al 30 de junio de 2019 se reconoció un gasto por $106,465 por baja de equipos del proyecto afectados por la contingencia. Una vez se concluyan las actividades antes indicadas, se podrán realizar las estimaciones ajustadas en

cuanto al tiempo de las intervenciones, la ingeniería de recuperación y las obras a implementar para recuperar completamente esta componente del proyecto, utilizando información actualizada."

En relación con el cronograma de eventos presentados con ocasión de la contingencia acaecida en el año 2018, se continuó su exposición, de lo cual se ilustra lo correspondiente al periodo enero junio de 2019, así*:*

"...En enero de 2019, EPM informó que durante los trabajos de perforación que permitirán cerrar la casa de máquinas del proyecto Hidroituango, se encontró entre las captaciones 1 y 2 a 30 o 40 m de profundidad un vacío, ubicado a 18 m abajo de la montaña (que tiene 600 m de altura) y tiene agua. Esta situación aceleró el cierre de las compuertas de las captaciones. Durante este periodo, se instaló el Puesto de Mando Unificado (PMU) en el campo de las obras de Hidroituango. El objetivo es establecer el protocolo que se seguirá para proteger a las comunidades tras el inicio del cierre de la Casa de Máquinas.

El 5 de febrero de 2019, EPM realizó el cierre de la segunda compuerta de aducción (No.1). El cierre inició a las 12:19 p.m, terminó a la 1:24 p.m. El caudal del río en la descarga pasó de 463 m³/s a 349 m³/s. La apertura de la compuerta 1 del vertedero se inició en febrero 10, con el nivel del embalse en cota 403. En febrero 24 de 2019, comenzó el drenaje de la casa de máquinas.

Posteriormente, se realizó inspección a la central subterránea ingresando por la culata norte. Se utilizó un bote para realizar el recorrido.

En marzo de 2019, se realizó el cierre de las compuertas auxiliares de los pozos de compuertas N°2 y N°1; asimismo, se comenzaron las instalaciones industriales, para la instalación del equipo de perforación Raise Boring, que realizará las perforaciones para el tapón de la cámara de compuertas de la descarga de fondo.

En abril de 2019, se iniciaron los llenos de la presa, en la zona del núcleo, elevación 418 y se culminó la estabilización del primer derrumbe en el túnel de acceso a casa de máquinas.

En mayo de 2019, se cierra la compuerta izquierda de la GAD. Los buzos de la Armada Nacional verifican que la compuerta asentó en el umbral y además realizaron verificación de sellos.

Durante junio de 2019, finalizó el retiro de la compuerta del ramal derecho del SAD, en el túnel de acceso a casa de máquina, comenzó el retiro de material en el segundo derrumbe; igualmente, se terminó el lleno de la oquedad en la culata norte de casa de máquinas.

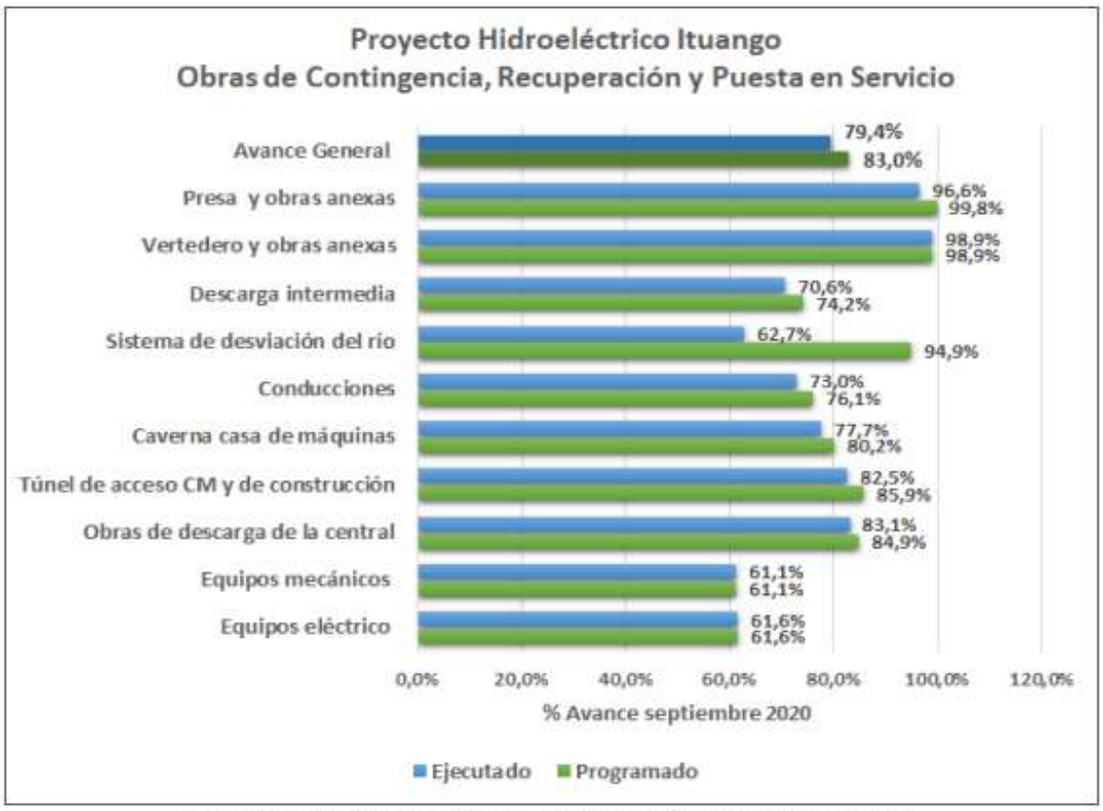
∗ **Reconocimiento de la perdida correspondiente al retiro de activos por la Contingencia.**

Según lo informado por EPM, como consecuencia de la contingencia relacionada en precedencia, debieron dar de baja algunos activos, tomando en cuenta los equipos de casa de máquinas que por su estructura y naturaleza, se tenía certeza que "…*al estar sometidos a las condiciones inusuales por la descarga de agua del embalse, su funcionamiento no sería posible, esto basados en los informes de la interventoría y las conclusiones de los contratistas donde indican que los equipos no quedaron servibles por el estado de destrucción o porque quedaron afectados y no aptos para ser utilizados, dado que no estaban construidos para estar*

sumergidos en el agua y mucho menos a un periodo de 10 meses, situación real en la que estuvieron. El valor dado de baja por equipos al año 2019 es de $452,618 millones.
Para los activos de obra civil, si bien es cierto que se ha podido explorar gran parte de las obras del proyecto, unas de manera directa y otras de manera indirecta, por ejemplo con perforaciones y ensayos de geofísica, como es el caso de zona sur del complejo de cavernas, no es posible aun tener una estimación precisa del valor total y exacto de los daños asociados a la obra civil; sin embargo, en el año 2019 fue posible realizar una estimación de los activos de obra civil que fueron afectados, dicha estimación es por valor de $529,734 millones." (tomado de file:///P:/CARPETA PRINCIPAL74/VISITAESPECIALEPM/Nuevacarpeta/RetirosdeactivoscontingenciaItuango.pdf)
Igualmente fue informado que ante la certeza de la cobertura del siniestro por parte de la compañía de seguros Mapfre Seguros Generales, respecto de los activos dados de baja, se generó una cuenta por cobrar y se reversó el gasto generado por la baja contable de los activos.

a) Estado Actual del Proyecto.

De acuerdo con la información recopilada en diligencia de visita especial practicada a EPM, el avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango al 30 de septiembre de 2020, medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, era del 79,4%, según se describe a continuación:



Proyecto Hidroeléctrico Ituango – Avance principales frentes de obra

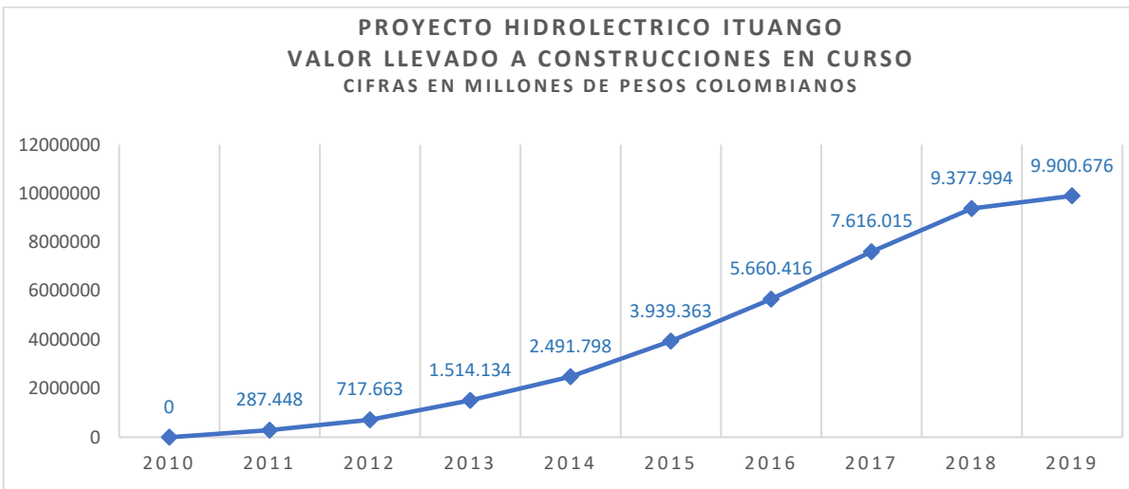
Respecto de lo anterior, igualmente se indicó que se *han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del Proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del rio y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos. Además, se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del Proyecto, tales como:*

- *La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD*
- *Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m³ de concreto colocados.*
- *Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas*

Bombeo y retiro de residuos en la cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas.

1.1 **Costo registrado en la cuenta Construcciones en Curso en EPM.** Teniendo en cuenta la información plasmada en los Estados financieros de EPM y como ya se ha mostrado, al 30 de junio de 2019, el valor llevado a la cuenta

construcciones en curso y asociado a las inversiones en el proyecto hidroeléctrico Ituango eran de $9.900.676 millones, cuya evolución se ilustra a continuación:



PERIODO	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	06-2019
CONSTR. EN CURSO	0	287.448	717.663	1.514.134	2.491.798	3.939.363	5.660.416	7.616.015	9.377.994	9.900.676

Cabe agregar que, según los Estados Financieros con corte al 31 de diciembre de 2019, este concepto acumulaba un total de **$9.973.350 millones** (Nota 5 a los Estados Financieros, 2019)
Lo anterior permite establecer que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos.
Lo que permite demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero.

2. DEL LUCRO CESANTE

Ahora bien, tal y como se explicó líneas atrás, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, se concluye que a la fecha se encuentra consolidado un lucro cesante.

Sin embargo, dado que en la presente causa fiscal se tomó como fecha de corte para efectos de establecer el valor del daño a junio de 2019, el Despacho se atendrá al valor consignado en el informe de la Universidad Nacional para dicha fecha.

3. RESPUESTA A ARGUMENTOS DE DEFENSA RELATIVOS AL DAÑO Y SU CUANTIFICACIÓN PRESENTADOS CON LOS DESCARGOS Y ANÁLISIS PROBATORIO.

Teniendo en cuenta que al rendirse los descargos por parte de los diferentes imputados se formularon argumentos de defensa en contra del daño, de manera puntual relacionados con el informe de la Universidad Nacional, y se aportaron pruebas de orden técnico dirigidas a controvertir las conclusiones descritas, resulta pertinente en este punto pronunciarse sobre estos argumentos y realizar el análisis probatorio correspondiente, como sigue a continuación:

a) EN LOS ESCRITOS DE DEFENSA LA APODERADA DE SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA, RAFAEL NANCLARES OSPINA, FEDERICO RESTREPO POSADA Y JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR PRESENTÓ UN MISMO ARGUMENTO, CONSISTENTE EN:

CAPITULO XI
Ausencia de daño patrimonial como elemento esencial de la responsabilidad fiscal.
Al tenor de lo dispuesto en los artículos 267 y 268, numeral 5 de la Constitución Política, corresponde a la Contraloría General de la República "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma".
En desarrollo de estos preceptos constitucionales la ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal, en su artículo 1 como:
Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado".
A su vez, el artículo 5°, de la misma ley señala como elementos de la responsabilidad fiscal:
"Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores".
De acuerdo con la norma trascrita, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una "lesión al patrimonio público" sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utilizó el concepto jurídico de "lesión" para precisar el concepto general de "daño", lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico.
Igualmente, cabe recordar que el objeto del proceso de responsabilidad fiscal es el resarcimiento del daño, tal como lo regla el artículo 40 ibídem:
"( ) la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o

culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal"

Asimismo, el artículo 6 de la citada ley define el daño patrimonial al Estado como: Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público". (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007) Finalmente, el Concepto Nro. 80112 EE15354 de la Contraloría General de la República, señala que:

"2. Certeza del Daño

"Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que «el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño cierto puede ser pasado — ocurrió— o futuro — a suceder— En principio el daño pasado no es tan problemático puesto que ya existe, el problema que se presenta generalmente es el de cuantificarlo. En cambio el daño futuro presenta muchas más aristas que son problemáticas Estudiemos primero la cuestión relativa a los daños futuros para luego entrar en los pasados.

"Frente a los daños futuros la jurisprudencia y la doctrina — colombiana como extranjera— son claras en establecer que este puede considerarse como cierto siempre y cuando las reglas de la experiencia y de la probabilidad indiquen que este habrá de producirse. Esta certeza por supuesto no es absoluta pues sobre el futuro no puede predicarse una certeza absoluta. Lo importante es que existan los suficientes elementos de juicio que permitan establecer que el daño muy seguramente se producirá. El daño futuro cierto — denominado como virtual— se opone al daño futuro hipotético que es aquel sobre el cual simplemente existe alguna posibilidad de que se produzca pero las reglas de la experiencia y de la probabilidad indican que puede o no producirse.

"Establecer los alcances del daño futuro en materia de responsabilidad fiscal sería un ejercicio académico interesante, sin embargo por ahora nos basta decir que de acuerdo con la normatividad actual a la responsabilidad fiscal sólo importan los daños pasados. No puede derivarse responsabilidad fiscal sobre daños futuros. A esta conclusión tajante se puede llegar sin necesidad de mucho análisis puesto que la ley dispone que para aperturar el proceso de responsabilidad fiscal se requiere que «se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado». Igualmente para proferir el fallo con

responsabilidad fiscal es necesario que «obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público.
"De esta forma la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso un proceso (sic) de responsabilidad el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido. Creemos que esta disposición es sana puesto que la certeza en el daño futuro es una certeza relativa. Sobre el futuro es imposible tener certeza absoluta puesto que siempre existe un margen de error en las predicciones.
Esto podría entonces acarrear injusticias al atribuir responsabilidad fiscal a alguien — tendría que acarrear con las graves consecuencias que ello implica— sobre un daño que finalmente no se produjera. En este caso se presentaría un enriquecimiento sin causa por parte del Estado y el ciudadano podría demandar para que le reembolsaran lo pagado.
"(:..)
"En síntesis, el daño patrimonial al Estado debe ser cierto. Aunque en la teoría general de las obligaciones se consideran como ciertos los daños pasados y los daños futuros, en materia de responsabilidad fiscal sólo son tenidos en cuenta los daños pasados. Adicionalmente, el daño patrimonial al Estado presenta algunas aristas interesantes como son los casos de: a) daño por interpretaciones jurídicas divergentes; b) transferencia de recursos; y c) los daños no evidentes".
En consideración a las normas y concepto antes citados, el daño patrimonial al Estado debe revestir unas características para que pueda pregonarse como un elemento válido de responsabilidad fiscal y por ello se hace necesario hacer referencia a la sentencia SU-620/96, en la Corte Constitucional al referirse a las características del daño, en la cual esta Corporación consideró:
"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél debe ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio".
De acuerdo a lo anterior, para que exista DAÑO tiene que estar acreditado que este sea CIERTO, ANORMAL y CUANTIFICABLE CON ARREGLO A SU REAL MAGNITUD, lo que desde ya se afirma no sucedió en el presente proceso de responsabilidad fiscal.
Asimismo, ha de considerarse que el daño debe ser consecuencia de una GESTIÓN FISCAL ANTIECONÓMICA, INEFICIENTE E INOPORTUNA de las personas que han sido calificadas como gestores fiscales, lo que tampoco se presentó en la gestión de los investigados como pasa a exponerse.
En primer término, deberá indicarse que el mecanismo que consideró idóneo la señora Contralora para derivar la supuesta existencia del daño al patrimonio del Estado en la ejecución del proyecto Hidroituango se afincó en los resultados de la variación del valor presente neto — VPN, que se había dispuesto en el modelo denominado de línea base elaborado por Inverlink en comparación con el adoptado por la Universidad Nacional para realizar el informe técnico.
Así, ante la comparación plana de uno y otro modelo financiero hizo concluir a la señora Contralora que hubo disminución del valor neto proyectado en el modelo Inverlink con ocasión de las inversiones adicionales que fueron

realizadas en el marco del proyecto y, además, porque el proyecto no ha iniciado la generación de energía. Así fue indicado en el auto de imputación:
"Ahora bien, tal y como se explicó líneas atrás, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, se concluye que a la fecha se encuentra consolidado un lucro cesante. El cual fue calculado por la Universidad Nacional tal y como se expresó líneas atrás bajo la metodología del Valor presente neto"
Con lo anterior, el informe técnico de la Universidad Nacional arrojó una supuesta destrucción del valor presente neto del proyecto, con corte a junio de 2019, en una cuantía de DOS BILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.971.400.000.000) - sin indexar, y un lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, en una cuantía de UN BILLON CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($1.104.280.000.000) - sin indexar.
Para desvirtuar las conclusiones que sobre el daño plasmó la señora Contralora, se expone a continuación las razones por las cuales se afirma que no hay daño patrimonial en las gestiones de los investigados.
a) El informe técnico de la UNAL con el que sustentó el daño se basó en un modelo financiero no aplicable para el caso por lo que no se puede afirmar certeza en el daño En primer término, ha de entenderse que el modelo de línea base que fue tomado en el informe técnico de la Universidad Nacional se trató de un modelo financiero proyectado que tuvo un fin específico en el marco del contrato BOOMT y era estimar el porcentaje de remuneración periódica que tendría la sociedad HI una vez entrada en operación la hidroeléctrica, pero que, a medida que fuera avanzando el proyecto, debía ir a considerar un sinnúmero de condiciones — variables que necesariamente alterarían los resultados iniciales proyectados, a saber, variables macroeconómicas, constructivas, tributarias, contractuales, etc., que se presentaran en el proyecto.
Así fue definido en el contrato BOOMT en la página numerada 00748:
33 Verificación financiera de la Rentabilidad Calculada y de la Remuneración: Se
34 determinó que la variable a monitorear durante el periodo de operación para la
35 revaluación del porcentaje de Ingresos Netos que recibiría Hidroituango y/o la
36 ampliación del plazo para el Contratista del Contrato sería la Banda de TIR en torno
37 a la TIR Esperada (metodología pactada en el Modelo Financiero para el cálculo de
38 la Remuneración). Este mecanismo implica que mínimo una vez al año se corra el
39 Modelo Financiero para el cálculo de la Remuneración con datos reales de ingresos
40 para efectuar las verificaciones respectivas La metodología de Verificación de la
41 Remuneración Periódica se incorpora como Anexo del Contrato.

Página numerada 00310:
1 ANEXO 2.06(n) — A
2 MODELO FINANCIERO
3 INSTRUCTIVO MODELO FINANCIERO PARA EL CÁLCULO DE LA REMUNERACIÓN
4
5 1. INTRODUCCIÓN
6
7 El presente instructivo hace parte del contrato y tiene como objetivo describir las variables que
8 la Banca de Inversión, con la información suministrada por el Asesor Comercial y Regulatorio y
9 la Firma de Auditoria, deberá incorporar en el Modelo Financiero que fue preparado en
10 Microsoft Excel con el fin de estimar la Remuneración que pagará el Contratista a Hidroituango.
11
12 Para la liquidación del Proyecto a condiciones de mercado una vez entre en Operación Comercial
13 el Grupo 1 de Unidades del Proyecto, de acuerdo con el mecanismo establecido en la cláusula
14 2.04 (u) de este Contrato, la Firma de Auditoria certificará los términos y/o valores de las
15 Variables Etapa de Construcción efectivamente ejecutados por el Proyecto en ese momento.
16
17 Por su parte, el Asesor Comercial y Regulatorio será responsable, entre otros, de la proyección de
18 precios, niveles de despacho e ingresos por Control Automático de la Generación (AGC) para el
19 Proyecto de acuerdo con lo establecido en la cláusula 2.06(w) de este Contrato.
20
21 Finalmente la Banca de Inversión calculará, partiendo de la información certificada por la Firma
22 de Auditoria y estimada por el Asesor Comercial y Regulatorio, el Flujo de Caja Libre
23 Desapalancado del Proyecto, el WACC, el plazo del Contrato y el porcentaje sobre el que se
24 calculará la Remuneración cumpliendo con los términos económicos y la estructura de
25 transacción reflejados en Anexo 2.040) de este Contrato, La Banca de Inversión también se
26 encargará de calcular estas mismas variables, de ser necesario, dando cumplimiento a lo
27 establecido en la cláusula 2.0501) del Contrato.
Así, el comparativo que fue realizado por la Universidad Nacional va en contravía de la metodología que fue pactada por las partes en el contrato BOOMT (que utiliza precisamente el modelo de inverlink), y que definió que el momento de estimar la remuneración de la sociedad HI debía hacerse cuando

efectivamente haya entrado en funcionamiento las 4 primeras unidades dado que para ese momento la variable más importante para dicho cálculo, que es el capex, ya estaría prácticamente despejada.

Si una metodología semejante a la utilizada por la UNAL hubiera sido medianamente válida para las partes celebrantes en el contrato BOOMT, sobre todo en lo referente al costo de referencia, éste se hubiera podido prefijar desde el inicio del contrato y no se hubiera pactado como necesario la figura del auditor de costos durante el periodo de construcción para que certificara las cifras que lo deben componer.

Con las conclusiones de la Universidad Nacional, se torna inexplicable las razones por las que la Universidad no tomó como referencia los informes del auditor de costos en las que se indicaba que la inversión y/o gastos preoperativos ejecutados a la fecha del análisis no los considera necesarios o los consideraba con un costo excesivo.

Con lo anterior, era indefectible que el informe técnico financiero considerara a su vez los informes del auditor de costos que depuró las necesidades técnicas de incluir las variables financieras que alteraban las proyecciones iniciales.

La inclusión de la auditoría externa y su función dentro de la ejecución del contrato BOOMT para verificar y certificar las variables en la etapa de construcción, quedó señalada así (página 00748):

16 Auditoría externa (en los términos del Acuerdo) de costos del proyecto con el objeto de

17 Verificar y certificar las Variables Etapa de Construcción (como se define allí). valor de la

18 Inversión, cronograma de desembolsos de la inversión, Fecha de Entrada en Operación

19 Comercial de las Unidades de generación, Promedio Ponderado del Costo de la Deuda y

20 condiciones tributarias del proyecto

Es que el informe técnico de la Universidad Nacional — UNAL fue objeto de varias críticas técnicas respecto de la cuantificación del daño que no fueron despejadas por los autores y que aún conservan su vigencia como ataque respecto de la cuantificación del daño, así:

El informe técnico tomó como línea base el modelo que no debían: capex en constantes y precios de energía no acordes con expectativas del negocio en su momento para las partes celebrantes del contrato BOOMT. A pesar de haberse indicado, la señora Contralora y la UNAL hicieron caso omiso al tema, pero, además, la UNAL se ratificó erróneamente en que los datos del capex de $6,090 millones son en cifras corrientes.

Se afirmó por la UNAL que los "indicadores no son estrictamente comparables pues los flujos de caja y el CAPEX están expresados en diferentes momentos de tiempo, las unidades monetarias y las tasas de descuento son diferentes en cada período", sin que fuera preciso dado que el VPN de las diferentes versiones siempre fue fijada para el año 2010 y las unidades monetarias tampoco fueron diferentes, salvo la del capex de $6,090 miles de millones que fueron valores constantes del año 2009, pero que erróneamente UNAL ratificó sin conocimiento previo que los datos estarían en cifras corrientes.

Se fijó por la UNAL, que "Con el fin de hacer consistente el análisis comparativo, se homogeneizaron las unidades de las siguientes variables: unidades monetarias expresadas en la misma moneda y en el mismo momento, y una

tasa de descuento (WACC) en corrientes", sin considerar que la tasa de descuento es cambiante, ya que depende de la estimación de la deuda promedio tomada para financiar el proyecto, la cual ha venido cambiando a lo largo de la construcción.

Se afirmó por la UNAL que "En la versión de línea base, la tasa de descuento se calcula de manera que el valor presente de los flujos de caja en dólares (USD) sea igual a cero, en este modelo la tasa de descuento (WACC) encontrada está expresada en USD corrientes. Utilizando la misma metodología, se estimó la tasa de descuento como aquella que hace que el valor presente de los flujos de caja, en pesos colombianos a junio de 2019, sea igual a cero en la versión de línea base, el resultado obtenido es una tasa de descuento (WACC) en corrientes de 12,422065%. Dado que el modelo de línea base considera las características iniciales con que fue concebido el proyecto, se eligió ésta como parámetro de evaluación", sin que fuera cierto que los resultados de VPN estén dados en diferentes momentos del tiempo, todos están a finales del año 2010, por lo que el argumento metodológico de estimar los resultados a junio de 2019 no era necesario, ya que si su objetivo es obtener un WACC que haga que el VPN=0, este sería el mismo si se estima en cualquier año del flujo.

- Adicionalmente, y como ya se dijo antes, cualquier análisis que se tomara como referencia como línea base el archivo "P6.1 — Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsm", iba a estar fuera de la realidad, ya que ese modelo no reflejó las expectativas que las partes o alguna de ellas se habían fijado contractualmente.

- Asimismo, y como ya se ha dicho, la UNAL tomó el modelo de inverlink que tuvo como único propósito la estimación en una época específica del porcentaje de remuneración para HI por lo que para la simplificación de dicho cálculo se debían incluir un sinnúmero de condiciones que previamente se habían establecido contractualmente.

- Si la UNAL quería tasar los supuestos perjuicios a junio de 2019 mediante un análisis marginal comparando versiones de los modelos de inverlink, por qué no se dio a la tarea de actualizar las variables (macroeconómicas, constructivas, tributarias, contractuales, etc.) que ya eran conocidas para el año 2019. Tal omisión dejó en cabeza de EPM cualquier disminución de valor ocasionado por variables exógenas que éste evidentemente no controla.

- En el informe de la UNAL se afirmó que "se ajustaron todas las versiones a pesos corriente y se procedió a recalcular los indicadores de bondad financiera como VPN, utilizando una misma tasa descuento correspondiente a 12,422065%", lo que no resultó preciso dado que no se ajustó ni siquiera el anexo más importante que corresponde a las inversiones y gastos preoperativos del archivo "P6.1 — Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsmn.

Con la metodología que utilizó la UNAL, no fueron analizados: i) Efectos exógenos (macroeconómicos, contractuales, tributarios, etc.) no atribuibles ni controlables por EPM; ii) El efecto de inclusión de obra extra y/o adicional requerida por el proyecto para continuar de forma segura su construcción; Los cambios de diseño y especificaciones sobre la marcha en construcción, desconociendo ocurrencia de eventualidades no controlables por el constructor durante esta etapa; iv) UNAL tomó como referencia para descontar unos flujos de caja, una tasa cuyas variables fueron inicialmente pactadas pero que

consideraron para su cálculo la condición de que el proyecto hubiera sido construido bajo la figura de zona franca, condición que no se dio.
El análisis de múltiplos que utilizó la UNAL para este caso no tiene fundamento, dado que si se fuera a hacer una referencia sobre si el costo del proyecto está o no dentro de unos rangos de inversión razonable, no debió realizarse mediante la estimación del valor futuro de la inversión (VPN a 2019).
Hubiera podido hacerse con referencia de proyectos similares con referencia a costos por capacidad instalada, por ejemplo (haciendo las depuraciones particulares del proyecto Ituango, condiciones socio-ambientales de los proyectos de esta envergadura en Colombia, costos financieros capitalizables, etc.) para poder hacer comparables los costos con otros proyectos similares.
Además, fue inconsistente hacer un análisis de este tipo contra un proyecto sin considerar la recuperación de los seguros que necesariamente aliviaría los valores estimados por UNAL como supuesto perjuicio por mayor valor y no entrada en operación.
Se desconoció por la UNAL en la metodología usada en el informe técnico, las disposiciones que sobre el modelo financiero se habían plasmado en el contrato BOOMT en cuanto a que al momento de usar el modelo financiero de Inverlink era necesario incorporar los ajustes regulatorios posteriores a la fecha de celebración del BOOMT, así:
"El Modelo Financiero está basado en la regulación vigente en el momento de elaboración del mismo. en especial lo establecido en la Resolución CREO 071 de 2006. De todas formas, el Asesor Comercial y Regulatorio deberá asegurarse de aplicar la normatividad vigente al momento del análisis y suministrar los datos de entrada para que la Banca de Inversión alimente el modelo correctamente.
- Se incluyó erróneamente por parte de la UNAL el costo de funcionamiento de la sociedad como un componente del supuesto daño patrimonial sin considerar que en el contrato BOOMT este estaba a cargo del proyecto:
32 (xxvii) Atender, con cargo al valor del Proyecto para efectos del cálculo de la
33 Remuneración, todos los gastos y costos asociados en que incurra Hidroituango por la asistencia
34 técnica y administrativa necesaria para adelantar la Verificación y el seguimiento al Contrato según
35 lo establecido en el Anexo 6.12 de este Contrato;
- La UNAL consideró en forma equivocada que el valor del cierre financiero era equivalente al valor del presupuesto de referencia que se estimó en el contrato BOOMT, sin tener en cuenta que este era una estimación preliminar del costo que no incluía valores de imprevistos, obras adicionales, dada la naturaleza de la obra que se iba adecuando a la ejecución misma.
Varias de las observaciones técnicas no superadas por la UNAL en el informe técnico con el que se pretende soportar el daño, no pueden concluir que cualquier incremento en lo presupuestado en la línea base por vía de reajustes se puede definir como inversiones injustificadas en razón a que el modelo financiero de Inverlink no tuvo en su esencia definir la rentabilidad del proyecto en medio del mercado de energía. El uso ineficaz al modelo referenciado, no solo afecta la libertad contractual de las partes en definir los términos del contrato BOOMT sino que crea ex post hechos y consideraciones no aplicables al proyecto como tal y de no competencia de la Contraloría General de la República y menos aún de la UNAL.

b) No se individualizó el supuesto daño causado para cada presunto responsable y por ello el daño no se puede CUANTIFICAR en forma precisa:
No menos importante debe ser el hecho de no haberse considerado por la señora Contralora que el informe técnico que elaboró la Universidad Nacional no discriminó, como debía hacerlo, la cuantificación del supuesto daño para cada una de las intervenciones de los investigados como gestores fiscales en el periodo de tiempo y según las funciones ejercidas dado que, asume sobrecostos y lucro cesante, pero no define el responsable preciso de ello, lo que tajantemente lesiona el derecho de defensa de los investigados.
Dado lo anterior, devienen interrogantes necesarios tales como: ¿cómo se definió la intervención puntal de los investigados respecto del daño? ¿cómo mi mandante concurrió a la producción del supuesto daño? ¿cómo se midió el grado de intervención respecto de las conductas reprochadas a mi mandante contra el supuesto daño producido? Las respuestas, que debería resolverse desde el auto de imputación, son nulas y ello necesariamente afecta la posibilidad de defensa respecto del pronunciamiento de rigor que debe hacerse y a la solicitud de pruebas que deben invocarse.
Así, si en la eventualidad — remota por demás -, de que mi mandante tuviera la posibilidad de reparar el daño a través de las indemnizaciones a que hubiere lugar, y a sabiendas que solo sería responsable por el presunto daño causado por la conducta dolosa o culposa que se les podría atribuir, cómo se define el límite de lo que se debería reparar respecto de la magnitud del daño causado en forma personal que no cause, a su vez, un pago de lo no debido por asunción de valores que no le corresponden. Por ello, el daño no es cuantificable.
c) El presunto daño fue considerado solo de una fuente probatoria: el informe técnico de la UNAL y con pleno desconocimiento del dictamen pericial aportado por algunos investigados: SURAMERICANA, lo que le resta CERTEZA al presunto daño
Ante el informe técnico de la UNAL sobre la supuesta valoración del daño patrimonial, la entidad SURAMERICANA aportó dentro de la investigación por responsabilidad fiscal un dictamen pericial que pretendió, con soportes técnicos debidamente estructurados, desvirtuar las conclusiones de la UNAL sobre la ausencia de inversiones injustificadas en el proyecto.
Sin embargo, la Contraloría no dio traslado del dictamen pericial– como debió hacerlo dentro de un escenario de debido proceso –, a los investigados para que hicieran los pronunciamientos de rigor, por lo que las conclusiones del mismo siguen vigentes, sin debate y con plena firmeza a lo discutido.
Con ello, se hace necesario reproducir algunas de las conclusiones del dictamen pericial, que claramente hacen perder fuerza al informe técnico de la UNAL que, desde la complejidad de la prueba y la magnitud del proyecto, no pueden ser único referente a la señora Contralora para derivar responsabilidad en los investigados:
"Un Perjuicio debe corresponder a un dato cierto que permita objetivamente afirmar un detrimento real al patrimonio público. La metodología empleada en el Informe, consistente en partir de una Línea Base inadecuada y subjetiva, y concatenar, también subjetivamente, variaciones del VPN de diferentes modelos, resulta en unas conclusiones que son absolutamente debatibles y, en general, no permiten determinar ni cuantificar un Perjuicio cierto y real al patrimonio público.

• El Informe parece presumir que todas las decisiones de inversión adicional — que en todo caso no se identificaron ni analizaron- fueron erradas para lo cual se debería demostrar no sólo porqué, sino además que todas las decisiones contrarias, es decir no acometer las inversiones adicionales, eran acertadas desde la perspectiva financiera, lo que NO hace el Autor. Como ningún cálculo soporta dicha tesis, entonces las conclusiones del Informe no cuentan con soporte financiero alguno para demostrar errores en las decisiones de inversión, que en cualquier caso no fueron analizadas como ya se expuso.
• El Autor basa sus cálculos y conclusiones en los "modelos Inverlink" que i) no son modelos que permiten apreciar las realidades y expectativas económicas y financieras del Proyecto, ü) no son útiles para evaluar económicamente el Proyecto, iu) no habrían servido de base para la toma de decisiones de inversión y iv) su utilidad sería en período de operación una vez finalizada la construcción, lo que a la fecha no ha ocurrido.
• Los cálculos del Autor presentan importantes limitaciones desde el mismo punto de partida, el modelo denominado Línea Base, que es absolutamente inadecuado para el uso que del mismo se hace en el informe. Se trata de un modelo preliminar, sin ningún detalle de Capex, construido con anterioridad a que se conociera el valor de los principales contratos para la construcción y que presenta variables que lo hacen no comparable con los demás.
Como la Línea Base es el punto de partida de todos los cálculos del Autor, entonces las conclusiones que de ellos se desprenden serían inanes para determinar cualquier Perjuicio.'"
Así las cosas, es claro que la entidad demandada irrogó responsabilidad fiscal sin tener acreditado el DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO, de una manera cierta, cuantificable, medible y anormal, por cuanto para que los ejercidos de evaluación del supuesto daño no son equiparables y debieron haberse realizado en las mismas condiciones, contextos del proyecto y con base en la realidad del mismo.

R/: Considera la apoderada que en el presente proceso de responsabilidad no se encuentra acreditado que el daño sea cierto, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud.

Para sustentar lo anterior, comienza por afirmar que: " *En primer término, deberá indicarse que el mecanismo que consideró idóneo la señora Contralora para derivar la supuesta existencia del daño al patrimonio del Estado en la ejecución del proyecto Hidroituango se afincó en los resultados de la variación del valor presente neto* — VPN, que se había dispuesto **en el modelo denominado de línea base elaborado por Inverlink en comparación con el adoptado por la Universidad Nacional** para realizar el informe técnico*."*

Hay que destacar que la afirmación anteriormente realizada resulta imprecisa y no atiende a la realidad procesal, pues la comparación se realizó entre el modelo base de Inverlink tomado como cierre financiero del proyecto y los modelos financieros que fueron **elaborados por EPM** de manera sucesiva en desarrollo del proyecto. De donde la Universidad Nacional en desarrollo del informe técnico solicitado no adoptó ni elaboró ningún modelo diferente ni tampoco alteró o modificó los datos contenidos en los modelos entregados por EPM.

Continúa la apoderada afirmando que:

> *a) El informe técnico de la UNAL con el que sustentó el daño se basó en un modelo financiero no aplicable para el caso por lo que no se puede afirmar certeza en el daño En primer término, ha de entenderse que el modelo de línea base que fue tomado en el informe técnico de la Universidad Nacional se trató de un modelo financiero proyectado que tuvo un fin específico en el marco del contrato BOOMT y era estimar el porcentaje de remuneración periódica que tendría la sociedad HI una vez entrada en operación la hidroeléctrica, pero que, a medida que fuera avanzando el proyecto, debía ir a considerar un sinnúmero de condiciones — variables que necesariamente alterarían los resultados iniciales proyectados, a saber, variables macroeconómicas, constructivas, tributarias, contractuales, etc., que se presentaran en el proyecto.*
>
> (…)
>
> *Así, el comparativo que fue realizado por la Universidad Nacional va en contravía de la metodología que fue pactada por las partes en el contrato BOOMT (que utiliza precisamente el modelo de inverlink), y que definió que el momento de estimar la remuneración de la sociedad HI debía hacerse cuando efectivamente haya entrado en funcionamiento las 4 primeras unidades dado que para ese momento la variable más importante para dicho cálculo, que es el capex, ya estaría prácticamente despejada.*
>
> *Si una metodología semejante a la utilizada por la UNAL hubiera sido medianamente válida para las partes celebrantes en el contrato BOOMT, sobre todo en lo referente al costo de referencia, éste se hubiera podido prefijar desde el inicio del contrato y no se hubiera pactado como necesario la figura del auditor de costos durante el periodo de construcción para que certificara las cifras que lo deben componer.*
>
> *Con las conclusiones de la Universidad Nacional, se torna inexplicable las razones por las que la Universidad no tomó como referencia los informes del auditor de costos en las que se indicaba que la inversión y/o gastos preoperativos ejecutados a la fecha del análisis no los considera necesarios o los consideraba con un costo excesivo.*
>
> *Con lo anterior, era indefectible que el informe técnico financiero considerara a su vez los informes del auditor de costos que depuró las necesidades técnicas de incluir las variables financieras que alteraban las proyecciones iniciales.*

Sobre este punto, la Universidad Nacional al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación, relacionadas con los motivos que justificaron la utilización del modelo de Iverlink como línea base, a folio 17450 del expediente afirmó: *"Se considera que el presupuesto de inversión estipulado en el contrato BOOMT corresponde al modelo de cierre financiero del proyecto y que a partir de este se planearon los desarrollos y los resultados iniciales que se pretendían alcanzar con su ejecución y realización, por lo que considerar esta versión como línea base es relevante y totalmente válido como referencia para cualquier evaluación financiera del proyecto"*

Así mismo, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta

comercial, no tiene por qué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.

Ahora bien, dado que en todo caso se trata de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.
Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.
De otro lado, respecto de la afirmación conforme a la cual "*Así, el comparativo que fue realizado por la Universidad Nacional va en contravía de la metodología que fue pactada por las partes en el contrato BOOMT (que utiliza precisamente el modelo de inverlink), y que definió que el momento de estimar la remuneración de la sociedad HI debía hacerse cuando efectivamente haya entrado en funcionamiento las 4 primeras unidades dado que para ese momento la variable más importante para dicho cálculo, que es el capex, ya estaría prácticamente despejada"* La cual textualmente coincide con las solicitudes de aclaración y complementación realizadas por SURAMERICANA en su oportunidad, la Universidad Nacional dio respuesta en el siguiente sentido (ver folio 17450 y 17450 vto):

"Se considera que los proyectos se conciben de manera integral y no por partes, por lo tanto, la evaluación de estos se debe hacer de manera integral y debe tener en cuenta todos los valores de inversión, ingresos costos y gastos estimados y proyectados que permitieron se lograra el cierre financiero del proyecto"

De donde este Despacho concluye que el modelo financiero de INVERLINK al haber sido realizado por especialistas en la materia debió tener en cuenta todas las variables necesarias para que fuera suficiente para entender que el proyecto era viable para las partes del contrato, por lo que las posibles variaciones que el modelo presente en la realidad, como se explicó líneas atrás debe atender a un margen razonable.

En este sentido, no le correspondía a la Universidad Nacional ni a este Despacho subsanar, completar o incluir otras variables diferentes a las que tuvieron en cuenta los estructuradores del modelo INVERLINK, el cual se reitera como válido en la

medida en que fue el que le dio el cierre financiero al proyecto y fue el que tomaron las partes para efectos del contrato BOOMT.

Continúa la apoderada retomando argumentos planteados por SURAMERICANA antes de la imputación, en los siguientes términos:

> *Se fijó por la UNAL, que "Con el fin de hacer consistente el análisis comparativo, se homogeneizaron las unidades de las siguientes variables: unidades monetarias expresadas en la misma moneda y en el mismo momento, y una tasa de descuento (WACC) en corrientes", sin considerar que la tasa de descuento es cambiante, ya que depende de la estimación de la deuda promedio tomada para financiar el proyecto, la cual ha venido cambiando a lo largo de la construcción.*
> *Se afirmó por la UNAL que "En la versión de línea base, la tasa de descuento se calcula de manera que el valor presente de los flujos de caja en dólares (USD) sea igual a cero, en este modelo la tasa de descuento (WACC) encontrada está expresada en USD corrientes. Utilizando la misma metodología, se estimó la tasa de descuento como aquella que hace que el valor presente de los flujos de caja, en pesos colombianos a junio de 2019, sea igual a cero en la versión de línea base, el resultado obtenido es una tasa de descuento (WACC) en corrientes de 12,422065%. Dado que el modelo de línea base considera las características iniciales con que fue concebido el proyecto, se eligió ésta como parámetro de evaluación", sin que fuera cierto que los resultados de VPN estén dados en diferentes momentos del tiempo, todos están a finales del año 2010, por lo que el argumento metodológico de estimar los resultados a junio de 2019 no era necesario, ya que si su objetivo es obtener un WACC que haga que el VPN=0, este sería el mismo si se estima en cualquier año del flujo.*
> *Adicionalmente, y como ya se dijo antes, cualquier análisis que se tomara como referencia como línea base el archivo "P6.1 — Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsm", iba a estar fuera de la realidad, ya que ese modelo no reflejó las expectativas que las partes o alguna de ellas se habían fijado contractualmente.*
> *- Asimismo, y como ya se ha dicho, la UNAL tomó el modelo de inverlink que tuvo como único propósito la estimación en una época específica del porcentaje de remuneración para HI por lo que para la simplificación de dicho cálculo se debían incluir un sinnúmero de condiciones que previamente se habían establecido contractualmente.*
> *- Si la UNAL quería tasar los supuestos perjuicios a junio de 2019 mediante un análisis marginal comparando versiones de los modelos de inverlink, por qué no se dio a la tarea de actualizar las variables (macroeconómicas, constructivas, tributarias, contractuales, etc.) que ya eran conocidas para el año 2019. Tal omisión dejó en cabeza de EPM cualquier disminución de valor ocasionado por variables exógenas que éste evidentemente no controla.*
> *- En el informe de la UNAL se afirmó que "se ajustaron todas las versiones a pesos corriente y se procedió a recalcular los indicadores de bondad financiera como VPN, utilizando una misma tasa descuento correspondiente a 12,422065%", lo que no resultó preciso dado que no se ajustó ni siquiera el anexo más importante que corresponde a las inversiones y gastos*

> *preoperativos del archivo "P6.1 — Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsmn.*
> *Con la metodología que utilizó la UNAL, no fueron analizados: i) Efectos exógenos (macroeconómicos, contractuales, tributarios, etc.) no atribuibles ni controlables por EPM; ii) El efecto de inclusión de obra extra y/o adicional requerida por el proyecto para continuar de forma segura su construcción; Los cambios de diseño y especificaciones sobre la marcha en construcción, desconociendo ocurrencia de eventualidades no controlables por el constructor durante esta etapa; iv) UNAL tomó como referencia para descontar unos flujos de caja, una tasa cuyas variables fueron inicialmente pactadas pero que consideraron para su cálculo la condición de que el proyecto hubiera sido construido bajo la figura de zona franca, condición que no se dio.*

En primer término, en lo que atañe al WACC, es necesario precisar que tal y como lo expresó el informe de la Universidad Nacional, el mismo corresponde a la tasa de descuento utilizada en el modelo de línea base. En este sentido, resulta oportuno recordar lo que la misma Universidad Nacional sostuvo a fl 17463 vto, cuando dio respuesta a esta solicitud realizada por Suramericana: *"Los valores y resultados corresponden estrictamente* ***a los contenidos en los archivos suministrados, sin realizar modificación alguna****".*

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que tal y como se explicó líneas atrás está plenamente justificado el uso del modelo INVERLINK como línea base, el cual por demás fue elaborado por especialistas, no existe inconsistencia en la metodología utilizada por la Universidad Nacional. Por lo que este argumento no está llamado a prosperar.

De otro lado, tal y como lo reiteraron los profesionales de la Universidad Nacional al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación (fl.17463) al dar respuesta a la pregunta de: ¿Cuál es el fundamento para concluir que los datos del CAPEX de $6.090 millones son en corrientes cuanto estaban en constantes?, quienes respondieron que: En la información contenida en los modelos entregados por la CGR, el VPN calculado muestra que se descuentan los flujos de caja con una tasa WACC en USD corrientes por lo que los flujos de caja y sus componentes deberían estar expresados en corrientes.

Así mismo (fl 17447) respecto de la pregunta conforme a la cual: En el INFORME se asegura que: "con respecto a la primera variable [Unidades monetarias expresadas en la misma moneda y en el mismo momento], los análisis y resultados serán valorados en pesos colombianos corrientes a junio de 2019". Se solicita aclarar si al homogeneizar las unidades monetarias los que está haciendo es convertir en pesos constantes de junio de 2019 unas variables financieras inicialmente expresadas en pesos corrientes. Frente a lo cual los profesionales respondieron que: "*El informe final entregado a la Contraloría General de la República menciona que se consideró conveniente expresar todas las cifras en precios corrientes a junio de 2019".*

En este sentido, se tiene entonces que Los valores contenidos en los modelos financieros que se compararon, se referencian en unidades monetarias corrientes. No es correcto afirmar que se utilizó algún tipo de conversión de precios corrientes a constantes, o lo contrario. Para hacer comparables los resultados, se estableció un periodo de referencia, junio de 2019, por lo que los valores monetarios presentados en los modelos, pasados o futuros, se llevaron al periodo de referencia utilizando la tasa de descuento apropiada.

Adicional a lo anterior, respecto de las variables adicionales que considera la apoderada no estaban incluidas en el análisis realizado por la Universidad Nacional, es necesario precisar en qué consistió el informe técnico realizado.

El mismo, supuso que la Universidad Nacional identificara los efectos monetarios que representaban los cambios y/o ajustes realizados y estructurados en cada uno de los modelos entregados por la Contraloría General de la República, los cuales a su vez fueron los modelos existentes del proyecto hidroeléctrico, que fueron recaudados por este órgano de control en desarrollo de la actuación especial correspondiente. El trabajo desarrollado por la Universidad Nacional no pretendía juzgar si los cambios que se reflejan en cada una de las versiones de los modelos financieros conocidos eran o no adecuadas, y si las decisiones que fueron causa de los cambios reflejados en la información monetaria de los modelos, era consistentes con el comportamiento presente y futuro del proyecto.

Con la información que se registró en los modelos financieros del proyecto objeto de análisis, se identificaron las diferencias en el comportamiento de los flujos de efectivo y los resultados contenidos en ellos.

En este contexto, la Universidad Nacional no realizó una valoración financiera y/o económica del proyecto hidroeléctrico. Es decir, a la Universidad Nacional no le correspondía realizar ningún tipo de supuestos sobre las variables que pudieran estar asociadas a las etapas de construcción o de futura operación del proyecto; mucho menos, en lo pertinente al comportamiento en uno u otro sentido de los flujos de ingresos, egresos, inversión, o variables micro y macroeconómicas que pudieran estar relacionadas con el mismo.

Al respecto, es importante comentar, que los Modelos financieros si bien son representaciones basadas en estimativos, supuestos de un momento en el tiempo, es la herramienta que se presenta para la toma de decisiones, y se espera asemeje con un cierto grado de variación aceptable la realidad del proyecto. Realizar todos los ajustes sugeridos, desvirtuaría los elementos de prueba, bajo los cuales se tomaron decisiones de inversión y valoración financiera en su momento.
Por lo que este Despacho reitera la conclusión a la que llegó en la imputación, en el sentido de considerar que ninguno de los argumentos atrás referidos resulta suficiente para desvirtuar las conclusiones del informe de la Universidad Nacional.
Ahora bien, prosigue la apoderada

> *El análisis de múltiplos que utilizó la UNAL para este caso no tiene fundamento, dado que si se fuera a hacer una referencia sobre si el costo del proyecto está o no dentro de unos rangos de inversión razonable, no debió realizarse mediante la estimación del valor futuro de la inversión (VPN a 2019).*
> *Hubiera podido hacerse con referencia de proyectos similares con referencia a costos por capacidad instalada, por ejemplo (haciendo las depuraciones particulares del proyecto Ituango, condiciones socio-ambientales de los proyectos de esta envergadura en Colombia, costos financieros capitalizables, etc.) para poder hacer comparables los costos con otros proyectos similares. Además, fue inconsistente hacer un análisis de este tipo contra un proyecto sin considerar la recuperación de los seguros que necesariamente aliviaría los valores estimados por UNAL como supuesto perjuicio por mayor valor y no entrada en operación.*

Si bien en el caso concreto, la técnica de múltiplos utilizada por la Universidad Nacional provee un contexto que permite comparar algunas empresas similares y determinar un costo estimado por KW, lo cierto es que como puede verse en el Auto de imputación, dicho ejercicio no fue utilizado para efectos de valorar el daño.
En este sentido, el uso del Valor Presente Neto muestra de manera más adecuada los escenarios financieros en los cuales se tomaron las distintas decisiones de inversión a través de las cuales se desarrolló el proyecto, además los modelos financieros, al ser corridos anualmente, permiten incorporar los costos reales del año inmediatamente anterior, permitiendo la cuantificación del daño al patrimonio del Estado.

Ahora bien, en lo que se refiere a la incorporación del valor de las pólizas de seguro, tal y como se explicó en el auto de imputación, no es posible realizarla toda vez que se trata de pagos parciales no definitivos, los cuales en determinado evento pueden ser revocados por la compañía aseguradora.

La apoderada retoma argumentos relacionados con el uso del modelo INVERLINK, sobre el particular, el Despacho se remite a lo expresado líneas atrás en relación con la validez del uso de dicho modelo como línea base.

Ahora bien, continúa la apoderada afirmando lo siguiente:

> *- La UNAL consideró en forma equivocada que el valor del cierre financiero era equivalente al valor del presupuesto de referencia que se estimó en el contrato BOOMT, sin tener en cuenta que este era una estimación preliminar del costo que no incluía valores de imprevistos, obras adicionales, dada la naturaleza de la obra que se iba adecuando a la ejecución misma.*
> *Varias de las observaciones técnicas no superadas por la UNAL en el informe técnico con el que se pretende soportar el daño, no pueden concluir que cualquier incremento en lo presupuestado en la línea base por vía de reajustes se puede definir como inversiones injustificadas en razón a que el modelo financiero de Inverlink no tuvo en su esencia definir la rentabilidad del proyecto en medio del mercado de energía. El uso ineficaz al modelo referenciado, no solo afecta la libertad contractual de las partes en definir los términos del*

contrato BOOMT sino que crea ex post hechos y consideraciones no aplicables al proyecto como tal y de no competencia de la Contraloría General de la República y menos aún de la UNAL.

En relación con estas afirmaciones, como se dijo líneas atrás, la Universidad nacional al justificar el uso del modelo Iverlink como línea base, a folio 17450 del expediente se lee : *"Se considera que el presupuesto de inversión estipulado en el contrato BOOMT corresponde al modelo de cierre financiero del proyecto y que a partir de este se planearon los desarrollos y los resultados iniciales que se pretendían alcanzar con su ejecución y realización, por lo que considerar esta versión como línea base es relevante y totalmente válido como referencia para cualquier evaluación financiera del proyecto"*

Así mismo, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta comercial, no tiene por qué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.

Ahora bien, dado que en todo caso se trata de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

Ahora bien, el hecho de que el modelo a pesar de haber sido elaborado por un especialista, no haya incluido variables como los imprevistos o las obras adicionales, no es un defecto que pueda ser atribuido al informe de la Universidad Nacional, sino que se trata de las condiciones en las cuales se realizó dicho modelo. Ahora bien, la exclusión de los imprevistos del modelo financiero inicial, resulta en realidad consistente con las salvedades consagradas por EPM en el contrato BOOMT. En esta medida, no parece un defecto o una casualidad del modelo como mal pretende mostrarlo la apoderada, sino que obedece al contenido de las salvedades consagradas por parte de EPM en el contrato BOOMT, respecto de los

cuales este Despacho se pronunció, en el sentido de explicar los motivos por las cuales las mismas alteraban el esquema de riesgos en perjuicio de Hidroituango y del proyecto dando espacio para que una obligación que debe ser de resultado, se convirtiera en una obligación de medio en la que el contratista iba a "intentar" lograr el cometido y entrar en operación en la fecha programada.

> *b) No se individualizó el supuesto daño causado para cada presunto responsable y por ello el daño no se puede CUANTIFICAR en forma precisa:*
> *No menos importante debe ser el hecho de no haberse considerado por la señora Contralora que el informe técnico que elaboró la Universidad Nacional no discriminó, como debía hacerlo, la cuantificación del supuesto daño para cada una de las intervenciones de los investigados como gestores fiscales en el periodo de tiempo y según las funciones ejercidas dado que, asume sobrecostos y lucro cesante, pero no define el responsable preciso de ello, lo que tajantemente lesiona el derecho de defensa de los investigados.*
> *Dado lo anterior, devienen interrogantes necesarios tales como: ¿cómo se definió la intervención puntal de los investigados respecto del daño? ¿cómo mi mandante concurrió a la producción del supuesto daño? ¿cómo se midió el grado de intervención respecto de las conductas reprochadas a mi mandante contra el supuesto daño producido? Las respuestas, que debería resolverse desde el auto de imputación, son nulas y ello necesariamente afecta la posibilidad de defensa respecto del pronunciamiento de rigor que debe hacerse y a la solicitud de pruebas que deben invocarse.*
> *Así, si en la eventualidad — remota por demás -, de que mi mandante tuviera la posibilidad de reparar el daño a través de las indemnizaciones a que hubiere lugar, y a sabiendas que solo sería responsable por el presunto daño causado por la conducta dolosa o culposa que se les podría atribuir, cómo se define el límite de lo que se debería reparar respecto de la magnitud del daño causado en forma personal que no cause, a su vez, un pago de lo no debido por asunción de valores que no le corresponden. Por ello, el daño no es cuantificable.*

Respecto de este argumento, es necesario recordar que tal y como se explicó tanto en la imputación como en la presente providencia, el daño es uno solo consistente en pérdida de los recursos invertidos en la Hidroeléctrica, como consecuencia de la destrucción del valor presente neto del proyecto y la merma en los recursos del Estado, como consecuencia del lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, a raíz de una sucesión de **hechos concatenados**, producidos por conductas concurrentes que contribuyeron de manera determinante a que se generara el referido daño.

De conformidad con lo previsto en el artículo 2344 del código civil y a partir de la entrada en vigencia del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen en la causación de un daño, en este caso al patrimonio del Estado, deberán responder de manera solidaria por el mismo, lo anterior implica que por la obligación reparatoria que surge como consecuencia de dicha situación todos se encuentren obligados a responder por la totalidad del daño. En este sentido se ha considerado que la solidaridad se erige como una garantía en favor del

acreedor, gracias a la cual podrá dirigirse por el total de la deuda en su favor en contra de uno, algunos o todos los causantes a su elección.
En relación con el contenido del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, se pronunció la Corte Constitucional, en Sentencia C-336 de 2014[102], y sobre el particular precisó que:

> *"En consecuencia, **la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal**, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.*
>
> ***La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal.** Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, **con base en su actuar doloso o gravemente culposo**, hayan sido encontrados responsables.*
>
> *Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución.*
>
> *Son estos los fundamentos por los cuales la Corte Constitucional declarará EXEQUIBLE el precepto acusado".*

De donde resulta evidente que el único presupuesto jurídico que se requiere para que se establezca la solidaridad es ser encontrado responsable fiscal.

De igual modo, el Consejo de Estado ha dicho sobre el particular lo siguiente:

> *"Luego el **artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 establece la existencia de solidaridad pasiva en los fallos de responsabilidad fiscal**, de acciones populares y acciones de repetición. (…) La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-338 del 4 de junio de 2014, (…) sostuvo que el criterio de la imputación en el proceso de responsabilidad fiscal es siempre subjetivo, pues se basa en el dolo o la culpa grave del procesado. (…) [L]a Corte Constitucional se ocupó de la solidaridad pasiva instituida por el artículo 119 de la citada Ley 1474 de 2011. (…) [L]a Corte Constitucional **es clara en señalar que frente a la solidaridad pasiva contemplada por el citado artículo 119, lo procedente es cobrar el valor total de la suma objeto del fallo a cualquiera de los responsables fiscales comprendidos en el mismo.** La Corte es categórica en expresar que "**lo único que la naturaleza solidaria de la obligación***

[102] Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-336-14, Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, Bogotá, D.C., junio cuatro (4) de dos mil catorce (2014)

permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores"[103].

Establecido lo anterior, y teniendo claro que la solidaridad es una garantía en favor del acreedor, que le permite solicitar el pago de su deuda de uno, varios o todos los causantes del daño, no resulta claro por qué razón en opinión de la apoderada, el hecho de no indicar el porcentaje de participación en el daño causado afectaría en alguna medida la cuantificación del daño.

El mismo se halla cuantificado desde el auto de apertura, cuantía que fue ratificada en el auto de imputación y que deberá ser indexada en este fallo.

Así mismo, no existe ninguna disposición en las normas especiales aplicables al proceso de responsabilidad fiscal que obliguen al operador fiscal a realizar dicha división. En efecto ni el artículo 41 de la Ley 610 respecto del auto de apertura, ni en el artículo 48 de la Ley 610 que relaciona el contenido del Auto de imputación ni en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, que se refiere al contenido del fallo con responsabilidad fiscal, establecen la obligación de individualizar la cuantía de la responsabilidad de cada uno de los implicados. Por el contrario, dicha normatividad, guardando congruencia con el hecho de que las obligaciones que surgen de la declaratoria de responsabilidad fiscal cuando 2 o más personas concurran a la producción de un daño, de manera expresa se refieren a "**LA cuantía** del daño" entendiendo por tal **una sola** y únicamente utiliza la palabra "individualizar", en relación con las conductas desplegadas por los vinculados a la causa fiscal.

De igual forma en un escenario de solidaridad así uno de los mandantes respondiera por la totalidad del daño, ello no generaría en cabeza suya un pago de lo no debido, Pues como se explicó todos están obligados por todo el valor del daño[104]. Ahora bien, tal y como lo explica el código civil, la jurisprudencia y la doctrina, el pago total realizado por uno de los obligados libera a los demás frente al acreedor, pero genera una nueva obligación entre los deudores la cual será parciaria[105].

---

[103] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442)

[104] Ver art. 1558 y 1571 del código civil Colombiano.

[105] Código Civil Colombiano, ARTICULO 1579. <SUBROGACION DE DEUDOR SOLIDARIO>. El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad.

Por lo anterior este argumento no está llamado a prosperar.

Prosigue la apoderada afirmando que:

> *c) El presunto daño fue considerado solo de una fuente probatoria: el informe técnico de la UNAL y con pleno desconocimiento del dictamen pericial aportado por algunos investigados: SURAMERICANA, lo que le resta CERTEZA al presunto daño*
> *Ante el informe técnico de la UNAL sobre la supuesta valoración del daño patrimonial, la entidad SURAMERICANA aportó dentro de la investigación por responsabilidad fiscal un dictamen pericial que pretendió, con soportes técnicos debidamente estructurados, desvirtuar las conclusiones de la UNAL sobre la ausencia de inversiones injustificadas en el proyecto.*
> *Sin embargo, la Contraloría no dio traslado del dictamen pericial– como debió hacerlo dentro de un escenario de debido proceso –, a los investigados para que hicieran los pronunciamientos de rigor, por lo que las conclusiones del mismo siguen vigentes, sin debate y con plena firmeza a lo discutido.*
> *Con ello, se hace necesario reproducir algunas de las conclusiones del dictamen pericial, que claramente hacen perder fuerza al informe técnico de la UNAL que, desde la complejidad de la prueba y la magnitud del proyecto, no pueden ser único referente a la señora Contralora para derivar responsabilidad en los investigados:*
> *"Un Perjuicio debe corresponder a un dato cierto que permita objetivamente afirmar un detrimento real al patrimonio público. La metodología empleada en el Informe, consistente en partir de una Línea Base inadecuada y subjetiva, y concatenar, también subjetivamente, variaciones del VPN de diferentes modelos, resulta en unas conclusiones que son absolutamente debatibles y, en general, no permiten determinar ni cuantificar un Perjuicio cierto y real al patrimonio público.*
> *• El Informe parece presumir que todas las decisiones de inversión adicional — que en todo caso no se identificaron ni analizaron- fueron erradas para lo cual se debería demostrar no sólo porqué, sino además que todas las decisiones contrarias, es decir no acometer las inversiones adicionales, eran acertadas desde la perspectiva financiera, lo que NO hace el Autor. Como ningún cálculo soporta dicha tesis, entonces las conclusiones del Informe no cuentan con soporte financiero alguno para demostrar errores en las decisiones de inversión, que en cualquier caso no fueron analizadas como ya se expuso.*
> *• El Autor basa sus cálculos y conclusiones en los "modelos Inverlink" que i) no son modelos que permiten apreciar las realidades y expectativas económicas y financieras del Proyecto, ü) no son útiles para evaluar económicamente el Proyecto, iu) no habrían servido de base para la toma de decisiones de inversión y iv) su utilidad sería en período de operación una vez finalizada la construcción, lo que a la fecha no ha ocurrido.*
> *• Los cálculos del Autor presentan importantes limitaciones desde el mismo punto de partida, el modelo denominado Línea Base, que es absolutamente inadecuado para el uso que del mismo se hace en el informe. Se trata de un modelo preliminar, sin ningún detalle de Capex, construido con anterioridad a que se conociera el valor de los principales contratos para la construcción y que presenta variables que lo hacen no comparable con los demás.*

> *Como la Línea Base es el punto de partida de todos los cálculos del Autor, entonces las conclusiones que de ellos se desprenden serían inanes para determinar cualquier Perjuicio.'"*
> *Así las cosas, es claro que la entidad demandada irrogó responsabilidad fiscal sin tener acreditado el DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO, de una manera cierta, cuantificable, medible y anormal, por cuanto para que los ejercidos de evaluación del supuesto daño no son equiparables y debieron haberse realizado en las mismas condiciones, contextos del proyecto y con base en la realidad del mismo.*

Frente a este último argumento, es necesario precisar que no le asiste razón a la apoderada cuando considera que se hizo uso de una sola fuente probatoria para determinar el daño al patrimonio del Estado. Pues el Despacho además de analizar el informe técnico de la Universidad Nacional, se sirvió también de los Estados financieros y de los diferentes documentos contables que fueron recaudados en la visita especial realizada en el mes de octubre de 2020, a efectos trascender lo plasmado en los modelos financieros procediendo a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales.

Lo anterior supuso un análisis probatorio pormenorizado que permitió concluir que: *"a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos.*
Lo que permite demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. ***En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero****".*

Así mismo, de cara al peritazgo entregado por Suramericana, el mismo fue incorporado al plenario como prueba documental de orden técnico, analizado por los funcionarios de la Universidad Nacional, análisis que quedó incorporado en el documento de aclaraciones y complementaciones, obrante a folios 17440 y ss., así mismo, dicha prueba fue valorada en el auto de Imputación, en los siguientes términos:

> *"dado que dicha prueba pretendía, desestimar la metodología empleada por la Universidad nacional planteando que se introdujeran variables diferentes o consideraciones diferentes a las tenidas en cuenta por EPM al momento de correr los modelos, y por lo tanto, suponía que se desarrollara un ejercicio diferente, el mismo no tenía la virtualidad para desestimar la conclusiones del informe de la Universidad Nacional, pues este último se realizó empleando una metodología válida y ampliamente aceptada, la valoración de proyectos de inversión como el que ocupa esta causa fiscal, que atendió además a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y a las características propias del modelo financiero que utilizaron EPM y Hi para determinar el cierre financiero del proyecto.*

> *Por último y si bien de oficio se le solicitó a la Universidad Nacional que incluyera dentro del modelo el pago parcial realizado por Mapfre en virtud de la póliza todo riesgo, este Despacho considera que no se puede reconocer tal ingreso en favor de EPM para efectos de presente daño por dos motivos: 1. Por cuanto la fecha de corte del daño en esta causa fiscal es junio de 2019 y dicho pago se realizó con posterioridad, en diciembre de 2019, lo cual implicaría extender el periodo de corte y sumar también las mayores inversiones realizadas hasta diciembre de 2019, así como el hecho de que la CREG hizo efectiva la garantía de la primera subasta de energía en firme, lo que excede el marco temporal del presente proceso y 2. Por cuanto se trata de un pago parcial que no es definitivo y que aún puede llegar a ser reversado por la aseguradora, de conformidad con los acuerdos existentes entre Mapfre y EPM.*
>
> Valorado el anterior informe técnico, así como las respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas y dado que respecto de los argumentos de defensa planteados por los presuntos responsables y/ o sus apoderados, dirigidos a desvirtuar esta prueba el Despacho, por las razones atrás esbozadas consideró que no resultan procedentes, encontró el Despacho, que el informe llega a conclusiones suficientemente fundamentadas, que dan el soporte técnico y el convencimiento necesario para que este Despacho pueda dar por probada la destrucción del Valor presente neto del proyecto".

Ahora bien, en lo que se refiere al hecho de que el Despacho haya incorporado y valorado la prueba allegada por Suramericana como prueba documental y que no se le haya dado el trámite de contradicción del peritazgo. Esta situación no genera irregularidad alguna.

En relación con la prueba pericial, es importante anotar que el Despacho en ningún momento ha prohibido o cercenado el hecho de que los vinculados a la causa fiscal alleguen pruebas de orden técnico que tengan como propósito permitir la comprensión o dilucidación respecto de hechos que requieren un conocimiento particular y experto.

Simplemente, ha dado el trámite que legalmente corresponde a las mismas en atención a la naturaleza y particularidades del proceso de responsabilidad fiscal, las cuales son incorporadas como pruebas documentales de orden técnico y no se les da el trámite de contradicción previsto para los dictámenes periciales en el Código General del Proceso, lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 610 de 2000[106], toda vez que el proceso de responsabilidad fiscal no es un proceso de partes, lo que lleva a que las disposiciones del CGP sean estudiadas para determinar la compatibilidad y por lo tanto la aplicación de las mismas.

[106] Art 66: En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

Así mismo, resulta necesario precisar que, en atención con la naturaleza propia del proceso de responsabilidad fiscal, la prueba de orden técnico consagrada no es el dictamen pericial, sino el informe técnico, el cual se encuentra regulado en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

> *ARTÍCULO 117. INFORME TÉCNICO. Los órganos de vigilancia y control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización. Así mismo, podrán requerir a entidades públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto. Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso. El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la complejidad del mismo.*
> *El incumplimiento de ese deber por parte de las entidades públicas o particulares de rendir informes, dará lugar a la imposición de las sanciones indicadas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasará entre cinco (5) y veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

Esta argumentación ha sido pacíficaen el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanta la UIECC y encuentra fundamento tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Sobre este particular, es preciso reiterar lo indicado por la Corte Constitucional respecto a la valoración probatoria del Peritazgo aportado por las partes:

> *"11. Aunque la doctrina discute sobre la naturaleza jurídica de la peritación porque una parte de ella la considera un medio de prueba y otra parte sostiene que es un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, lo cierto es que nuestra legislación siempre la ha reconocido como una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la "prueba pericial" como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez.*
>
> *De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1°), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quién lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso.*
>
> *En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos*

a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes); iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que debe ser un tercero ajeno a la contienda (artículo 235)...

14. Ahora bien, con la dinámica del derecho, el legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, distinto a la prueba pericial, que tiene como finalidad autorizar a las partes a aportar al proceso conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión. En efecto, por primera vez, el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, autorizó a las partes, de común acuerdo, a presentar informes técnicos que estaban destinados a dejar sin validez un dictamen pericial. Esa norma dispone lo siguiente:

"En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. *Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo".*

Posteriormente, en el capítulo 4 de las pruebas, el artículo 10 de la Ley 446 de 1998 señaló que "Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones, se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar expedidos emitidos por instituciones o profesionales especializados De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente"

Esa norma fue reiterada, en idéntico sentido, en el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, al disponer como oportunidad probatoria, entre otras, la siguiente:

"Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados.

De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente"

15. Nótese que las experticias técnicas que hacen referencia éstas no son los mismos dictámenes periciales regulados en los artículos 233 a 242 del Código

de Procedimiento Civil, ni los informes técnicos de entidades y dependencias oficiales que reglamenta el artículo 243 del mismo estatuto procesal, por cuanto no se practican por mandato judicial, ni en el curso de una actuación judicial que impliquen intervención del juez, ni están sometidos a las ritualidades de posesión, recusaciones e impedimentos que sí se exigen para los peritos. Por el contrario, este tipo de pruebas se origina en un encargo de la parte que lo escoge y sín la intervención judicial que delimite su práctica y su contenido, pues ello corresponde a una solicitud previa al proceso.

La incorporación de los conceptos técnicos se efectúa válidamente de la misma manera que se aportan al proceso las demás pruebas documentales, *puesto que el Código de Procedimiento Civil expresamente señala que podrán ser aportados en las oportunidades procesales correspondientes para solicitar pruebas (demanda, complementación de la demanda, solicitud de excepciones, contestación de la demanda y escrito que contesta las excepciones). (Negrilla del Despacho)*

En cuanto a la contradicción de los conceptos técnicos se tiene que no se ejerce mediante el traslado de 3 días, como ocurre en la prueba pericial, sino en las oportunidades previstas en el procedimiento para que la contraparte manifieste su oposición y sus razones para restar credibilidad al mismo. ***Por esa misma razón, la validez de su incorporación al proceso se valora dentro de la sana crítica judicial, como las demás pruebas, y se aprecian en conjunto, pues al igual que el dictamen pericial, el juez es autónomo para valorar las pruebas técnicas y verificar la veracidad de sus fundamentos y conclusiones, en tanto que es al juez, y no al perito o al profesional especializado, a quién corresponde administrar justicia y resolver la controversia que se somete a su decisión final.***

De esta forma, es evidente que, aunque el juez no se encuentra atado a la opinión técnica porque debe someterla a su valoración y apreciación objetiva y razonada, la especialidad de los conocimientos que se expresan en los documentos técnicos sí constituye un importante instrumento de apoyo judicial para su convencimiento. (Negrilla del Despacho)

16. Precisamente por las razones expuestas, el legislador consideró prudente y necesario imponer al juez el deber de decretar un dictamen pericial en el curso del proceso de su competencia cuando, en ejercicio de sus derechos de acceso a la justicia y de contradicción, las partes aportan conceptos técnicos contradictorios. En efecto, es evidente que los artículos 10 de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, en la forma en que fue modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, no señala para el juez una atribución facultativa sino obligatoria que consiste en decretar un peritazgo cuando existe contradicción entre los expedidos emitidos por profesionales especializados que hubieren sido oportunamente aportados por las partes. Entonces, en situaciones de contradicción de conceptos técnicos especializados la ley estableció una consecuencia determinada a cargo del juez de conocimiento, la

cual consiste en el decreto oficioso de un dictamen pericial que se practicará en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.[107] *"*

La doctrina ha señalado sobre el peritazgo que es: i) Un concepto personal que se emite sobre hechos ajenos, ii) Que siempre será escrito, lo que fuerza concluir que este concepto que se rinde por escrito es iii) un documento[108].

La posición de este Despacho, resulta entonces acorde con la jurisprudencia y la doctrina y además propende por garantizar los derechos fundamentales de los vinculados a la causa fiscal, pues la Contraloría General no es una contraparte en el proceso de responsabilidad fiscal ni tampoco lo son ni lo pueden ser los vinculados entre sí. Si se revisa el artículo 228 del código general del proceso, resulta evidente que la forma de contradicción está dispuesta para un típico proceso de partes.

Artículo 228. Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor. Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez. Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito. En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Parágrafo. En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito. En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del

[107] Sentencias T-417 del 30 de abril de 2008 (MP: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA) y T 274 del 11 de abril de 2012 (MP: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ),
[108] JARAMILLO ZULETA, León José, CONTROVERSIAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL EDICIÓN .1999. “Los informes en el Código de Procedimiento Civil”, p 49.

interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.

En este contexto, no podría este organismo de control asumir una posición que no le corresponde, cual es la de contraparte y realizar preguntas asertivas o insinuantes al perito o peor aún desconocer el contenido de la prueba por el simple hecho de que el perito no asista a la audiencia.

En el caso concreto, como puede verse quien aporta un dictamen que es incorporado y valorado por el Despacho como prueba documental técnica, no está expuesto a estas situaciones, pues para efectos de la idoneidad resulta suficiente con la presentación de la hoja de vida que se anexa al dictamen la cual se valora en la oportunidad pertinente y las afirmaciones que se realizan en los documentos por parte del experto no se sujetan a preguntas asertivas e insinuantes sino que se valoran de cara al resto del acervo probatorio con el apoyo técnico con el cual, para tal fin, cuenta el Despacho.

De lo anterior, mal puede inferirse irregularidad alguna, cuando lo único que se ha hecho es garantizar en todas las oportunidades el ejercicio del derecho de defensa y por lo tanto el debido proceso.

Por todo lo dicho anteriormente, este argumento no está llamado a prosperar.

b) EN SUS ESCRITOS DE DEFENSA EL APODERADO DE LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE Y JUAN ESTEBAN CALLE PRESENTÓ EL SIGUIENTE ARGUMENTO:

A. EL DAÑO IMPUTADO NO REÚNE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA TENERSE COMO CONFIGURADO*.*

Para la configuración la responsabilidad fiscal, conforme a la normatividad vigente, se requiere la existencia de un detrimento o daño patrimonial, originado por una conducta dolosa o gravemente culposa de quienes detentan la calidad de gestores fiscales, sean servidores públicos o particulares y que tengan relación con la generación de este. Al respecto, el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 define el daño en los siguientes términos "( ) la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo "

Adicionalmente, el máximo tribunal administrativo ha sostenido en amplia

jurisprudencia que debe existir certeza en la causación del daño, así "Es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.9" (Énfasis añadido)

Así las cosas, para la existencia de responsabilidad fiscal es imperativo la existencia de un daño cierto y verificable, pues de lo contrario no sería dable predicar la existencia de un daño al patrimonio del Estado Al respecto la Corte Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, así: "Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio m" (Énfasis añadido)

La anterior Jurisprudencia enuncia otro elemento, que tiene relación directa con la certeza del daño, esto es, la cuantificación del mismo La característica referida no es otra sino que el daño debe valorarse económicamente y establecerse la cuantía a la que asciende Sobre este aspecto la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que "4 2 ( ) De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la Jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo, no obstante al amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado. En virtud de los requisitos previamente mencionados, se expresarán a continuación los fundamentos fácticos y jurídicos por los que el supuesto daño patrimonial imputado a mi representado no cumple con los requisitos de ley.

El presunto daño no es cuantificable:

En la citada jurisprudencia se evidencia que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han reconocido ampliamente que un requisito del daño es que debe ser cuantificable. Ahora bien, la Delegada indicó que el supuesto daño corresponde a los siguientes valores "(.) se encuentra probado que se generó un daño al patrimonio del Estado, en la modalidad de pérdida de los recursos invertidos en la Hidroeléctrica, como consecuencia de la destrucción del valor presente neto del proyecto en cuantía de DOS BILLONES NOVESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.971.400.000.000) M/Cte sin indexar y que también generó una merma en los recursos del Estado, como consecuencia del lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, en cuantía de UN BILLON CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS($1.104.280.000.000) M/Cte sin indexar " (Énfasis añadido)

Las mencionadas cifras provienen del estudio realizado por la Universidad Nacional, en ejecución del contrato suscrito con la Contraloría General, en el que se indicó "En resumen, a partir de la información entregada por EPM en el modelo P 6 Modelo Inverlink, el proyecto -1 junio de 2019 sin haber entrado en operación ya ha realizado mayores inversiones por valor de 2.971,40 Miles de MM COPS " (Énfasis añadido)

En este sentido, la delegada manifestó que el lucro cesante proviene igualmente del mencionado estudio, en los siguientes términos "Ahora bien, tal y como se explicó líneas atrás, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, se concluye que a la fecha se encuentra consolidado un lucro cesante. El cual fue calculado por la Universidad Nacional tal y como se expresó lineas atrás bajo la metodología del Valor presente neto " (Énfasis añadido). Sin embargo, el supuesto daño no fue discriminado e individualizado para cada supuesto responsable del daño fiscal, sino que la Delegada opto por sumar el valor del daño supuestamente ocasionado y el lucro cesante, dando como resultado un total del daño que fue imputado a cada uno de los supuestos responsables sin distinción alguna, de la siguiente manera: ESTIMACIÓN DE LA CUANTÍA DEL DAÑO: Destrucción del valor de la inversión por mayores valores injustificados: DOS BILLONES NOVESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.971 400 000 000) MfCte sin indexar.

Lucro cesante' UN BILLON CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($1 104 280.000 000) MiCte sin indexar Total' CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEICIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075 680.000 000) M/Cte sin indexar Como conclusión de lo anterior, encuentra este Despacho que los argumentos de defensa planteados por el presunto responsable, no son suficientes para desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal, motivo por el cual en la parte resolutiva de esta providencia, procederá el Despacho

a imputar responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4:076S80.000.000) M/Cte sin indexar, corno gestor fiscal y a titulo de culpa grave en contra de LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE.

Lo anterior evidencia que, si bien el supuesto daño tiene una cifra, este valor no corresponde realmente a la cuantificación del daño ocasionado por mi representado Pues no existe la mínima descripción de por qué mi cliente debe cancelar el valor total de supuesto daño, ni especificación de la cuantía determinada que debería asuma por el supuesto daño conforme a sus presuntas conductas nocivas.

Además, la supuesta cuantificación del daño no cumple con los requisitos Jurisprudenciales, donde se ha indicado que el daño debe ser "cuantificable con arreglo a su real magnitud" y evidentemente en el ejercicio de la Delegada no se consideró la magnitud real del supuesto daño según la conducto de cada presunto responsable.

En efecto, a mi representado se le reprocha (1) suscribir el contrato BOOMT con salvedades, en calidad de Gerente de PPM I, y (n) suscribir la AMB 19 del 6 de diciembre de 2017 al Contrato de obras principales, en calidad de Vicepresidente de Proyectos de Generación de Energía Sin embargo, la Delegada en la descripción del supuesto daño no cuantifica en ningún sentido la implicación de las conductas reprochadas a mi cliente en relación con el supuesto daño generado.

De otra parte, la Delegada está incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa con la atribución del supuesto daño en su totalidad a cada uno de los presuntos responsables sin distinción alguna, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional: "De otra parte destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien nene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite." Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante) A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610 " (Énfasis añadido)
En definitiva, el supuesto daño no cumple con el requisito de ser cuantificable, debido a que la Delegada no especificó a cuánto equivale la incidencia de mi representado en el presunto daño, sino que se limitó a

> *indicar un valor de daño global, sin tener la mínima consideración de las supuestas conductas reprochadas a mi cliente y su relación con el daño*

R/: Respecto de este argumento, es necesario recordar que tal y como se explicó tanto en la imputación como en la presente providencia, el daño es uno solo consistente en la pérdida de los recursos invertidos en la Hidroeléctrica, como consecuencia de la destrucción del valor presente neto del proyecto y la merma en los recursos del Estado, como consecuencia del lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, a raíz de una sucesión de **hechos concatenados**, producidos por conductas concurrentes que contribuyeron de manera determinante a que se generara el referido daño.

Ahora bien, en relación con las razones por las cuales el mismo le fue imputado a su mandante, en el auto de imputación este Despacho expresamente indicó las conductas desplegadas la manera como las mismas incidieron de manera determinante en cada uno de los hechos generadores verificados en la línea temporal en la cual se desempeñó como Gerente General de EPM ltuango y como vicepresidente de energía de EPM. Así mismo se explicaron los motivos por los cuales la conducta fue calificada como gravemente culposa.

Así mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 2344 del código civil y a partir de la entrada en vigencia del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen en la causación de un daño, en este caso al patrimonio del Estado, deberán responder de manera solidaria por el mismo, lo anterior implica que por la obligación reparatoria que surge como consecuencia de dicha situación todos se encuentren obligados a responder por la totalidad del daño. En este sentido se ha considerado que la solidaridad se erige como una garantía en favor del acreedor, gracias a la cual podrá dirigirse por el total de la deuda en su favor en contra de uno, algunos o todos los causantes a su elección.
En relación con el contenido del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, se pronunció la Corte Constitucional, en Sentencia C-336 de 2014[109], y sobre el particular precisó que:

> *"En consecuencia, **la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal**, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.*
>
> ***La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia***

[109] Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-336-14, Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, Bogotá, D.C., junio cuatro (4) de dos mil catorce (2014)

> ***fiscal.*** *Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que,* ***con base en su actuar doloso o gravemente culposo****, hayan sido encontrados responsables.*
>
> *Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución.*
>
> *Son estos los fundamentos por los cuales la Corte Constitucional declarará EXEQUIBLE el precepto acusado"*.

De donde resulta evidente que el único presupuesto jurídico que se requiere para que se establezca la solidaridad es ser encontrado responsable fiscal.

De igual modo, el Consejo de Estado ha dicho sobre el particular lo siguiente:

> *"Luego el* ***artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 establece la existencia de solidaridad pasiva en los fallos de responsabilidad fiscal****, de acciones populares y acciones de repetición. (…) La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-338 del 4 de junio de 2014, (…) sostuvo que el criterio de la imputación en el proceso de responsabilidad fiscal es siempre subjetivo, pues se basa en el dolo o la culpa grave del procesado. (…) [L]a Corte Constitucional se ocupó de la solidaridad pasiva instituida por el artículo 119 de la citada Ley 1474 de 2011. (…) [L]a Corte Constitucional* ***es clara en señalar que frente a la solidaridad pasiva contemplada por el citado artículo 119, lo procedente es cobrar el valor total de la suma objeto del fallo a cualquiera de los responsables fiscales comprendidos en el mismo.*** *La Corte es categórica en expresar que "****lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores"***[110]*.*

Establecido lo anterior, y teniendo claro que la solidaridad es una garantía en favor del acreedor, que le permite solicitar el pago de su deuda de uno, varios o todos los causantes del daño, no resulta claro por qué razón en opinión de la apoderada, el hecho de no indicar el porcentaje de participación en el daño causado afectaría en alguna medida la cuantificación del daño.

El mismo se halla cuantificado desde el auto de apertura, cuantía que fue ratificada en el auto de imputación y que deberá ser indexada en este fallo.

Así mismo, no existe ninguna disposición en las normas especiales aplicables al proceso de responsabilidad fiscal que obliguen al operador fiscal a realizar dicha

[110] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442)

división. En efecto ni el artículo 41 de la Ley 610 respecto del auto de apertura, ni en el artículo 48 de la Ley 610 que relaciona el contenido del Auto de imputación ni en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, que se refiere al contenido del fallo con responsabilidad fiscal, establecen la obligación de individualizar la cuantía de la responsabilidad de cada uno de los implicados. Por el contrario, dicha normatividad, guardando congruencia con el hecho de que las obligaciones que surgen de la declaratoria de responsabilidad fiscal cuando 2 o más personas concurran a la producción de un daño, de manera expresa se refieren a "**LA cuantía** del daño" entendiendo por tal **una sola** y únicamente utiliza la palabra "individualizar", en relación con las conductas desplegadas por los vinculados a la causa fiscal.

De igual forma en un escenario de solidaridad así uno de los mandantes respondiera por la totalidad del daño, ello no generaría en cabeza del Estado un enriquecimiento sin causa, pues como se explicó todos están obligados por todo el valor del daño[111]. Ahora bien, tal y como lo explica el código civil, la jurisprudencia y la doctrina, el pago total realizado por uno de los obligados libera a los demás frente al acreedor, pero genera una nueva obligación entre los deudores la cual será parciaria[112].
Por lo anterior este argumento no está llamado a prosperar.

Prosigue el apoderado señalando los defectos de los que, a su juicio, carece el proceso, así:

> ***"El presunto daño no es cierto***
>
> *En primera instancia, se debe traer a colación las entidades afectadas con el presunto daño y la calidad en la que es juzgado mi representado Sobre el particular, la Delegada señaló que el supuesto daño patrimonial fue ocasionado a HI y EPM por la pérdida de los recursos Invertidos en la Hidroeléctrica. En segundo lugar, se juzga al señor LUIS JAVIER VELÉZ DUQUE en calidad de Gerente de EMP I y Vicepresidente de Proyectos de Generación de Energía de EPM. Sobre las entidades afectadas por el presunto daño, la Delegada indicó en el Auto de Imputación que son*

[111] Ver art. 1558 y 1571 del código civil Colombiano.
[112] Código Civil Colombiano, ARTICULO 1579. <SUBROGACION DE DEUDOR SOLIDARIO>. El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad.

ENTIDAD AFECTADA	**HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. (HIDROITUANGO S.A. E.S.P.)** **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.** **SOCIOS PÚBLICOS DE HIDROITUANGO S.A. E.S.P.:** Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) Empresas Públicas de Medellín E.S P. Departamento de Antioquia Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. (CHEC) La Nación Financiera Energética Nacional (FEN)

(…)

Cabe destacar que las entidades afectadas son públicas, así como la entidad en la que mi representado actuó corno Gerente y Vicepresidente Por consiguiente, estamos frente a un proceso fiscal donde se supone que una entidad pública generó un daño a otra entidad de la misma naturaleza, evento que se ha conocido como una manifestación del principio de unidad de caja.

Respecto a la posibilidad de que exista un daño patrimonial en el supuesto anterior, en principio la postura de la Contraloría fue que no existía este, en cuanto se trataba de una transferencia de fondos de una entidad pública a otra Posteriormente, el Consejo de Estado indicó que es posible que exista un daño cuando se cancelan multas, sanciones o intereses de mora a favor de otra entidad pública, en los siguientes términos "El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma, lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos "

Después, se realizó una nueva consulta para conocer el alcance del concepto mencionado sobre otras transacciones distintas al pago de sanciones, multas e intereses de mora entre entidades públicas Al respecto, el Consejo de Estado, indicó que cuando se actúa conforme al procedimiento legal no se extiende el concepto a otro tipo de transacciones, así: "El alcance del Concepto No.1852 del 15 de noviembre de 2007, el cual considera que se produce un daño patrimonial al Estado, cuando una entidad pública paga a otra multas, sanciones o intereses de mora, no se extiende a otro tipo de transacciones, como la compra de activos que realiza Central de Inversiones S A - CISA a otras entidades públicas, si se actúa conforme al procedimiento legal No obstante, si uno o varios de los servidores públicos intervinientes en la negociación, como en cualquier operación administrativa, se apartan del procedimiento c causan un daño patrimonial al Estado, originado en su dolo o en su culpa grave, éstos deberán responder fiscalmente "

> *Por consiguiente, sobre los hechos reprochados a mi representado no existe un daño patrimonial cierto, debido a la unión de caja entre las entidades públicas implicadas en el proceso fiscal, donde HI y EPM se encuentran mutuamente vinculadas tanto al Proyecto de la Hidroeléctrica como a este proceso En efecto, no podría considerarse que existe un daño entre dos entidades públicas que han trabajado mutuamente por un provecto en común Además, teniendo en cuenta que mi representado obro conforme a la ley en ejercicio de su calidad como Gerente de EPM I y Vicepresidente de Proyectos de Generación de Energía, tal y como se expondrá en el desarrollo de este escrito, no habría lugar a un reproche por cuanto no existe daño imputable, ni actuación dolosa o gravemente culposa.*
>
> *Por las razones anteriormente expuestas no existe un daño cierto ni cuantificable que pueda ser reprochado a mi representado Por tanto, no se cumple con uno de los requisitos necesarios para que exista responsabilidad fiscal, conforme a la Ley*

R/: En este punto es necesario precisar que el apoderado parte de la antigua y ya superada postura teórica, a la cual se refirió la oficina jurídica de esta entidad hace más de 20 años, en el concepto A70 de 15 de enero de 2001 conforme a la cual:

> *"Para examinar el caso de las transferencias de recursos es importante enfatizar en el termino «Estado» dentro del concepto de daño patrimonial al Estado, ya que el daño patrimonial debe mirarse con una concepción de Estado y no de entidades u organismos particulares. Esto, que puede parecer obvio; torna importancia en el caso frecuente en que cada entidad multa a otra. De acuerdo Con algunas posiciones debería abrirse un proceso de responsabilidad fiscal por el valor de la multa a los responsables de que la entidad haya sido multada sin embargo,* ***si se tiene en mente que el daño patrimonial es al «Estado» no hay lugar a responsabilidad fiscal puesto que el Estado no ha sufrido detrimento lo que realmente ha producido es una transferencia de recursos de una entidad a otra****"*

Si bien el apoderado cita en su argumentación tanto el Concepto 1852 de 15 de noviembre de 2007, así como pronunciamientos posteriores, pareciera insinuar que únicamente en situaciones excepcionales se configura la responsabilidad fiscal circunscribiéndolo casi exclusivamente al pago de multas y sanciones pecuniarias como consecuencia de conductas dolosas o gravemente culposas de los gestores fiscales.

Como se demostrará a continuación, la lógica planteada por el apoderado resulta errada, por cuanto la jurisprudencia ha reconocido que siempre que el gestor fiscal actúe con culpa grave o dolo es posible hablar de la existencia de daño al patrimonio del Estado y por lo tanto es procedente iniciar proceso de responsabilidad fiscal en contra del funcionario que haya actuado con culpa grave o dolo y haya generado dicho daño.

En primer término, resulta necesario recordar in extenso lo sostenido por el Consejo de Estado en el concepto de 15 de noviembre de 2007[113]:

> *"En resumen, daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal.*
> *En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto.[11] Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración.[12] Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto. Como se verá más adelante, la Constitución de 1991, la ley orgánica de presupuesto y otras, deslindan los presupuestos nacional, departamental, municipal y el de los demás organismos y entidades del Estado.*
> *En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-340 de 2007, al referirse al objeto sobre el que recae la lesión o el daño, señaló que el concepto "intereses patrimoniales del Estado" contenido en el artículo 6º de la ley 610 de 2000, es de carácter indeterminado pero determinable y se aplica a los bienes o fondos cuya titularidad esté en cabeza de una entidad pública. Sostuvo la Corte:*
> *"(…) la expresión "intereses patrimoniales" es una referencia al objeto sobre el que recae el daño. De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo**, no obstante la amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado**, **el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado**. Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2001, los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, **se limita a una simple definición del daño**, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del **Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública**, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución." (Negrilla fuera del texto original).*

[113] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Noviembre 15 de 2007. Rad. 11001-03-06-000-2007-00077-00. C.P. Gustavo Aponte Santos.

Así las cosas, a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y, de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, ***el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con los recursos que específicamente estuvieron a su disposición en razón de sus funciones y no en abstracto frente a los recursos que conforman el patrimonio del Estado****." (Resaltado propio).*

(…)

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, define el principio de unidad de caja como sigue:
*"**Artículo 16.- Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación** (…)*
***"Parágrafo. 1º. Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son propiedad de la Nación**. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la dirección del tesoro nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones parafiscales.*
*"**Parágrafo. 2º.** Los rendimientos financieros de los establecimientos públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la dirección del tesoro nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley".(Negrilla fuera del texto original).*
Al considerar la formulación del principio de unidad de caja, que en últimas conduce a decir que todos los recursos de la Nación van a una bolsa común para responder con ella por los gastos decretados en el presupuesto, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:
a. La autonomía constitucionalmente conferida a los entes territoriales y a las entidades descentralizadas por servicios, se traduce, entre otras, en la facultad para administrar los recursos y los bienes a ellos asignados dentro de los límites que fija la Constitución, la ley y en particular, los del Estatuto Orgánico del presupuesto.
b. El artículo 352 de la Constitución Política reconoce la existencia de presupuestos separados en los diferentes órdenes: ***el nacional, los territoriales y los de las entidades descentralizadas de cualquier nivel****.*
c. El hecho cierto de que por mandato de la ley orgánica, los entes territoriales deban regirse por el principio de unidad de caja y que las entidades descentralizadas territorialmente en su ejecución presupuestal deban ajustarse a las políticas fiscales del Estado como un todo, ***no implica que los recursos de este tipo de entes deban hacer unidad de caja con los de la Nación****, pues se trata de presupuestos y patrimonios independientes en razón de la autonomía constitucional y legal conferida a ellos.*

*d. En relación con los demás entes que forman parte del presupuesto de la Nación, la Sala considera importante enfatizar, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, los órganos que son una sección del presupuesto general de la Nación tienen "(…)***capacidad de contratar** *y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley".*
En concordancia con lo anterior, la ley 80 de 1993, al definir qué se entiende por entidad estatal incluyó tanto a la Nación, como a las entidades territoriales, al Senado de la República, la Cámara de Representantes, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, unidades administrativas especiales y, "en general los ***organismos o dependencias*** *del Estado a los que la ley otorgue capacidad de celebrar contratos"[14].*
Siendo el presupuesto y la contratación instrumentos centrales en el manejo de los recursos públicos y una expresión de la autonomía administrativa y financiera que la ley les confiere a las entidades estatales definidas en la ley 80 de 1993, encuentra plena justificación que el legislador al definir cuál es el objeto de la responsabilidad en el artículo 4º de la ley 610 de 2000, haya señalado que éste es el resarcimiento del "perjuicio sufrido por la ***entidad estatal****".*
Conforme con lo anterior, el Decreto 111 de 1996, dispone:
"Artículo 44.- *Los jefes de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación asignarán en sus anteproyectos de presupuesto y girarán oportunamente los recursos apropiados para servir la deuda pública y atender el pago de los servicios públicos domiciliarios, incluidos los de agua, luz, teléfono,* ***a quienes no cumplan con esta obligación se les iniciará un juicio fiscal de cuentas por parte de la Contraloría General de la República****, en el que se podrán imponer las multas que se estimen necesarias hasta que se garantice su cumplimiento. Esta disposición se aplicará a las entidades territoriales (ley 38 de 1989, art.88. Ley 179 de 1994 art.50)"* ***"Artículo. 45.-*** *Los créditos judicialmente reconocidos, los laudos arbitrales y las conciliaciones se presupuestarán en cada sección presupuestal a la que corresponda el negocio respectivo y con cargo a sus apropiaciones se pagarán las obligaciones que se deriven de éstos.*
*"****Será responsabilidad de cada órgano defender*** *los intereses el Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el Jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes.*
"En caso de ***negligencia de algún servidor publico*** *en la defensa de estos intereses y en el cumplimiento de estas actuaciones, el juez que le correspondió fallar el proceso contra el Estado, de oficio, o cualquier ciudadano, deberá hacerlo conocer del órgano respectivo para que se inicien las investigaciones administrativas****, fiscales*** *y/o penales del caso. Además,* ***los servidores públicos responderán patrimonialmente por los intereses y demás perjuicios*** *que se causen para el Tesoro Público como consecuencia del incumplimiento, imputables a ellos, en el pago de éstas obligaciones". (Negrilla fuera del texto original).*

> ***"Artículo. 112.-*** *Además de la responsabilidad penal a que haya lugar,* ***Serán fiscalmente responsables****: a) Los ordenadores de gasto y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la Ley, o que expidan giros para pagos de las mismas; b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas; c) El Ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal. d) Los Pagadores y el Auditor Fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente Estatuto y en las demás normas que regulan la materia.* ***Parágrafo. Los ordenadores, pagadores, auditores y demás funcionarios responsables que estando disponibles los fondos y legalizados los compromisos demoren sin justa causa su cancelación o pago, incurrirán en causal de mala conducta"****. (Ley 38 de 1989, Art. 89, Ley 179 de 1994, Art. 55, incisos 3 y 16, Art. 71). (Negrilla fuera del texto original).*
>
> *El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma[15], lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos.*
>
> ***Así las cosas, el principio de unidad de caja no puede tenerse como eximente de responsabilidad fiscal.***
>
> *En concordancia con lo expuesto, esta Sala en el concepto 1637 de 2005, al analizar los efectos que pueden producirse a raíz del incumplimiento de la obligación de transferir recursos entre entidades u organismos públicos, consideró que eventualmente los servidores públicos podrían ser responsables patrimonialmente por "los intereses y demás perjuicios que puedan causarse por la* ***demora injustificada en la cancelación de los compromisos adquiridos****".*
>
> *Por último, considera esta Sala que el pago de sumas por concepto de intereses de mora, sanciones o multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, no puede calificarse contable, ni presupuestalmente como una mera transferencia de recursos,[16]sino* ***como un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones de dicho gestor fiscal****. En consecuencia, tiene razón un sector de la doctrina cuando afirma que en estos casos no puede hablarse simplemente de que el dinero público pasa de un bolsillo a otro de la misma persona.*

Finalmente indica el tribunal[114], que el principio de Unidad de Caja-cuando es aplicable, no es eximente de responsabilidad Fiscal, en los siguientes términos:

[114] Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil- noviembre 15 de 2007. Rad 11001-03-06-000-2007-00077-00. C.P. Gustavo Aponte Santos.

> *"**El principio presupuestal de unidad de caja no exime de responsabilidad fiscal al gestor fiscal que con su conducta dolosa o gravemente culposa genere gasto ,injustificados con cargo a la entidad u organismo, como sería el caso del pago de intereses de mora, multas o sanciones**."*

Así mismo, vale la pena resaltar lo que textualmente indica el concepto de 15 de diciembre de 2009[115], que también es mencionado por el apoderado:

> *"Como se ve, esta norma otorga la facultad a las entidades públicas de enajenar bienes a CISA, pero siempre partiendo de la base del avalúo comercial del bien, conforme se determina en los artículos 10 y 12 del mismo decreto, según que sean inmuebles o muebles, y dando aplicación al modelo de valoración establecido por la Junta Directiva de CISA, de lo cual se desprende que el precio o valor de transferencia que convengan las partes en la negociación, debe estar precedido del procedimiento legal y fundamentado en el mencionado modelo de valoración, de manera que, si así se cumple, no se puede presentar un daño patrimonial al Estado, en los términos del artículo 6º de la ley 610 de 2000, arriba citado.*
>
> ***No obstante, si no se observa correctamente el procedimiento consagrado en la citada normatividad, como en cualquier actuación administrativa podría presentarse un daño patrimonial al Estado, y si se comprueba que el gestor fiscal actuó con dolo o culpa grave incurriría en la respectiva responsabilidad fiscal".*** (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, resulta evidente que el daño existe en cualquier evento en el cual, no se haya observado la normatividad que rige una determinada actuación y de comprobarse que el gestor fiscal desarrolló la conducta determinante para la producción de daño con culpa grave o dolo.

En este mismo sentido, lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, quien se ha pronunciado en los siguientes términos:

> *"Asimismo para la Sala, **no es exótico que se produzcan daños patrimoniales entre entidades públicas, como suele ocurrir cuando los funcionarios actúan al margen de la legalidad con dolo o culpa grave**, caso en el cual como lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **se originan responsabilidades fiscales**"[116].*

En el caso concreto, como se explicó en el auto de imputación y se ahondará más adelante al dar respuesta a los argumentos de defensa dirigidos a desvirtuar la conducta, se encuentra demostrado que las conductas desplegadas por quienes

---

[115] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS Bogotá D. C., quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009) Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852)A

[116] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 30 de noviembre de 2017, SP-20262-2017, Radicación No 29726.

fungieron como gestores fiscales se desarrollaron con culpa grave y como consecuencia de haber desatendido al rol funcional que les competía actuando en contravía de lo previsto en las normas que regentaban su actuar a saber: la constitución, la Ley, los Estatutos, el contrato entre otras. De donde se concluye que este argumento no está llamado a prosperar.

Ahora bien, adicional a lo anterior, es preciso anotar que en el caso concreto no se trata de un supuesto en el cual simplemente se da una transferencia de recursos entre una entidad y otra. Se trata de un evento en el cual se destruyó el valor presente neto de la inversión, lo que es peor si se tiene en cuenta que los cuantiosos recursos invertidos a la fecha no cumplen con la finalidad para la cual fueron destinados. En efecto, 3 años después de la fecha programada el país aún ve remota la posibilidad de obtener el 17% de la energía de la Hidroeléctrica de Ituango, lo anterior como consecuencia de conductas gravemente culposas atribuibles a los vinculados a la causa fiscal.

En este evento resulta evidente que la pérdida del valor de la inversión afecta tanto a EPM como a Hidroituango. Pues, en el caso de EPM realizó erogaciones muy superiores que con la operación de la Hidroeléctrica no podrán ser recuperadas ni siquiera en el horizonte de los 50 años ni de manera posterior, tal y como lo precisó la Universidad Nacional y finalmente Hidroituango, es el dueño del proyecto y es a quien deberá reversarse el mismo al momento de finalizar el término de la operación pactada con EPM.

Continúa su exposición el apoderado en los siguientes términos:

> ***"B. AUSENCIA DE INVERSIONES INJUSTIFICADAS QUE SUPUESTAMENTE DESTRUYERON EL VALOR DEL PROYECTO.***
>
> *Uno de los componentes del supuesto daño por el que se le imputa responsabilidad solidaria a mi defendido es la destrucción del valor del Proyecto Sobre este aspecto, la CGR sostiene que el presunto detrimento asciende a una cuantía de DOS BILLONES NOVESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2 971 400 000 000)*
>
> *En el Auto de Imputación se sustentó la supuesta destrucción de valor en la realización de inversiones catalogadas como injustificadas Ahora, esta calificación la hace aduciendo que las fallas en la planeación de la obra condujeron a retrasos que "llevaron a implementar planes continuos de aceleración, contingencia y/ o recuperación de tiempos" En la misma línea, frente a la prueba de la presunta destrucción del valor del Proyecto, aduce que la comporta lo concluido por el equipo designado por la Universidad Nacional en el Informe Técnico en cuanto a que las inversiones fueron escalonando año a año y el valor final se incrementó muy por encima de lo proyectado Sin embargo, dicha prueba es ilegal por no haberse permitido su contradicción en los términos que dispone las normas que la reglamentan*

En el contexto planteado - previo a abordar el presente subtítulo — es pertinente concluir sobre la inexistencia de inversiones injustificadas que presuntamente destruyeron el valor del Proyecto, lo siguiente:

(i) Las presuntas fallas en la planeación que refiere el ente de control se materialización en la estructuración del Proyecto, esto es, antes de la suscripción del Contrato BOOMT por parte del señor VÉLEZ DUQUE, la planeación y estructuración del proyecto, la contratación y comienzo de la construcción de las vías de acceso a las obras de desviación y obras principales fueron realizadas por Hl cuando ni siquiera existía EPM-I El señor VÉLEZ DUQUE no tuvo ninguna participación en dichas actividades. Sobre este aspecto el mismo despacho hizo un recuento de los hechos y la responsabilidad

(ii) Las inversiones que se realizaran para hacer posible la entrada en operación de la hidroeléctrica en noviembre de 2018 y conjurar los efectos negativos que supusieron los atrasos iniciales no pueden endilgarse a quien no incidió en la causación de las mismas.

(iii) No pueden catalogarse como injustificadas unas inversiones que eran necesarias si se tiene en cuenta el contexto de la obra al momento de su adopción Se cuestiona el suscrito Cuáles fueron las inversiones injustificadas) Por qué se catalogaron de esta manera? Cuál es el sustento técnica y financiera para que la Contraloría arribara a esta conclusión? Estos interrogantes obedecen a que el órgano de control fiscal no los respondió en el Auto de Imputación y solamente acudió a realizar Interpretaciones y manifestaciones subjetivas sin soporte alguno.

(iv) No puede deducirse la existencia de un presunto daño por la destrucción del valor del proyecto" haciendo un elemental ejercicio de restar el costo final del proyecto al supuesto presupuesto inicial - contenido en el modelo financiero de Inverlink - para concluir que se sobrepasó este último Así, la Universidad Nacional al incluir dentro del "costo final el costo adicional derivado de la contingencia caen en el absurdo de considerar la contingencia como si fuera una decisión de inversión, es de mi que mi cliente decidió causar la contingencia y esa fue una decisión injustificada Lo anterior, porque para predicar tal consecuencia es necesario analizar las particularidades de cada una de las decisiones adoptadas y la necesidad de ellas.

(v) No hay lugar a concluir que el incremento de las inversiones supone un daño patrimonial al Estado cuando dicha conclusión no tiene en cuenta que el aumento obedeció, entre otras, a situaciones establecidas en el Contrato BOOMT y que el mismo negocio dispone que se computarían al finalizar la etapa de construcción de la hidroeléctrica Así las cosas, enseguida se procederá a estudiar las decisiones que, según el operador de control fiscal, supusieron inversiones injustificadas con el propósito de demostrar que las mismas eran necesarias Esto último, porque se constituían en imprescindibles para efectos de conjurar y evitar que los retrasos consumados antes de la suscripción del BOOMT por el señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE como Gerente de EPM-I irradiaran sus

> *consecuencias hasta el punto de presuntamente impedir la entrada en operación de la hidroeléctrica en noviembre de 2018.*
>
> *En consecuencia, se constituían en las soluciones técnicas - recomendadas por los expertos - que mayores beneficios implicaban entre las distintas alternativas evaluadas por consiguiente, no pueden catalogarse corno inversiones necesarias, caprichosas y que supusieron un detrimento para el Proyecto.*

R/: Previo a ahondar en los argumentos de defensa tendientes a explicar las razones por las que el apoderado considera que no existieron inversiones injustificadas, es necesario aclarar que el Informe Técnico de la Universidad Nacional NO se constituye en una prueba ilegal, tal como asevera el apoderado de manera temeraria.

La Corte Constitucional ha sido clara en lo que se entiende cómo prueba ilegal, al respecto ha señalado:

> *"La dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso. Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal,* ***es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio****, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales."*[117]

Se tiene entonces que, una prueba ilegal, es aquella obtenida con violación a derechos y garantías fundamentales, mismos que no han sido jamás obviados por esta delegada, prueba de lo anterior es que el informe en pugna fue debidamente trasladado a cada uno de los implicados fiscales y/o a sus apoderados, a través del Auto 943 de 8 de septiembre de 2020 (fl.13351 y ss.), ante lo cual cada uno tuvo la oportunidad de controvertirlo y de solicitar ampliaciones, aclaraciones y complementaciones a sus autores, las cuales fueron absueltas en su totalidad y obran en el plenario.

Ahora bien, el apoderado considera en su argumentación que el aumento en las inversiones del proyecto no fue injustificada y no resulta atribuible a su mandante.

En primer término, es necesario recordar, tal y como se explicó líneas atrás, el motivo por el cual las mayores inversiones fueron catalogadas como injustificadas

En atención a lo anterior, la no justificación de las mismas tal y como se explicó desde el auto de imputación, radica en que fueron producto de malas decisiones de

[117] Corte Constitucional Colombiana, T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

administración y malas decisiones técnicas atribuibles a cada uno de los presuntos desde su rol, las cuales generaron la destrucción del valor presente neto del proyecto.

En este sentido, de conformidad con lo establecido por la real Academia de la Lengua, Justificado significa: "Conforme a justicia y razón"[118]. En este sentido, la razón de ser de dichas modificaciones no obedeció simplemente como quiere mostrarlo el apoderado a una situación netamente técnica que apareció de repente en el proyecto, sino a las malas e improvisadas decisiones de administración que se tomaron en desarrollo de todo el proyecto, que terminaron desencadenando en la mal llamada "contingencia de 2018".

En este sentido, también las inversiones realizadas con posterioridad a la mal llamada contingencia, son producto de esas malas decisiones de administración y por lo tanto también son atribuibles al señor Vélez.

Ahora bien, el apoderado se ubica en la línea temporal de los hechos para considerar que a su mandante no le son atribuibles *fallas en la planeación que refiere el ente de control las cuales se materialización en la estructuración del Proyecto, es decir antes de la suscripción del BOOMT.*

En este sentido es importante recordar que el daño que se estudia en el caso concreto no se dio únicamente como consecuencia de las fallas en la planeación. El mismo se dio tal y como se explicó y se probó ampliamente en el acápite de hechos, como consecuencia de una serie de eventos sucesivos y concatenados, respecto de los cuales de manera determinante cada uno de los vinculados desarrolló unas correlativas conductas, generando un daño al patrimonio del Estado.

En este contexto, resulta necesario recordar cuáles fueron las conductas atribuidas al señor Vélez a saber:

1. *A pesar de conocer la naturaleza de las obligaciones que el contrato BOOMT acarrearía para la entidad que representaba, LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE suscribió el Contrato BOOMT aún con las salvedades hechas al mismo por EPM, salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaron la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango y se establecieron en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.*
2. *. En su calidad de Vicepresidente Proyectos Generación de Energía de EPM, suscribió el AMB No. 19 al Contrato de obras principales, la cual se tradujo en una importante señal de alarma sobre la manera como EPM reconocía pagos de obras extra al Contratista de obras principales.*

[118] https://dle.rae.es/justificado

Estas conductas como se precisará más adelante incidieron en la producción del daño en la presente causa fiscal toda vez que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad al proyecto lo que terminó desencadenando en la mal llamada contingencia de 2018. En efecto, esta conductas

De otro lado, afirma el apoderado que:

"(iv) No puede deducirse la existencia de un presunto daño por la destrucción del valor del proyecto" haciendo un elemental ejercicio de restar el costo final del proyecto al supuesto presupuesto inicial - contenido en el modelo financiero de Inverlink - para concluir que se sobrepasó este último Así, la Universidad Nacional al incluir dentro del "costo final el costo adicional derivado de la contingencia caen en el absurdo de considerar la contingencia como si fuera una decisión de inversión, es de mi que mi cliente decidió causar la contingencia y esa fue una decisión injustificada Lo anterior, porque para predicar tal consecuencia es necesario analizar las particularidades de cada una de las decisiones adoptadas y la necesidad de ellas".

Frente a este argumento, es necesario precisar que no le asiste razón al apoderado, pues lo primero que hay que aclarar es que la determinación de un daño al patrimonio del Estado es una competencia de Este Despacho, quien del análisis probatorio del material obrante en el plenario llegó a tal conclusión.

En este punto, el informe de la Universidad Nacional no fue la única prueba para determinar la existencia de un daño al patrimonio del Estado, el mismo fue analizado en el contexto fáctico que fue desarrollado de manera amplia por este Despacho con base en el amplio material probatorio que se encuentra en el plenario, lo que permitió establecer que el vertiginoso aumento de las inversiones era injustificado, en los términos anteriormente descritos y que el mismo obedecía a malas decisiones de inversión.

Así mismo, el Despacho se sirvió también de los Estados financieros y de los diferentes documentos contables que fueron recaudados en la visita especial realizada en el mes de octubre de 2020, a efectos trascender lo plasmado en los modelos financieros procediendo a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales.

Lo anterior supuso un análisis probatorio pormenorizado que permitió concluir que: *"a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos.*

Lo que permite demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. ***En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero****".*

Así mismo, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, por lo que existe un retraso consolidado en la entrada en operación, que ha generado también un lucro cesante.

En este sentido, la afirmación del apoderado en el sentido de considerar que en el presente caso se concluye la existencia de un daño al patrimonio del Estado como consecuencia de una mera resta resulta contrario a la realidad procesal.

De otro lado el intento de razonar al absurdo, al afirmar que la contingencia es una decisión de inversión o que así la vio la Universidad Nacional en su informe técnico, es una interpretación subjetiva que no tiene asidero y no encuentra fundamento ni en lo sostenido en el informe técnico ni en lo sostenido por este Despacho.

En primer lugar, resulta necesario recordar de conformidad con la AYUDA DE MEMORIA del COMITÉ TÉCNICO No. 1 Contrato Interadministrativo No. 211 del 8 de abril de 2019, realizado el día 5 de junio de 2019 entre la Universidad Nacional y la Contraloría General de la República-Delegada de Minas y Energía, se establecieron los puntos que debía desarrollar la Universidad Nacional así:

> *"Objetivo No. 1. Aplicar una metodología que permita evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, en el marco de un modelo de seguimiento al control fiscal.*
>
> *Actividad a desarrollar*
> *- Comparar los indicadores a través del ciclo del proyecto.*
> *- Indicadores: VPN, TIR, WACC, CAPEX.*
> *- Revisar la metodología de los modelos.*
>
> *Objetivo No 2. Estudiar el comportamiento de los principales rubros del CAPEX y OPEX ejecutado durante la construcción de la hidroeléctrica y su respectiva comparación con los inicialmente presupuestados.*
>
> *Actividad a desarrollar*
> *- Análisis comparativo de los valores emitidos en el objetivo número 1*
>
> *Objetivo No. 3. Realizar un análisis comparativo de las modificaciones frente al presupuesto inicial de los principales rubros del contrato BOOMT firmado entre Hidroituango y EPM.*
>
> *Actividad a desarrollar*
> *- Análisis marginal – Lucro cesante causado y proyectado.*

Objetivo No. 4. Cuantificar el costo de oportunidad en el que se incurrió por el hecho de no poder poner en funcionamiento de la hidroeléctrica cuando inicialmente se había previsto. En particular, en relación a potenciales beneficios que se dejaron de percibir durante la ejecución del proyecto en plazos posteriores a los inicialmente presupuestados.

Actividad a desarrollar
- Revisión del lucro cesante desagregado en cada uno de los componentes del modelo"

Sin embargo, se repite, el análisis realizado por la Universidad Nacional y que fue tomado por Este Despacho del Informe técnico entregado en desarrollo de la actuación especial, se centró en aplicar una metodología que permitiera evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, realizar un análisis comparativo de los diferentes rubros del proyecto Capex y Opex durante el desarrollo del proyecto respecto de los inicialmente presupuestados, realizar análisis Marginal del lucro cesante y cuantificar el costo de oportunidad por el hecho de no haber puesto en funcionamiento el proyecto.

En este contexto resulta claro que la Universidad tenía la obligación de analizar conforme a una metodología idónea, todas las inversiones realizadas en razón del proyecto independientemente de las razones que hubiesen dado origen a la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior y por tratarse de puntos de derecho (existencia de un daño, conducta y nexo de causalidad) correspondió al Despacho y así se hizo en el auto de imputación, valorar el informe técnico con el resto del material probatorio obrante en el plenario, a la luz de la sana crítica y la persuasión racional.

Lo que permitió concluir al Despacho que las inversiones que tuvieron lugar con posterioridad a la mal denominada contingencia, también fueron injustificadas y obedecieron a una cadena del hechos sucesivos y concatenados producto de conductas concurrentes de los involucrados que llevaron al proyecto a un Estado de vulnerabilidad que terminó desencadenando en los eventos de 2018 que fueron llamados "contingencia".

Prosigue el apoderado afirmando que:

(v) No hay lugar a concluir que el incremento de las inversiones supone un daño patrimonial al Estado cuando dicha conclusión no tiene en cuenta que el aumento obedeció, entre otras, a situaciones establecidas en el Contrato BOOMT y que el mismo negocio dispone que se computarían al finalizar la etapa de construcción de la hidroeléctrica Así las cosas, enseguida se procederá a estudiar las decisiones que, según el operador de control fiscal, supusieron inversiones injustificadas con el propósito de demostrar que las mismas eran necesarias Esto último, porque se constituían en imprescindibles para efectos de conjurar

y evitar que los retrasos consumados antes de la suscripción del BOOMT por el señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE como Gerente de EPM-I irradiaran sus consecuencias hasta el punto de presuntamente impedir la entrada en operación de la hidroeléctrica en noviembre de 2018.

En este punto es importante precisar que el Proyecto contiene un modelo financiero que se utilizó a efectos de realizar el cierre del negocio. En este contexto, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta comercial, no tiene porqué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.
Ahora bien, dado que en todo caso se trata de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.
Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

Sobre este argumento, es necesario precisar que los modelos financieros analizados por La Universidad Nacional en el informe técnico obrante en el plenario, fueron desarrollados por expertos, que en este sentido los mismos debieron tener en cuenta todas las variables necesarias para que fuera suficiente para entender que el proyecto era viable para las partes del contrato, por lo que las posibles variaciones que el modelo presente en la realidad, debe atender a un margen razonable.

Ahora bien, la no inclusión de imprevistos pareciera más atender a la lógica que EPM quiso imponerle al contrato al consagrar las salvedades en el contrato BOOMT, pero tal como se explicó esta es precisamente la conducta que se cuestiona desde la responsabilidad fiscal,

Ahora bien, frente al hecho de que las conductas identificadas por este Despacho y desplegadas desde 2008 fueron determinantes para que se consolidara el daño al patrimonio del Estado, se relacionan más con un argumento referido al nexo de causalidad, por lo que se ahondará sobre ello más adelante al dar respuesta a los

argumentos que se dirigen precisamente a cuestionar las conductas y el nexo de causalidad.

Aduce el apoderado:

> ***1) La Galería Auxiliar de Desviación no se concibió ni se adoptó como medida para que el Provecto generara energía "a toda costa".***
>
> *En noviembre de 2018, sino como solución técnica y financiera para minga las dificultades geológicas encontradas en el área en donde se construía La Contraloría General de la República sostiene que la Galería Auxiliar de Desviación (en adelanta, la "GAD") es una de las inversiones injustificadas en la concreción del daño, debido a que - presuntamente - incrementó los costos del Proyecto, así como los riesgos de este sin que su construcción fuese necesaria. Al respecto, señala que constituyó una de las supuestas decisiones improvisadas que introdujeron modificaciones sustanciales a las características de la obra y que se ejecutaron para intentar generar "a toda costa" en noviembre de 2018.*
>
> *Ahora, a pesar de las consideraciones del órgano de control fiscal enseguida demostraré que no tienen sustento, pues la construcción de la GAD supuso la decisión más favorable pata el Proyecto desde el punto de vista técnico y financiero y su ejecución estaba debidamente justificada Por consiguiente, no existía el supuesto incremento de riesgos, ni de costos, muy diferente a lo que implicaba continuar con la construcción de los diseños originales. La GAD se concibió como una alternativa con la finalidad de menguar los efectos negativos generados por las condiciones geológicas y geotérmicas diferentes a las que se habían presupuestado conforme a los estudios originales entregados por la Sociedad Es importante resaltar que esta circunstancia constituía una complejidad técnica impredecible antes de ruciarse la construcción del Proyecto y que, en todo caso, no obedeció a decisiones de mi mandante.*
>
> *Para comprender el contexto y la necesidad de la GAD, es pertinente abordar y delimitar cuál fue el problema geológico presentado Al respecto, se tiene que en el sitio de las obras se presentaron unas disconformidades entre las condiciones geológicas y geotécnicas presupuestadas en los estudios originales y las existentes en el terreno donde debían tener lugar las obras requeridas para la instalación de las estructuras de cierre, contempladas para los túneles de desviación (Derecho e izquierdo) Esta diferencia complejizaba gravemente la instalación de las compuertas e incrementaba el riesgo para su ejecución. En esa línea, las disconformidades entre las condiciones geológicas y geotérmicas presupuestadas conforme a los estudios originales y las existentes en el terreno en donde irían alojadas las estructuras de cierre suponían la necesidad de efectuar un tratamiento complejo y que no auguraba mayor éxito en el cronograma y en la disminución de riesgos Esto quedó detallado en el documento denominado "Proyecto Hidroeléctrico Ituango Sistema Auxiliar de Desviación (SAD).*

Documento de Acuerdo para Incorporar las Obras de dicho Sistema a los Parámetros Técnicos del Proyecto", en los siguientes términos "Conforme a lo establecido en el programa director del Proyecto Hidroelécnico Ituango que fue incorporado al contrato BOOMT, el río Cauca debía desviarse por el contratista de obras civiles principales a principios del año 2013, no obstante debido a una serie de dificultades primordialmente técnicas, problemas de adquisición de predios y afectaciones de orden público que ocasionaron inconvenientes para terminar oportunamente las vías de acceso, así como problemas geológico geotécnicos en el sitio de construcción del portal entrada de los túneles de desviación originales; no fue posible terminar todas las obras civiles consideradas en el alcance del contrato de construcción a cargo del Consorcio CTIFS para el primer verano de 2014, especialmente las relacionadas con la construcción de las estructuras e instalación de elementos metálicos que permitirían alojar las compuertas que en el 2018 clausurarían los túneles dando inicio al llenado del embalse"

Esta situación también fue constatada por la Autoridad Ambiental, en su rol de seguimiento y control a la licencia ambiental que había otorgado al Proyecto Al respecto aludieron lo siguiente 'Que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales —ANLA, una vez revisada, analizada y evaluada la información presentada por HIDROITUANGO S A ESP, obrante en el expediente LAM2233 y realizada la visita técnica de evaluación ambiental al proyecto, expidió el CONCEPTO TECNICO 4962 del 27 de septiembre de 2016.
( )
Sobre la DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, en el Concepto Técnico 4962 del 27 de septiembre de 2016, se considera lo siguiente Con fundamento en la evaluación del estudio con el cual se solicita la modificación de la Licencia Ambiental y la visita técnica realizada durante los días 31 de julio al 2 de agosto de 2016, la ANLA se permite señalar lo siguiente. Los túneles de desviación autorizados mediante Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009, se encuentran en operación desde febrero de 2014. No fue posible la instalación de las compuertas por la inestabilidad de las rocas en este sitio, lo que hubiese permitido el llenado del embalse luego de la culminación de la presa En la visita se observó el paso del lío Cauca por el portal de enriada de los túneles de desviación sin que se presente ninguna interrupción en su flujo igualmente se observó el estado de meteorización y fracturamiento de la formación rocosa metamórfica en la cual no fue posible instalar las compuertas
En ese contexto, solamente era viable la ejecución de los diseños originales para la desviación del río Cauca si se desarrollaban previamente las actividades necesarias para la estabilización del terreno previo a la instalación de las compuertas No obstante, no existía certeza del éxito de estos trabajos, lo que implicaba decidir si se asumían riesgos inconcebibles durante la operación de los túneles. Ahora, insistir en los diseños originales de ningún modo garantizaba que, una vez efectuados los tratamientos a la roca, se hubiera podido instalar las compuertas en los túneles de desviación Lo anterior, en razón a la deficiente calidad geológica del suelo del sitio donde debían llevarse a cabo las obras, referida con precedencia De modo

que, existía una alta incertidumbre sobre el éxito de las obras porque podía ocurra que una vez realizadas cuantiosas inversiones para el fin mencionado y llegado el 2015 no se pudiera desviar el río con las estructuras de cierre, o desviado, se presentaran movimientos de nena que hicieran colapsar los portales y ocasionaran el taponamiento de los túneles Todo lo anterior, generando una avalancha que hubiese afectado trágicamente a las comunidades aguas debajo de la construcción Sobre este aspecto da cuenta la "Solicitud de Modificación de Licencia Ambiental para la Construcción de un Sistema Auxiliar de Desviación (SAD) Proyecto Hidroeléctrico Ituango Documento Aclaratorio sobre los Avances en los Diseños" de febrero de 2016.

"A continuación se presentan algunas aclaraciones sobre la estabilidad del macizo rocoso en la zona del portal de entrada de los túneles de desviación originales, que obligaron a tomar la decisión de desviar sin la instalación de compuertas en dos de los ramales de los túneles de desviación originales, y que se suman a las ya anunciadas justificaciones de tema predial, vial y de ejecución contractual anunciada en el documento de solicitud de Modificación de Licencia Ambiental presentado en el mes de diciembre pasado Las características geológicas del sector donde se emplaza el portal original de los túneles de desviación corresponden a una ladera donde se aprecia, en la parte superior, un depósito de vertiente suprayaciendo sobre un horizonte de meteorización IC-IIA, y hacia la parte inferior y en la mayoría del afloramiento un horizonte IIA, de roca gnéisica cuarzo feldespática. Dentro de las características de la roca, se diferencian áreas con roca poc fracturada y masiva, RQD: 80%-90%, GSI: 70-80 y áreas con afectación por la presencia de delgadas cizallas, disminuyendo las características geotécnicas. RQD :40%-50%, GSI: 55-65.

En conclusión, las condiciones geológicas y geotécnicas del Portal de Entrada de la desviación presentaban desafíos considerables para la conformación de las obras que ameritaban planeación y recursos específicos para cumplir con las metas de tiempo definidas en el programa, con la garantía que requería la estabilidad de esta zona dado que un deslizamiento podría taponar las estructuras de entrada del sistema de desviación situación esta inadmisible"

En el mismo sentido, conceptuaron los asesores externos que contrató el Consorcio CCCI para la evaluación de las alternativas en el informe denominado" Análisis de las obras y etapas para el desvío del no" de DMBB Projetos Ltda. EGA Engenharia "Las principales conclusiones son
- El manejo del no según el proyecto original es adecuado para este tipo de obra
- La decisión de hacer, o no, los cortes y tratamiento de la ladera derecha encima de la cota 260m (previstos en la solución original) es decisiva en cualquier alternativa Los riesgos asociados a estas excavaciones en el contexto topográfico y geológico son muy grandes pudiendo comprometer el cierre futuro de las estructuras de desviación 6 1 2 Excavación de la ladera de la margen derecha arriba de la cota 260m

La ladera de la margen derecha, en el local donde están siendo implantado los emboques de los túneles, presenta características geométricas, geológico-estructurales y cinemáticas desfavorables en relación con la estabilidad de la ladera Existen riesgos de inestabilidad local (caída de bloques) e inestabilidad global (rupturas planas con movilización de grandes masas de roca) que son amplificados por las vibraciones y el inevitable relajamiento que el desmonte con explosivos deberá provocar".

Además del riesgo en la seguridad física de la obra que suponía continuar con la construcción de los diseños originales, implicaba que el Proyecto acumulara más retrasos que derivarían en (i) imposibilidad de iniciar la construcción de las obras principales, es decir, la construcción de la presa, de la casa de máquinas, entre otras, y 00 la existencia de un incumplimiento grave e insalvable certificado por el Auditor Externo de la CREG, Deloittc, por tener un retraso mayor a un año Sobre el particular, se tiene que lo pretendido por el ente de control — esto es, la construcción de los diseños originales — hubiese significado asumir perjuicios económicos tasados en aproximadamente SETECIENTOS TREINTA MIL MILLONES DE PESOS (COPS 730 000 000) La concreción de esta situación — que el despacho omitió analizar al momento de definir el supuesto daño — hubiese destruido el valor presente del Provecto De Igual forma, otra alternativa – que insinúa la CGR debió adoptarse - era abandonar la construcción de la hidroeléctrica, sin embargo, omite manifestar que dicha determinación sí hubiese causado un perjuicio al erario, toda vez que nunca se hubiera logrado obtener el retorno de las inversiones y lo gastado nunca se recuperaría En ese sentido, cualquier decisión que se hubiera adoptado hubiese supuesto el inicio de una actuación de esta naturaleza, porque ninguna decisión hubiese satisfecho al órgano de control fiscal.

En el "Informe sobre la Alternativa de Encomendar parte de las Obras de Desviación al Consorcio CCC Ituango", de septiembre del año 2013, se señalaron las consecuencias económicas de aplazar la desviación del río Cauca para el 2015, en los siguientes términos:

"4. CONSECUENCIAS DE APLAZAR LA DESVIACIÓN PARA ENERO DE 2015:

Teniendo presente que la desviación del no Cauca no es viable después de pasado el segundo verano de 2014, dadas las condiciones hidrológicas que históricamente presenta el río en este período, no desviar en junio de dicho año implica aplazar la desviación hasta el primer verano de 2015, periodo en el cual las condiciones hidrológicas vuelven a ser favorables para realizar la desviación.
Este escenario conlleva a renunciar a la posibilidad de entrar la primera unidad de generación en noviembre de 2018, con las siguientes consecuencias:
• Le ejecutan a EPM la garantía de cargo por confiabilidad Costo aproximado COPS 28 145 Millones, a ser ejecutadas en el año 2014 Dicho valor de garantías no considera la posibilidad de que el auditor, exija el aumento de la misma hasta en un 200% antes de ser ejecutada. Si dicha exigencia se

llegara a presentar, el valor de la garantía ejecutada ascendería a COP$ 84 434 Millones.
• Se le aplican a ÉPM las multas de apremio establecidas en el contrato BOOMT Costo aproximado COPS 10 462 Millones, a ser ejecutadas en el año 2020
• Se pierden los ingresos por venta de energía en un período de seis Meses Costo aproximado COP$ 478 127 Millones
• Se pierde la asignación del cargo por energía firme que tiene asignado el proyecto Costo aproximado Por efecto de la pérdida del cargo por confiabilidad, la disminución en los ingresos sería de COPS 156 214 Millones

De acuerdo con lo anterior, el impacto económico de postergar la desviación del rio Cauca, de junio de 2014 al primer verano de 2015, asciende a la suma aproximada de COP$ 730.000 Millones". (Énfasis añadido)

Bajo el escenario planteado, la construcción de la GAD era la alternativa que mayores beneficios traía para la seguridad física y económica del Proyecto Adicionalmente, pero no menos Importante, no Implicaba una inversión Injustificada, sino necesaria e imperativa para asegurar la fiabilidad de la hidroeléctrica Además, para efectos de lo estudiado en este título, era la decisión que no impactaba de manera negativa el valor del Proyecto. En contraste a los perjuicios enunciados - que sí implicaban la destrucción del valor del Proyecto - la construcción de la GAD valía 55 mil millones De ahí que, se erigiera como la alternativa necesaria y debidamente justificada

Así las cosas, no puede tenerse la GAD corno una Inversión injustificada Todo lo contrario, con precedencia se demostró que esta galería se concibió para mitigar los efectos negativos que significaron las diferencias entre las condiciones geológicas y geotécnicas presupuestadas en los estudios originales y las encontradas en el sitio de las obras En esa línea, era imperativa su construcción. De igual forma, al tener un costo menor frente a los perjuicios que se generaban por su no ejecución, no destruía el valor del Proyecto Esto último desvirtúa lo aseverado por el ente de control fiscal, que dicho sea de paso, no evaluó el escenario en el que no se ejecutaba la GAD y se continuaba la obra en las condiciones iniciales. En conclusión, la GAD no quedaba en ruta crítica y permitía resolver todos los problemas que se tenían (geológicos, cronograma etc) En valor presente, los costos de aplazar por un año la entrada en servicio del proyecto ascendían a cerca de 730 mil millones de pesos, mientras que el costo de la GAD fue estimado en ese momento por los asesores e interventores en 55 mil millones Esta fue una decisión diligente y fundamentada que evitaba una pérdida apreciable de valor del proyecto Es absurdo atribuir a la decisión de construir la GAD una demora en la entrada en operación, cuando realmente, y está demostrado, evitó un retraso adicional de por lo menos un año La tesis de la CGR de que la causa del derrumbe en la GAD fue su construcción es insostenible. De otro lado, es errada la afirmación de la CGR respecto a que la desviación del río no se efectuó con las estructuras de cierre porque al 31 de diciembre de 2013 no se encontraban contratadas'6 De ahí que, en su criterio errado, esta también haya sido la razón para realizar la desviación sin las

estructuras de cierre. Este argumento desconoce las dificultades geológicas y los retrasos señalados, razones que se constituyeron en los motivos para que hayan tomado]a determinación de construir la GAD.

Al respecto, no es corriente, porque no es necesario, que en un Proyecto de esta magnitud se compren esas compuertas con tanta anticipación, porque ello implica una desoptimización de las inversiones, de los riesgos y de los seguros, por comprar un equipo pata tenerlo guardado por vanos años en un patio, además del deterioro técnico que inevitablemente sufren los sellos de esas compuertas con el paso del tiempo. Lo que se requiere es comprar e instalar las guías de esas compuertas en la estructura civil antes de la desviación, para que, cuando sea el momento de embalsar, años después, se puedan instalar las compuertas y cerrarlas Para eso hay ya suficiente experiencia y protocolos técnicos que garantizan la precisión dimensional y el buen funcionamiento.

En el caso concreto de 'Mango, las compuertas de la desviación se necesitaban solamente para cuando la presa estuviera en la cota 320, es decir, más de dos años después del desvío del tío, porque en ese momento había que cenar el túnel izquierdo para poder construir la descarga de fondo, situada en el interior del mismo. Por otra parte, dado que la construcción de la descarga de fondo se tomaría aproximadamente 10 meses a partir del cierre del túnel izquierdo, entonces sus guías y compuertas se necesitaban unos 3 años después del desvío. En el Proyecto Ituango, la fabricación, suministro y montaje de las guías de las compuertas de la desviación hacían parte del objeto y alcance del Contrato de los Túneles de Desviación suscrito con el consorcio Ferrovial, Este consorcio las contrató con la empresa local Industrias Ceno, firma que las fabricó y las entregó, así:
• Elementos empotrados en primario febrero 2013
• By pass y sistema de aireación julio-agosto 2013
• Guías, blindajes y asientos, sept-octubre 2013

Es decir, desde febrero del 2013 se empezaron a reciba componentes, en coherencia con la secuencia de montaje, y en octubre estaba todo en obra Lo que ocurrió es que, a pesar de tenerlas disponibles, no se instalaron en los túneles de desviación originales, por las razones geológicas y de nesgo que aunque ya fueron ampliamente explicadas, se reiteran En el lugar donde debían construirse las obras civiles para instalar las compuertas de cierre de los túneles de desviación cuando llegara el momento de llenado del embalse se encontrar condiciones geológicas y geotécnicas diferentes a las identificadas en los estudios previos Se trata de compuertas de 285 toneladas de peso cada una, lo que implica que las obras civiles que deben soportarlas son de gran magnitud y su estabilidad en el tiempo nene que estar garantizada Debido a las condiciones geológicas adversas encontradas en el lugar de instalación de las compuertas, se incrementaron significativamente la dificultad y complejidad de mantener este sino y surgieron incertidumbres sobre las condiciones de estabilidad que se requerían Abordar este problema implicaba la ejecución de obras civiles más grandes, más complejas y más demoradas que las previstas inicialmente Aun así, la inestabilidad del terreno encontrado hacia surgir el riesgo del

eventual derrumbe de la estructura allí construida, ocasionando el taponamiento incontrolado de los túneles de desviación y el llenado incontrolado del embalse, en una etapa temprana o intermedia de las obras, con consecuencias inevitablemente catastróficas Por otra parte, la mayor demora en la construcción de esta estructura Civil para las compuertas implicaba que la desviación del río debía aplazarse al primer trimestre de 2015, comprometiendo la entrada en operación comercial prevista para diciembre de 2018, con todas las consecuencias económicas derivadas de la ejecución de garantías CREG, perdida de cargos de confiabilidad, entre otras Por estas razones ERNI, bajo recomendación del diseñador, no disponía de ninguna alternativa distinta a descartar la instalación de las compuertas de cierre en el sitio inicial y más bien construir la GAD en un sitio aguas arriba que ofreciera las garantías de estabilidad que eran imperativas Con esta decisión, se resolvió el problema del riesgo de derrumbe, que era el principal riesgo y era inaceptable, y al mismo tempo se evitó retrasar el proyecto por un tiempo de mínimo un año y quizás mayor En síntesis, la presunta "contratación tardía" de las compuertas de desviación, afirmación que es claramente incorrecta porque todas las compuertas y equipos hidromecánicos se compraron y recibieron en bodegas del Proyecto con holgura adecuada respecto al cronograma, no tiene nada que ver con la decisión de la GAD.

Finalmente, aunque no nene que ver con el elemento del daño, es importante desvirtuar lo afirmado en el Auto de Imputación consistente en que la GAD hacía parte de las estrategias de aceleración Al respecto, se tiene que ésta no tiene nada que ver con ningún plan de aceleración, porque su construcción no estaba en la ruta crítica La decisión de construir la GAD se tomó en el 2013, dos años antes de la otra estrategia que cumplía y atendía propósitos muy diferentes a los de la referida galería Es decir, la GAD, que luego se denominó SAD, no cumplía la función de independizar obras subterráneas de obras exteriores En todo caso, no perjudicaba el valor presente del Proyecto frente a las demás alternativas

***2) El Plan de Aceleración - al igual que la GAD - no supuso una inversión Injustificada**.*

En el Auto de Imputación de forma insistente refiere que el Plan de Aceleración se ejecutó con el único propósito de que la hidroeléctrica entrara en operación en noviembre de 2018 De ahí que, en su concepto, no estuviera justificada y se constituyera en una inversión que presuntamente destruyó el valor del Proyecto. Sin embargo, al igual que con la GAD, omitió efectuar un análisis del contexto en el que se optó por su ejecución y, convenientemente, analizar y reconocer las pruebas de que dicha estrategia fue efectiva porque volvió a meter al proyecto dentro del cronograma, tal como fue certificado por Debute (el auditor de la CREG) y por la reaseguradora ZURICH Es decir, no evaluó las consecuencias que tenía para el valor presente neto del Proyecto el no dar vía libre al Plan de Aceleración Se tiene que el Proyecto enfrentaba un retraso aproximado de 20 meses, cuya causa principal obedecía a las condiciones geológicas y geotécnicas diferentes a las que se habían presupuestado conforme a los

estudios originales Concretamente, los desprendimientos en la casa de máquinas Estos acontecimientos significaron un retraso, no atribuible a la gestión de EPM, de aproximadamente ocho (8) meses Lo manifestado se puede verificar en el Anexo 16 del Acta de Junta Directiva de EPM Nro 1595 del 16 de mayo de 2015

(…)

En el mismo sentido, en el "Informe de Justificación de Implementación de Estrategias de Aceleración de Obras del Proyecto" de diciembre de 2015 constan las situaciones que =pactaron el programa, así se han presentado diversas situaciones de carácter primordialmente técnico, de orden público y otras circunstancias que han afectado el cronograma de obras originalmente considerado, tanto para el contrato de construcción de obras de desviación como para el contrato de construcción de obras civiles, las cuales se definen a continuación:

- Retraso en la entrega de las vías de acceso al proyecto. materialización de condiciones geológicas y geotécnicas más complejas que las estimadas en las etapas de exploración preliminar y diseño, ocasionaron que las vías de acceso a los principales frentes de obra no estuvieran disponibles con lo inicialmente planeado, situación ésta que a su vez, finalmente resultó impactando la adjudicación de los contratos de desviación y obras civiles principalmente, así como el cronograma del proyecto.
- Adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación Para poder cumplir con la fecha de desviación del río Cauca originalmente considerada poi I II, es decir, la primera quincena del año 2013, y teniendo en cuenta el tiempo considerado por el Diseñador (90 días calendario) para demoler los tabiques de protección contra el no, ubicados en los portales de entrada y salida de los túneles de desviación poi parte del Contratista de obras civiles principales, la orden de inicio del contrato de construcción de obras de desviación debió haberse dado por tardar en el mes de febrero de 2011 Lo anterior, dado que el plazo considerado por FII para ejecutar dicho contrato era de 610 días
Finalmente, luego de suplir todas las etapas necesarias en EPM Ituango se adjudica el contrato de construcción de obras de desviación, túnel de acceso v construcción de galería superior norte al Consorcio CHES y se imparte la orden de inicio anticipada del contrato el 11 de agosto de 2011 Como consecuencia de todo lo anterior, el Contratista de la desviación no logra entregar oportunamente el túnel de desviación y el túnel de acceso a la central, situaciones estas que impactan el programa de construcción de obras, tanto del contrato de desviación como del contrato de obras civiles principales, retrasando el cronograma de obras del Proyecto, Ituango en 13 meses, dado que la desviación del rio Cauca solo pudo realizarse el 14 de febrero de 2014.
- Problemas presentados durante la ejecución del contrato de obras civiles principales Luego de adjudicado el contrato de obras civiles principales del Proyecto al Consorcio CCC Ituango e impartida la orden de micro el 1° de octubre de 2012, se presentaron afectaciones de carácter geológico en el

complejo de cavernas que impactaron el cronograma de construcción de obras principales en aproximadamente 7 meses adicionales.

De manera resumida, las dos situaciones imprevistas más relevantes de carácter geológico que hasta la fecha han afectado el oportuno desarrollo de las excavaciones del complejo de cavernas, son;

1. Desprendimiento de roca desde la bóveda de la culata sur de la caverna de transformadores a mediados del mes de febrero de 2014.

2. Desprendimiento de roca desde la bóveda de la culata norte de la caverna de máquinas a principios del mes de enero de 2015.

Así mismo, durante el desarrollo de las excavaciones exteriores se presentaron condiciones geológicas desfavorables en la zona de pozos de compuertas y captación, así como en la parte alta de las excavaciones para el núcleo de la presa en la margen izquierda." (Énfasis añadido)

En este escenario, lo prudente, diligente y eficiente pala con el Proyecto era buscar y evaluar estrategias con mitas a recuperar el tiempo del atraso - sin que la ejecución de estas implicara sacrificar la calidad de las obras y las buenas prácticas de la ingeniería - y permitir la entrada en operación en diciembre de 2018 Lo contrario, esto es, continuar la construcción de la I Hidroeléctrica sin desarrollar ninguna estrategia pata ubicarlo dentro del Cronograma Director, significaba asumir las consecuencias económicas de no entregar energía en noviembre de 2018 Sobre el particular, en el mismo Informe se relacionan los perjuicios de no adoptar ninguna determinación, así:

"De no pactarse oportunamente esta propuesta de aceleración y en consecuencia no lograr la entrada en operación comercial en diciembre 1 de 2018, se presentarían estas consecuencias Dejar de recibir los ingresos por ventas de energía en el MEM, tanto por contratos como por bolsa de energía (estimado anual de 300 millones de USD) Perder la asignación de obligaciones de energía en firme por 1085 GWh por 20 años valoradas a un precio de 13,998 L'SD/MWh (dólares de 2008). Ejecución de la garantía de entrada en operación comercial de las cuatro unidades por un monto de 41 383 938 dólares Ampliación del plazo de la garantía de conexión cuyo monto actual es de 272 370 987 024 pesos Cada mes de atraso en la entrada del proyecto acarrea pago de cargos de operación al transmisor (ISA), correspondiente a COPS 6.637 Millones mensuales (Corrientes 2014) " (Énfasis añadido)

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que no adoptar ninguna estrategia para reducir el tiempo de retraso del Proyecto, implicaba que el Auditor Externo de la Colisión de Regulación de Energía y Gas — CREG — en su informe semestral declarara la existencia de un incumplimiento grave e insalvable, que según el parágrafo del artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007 se configuraba cuando "la puesta en operación de la planta o unidad de generación tendrá un atraco mayor a un ario, contado a partir de

la pina de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación", supuesto que se cumplía en el caso objeto de estudio, toda vez que el atraso era de aproximadamente 24 meses Esta declaratoria suponía que el Proceso perdiera todos los beneficios económicos recibidos en la subasta que le asignó las obligaciones de energía en firma y, además, ejecutara las garantías Esta situación no la evaluó la CGR, solamente dedujo que la implementación del Plan de Aceleración suponía una inversión injustificada sin argumentar razón alguna para catalogarla así En esa línea, dejó de lado que no haber optado por ninguna estrategia — teniendo en cuenta el contexto de ese momento — sí suponía la destrucción del valor del Proyecto Lo anterior, por cuanto se hubiese aceptado que la Hidroeléctrica no entraría en operación en la fecha pactada y aceptado los perjuicios que se generaban y que afectaban negativamente el valor de la obra En el sentido de lo manifestado, en contaste con los perjuicios económicos de no ejecutar ninguna estrategia, los costos del plan de recuperación de tiempo (Plan de Aceleración) eran significativamente bajos frente a lo que implicaba no hacer nada Veamos "Por todo lo anterior, EPM propone este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 más $70.000.000.000 (máximo) por utilidad."

De igual forma, el benefició del Plan de Aceleración se veía reflejado en el Valor Presente Neto, como se ve en el "Informe de Justificación de Implementación de estrategias de Aceleración de obras del Proyecto en el beneficio en Valor Presente Neto (VPN) del proyecto para diferentes escenarios de recuperación de atraso, incluyendo el esquema. En este escenario, se aprobó un plan que implicaba lo siguiente (i) la construcción de galerías y accesos para desligar las obras subterráneas de las de superficie, con el propósito de acceder más rápido a los frentes de obra, (u) el incremento de la productividad implementando más turnos, y (ni) la adquisición de equipos especializados adicionales para obtener mayores rendimientos con menos riesgos.

Vemos que no se encontraba la GAD como una actividad de la estrategia, contrario a lo sostenido por la CGR. Lo anterior, porque el Plan de Aceleración tenía un propósito distinto al de la GAD Sobre esto, en el informe citado hac referencia a las "Acciones a realizar" en los siguientes términos• "Teniendo en cuenta que, en el cumplimiento del programa de obras del contrato de obras civiles y principales, el Contratista laboraba en dos turnos diarios de 11 horas, uno diurno y otro nocturno durante 12 días, para luego descansar 2 días completos (un fin de semana) ello generaba una suspensión real en la producción de la obra cada 12 días del orden de 4 días considerando los desplazamientos a la obra y los tiempos de empalme y rotación de las jornadas diurna y nocturna Con el propósito de acelerar las obras del proyecto, se implementarán tres (3) turnos de 14 días, que rotan de tal forma que la obra permanentemente está en actividad días y noche durante los 7 días de la semana.

Así mismo, esta estrategia involucra la inclusión de equipos adicionales para suplir la actividad permanente de obra, estrategia esta, que, aunada al incremento de un turno adicional, permite incrementar la productividad de la obra y recuperar atrasos:

- Equipos especializados adicionales para implementar cambios en procedimientos constructivos de algunos frentes con el fin de viabilizar mayores rendimientos con menos riesgos, buscando holguras en actividades con alta vulnerabilidad geológica y geotécnica. Además, dentro de esta línea de acción se usarán metodologías constructivas y recursos adicionales tales como formaletas, pórticos y otras medidas complementarlas que permitan optimizar los tiempos de construcción y, a la vez, garanticen altos rendimientos en actividades ejecutadas de manera simultánea, tales como excavación de pozos, formaletas adicionales para vaciados de concreto en el completo de cavernas, etc " (Énfasis añadido) En definitiva, el Plan de Aceleración era una estrategia que permitía recuperar el tiempo perdido en el desarrollo de las obras y posibilitaba que entrara en operación en noviembre de 2018 De ahí que, si se comparaba las implicaciones que tenía la ejecución del Plan de Aceleración con los perjuicios de las alternativas restantes, esto es 0) no ejecutar ninguna acción y continuar con los retrasos, y en gracia de discusión, abandonar el Proyecto, alternativa que, no sobra decirlo, no existía, porque el Proyecto Ituango era de Interés nacional estratégico y social (PINES), como pieza fundamental e indispensable pata garantizar el abastecimiento energético del país, la estrategia de recuperación de atrasos no afectaba, m destruía el valor presente del Proyecto Por el contrario, lo viabilizaba y permitía su conclusión dentro de los términos presupuestados Ahora, la prueba de que el "Plan de Aceleración" cumplió su objetivo, es decir, recuperó el tiempo perdido y ubicó el Proyecto dentro del Cronograma Director, es que días antes de la contingencia el programa presentaba un cumplimiento aproximado del 100% respecto de lo proyectado Por consiguiente, se constituyó en una decisión acertada Sobre este asunto en el "Informe de Interventoría del primer trimestre de 2018", el Consorcio Interventor sostuvo. "De acuerdo a la tabla antenor para el mes de marzo de 2018, se tenía programado ejecutar el 1,45% del avance según programa con aceleración y se ejecutó el 1,64%, lo que indica que se cumplió en un 113% Para un programado acumulado de 92,11%, se obtuvo un ejecutado acumulado del 90,95%, cumpliendo en un 99% con el programado acumulado.

Esta situación fue evidencia en la Junta Directiva de 141, así:
- Acta Nro 177 del 21 de noviembre de 2017
La Administración de la Sociedad (Gerente y funcionarios de HI presentó el informe del avance financiero y de la obra civil del Proyecto que daba cuenta de una recuperación de los atrasos y que las estrategias implementadas eran acertadas y daban los resultados esperados y no se advertía alarma de que la Hidroeléctrica no entraría en operación en diciembre de 2018 En esta reunión también se evidencia que el "Plan de Recuperación de Atrasos" (Plan de Aceleración) implementado estaba cumpliendo su objetivo, pues se apreciaban los avances proyectados y la recuperación del equivalente a 20

meses de atraso Igualmente, en misma sesión se aprovechó para comparar los resultados del plan de aceleración con el Cronograma Directo' del Contrato BOOMT Lo anterior arrojó como resultado del ejercicio, un avance del 75%, con lo que se cumplió con la meta propuesta posibilitando la entrada en operación en diciembre de 2018
- Acta Nro 179 del 23 de enero de 2018
En esta sesión nuevamente la Administración de la Sociedad (Gerente y funcionarios de HI) presentó el informe del avance financiero y de la obra civil del Proyecto que daba cuenta de una recuperación de los atrasos y que las estrategias implementadas eran acertadas y daban los resultados esperados Sobre este último, la Gerencia General expuso que había un buen comportamiento de costos Frente al primer punto, se verificaron lo adelantos significativos en obra, para este momento el avance era del 85,72% El cumplimiento de los objetivos propuestos con el Plan de Recuperación de Atrasos ("Plan de Aceleración") daba tranquilidad a la junta
- Acta Nro 180 del 20 de febrero de 2018
En esta oportunidad, la Administración de la Sociedad (Gerente y funcionarios de HI) presentó el informe del avance financiero y de la obra civil del Proyecto Frente a este último aspecto, se constata que se estaba dentro de los términos esperados para una obra de esta magnitud y que se había cumplido el objetivo del Plan de Recuperación de atrasos Al Este mismo aspecto lo cotejó el inspector del Reasegurador Zurich, Dr Nigel Leggel Sobre el particular en el documento "Project Risk Engineering 2017/2018 Update" de fecha 26 de abril de 2018, sostuvo que estaba probado que las medidas de aceleración fueron ampliamente efectivas, asegurando un progreso de la obra de 81,4% comparado con el 82,5% programado Dice, además, que la operación comercial de la unidad 4 (esta es la primera unidad programada para operar) está programada para noviembre del 2018 y esta meta podrá ser lograda. Adicionalmente, señala que la gerencia y desarrollo del Proyecto se consideran buenos y consistentes con las mejores prácticas internacionales, así:

(…)

"Después de demoras en la construcción en las primeras etapas del proyecto, principalmente relacionadas con problemas de geología deficiente e inestabilidad del terreno, se desarrollaron estrategias para acelerar las obras v en 2015 EPM acordó un programa de línea base acelerado revisado con el contratista principal CCC Las medidas de aceleración han demostrado su eficacia en gran medida y el avance general del proyecto es del 81,4% frente al 82,5% programado. La operación comercial de la Unidad 4 está programada para comenzar en noviembre de 2018 y este hito debe lograrse Según el programa actual, la Unidad 8 final estará operativa en marzo de 2021
( )
Se ha avanzado considerablemente en los últimos 12 meses tanto en las obras civiles como en las electromecánicas, y la gestión y ejecución del proyecto se considera buena y, en general, coherente con las mejores prácticas internacionales. El asegurado continúa involucrándose

positivamente con el proceso de gestión de riesgos de las aseguradoras, respondiendo a las recomendaciones Y proporcionando información."

En consecuencia, la puesta en marcha del Plan de recuperación del cronograma (Plan de Aceleración) se constituyó en la medida más eficiente que se podía adoptar para garantizar el futuro del Proyecto, pues implicó su recuperación en términos de tiempo y ahorros, como se vio con precedencia Todo lo contrario a lo afirmado por el ente de control fiscal consistente en que esta estrategia constituyó una inversión injustificada Lo expuesto hasta aquí demuestra que no destruyó el valor del Proyecto, lo contrario si hubiese propiciado el daño endilgado Por último, también desvirtúa la naturaleza de "inversión injustificada" y, por lo tanto, de innecesaria, que la misma junta de Asesores — que cita insistentemente el Despacho — era quien recomendaba este tipo de estrategias Sobre el particular en el Informe Nro 3 el Board sostuvo que para recuperar atrasos podría implementarse planes de aceleración, así y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa .. " Así, esta clase de estrategias estaba ampliamente avaladas por las buenas prácticas de la ingeniería.

Frente a la afirmación del órgano de control sobre la supuesta ausencia de aprobación de la junta de asesores a la construcción de la GAD La realidad es la siguiente:

En el Informe 3, de la visita de noviembre del 2013 los asesores manifiestan que no apoyan la idea de desviar sin las estructuras de las compuertas y construir un tercer túnel pero también sugiel en en este mismo informe varios procedimientos técnicos según ellos factibles pata ejecutar la propuesta que involucra la construcción de la GAD los cuales explican incluso con e~os de otras centrales Es decir, no la apoyan pero dicen que sí se puede hacer v que hay varias formas de lograrlo Adicionalmente plantean también la posibilidad de recuperar tiempos (una aceleración) en la construcción de la presa Esta opción no resultaba viable porque se trata de una presa de enrocado con núcleo de arcilla siendo este último el que determina y controla los avances en esta estructura Debido a que la zona del proyecto es muy lluviosa, y por razones de diseño y calidad en el núcleo no se podía trabajar mientras estuviera lloviendo e incluso luego de las lluvias era necesario retirar las últimas capas colocadas resultaba poco probable que se pudiera incrementar el ritmo de colocación del núcleo por encima de los rendimientos planeados en el cronograma La realidad documentada en los Informes de construcción de la interventoría demostró a la postre que hubiese sido imposible recuperar tiempo en la construcción de la presa.

Igualmente acelerar la construcción de la presa implicaba necesariamente acelerar las excavaciones del vertedero, que era la fuente de materiales para el enrocado de la presa La secuencia de excavación del vertedero estaba estructurada de manera consistente con la del enrocado de la presa, considerando vías industriales internas que garantizaran el flujo seguro y sin interferencias de las volquetas y fi entes de voladura que no generaran riesgos para los trabajadores e interferencias de maquinarias y equipos En este aspecto era muy poco lo que se podía acelerar sin incrementar riesgos

interferencias y con unos costos adicionales apreciables Acelerar la construcción de la presa también implicaba disponer de zonas de depósito provisional adicionales a las que se tenían que estaban adecuadamente ajustadas a la planeación de los trabajos Por la topografía de la zona no se veía factible conseguir depósitos provisionales adicionales cercanos a la presa por lo cual habría que recorrer grandes distancias para llevar v guardar materiales del vertedero y luego traerlos a la presa Esto impactaba la eficacia de la medida y tener también costos adicionales a recia les En resumen la posibilidad de acelerar la presa como estrategia para recuperar retrasos del provecto no se consideraba viable.

Posteriormente, en abril de 2014 la Junta Asesora en su Informe 4 da alcance y precisa el concepto que había manifestado en el Informe 3, en relación con el desvío del río por los túneles originales sin tener las obras civiles para la instalación de las compuertas quedó en evidencia en la soga declaración de la junta Asesora que no objetaba la solución de la GAD, sino que había recomendado definir en detalle el procedimiento para redirigir el flujo del río desde los túneles de desviación hacia la GAD cuando llegara el momento de hacerlo Luego, en su Informe 6 de diciembre de 2014 la Junta Asesora expresa textualmente:

"La Alternativa A [GAD] es la más sencilla entre todas y tiene la ventaja de no necesitar intervenciones en los túneles de desviación existentes Como depende exclusivamente de obras y acciones comunes en construcciones de obras de este tipo su viabilidad puede ser garantizada desde ahora" Lo anterior prueba que los asesores apoyaron la alternativa de la GAD como una solución viable tanto de ingeniería como financiera para sortear los enormes desafíos geológicos encontrados en el sitio donde inicialmente iban a estar emplazadas las compuertas de desviación y al mismo tiempo evitar un retraso adicional de mínimo un año en la entrada en operación de la central Nótese que, en este informe la Junta de Asesores afirma que la solución de la GAD depende exclusivamente de obras y acciones comunes en este tipo de obras que es exactamente una de las consideraciones que se tenían cuando los diseñadores del proyecto concluyeron que la alternativa era viable Esto es así, porque, en estricto sentido, la GAD es un túnel hidráulico como cualquier otro que se debía construir en el provecto y redirigir el flujo del río desde los túneles 1 y 2 hacia la GAD cuando llegara el momento era básicamente la misma operación que se hace cuando se desvía el curso del río en un proyecto hidroeléctrico De hecho esta actividad se realizó tal como se había planeado sin Inconveniente alguno.

R/: En primer término, aduce el apoderado que la GAD, resultó ser la "*solución técnica y financiera para afrontar las dificultades geológicas encontradas en el área en donde se construía (…)"*, afirmación que no es cierta, pues basta con analizar el material probatorio obrante, para sostener que, desde finales del año 2012, la probabilidad de no entrada en operación del proyecto en las fechas estipuladas era alta, pues desde el Acta de seguimiento al BOOMT No. 16 del 20 de septiembre de 2012, se dejó más que claro que el cronograma presentaba atrasos críticos y que la fecha de entrada en operación estipulada estaba lejos de cumplirse:

EPMI explicó que se hizo una simulación del cronograma con fechas reales; el resultado que se obtuvo es que se desplazaría la entrada en operación de la primera máquina en 9 meses.

Por lo la anterior EPMI propone modificar los hitos del BOOMT, aunque se compromete, en un esfuerzo de medios, a poner todos los recursos y todos los esfuerzos para lograr entrar en operación una unidad en el 2018. Se hizo la observación de que aunque con una sola unidad se cumpla con las OEF de 1.085 Gw- h/año para el 2018, la CREG exige que se debe cumplir con la entrada en operación de las 4 unidades.

El cronograma del BOOMT se aprobó con la entrada en operación de dos unidades en el 2018 y las otras dos en el 2019-

Debido a lo anterior, en el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013, se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos, así:

3. Desarrollo Comité

EPM expuso los temas tratados en la visita número 3 de la Junta de Asesores del proyecto Ituango. Esta junta está conformada por los especialistas Bayardo Materón, Nelson Pinto, Gabriel Fernández, Juan David Quintero y Helmut F. Miller.

A manera meramente enunciativa, se pone en conocimiento de Hidroituango los temas de la visita, se hizo énfasis en lo relacionado con la desviación, en especial al cumplimiento del hito N° 1 en la fecha prevista.

EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.

EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones. Asimismo, la Junta de Asesores planteó las siguientes tres alternativas para la segunda desviación:

1. Taponamiento del portal de los túneles colocando mallas
2. Construcción por voladura dirigida
3. Sistema combinado

Así mismo, en el Seno del comité, se advirtió que desde finales de 2012 se planteaba una probabilidad alta de que el proyecto no pudiera entrar en operación en 2018, información que tampoco fue incluida en ninguno de los informes de gerencia del señor Maya, lo que habría generado una alerta tal que le permitiera a los miembros de la junta repensar la manera como se estaba desarrollando el proyecto y tomar las mejores determinaciones para evitar seguir desarrollando planes consecutivos de aceleración e incrementando de manera significativa los gastos en perjuicio del proyecto.

En este punto, resulta necesario recordar que si bien el señor Maya no puso en conocimiento, información que se refería al núcleo esencial del proyecto Hidroituango destinado a la generación de energía; y por tanto era una materia que exigía la valoración de todas las instancias de gobierno corporativo de Hi con el objeto de evitar o mitigar los efectos adversos para el buen desarrollo del proyecto, ello no exime de responsabilidad a los miembros de la junta directiva a quienes, como se encuentra demostrado en el auto de imputación, también se les reprochó el hecho de no haber siquiera leído las actas de seguimiento al comité BOOMT en donde estas situaciones se encontraban plasmadas y podrían haber sido advertidas por cualquier persona de una simple lectura.

Así mismo, las actas de seguimiento al BOOMT, dieron cuenta de las diferentes irregularidades presentadas en el proyecto así:

En Acta de seguimiento de BOOMT de 21 del 15 de mayo de 2013, el señor Maya planteó que teniendo en cuenta los rendimiento bajos de los túneles de desviación, le inquietó si era viable desviar el río en la fecha indicada, lo anterior se expresó en los siguientes términos:

3.3 Avance del Proyecto

El Dr. Maya Salazar plantea que dado que en túneles de desviación los rendimientos son tan bajos le inquieta si se podrá desviar el río en la fecha prevista.

EPM manifiesta que con el consorcio CTIFS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer de las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originados por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resumen, el nuevo programa pactado mediante la AMB3, que sanea todas las situaciones no

En el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013, se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos, así:

> 3. **Desarrollo Comité**
>
> EPM expuso los temas tratados en la visita número 3 de la Junta de Asesores del proyecto Ituango. Esta junta está conformada por los especialistas Bayardo Materón, Nelson Pinto, Gabriel Fernández, Juan David Quintero y Helmut F. Miller.
>
> A manera meramente enunciativa, se pone en conocimiento de Hidroituango los temas de la visita, se hizo énfasis en lo relacionado con la desviación, en especial al cumplimiento del hito N° 1 en la fecha prevista.
>
> EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.
>
> EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones. Asimismo, la Junta de Asesores planteó las siguientes tres alternativas para la segunda desviación:
>
> 1. Taponamiento del portal de los túneles colocando mallas
> 2. Construcción por voladura dirigida
> 3. Sistema combinado

En suma, la construcción de la GAD no obedeció exclusivamente al hecho de que las condiciones geológicas de la zona no fuesen óptimas, sino a que la intervención adecuada al terreno tomaría tiempo, un tiempo con el que no se contaba, puesto que era necesario que el proyecto entrara a en operación en 2018, afirmación que secunda el apoderado, al poner de presente el documento titulado "*Consecuencias de la no entrada en operación".*

Por otro lado, indica el apoderado que el Board de expertos: *"sostuvo que para recuperar atrasos podría implementarse planes de aceleración, así y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa. " Así, esta clase de estrategias estaba ampliamente avaladas por las buenas prácticas de la ingeniería",* y continúa:

> *"Frente a la afirmación del órgano de control sobre la supuesta ausencia de aprobación de la junta de asesores a la construcción de la GAD La realidad es la siguiente:*

En el Informe 3, de la visita de noviembre del 2013 los asesores manifiestan que no apoyan la idea de desviar sin las estructuras de las compuertas y construir un tercer túnel pero también sugieren en este mismo informe varios procedimientos técnicos según ellos factibles pata ejecutar la propuesta que involucra la construcción de la GAD los cuales explican incluso de otras centrales Es decir, no la apoyan pero dicen que sí se puede hacer v que hay varias formas de lograrlo Adicionalmente plantean también la posibilidad de recuperar tiempos (una aceleración) en la construcción de la presa

Esta opción no resultaba viable porque se trata de una presa de enrocado con núcleo de arcilla siendo este último el que determina y controla los avances en esta estructura Debido a que la zona del proyecto es muy lluviosa, y por razones de diseño y calidad en el núcleo no se podía trabajar mientras estuviera lloviendo e incluso luego de las lluvias era necesario retirar las últimas capas colocadas resultaba poco probable que se pudiera incrementar el ritmo de colocación del núcleo por encima de los rendimientos planeados en el cronograma La realidad documentada en los Informes de construcción de la interventoría demostró a la postre que hubiese sido imposible recuperar tiempo en la construcción."

La anterior afirmación, nace de la lectura descontextualizada del aparte citado del informe[119], claro que se estaban refiriendo al cierre de las estructuras, pero de la lectura integral del mismo se extrae que el descontento de los expertos, obedeció a la sorpresiva imposición de una decisión ya tomada por EPM (haciendo referencia a la GAD), y de las alternativas que estaban siendo planteadas para su ejecución, en ese orden de ideas, las propuestas presentadas por los asesores, obedecieron a la necesidad de mitigar al máximo los riesgos advertidos, no al beneplácito del comité, en el informe se lee:

En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el Contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y complementar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta. Además, la alternativa de desviar el río sin las estructuras de cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío, para garantizar el mantenimiento de la fecha de enero 2014, no fue apoyada. La Junta, se manifestó a este respecto en las conclusiones de su informe como se transcribe abajo:

[119] Informe No. 3 de la Junta de Asesores del BOOMT del 29 de noviembre de 2013.

"La Junta de Asesores considera que los riesgos técnicos inherentes a la aceleración del desvío del río no son aceptables y recomienda ejecutar el diseño original optimizado con el contratista principal CCC.

El desvío del río debe ser efectuado después del término de las excavaciones y del concreto de las estructuras incluso la instalación de las guías de las compuertas".

Incluso se procuró demostrar que, en caso de retraso en el cierre mismo, las fechas finales de generación podrían ser mantenidas, con el desvío del río en el verano de julio-septiembre siguiente y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa, que en el cronograma estaba prevista con mucha holgura.

En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra.

Lo anterior es prueba suficiente de que, en efecto la alternativa de desviación del río que contemplaba un tercer túnel de desviación (GAD), nunca fue avalada por el BOARD de expertos, quienes- insiste esta Delegada- plantearon las alternativas expresadas por EPM, como respuesta a una decisión ya tomada, con miras a minimizar los riesgos en el proceso constructivo.

Aunado a lo anterior, aduce el apoderado que el Plan de Aceleración, no supuso la realización de inversiones injustificadas, y que días antes de presentarse la contingencia, había evidencia suficiente de su efectividad, pues los retrasos habían sido recuperados.

Pues bien, resulta necesario precisar qué significa la palabra "efectivo", de conformidad con el diccionario de la real academia de la lengua, en su primera acepción es real y verdadero y en su segunda acepción eficaz.

A su vez la palabra eficacia, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa "Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera".
En este mismo sentido el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (el cual fue derogado por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020), consagraba lo siguiente:

> *ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía,* ***la eficacia****, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo;* ***que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas****. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y*

> *entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*
> *La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración".*

En el mismo sentido, cabe recordar que la eficacia está consagrada dentro de los principios de la vigilancia y control fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 403 de 2020, en los siguientes términos:

> ***b) Eficacia:*** *En virtud de este principio,* ***los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos***

Bajo esta definición, los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada, no obedece a la realidad, por cuanto, por definición, la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino en que dichas determinaciones permitan reconducir de manera oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación, tal y como se demostró en líneas precedentes, gracias a lo consignado en los informes de interventoría del año 2020.[120]

En el caso particular, la efectividad de las decisiones tomadas está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tiene en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.
En este sentido, la efectividad de las decisiones, en un proyecto de largo plazo como el que nos ocupa, no puede verse como mal lo pretende hacer la apoderada, como el simple hecho de que en una circunstancia puntual se tenía un avance significativo, pues dicho avance se realizó a costa de decisiones que pusieron en un punto de vulnerabilidad el proyecto que llevó a la mal llamada contingencia del año 2018.

Es necesario precisar frente a las aseveraciones del apoderado, relacionadas con los informes de Legge, Deloitte y la interventoría que según él son prueba de la efectividad del plan de aceleración, que los hechos ocurridos y debidamente

[120] Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O-CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020

probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino cuando dichas determinaciones permiten reconducir de manera efectiva de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación lo cual se encuentra probado con los siguientes documentos**:

- **Informe de interventoría 2020** (Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O- CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020 (septiembre de 2020), en el cual se estableció:

"Observaciones generales al programa de trabajo

Como resultado de las mesas de trabajo para programa con aceleración, el Contratista por medio de la comunicación CI-04657 entregó el 16 de octubre de 2015 el programa con aceleración para revisión final de EPM y de la Interventoría. Este programa, fue aprobado por las partes (EPM y Contratista) con la AMB 16 el 23 de diciembre de 2015.

Hasta el mes de abril de 2018, se realizó el seguimiento y control al avance de las obras contando con este programa. ***De acuerdo a dicho programa, el ejercicio de seguimiento indicaba que, con una buena dinámica de trabajo, era posible terminar las obras necesarias para el inicio de llenado del embalse a partir del 1 de julio de 2018.***

El programa firmado con la AMB 16, perdió vigencia a raíz de la contingencia del proyecto desde finales de abril de 2018, por lo tanto, los comentarios que se presentan a continuación, se encaminan a indicar las acciones emprendidas en cada uno de los frentes de trabajo desde el momento de la presentación de la contingencia con el objeto de minimizar los efectos sobre las comunidades, la protección del proyecto y además el avance del mismo en la medida de lo posible.

Bajo el marco de la AMB-36, para la estabilización del proyecto se vienen realizando mesas de trabajo, donde se analizan alternativas de diseño y metodologías constructivas en la medida que se va determinando el alcance de las obras a ejecutar. En base a esto y en los compromisos adquiridos en los comités de obra, el Contratista con la comunicación CI-13046 del 6 de febrero de 2020, presentó un programa preliminar PHI-PTV-GEN-001-R0 para las obras que se están ejecutando en los diferentes frentes, en las cuales se tienen definidos los diseños. ***La Interventoría realiza el seguimiento y control a las obras en base a este programa, sin embargo, en la medida en que se realizan ajustes de diseño y se solicitan obras nuevas que obedecen a la atención***

> ***de la contingencia, el programa pierde vigencia****. Por tal motivo es prioritario definir un programa general que permita realizar el adecuado control y seguimiento a todas las obras del Proyecto".*

Como conclusiones de la interventoría se estableció en el mismo documento, que *"a pesar de contar con avances importantes en la limpieza y retiro de materiales de la central, a la fecha, no es posible determinar en su totalidad las afectaciones en la misma, porque aún no se ha tenido acceso a todos los sitios",* así se plasmó en el mismo:

> *"(…) y además debido a que el grupo de expertos de EPM y la Asesoría continúan realizando inspecciones y analizando los trabajos necesarios para la recuperación de las cavernas y galerías, que estuvieron sometidas al paso de agua durante nueve meses, entre mayo de 2018 y febrero de 2019.* ***En la medida en que se realizan las inspecciones se determinan los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no ha permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto.***
>
> *Las obras actuales están encaminadas al taponamiento definitivo de la galería auxiliar de desviación GAD, que ya cuenta con el pre tapón terminado, el taponamiento del túnel de desviación derecho, la estabilización de los distintos sitios afectados, como las galerías en la central y el talud de la parte alta de la plazoleta de compuertas, además el retiro de escombros de la central y los tratamientos de estabilización al interior de las cavernas, el retiro de equipos afectados en la central y la limpieza de los túneles de descarga. Todas estas obras están enfocadas a mitigar y prevenir los riesgos, proteger las comunidades, conservar el medio ambiente y el avance de las obras de estabilización del proyecto en la medida de lo posible.*
>
> ***Con la situación presentada a raíz de la pandemia actual generada por el Covid-19, se evidencian afectaciones en la ejecución de las obras, desde el mes de marzo de 2020 hasta la fecha****, debido a que el Contratista de las Obras Principales debió aislar parte del personal que realizaba labores operativas y de supervisión de las obras por contagio y por nexos, lo que afecta los rendimientos.*
>
> *Además, desde mediados de junio comenzó el retiro del personal y el 5 de julio de 2020, se suspendieron casi todas las actividades de producción, por la salida de personal en atención a los protocolos para manejo del Covid-19. Solo hasta mediados del mes de agosto de 2020, las actividades prioritarias se empezaron a reactivar, sin completar las cuadrillas de trabajo (…)".*

Del informe de interventoría se deduce que a septiembre de 2020, en la medida en que se realizaban las inspecciones se determinaban los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no había permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto, lo que aunado a la situación generada por el Covid-19, afectó la ejecución de las obras desde el mes de marzo de 2020.

- **En el informe gerencial – estado actual del proyecto a octubre de 2020 – (**Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva

carpeta – Sociedad HI S.A **–** presentación Asamblea Departamental – Sociedad Hidroituango S.A.- Estado actual del proyecto), se indicó:

"Ituango – características de energía y potencia

Características

Potencia nominal de la central (MW)	*2.400*
Unidades de generación	*8*
Potencia por unidad (MW)	*300*
Salto neto de diseño (m)	*197.6*
Salto mínimo normal (m)	*186.6*
Salto máximo normal (m)	*201.2*
Nivel del embalse máximo normal (msnm)	*420*
Nivel del embalse mínimo de operación (msnm)	*390*
Caudal medio de río (m3/s)	*1.010*
Caudal de diseño (m3/s)	*1.350*
Caudal por unidad m3/s)	*169*

Hitos representativos realizados:

- *Terminación de la presa y obras anexas (galerías, inyecciones, instrumentación, vías).*
- *Recuperación del túnel de acceso a la casa de máquinas.*
- *Lleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2 (60.000 m3 de concreto).*
- *Cierre y reforzamiento de las compuertas de la Galería Auxiliar de Desviación – GAD-*
- *Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%).*
- *Recuperación de bóveda de casa de máquinas unidades de la 3 a la 6 (Avance del 100%).*
- *Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%).***
- *Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%).***
- *Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).***
- *Colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento de las obras.*

Obras Generales por realizar para la generación:

- *Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2.*
- *Recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6.*
- *Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8.*
- *Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1.*
- *Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2.*
- *Continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho.*
- *Continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción.*
- *Continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto.*
- *Iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8.*
- ***Iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.***

Informe legal:

- *Desde 1998, cuando la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó la constitución de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. como promotora del proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango el Departamento de Antioquia ha contribuido con sus decisiones a que éste sea realidad.*
- *Con su participación como accionista de Hidroituango, tanto directa como a través del IDEA, el Departamento ha sido relevante en la toma de las determinaciones que se han requerido para poner en marcha la iniciación de su construcción, lo que se logró sin que se comprometieran recursos económicos de nivel departamental, y sin necesidad de incurrir en endeudamiento que lo hubiera afectado a futuro.*
- *Fue así como se llegó a la celebración del contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, filial de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN que fue su garante, como Casa Matriz, para que se hiciera cargo del desarrollo del Proyecto. De dicho contrato es titular EPM desde enero de 2013, cuando previa autorización de la Asamblea de Accionista de Hidroituango, EPM Ituango se lo cedió a EPM, empresa que hoy es su titular como parte Contratista del mismo.*
- *El contrato, como es conocido, comprende la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Central hidroeléctrica, que EPM tiene derecho de poseer y explotar comercialmente durante la vigencia del contrato, con la obligación de restituir a la sociedad Hidroeléctrica*

Ituango S.A. E.S.P. al vencimiento de dicho plazo tanto los inmuebles del Proyecto que hoy tiene en usufructo, como la Central Hidroeléctrica. La inversión, como es conocido, le es compensada a EPM de manera periódica según se estipuló en el contrato, luego de lo cual y adicionalmente EPM le debe transferir a la sociedad, también de manera periódica, la llamada "Remuneración", que está distribuirá entre sus accionistas, según decidan sus órganos de dirección y administración, en el momento es que se perciban tales ingresos.

- ***Recibir ingresos depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.*
- *La puesta en marcha de la Central, que estaba prevista para el 28 de noviembre de 2018, no fue cumplida, por causa de los eventos ocurridos en el proyecto desde el 28 de abril de 2018 cuando se inició el taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación del río Cauca, hecho ampliamente conocido.*
- *Dichos eventos produjeron la primera consecuencia en el contrato en relación con el Hito 7, "Cierre de Compuertas e inicio de llenado del embalse" que debía haberse cumplido el 1º de julio de 2018, y no se logró.*
- ***El incumplimiento de este Hito dio lugar a que la sociedad, a través de su Junta Directiva, decidiera iniciar un procedimiento judicial para el cobro de la cláusula penal de Apremio correspondiente al hito 7, por valor de $117.825.423.750, proceso que fue fallado de manera negativa por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 12 de noviembre de 2019, la cual, tras ser apelada por Hidroituango, fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia radicada en el sistema de consultas el 24 de septiembre de 2020, pero aun no ha sido notificada a las partes.***
- *Como resultado de dicha situación, se hará la solicitud formal de la convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín, de acuerdo a lo estipulado en el contrato BOOMT, según está estipulado en su cláusula 8.02. A ello se procederá en los próximos días, con el fin de precaver la caducidad de acciones.*

Para Hidroituango es fundamental:

1. *Que el proyecto se termine de manera eficaz y segura en el menor plazo posible, para lo que se requiere la continuidad y fluidez en las relaciones entre las partes involucradas.*
2. *Salvaguardar los derecho de la sociedad y de los accionistas.*

- *Por tales razones, desde antes de conocerse la providencia que negó en segunda instancia las pretensiones de Hidroituango, y aún con anterioridad a conocerse las solicitudes de Conciliación Prejudicial que*

EPM presentó contra sus contratistas principales, la sociedad Hidroituango se ha venido preparando para ejercer los derechos que le confiere el contrato BOOMT, acudiendo a los procedimientos establecidos en su clausulado como mecanismos de solución de disputas entre las partes del Contrato.

- *En efecto, para el análisis de la contingencia organizó en su interior un equipo de profesionales con la suficiente formación profesional, conocimiento y experiencia en el manejo del contrato BOOMT, que se encarga del análisis de los hechos ocurridos desde el inicio de la construcción de las obras del proyecto. El trabajo de este equipo hace énfasis en los hechos acaecidos a lo largo del proyecto y muy especialmente de los sucesos de abril de 2018 y las consecuencias que ello ha acarreado al proyecto y a la sociedad, para de ahí generar las recomendaciones de las acciones que correspondan por parte de los Asesores externos que la sociedad ha contratado para el efecto.*

- *Estas acciones se han iniciado con los acercamientos a EPM con el objeto de dar comienzo a la negociación de sus diferencias mediante el arreglo directo, para lo cual sus directivos, con el Gerente a la cabeza, se reunieron el pasado 7 de octubre con el Gerente de EPM y sus asesores a fin de comunicarle su propósito de generar puentes de diálogo para la solución de sus diferencias en torno al contrato BOOMT.*

- *Como resultado de dicha reunión, se dará inicio formal a un procedimiento de arreglo directo, sin perjuicio de la radicación de convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín por el hito 7, antes mencionado, con el fin de evitar la caducidad de acciones.*

- *Todas estas actividades han sido conocidas por la Junta Directiva y por el señor Gobernador, quien como su presidente, ha solicitado reuniones ordinarias y extraordinarias con la finalidad de analizar todos y cada uno de las acciones a realizar, incluyendo el acercamiento con EPM y su propósito de iniciar el procedimiento de arreglo directo así como la solicitud de demanda arbitral, acciones que le fueron comunicadas a la Junta Directiva en sesión del 6 de octubre pasado**, con el beneplácito de la misma.***

En el informe Gerencial a octubre de 2020, se deduce que los hitos representativos realizados dentro del proyecto no alcanzan un avance del 100%, tales como: Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%), Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%),** Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%),** Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).**, lo

que demuestra que el proyecto no se encontraba con las condiciones de su operación y puesta en marcha para la generación de energía.

Así mismo se estableció que las **Obras Generales por realizar para la generación, para esa fecha (octubre de 2020), se indicaron entre otras: c**ontinuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2., recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8, continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2, continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho, continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto, iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8 e **iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.**

De otro lado, se dejó establecido que para recibir ingresos **depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.

- **En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del mes de agosto de 2020 HI 113** (carpeta 75 – referencia cruzada ER0110943 – Folio 15973-01- informes de avance EPM-BOOMT -2020), **se estableció sobre el estado actual del proyecto, lo siguiente**:

  "*Premisas programa – contingencia, recuperación y puesta en servicio – Proyecto Ituango – Cronograma versión 20200415:*

  Se presenta la versión del cronograma para la contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto Hidroeléctrico Ituango. Para dicho producto el Asesor reúne información suministrada por EP, General Electric (GE), ATB Riva Calzoni, GH Cranes & Components y CCCI, el cual se ajustó bajo las siguientes premisas:

- *Premisas generales:*

- *La estabilización, recuperación y puesta en servicio del Proyecto Ituango está sujeta a la superación de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial.*
- *Para ejecutar las actividades previstas en el presente cronograma se consideró la comunicación del 2 de marzo de 2020 y Radicación: 2020033433-2-000, donde la Autoridad Nacional de Licencias*

Ambientales –ANLA aclara que EPM tiene facultad para realizar las obras o actividades que de acuerdo con el criterio técnico se requieran, con el propósito de disipar de manera óptima la energía del agua embalsada, garantizar la integridad del vertedero y, en ese sentido, mitigar y reducir el riesgo asociado a la operación continua del mismo. Por tanto, esta aclaración por parte de la Autoridad Ambiental habilita la continuidad de las obras necesarias para la estabilización del proyecto.

- *Premisas particulares:*

- *Puente grúa: En el presente programa base, los hitos que represente la necesidad del puente grúa en el proyecto son ajustados a los requerimientos para el montaje de las unidades generadoras, los cuales deben estar en obra para iniciar su montaje, en su orden, las vigas carrileras a mediados de agosto de 2020 y los equipos de la viga-puente a mediados de septiembre de 2020, lo anterior está basado en información entregada por el fabricante GH indicando **que los equipos llegarían a FOB a mediados del mes de junio de 2020**, para así cumplir con el hito de pruebas y liberación del puente grúa para finales de noviembre de 2020; en comparación con el programa original anterior a la emergencia sanitaria originada por el COVID19, se evidencia un desplazamiento cronológico de 90 días aproximadamente.*
- *Blindajes pozos de presión: ATB en su comunicación fechada el 25 de marzo de 2020, **manifestó que podría presentar unas afectaciones en la importación, fabricación y montaje de los blindajes para los pozos de presión en 150 días aproximadamente**. A partir de esta premisa se programó la fabricación y montaje de los blindajes de los primeros cuatro pozos de presión secuencialmente, a partir del mes de septiembre de 2020. Es de resaltar, que la fabricación y montaje no se encontraba en la ruta crítica para el programa base anterior a la emergencia sanitaria y contaba con una holgura de 140 aproximadamente, por lo tanto, no afecta la puesta en generación.*

- *Unidades de generación*

- *A partir de esta simulación de programa base, GE realizará el montaje del tubo de aspiración como estaba establecido originalmente, es decir con el ingreso por la casa de máquinas y almenara, el cual se estima sea instalado en dos fases, el tramo recto del tubo aspirador se instala en sitio y el codo del tubo aspirador será pre ensamblado en la sala montajes en paralelo con las actividades de obras civiles de CCCI, para posteriormente sea trasladado al sitio y conectado al tramo recto.*
- *Dado que se cuenta con un tuno de aspiración en obra, el presenta programa base se ajustó según el cronograma de fabricación y suministro de 3 tubos de aspiración adicionales por parte del proveedor.*

- *Para agosto de 2020 se requiere las obras civiles necesarias para el montaje del tubo aspirador de la primera unidad generadora, las cuales están a cargo de CCCI, las anteriores actividades se simularon programáticamente teniendo en cuenta las experiencias aprendidas por el contratista en actividades similares ya realizadas y principalmente en programa preliminar el cual fue el producto de los acercamientos por medio de mesas técnicas de trabajo adelantadas en conjunto.*
- *Con el fin de cumplir a cabalidad con tiempos previstos en el presente programa base, se requiere del compromiso total todos los participantes, buscando la optimización de los procesos de toma de decisiones, construcción, montaje y puesta en generación donde se incluyen los acuerdos que permitan el trabajo en paralelo de ensamble de piezas empotradas y obras civiles.*

- *Conducciones superiores*

- *Para realizar los trabajos en seco de las conducciones superiores se consideró por lo menos adquisición de dos tapones mecánicos, alternativa que está en proceso de contratación, la cual se estima iniciar mediados del mes de junio del 2020. No obstante, la fecha de instalación del tapón en conducción 2,* ***para facilitar la terminación del revestimiento, está prevista para septiembre de 2021.***
- *Con base en inspecciones sub acuáticas realizadas por medio de video a las estructuras de captación,* ***se estima en este programa base la ejecución del mantenimiento a la estructura de captación y la limpieza de las rejas coladeras de la conducción 1, para iniciar a más tardar en septiembre de 2021****, actividad indispensable para realizar las pruebas con agua de la unidad generadora.*

- ***Conclusiones:***

- ***Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión incluye un retraso de 100 días aproximadamente.***
- *Es importante resaltar que para que el presente programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.*

En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del **mes de agosto de 2020 HI 113** (informes de avance EPM-BOOMT -2020), se estableció sobre el

estado actual del proyecto que Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión **incluye un retraso de 100 días aproximadamente.**

De otro lado, resaltó que para que el programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.

- En visita especial realizada por el Despacho a EPM, se solicitó que se explicara el Estado actual del proyecto, frente a lo cual, con corte a septiembre de 2020, se explicó lo siguiente:

"El avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango a 30 de septiembre de 2020,medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, es del 79.4%.

(…)

Se han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del río y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.

Además se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto, tales como:

- *La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD.*
- *Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m3 de concreto colocados.*
- *Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas.*
- *Bombeo y retiro de residuos en las cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas (…)"*[121].

No obstante los avances atrás referidos, se tiene probado que a hoy, no se ha puesto en marcha ni siquiera la primera unidad, por lo que resulta evidente que **el proyecto no ha comenzado a generar energía**.

[121] Z:\PRF 2019-01104_UCC PRF 014-2019 – HIDROITUANGO - \EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No.74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E H\Nueva carpeta\AC

Los anteriores informes, demuestran que no pude hablarse de efectividad, cuando el proyecto no ha entrado en operación y en consecuencia no produce siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación. Lo que evidencia cada uno de los informes mencionados anteriormente, es que no existe una fecha cierta y determinada para su operación y en consecuencia la generación de energía.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que los argumentos del apoderado no están llamados a prosperar.

Ahora bien dado que el apoderado sostiene que el aumento de las inversiones no fue injustificado, es necesario precisar que dicha calificación fue dada por el Despacho en el auto de imputación, por considerar que las mayores inversiones obedecieron a problemas en la planeación, desde el inicio del contrato se presentaron atrasos que condujeron a que, para intentar generar energía a toda costa en noviembre de 2018, -aun cuando desde finales del año 2012 ya se sabía que no era posible cumplir-, se idearan e implementaran planes consecutivos de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos.

Dado que el apoderado en este punto no aporta nada adicional, que desvirtúe la conclusión anterior, se tiene que el argumento planteado no está llamado a prosperar.

Prosigue el apoderado alegando lo siguiente:

> ***3) El Incremento en el presupuesto del "modelo línea base" por concepto de imprevistos reajustes cambios repentinos e inversiones injustificadas***
>
> *Por otro lado, no hay lugar a catalogar como daño patrimonial los incrementos que sufriera el presupuesto contenido en el modelo inicial elaborado por Inverlink por concepto de reajustes, imprevistos, cambios regulatorios, entre otros, toda vez que los mismos no estaban contemplados en el mismo y se dispuso en el negocio jurídico que una vez concluida la etapa de construcción se computarían.*
>
> *Para reflejar el valor final del Proyecto De conformidad con lo anterior, este tipo de aumentos no pueden atribuirse a inversiones injustificadas De igual forma, tampoco hay lugar a predicar que dicho valor era el costo del Proyecto Veamos El modelo de Inverlink se incorpora al contrato BOOMT con un único propósito, esto es, determinar la remuneración periódica que debería recibir la sociedad Hidroituango S A. una vez la hidroeléctrica entrara en operación Lo anterior se comprueba a partir de las siguientes definiciones y textos contenidos en el Contrato BOOMT*
>
> *(…)*

En consecuencia, el modelo Inverlink no tenía como propósito estimar la rentabilidad del Proyecto en el Mercado de Energía Mayorista, ni la rentabilidad del Proyecto y no es atinado, en modo alguno, utilizarlo para este fin Como ya se dijo, el modelo de Inverlink era una herramienta desarrollada y acordada con el único y exclusivo propósito de disponer de una regla de juego, de un criterio objetivo para la distribución entre las partes de los réditos futuros de la central de generación de energía De ahí que cualquier incremento que sufriera el valor "línea base" no constituye per se un incremento injustificado.

Ello es así, porque desde el Contrato BOOMT se prefijaron algunos parámetros comerciales y de operación y mantenimiento que no necesariamente tienen que coincidir y de hecho no lo hacen, con las condiciones reales del mercado y de la operación de la planta A continuación, unos ejemplos;

a) el precio de la energía en contratos se fija según el precio de venta en bolsa más una prima del 50/a, cuando claramente esta prima ha sido diferente en la historia del mercado y diferente a las primas que define EPM para sus contratos,
b) se fija un esquema de venta de la energía del 65°/a en contratos y el 35% en bolsa, cuando la estrategia comercial de EPM es contratarse en una proporción diferente,
c) a parar del año 2021 se asume un costo marginal de la energía de 45 USS/NINXI, valor que difiere del supuesto de precio que considera EPM en el modelo financiero EPM,
d) se fijó un costo de administración, operación y mantenimiento de 11,5 US$/KW cuando el costo real de EPM es diferente,
e) la base de inversiones y gastos pre-operativos tiene ciertas depuraciones contractualmente definidas (como son los gastos financieros, las inversiones iniciales realizadas por HI y el pago de la posición contractual de EPM a EPM Ituango, entre otras), lo que genera una diferencia frente a las erogaciones leales que EPM realiza como contratista para la construcción del proyecto, y
t) las condiciones tributarias pactadas contractualmente para el cálculo de la remuneración, que establecen el aprovechamiento de la deducción especial de activo productor de renta que efectivamente logre EPM en la construcción, pero utilizadas como si dicho beneficio ocurriera en un vehículo de propósito especial, lo que no ocurre propiamente en la realidad porque EPM, debido a su abundante renta líquida, aprovecha dicho beneficio de forma inmediata

Por consiguiente, es desatinado utilizar el modelo Inverlink para determinar la rentabilidad del Proyecto

R/: Sobre este punto, la Universidad Nacional al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación, relacionada con los motivos que justificaron la utilización del modelo de Iverlink como línea base, a folio 17450 del expediente afirmó: *"Se considera que el presupuesto de inversión estipulado en el contrato*

BOOMT corresponde al modelo de cierre financiero del proyecto y que a partir de este se planearon los desarrollos y los resultados iniciales que se pretendían alcanzar con su ejecución y realización, por lo que considerar esta versión como línea base es relevante y totalmente válido como referencia para cualquier evaluación financiera del proyecto"

Así mismo, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta comercial, no tiene porqué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.

Ahora bien, dado que en todo caso se trata de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

En este mismo sentido se expresó la Universidad Nacional al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación que sobre el particular realizó SURAMERICANA (ver folio 17450 y 17450 vto):

"Se considera que los proyectos se conciben de manera integral y no por partes, por lo tanto, la evaluación de estos se debe hacer de manera integral y debe tener en cuenta todos los valores de inversión, ingresos costos y gastos estimados y proyectados que permitieron se lograra el cierre financiero del proyecto"

De donde este Despacho concluye que el modelo financiero de INVERLINK al haber sido realizado por especialistas en la materia debió tener en cuenta todas las variables necesarias para que fuera suficiente para entender que el proyecto era viable para las partes del contrato, por lo que las posibles variaciones que el modelo presente en la realidad, como se explicó líneas atrás debe atender a un margen razonable.

En este sentido, no le correspondía a la Universidad Nacional ni a este Despacho subsanar, completar o incluir otras variables diferentes a las que tuvieron en cuenta los estructuradores del modelo INVERLINK, el cual se reitera como válido en la medida en que fue el que le dio el cierre financiero al proyecto y fue el que tomaron las partes para efectos del contrato BOOMT.

En este punto, resulta necesario recordar que el cierre financiero es un momento clave que debe darse previo al inicio de la ejecución del contrato, pues en efecto, este cierre es el que permite concluir que existe viabilidad económica para el logro de los objetivos previstos, más si se tiene en cuenta que se trata de un proyecto que debe acometerse con recursos públicos.

En este sentido, el Consejo de Estado se ha referido al Principio de Planeación en los siguientes términos:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[122]*.*

A este deber no escapa el proyecto Hidroeléctrico objeto de esta causa fiscal, por lo que se reitera que aún desde la perspectiva jurídica, el modelo con el cual se decidió la viabilidad necesaria para iniciar la ejecución del proyecto fue el modelo de Inverlink, se reitera la conclusión de que es válido utilizar el mismo como línea base, para desarrollar la comparación con los modelos corridos con posterioridad.

Por lo anterior el argumento expresado por el apoderado no tiene vocación de prosperar.

> *Ahora bien, si, en gracia de discusión, se insistiera en incurrir en el profundo error conceptual de utilizar este modelo con el fin y en la forma como lo hizo el grupo asesor de la Universidad Nacional, sería imperativo introduce una serie de ajustes al modelo denominado "línea base" y que se describen*

[122] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

enseguida Ajustes que de ningún modo constituyen incrementos injustificados

(i) El Contrato BOOMT con claridad establece que la información de costos e inversión que debe incorporarse al modelo financiero de Inverlink corresponde a los valores que certifique la Firma Auditora, tal como lo establece la definición del parámetro "Variables Etapa de Construcción".

(ii) El Contrato BOOMT establece que al momento de usar el modelo financiero de Inverlink es necesario realizar los ajustes regulatorios requeridos para adaptar el modelo a los cambios que el regulador haya introducido después de la firma del Contrato BOOMT A manera de ilustración el Contrato BOOMT señala.

El esta basado en la regulación vigente en el momento de elaboración del mismo, en especial lo establecido en la Resolución CREG 071 de 2006. De todas formas_ el Asesor Comercial y Regulatorio deberá asegurarse de aplicar la normatividad vigente al momento del analizar y suministrar los datos de entrada para que la Banca de Inversión alimente el modelo constantemente.

Teniendo en cuenta que la ENFICC del Proyecto inicialmente considerada en el modelo línea base fue de 8563 GWH-año, pelo debido a un ajuste regulatorio posterior ésta se redujo dramáticamente llegando a cerca de 5800 GWH-año Este incremento no puede constituirse como daño patrimonial.

Lo anterior era imperativo de acuerdo con lo pactado en el Contrato BOOMT siguientes dos párrafos - y que demandaba que la asignación de OEF y el ingreso por este concepto debía de ajustarse en el modelo línea base

(iii)De emplearse el modelo Inverlink "línea base", los valores relacionados con el Proyecto y condiciones de mercado deben actualizarse el CAPEX debe ajustarse considerando el rubro de imprevistos, las obras adicionales y extras que han sido necesario ejecutar para atender los cambios de diseño, tal como lo indica el BOOMT.

Así las cosas, lo que se Incrementó por los conceptos señalados con precedencia no son constitutivos de daño patrimonial objeto de reproche fiscal.

(iv) En el Contrato BOOMT se contempla que las cifras en dólares se deben actualizar con CPI y en pesos con IPC Sin embargo, los contratos de construcción y de compraventa de bienes y servicios para desarrollas el objeto del Contrato BOOMT contemplan y se actualizan con fórmulas de reajuste propias De ahí que los incrementos que se generen por este concepto no constituyen daño patrimonial, como erradamente lo concluye la CGR.

(v) El Contrato BOOMT prescribe que deben incluirse los costos de funcionamiento de la Sociedad, así Por consiguiente, el costo de funcionamiento de la Sociedad no puede calificarse o dársele la entidad - como erradamente lo hace la CGR - de daño patrimonial

(vi) El Contrato BOOMT contempla que se deben incluir las inversiones en activos de capital y los gastos preacuerdos:

Por consiguiente, el costo de funcionamiento de la Sociedad no puede calificarse o dársele la entidad — como erradamente lo hace la CGR — de daño patrimonial. El Contrato BOOMT contempla que los valores OCV considerados en el modelo línea base son relevantes para la formación del precio de la energía en bolsa.
(…)
Por consiguiente, el costo de funcionamiento de la Sociedad no puede calificarse o dársele la entidad — como erradamente lo hace la CGR — de daño patrimonial.

(viii) En el Contrato BOOMT dispone que se debe considerar el pago por la compra de acciones y el contrato de usufructo de acciones, así Por consiguiente, el costo de funcionamiento de la Sociedad no puede calificarse o dársele la entidad — como erradamente lo hace la CGR — de daño patrimonial.

(ix) El BOOMT establece claramente que el presupuesto de 3049 millones de dólares (constantes) es un Presupuesto de Referencia, una estimación preliminar del costo Precisamente por esto se denomina "Presupuesto de Referencia" En consecuencia, no corresponde al costo definitivo del Proyecto, pues claramente no incorpora el rubro de imprevistos — contrario a lo que afirma la CGR sin sustento alguno -, ni obras adicionales y extras, propias de todo proyecto de infraestructura, que resultan por cambios o ajustes a los diseños. En consecuencia, este valor no debe interpretarse ni utilizarse como el costo del cierre financiero, porque claramente todo cierre financiero debe incorporar el monto de imprevistos dentro del costo del Proyecto, los ajustes de precios en los contratos por las fórmulas de reajuste, y todas las demás inversiones y gastos preoperativos necesarios para desarrollar el objeto del contrato BOOMT Sería inconcebible que un cierre financiero incorpore como costo del Proyecto un valor que no incluya estos rubros.

Respecto al presupuesto de referencia, EPM solicitó que se incluyeran y sumaran en éste unas cifras estimadas para imprevistos y reajustes contractuales. Los imprevistos, con base en el escenario medio estimado por la firma internacional Hatch Engineering, contratada por EPM para que hiciera la debida diligencia técnica, y los reajustes, con base en la reciente experiencia (en ese momento) del proyecto Porce III Ambas cosas fueron rechazadas por HI Entre las razones dadas para esta negativa, se mencionó que no podían pactar unas cifras concretas para esta dos líneas debido a que las mismas eran indeterminadas en ese momento, pero serían determinables en el futuro, en la medida en el proyecto fuera avanzando La

solución que se dio, propuesta en conjunto por III y EPM, fue dejar una nota al pie del presupuesto de referencia, indicando que éste no incluía imprevistos ni reajustes Por consiguiente, no es cierta la afirmación de la CGR que el presupuesto del "modelo base" incluía el concepto de Imprevistos. Tampoco incluía este presupuesto de referencia ni los costos preoperativos ni los gastos financieros En esas condiciones, el costo estimado del proyecto calculado por EPM en el momento de la suscripción del contrato BOOMT y considerado para efectos de planeación de recursos propios y apalancamiento financiero, seguimiento, control y modelación financiera, incluyó en el costo de referencia las cifras que tenía estimadas y soportadas para reajustes e imprevistos, dejando pendientes los costos preoperativos y los gastos financieros Así las cosas, el costo total estimado del proyecto.

(…)

El anterior presupuesto fue el entregado a mi cliente para su seguimiento y cumplimiento. Así, durante su gestión se observó y acató, de ahí que, no haya lugar a predicar que con su gestión propició su incremento injustificado, pues esto no ocurrió De hecho, como lo comprueban las cifras anteriores, certificadas por EPM, en el momento de la contingencia, cuando el proyecto registraba un avance cercano al 90%, el costo real del Proyecto Ituango estaba por debajo del presupuesto asignado por EPM.

Lo expuesto, esto es, la ausencia de inversiones injustificadas que supuestamente destruyeron el valor del Proyecto, fueron descartadas por el peritaje aportado por Suramericana a la actuación fiscal y que analiza el informe de la Universidad Nacional Veamos:

"Un Perjuicio debe corresponder a un dato cierto que permita objetivamente afirmar un detrimento real al patrimonio público La metodología empleada en el Informe, consistente en partir de una Línea Base inadecuada y subjetiva, y concatenar, también subjetivamente, variaciones del VPN de diferentes modelos, resulta en unas conclusiones que son absolutamente debatibles y, en general, no permiten determinar ni cuantificar un Perjuicio cierto y real al patrimonio público:

• El Informe parece presumir que todas las decisiones de inversión adicional - que en todo caso no se identificaron ni analizaron- fueron erradas para lo cual se debería demostrar no sólo porqué, sino además que todas las decisiones contrarias, es decir no acometer las inversiones adicionales, eran acertadas desde la perspectiva financiera, lo que NO hace el Autor Como ningún cálculo soporta dicha tesis, entonces las conclusiones del Informe no cuentan con soporte financiero alguno para demostrar errores en las decisiones de inversión, que en cualquier caso no fueron analizadas corno ya se expuso
• El Autor basa sus cálculos y conclusiones en los "modelos Inverlink" que 1.) no son modelos que permiten apreciar las realidades y expectativas económicas y financieras del Proyecto, u) no son útiles para evaluar

económicamente el Proyecto, no habrían servido de base para la torna de decisiones de inversión y
iv) su utilidad sería en período de operación una vez finalizada la construcción, lo que a la fecha no ha ocurrido

• Los cálculos del Autor presentan importantes [mutaciones desde el mismo punto de partida, el modelo denominado Línea Base, que es absolutamente inadecuado para el uso que del mismo se hace en el informe Se trata de un modelo preliminar, sin ningún detalle de Capex, construido con anterioridad a que se conociera el valor de los principales contratos para la construcción y que presenta variables que lo hacen no comparable con los demás Como la Línea Base es el punto de partida de todos los cálculos del Autor, entonces las conclusiones que de ellos se desprenden serían inanes para determinar cualquier Perjuicio.

En conclusión, no hay lugar a predicar un daño por destrucción del valor debido a supuestas inversiones injustificadas cuando el incremento deviene de los conceptos señalados anteriormente Referir que estos ítems constituyen un daño al patrimonio implica que el mismo no cumple con los requisitos señalados en el anterior subtítulo, esto es, la certeza y exactitud

R/: En este punto además de lo dicho líneas atrás de cara a la validez del uso del modelo de Inverlink como línea base, es necesario recordar que, tal y como lo sostuvo la Universidad Nacional al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación que sobre el particular realizó SURAMERICANA (ver folio 17450 y 17450 vto):

"Se considera que los proyectos se conciben de manera integral y no por partes, por lo tanto, la evaluación de estos se debe hacer de manera integral y debe tener en cuenta todos los valores de inversión, ingresos costos y gastos estimados y proyectados que permitieron se lograra el cierre financiero del proyecto"

En este sentido, lo único que demostrarían las afirmaciones realizadas por el apoderado, es que no se cumplió con el principio de planeación, por cuanto no se realizó un ejercicio lo suficientemente cuidadoso como para que las modificaciones que se dieran en las variables permitieran establecer con un nivel de probabilidad aceptable los costos reales del proyecto.

Cabe recordar que si bien los modelos financieros son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

De donde este Despacho concluye que el modelo financiero de INVERLINK al haber sido realizado por especialistas en la materia debió tener en cuenta todas las variables necesarias para que fuera suficiente para entender que el proyecto era viable para las partes del contrato, por lo que las posibles variaciones que el modelo presente en la realidad, como se explicó líneas atrás debe atender a un margen razonable.

En este sentido, no le correspondía a la Universidad Nacional ni a este Despacho subsanar, completar o incluir otras variables diferentes a las que tuvieron en cuenta los estructuradores del modelo INVERLINK, el cual se reitera como válido en la medida en que fue el que le dio el cierre financiero al proyecto y fue el que tomaron las partes para efectos del contrato BOOMT.

Ahora bien, llama la atención, que se afirme que la universidad nacional "califica como daño" uno u otro rubro, pues de un lado como se ha venido explicando a lo largo de este escrito, el apoyo técnico no es el competente para calificar el daño y por otro lado, resulta necesario recordar que el valor presente Neto es un instrumento de valoración económica ampliamente usado, *"El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad" "...representa la equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto"* (Mokate, 2003).

Por lo que, de su misma definición, el ejercicio que propone el apoderado de cara a excluir unos u otros rubros no tiene razón de ser.

Así mismo, cabe recordar que cuando el despacho se refiere a mayores inversiones injustificadas no lo hace, en el contexto de la "necesidad técnica de las mismas", sino precisamente en el contexto de que las mayores inversiones son producto de decisiones que carecen de la adecuada planeación y que no atienden al logro de los fines del Estado.

Lo anterior, visto en el contexto de la comparación de los modelos financieros resulta evidente, pues se recuerda que si bien los modelos pueden variar, son estos los que proveen el escenario necesario para tomar las diferentes decisiones de administración, por lo que las variaciones que den deben atender a márgenes razonables.

Además de lo anterior, alega el apoderado lo siguiente:

> *El anterior presupuesto fue el entregado a **mi cliente para su seguimiento y cumplimiento**. Así, durante su gestión se observó y acató, de ahí que, **no haya lugar a predicar que con su gestión propició su incremento injustificado**, pues esto no ocurrió De hecho, como lo comprueban las cifras anteriores, certificadas por EPM, en el momento de la contingencia, cuando el proyecto registraba un avance cercano al 90%, el costo real del Proyecto Ituango **estaba por debajo del presupuesto asignado por EPM.***

En este punto el Despacho se remite a lo dicho en relación con la conducta del señor Luis Javier Vélez Duque.

Sin embargo, es necesario precisar que a él se le imputan las siguientes conductas:

> 1. A pesar de conocer la naturaleza de las obligaciones que el contrato BOOMT acarrearía para la entidad que representaba, LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE suscribió el Contrato BOOMT aún con las salvedades hechas al mismo por EPM, salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaron la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango y se establecieron en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.
> 2. . En su calidad de Vicepresidente Proyectos Generación de Energía de EPM, suscribió el AMB No. 19 al Contrato de obras principales, la cual se tradujo en una importante señal de alarma sobre la manera como EPM reconocía pagos de obras extra al Contratista de obras principales.

Respecto de estas conductas, es necesario precisar que incluir dichas salvedades en el contrato BOOMT se cambió el esquema de riesgos en perjuicio de Hidroituango y consagró un incentivo negativo que permitió que EPM no se sintiera comprometido más allá de lo dispuesto en la matriz de riesgos a acometer la hidroeléctrica en el tiempo esperado.

Con la AMB se le pudieron pagar al contratista mayores valores consagrando un incentivo económico en favor del consorcio CCCI privilegiado el interés económico que lo animaba a adelantar el plan de aceleración, en perjuicio de la seguridad de la obra.

Todo lo cual llevó al proyecto a un estado de vulnerabilidad y terminó desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, en la cual se hicieron evidentes los graves problemas que venían presentándose en el proyecto desde 2008.

Por lo que es necesario precisar que si bien el daño puedo hacerse evidente con posterioridad lo cierto es que obedeció a los hechos consecutivos y concatenados

que se dieron desde 2008 originados como consecuencia de las conductas concurrentes descritas en esta causa fiscal y desplegadas en distintos momentos por los vinculados a la misma.

Adicional a lo anterior, cabe reiterar que en el caso concreto, el informe de la Universidad Nacional no fue la única prueba para determinar la existencia de un daño al patrimonio del Estado, el mismo fue analizado en el contexto fáctico que fue desarrollado de manera amplia por este Despacho con base en el amplio material probatorio que se encuentra en el plenario, lo que permitió establecer que el vertiginoso aumento de las inversiones era injustificado, en los términos anteriormente descritos y que el mismo obedecía a malas decisiones de inversión.
Así mismo, el Despacho se sirvió también de los Estados financieros y de los diferentes documentos contables que fueron recaudados en la visita especial realizada en el mes de octubre de 2020, a efectos trascender lo plasmado en los modelos financieros procediendo a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales.

Lo anterior supuso un análisis probatorio pormenorizado que permitió concluir que:
"a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos.
Lo que permite demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. ***En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero****".*

Así mismo, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, por lo que existe un retraso consolidado en la entrada en operación, que ha generado también un lucro cesante.

En este contexto, se concluye, en contravía de lo sostenido por el apoderado que en el caso concreto, el daño reúne las características exigidas para que sea indemnizable.

Por todo lo dicho anteriormente, este Despacho concluye que los argumentos esgrimidos por el apoderado no resultan suficientes para desvirtuar el daño al patrimonio del Estado, en la presente causa fiscal.

c) EN SUS ESCRITOS DE DEFENSA EL APODERADO DE LOS SEÑORES ALVARO VÁSQUEZ Y SERGIO BETANCUR PRESENTÓ EL MISMO ARGUMENTO DE DEFENSA EN RELACIÓN CON EL DAÑO ASÍ:

INEXISTENCIA DE DAÑO PATRIMONIAL FRENTE A LAS CONDUCTAS IMPUTADAS

Tal y como se ha desarrollado en extenso en el presente escrito de descargos, las conductas por las cuales se le imputa responsabilidad fiscal al señor ***(…)*** *no reportaron ningún daño, pérdida o deterioro a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P, persona jurídica frente a la cual el investigado estuvo relacionado comomiembro de la Junta Directiva.*

Las decisiones y autorizaciones que el señor BETANCUR PALACIO aprobó en las reuniones de Junta Directiva No 97 de 2009, 114, 116 y 117 de 2010, no contribuyeron ni tuvieron una relación de conexidad próxima y necesaria con el incremento de las inversiones generadoras de la pérdida del valor presente neto del proyecto o que con dichas decisiones se haya impedido que el proyecto entrara en operación en la fecha programada generando un lucro cesante

Las reuniones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango en las cuales participó y tomó alguna decisión el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO, no contribuyeron ni tuvieron una relación de conexidad próxima y necesaria con el incremento de las inversiones generadoras de la pérdida del valor presente neto del proyecto o que con dichas decisionesse haya impedido que el proyecto entrara en operación en la fecha programada generandoun lucro cesante.

El artículo quinto de la Ley 610 de 2000 establece que: "El daño constituye la médula del proceso de responsabilidad fiscal, en tanto es el primer elemento a tener en cuenta en la procedibilidad del juicio de responsabilidad fiscal, y así ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina patria".

El daño en los procesos de responsabilidad fiscal, está referido al menoscabo, detrimento o perjuicio que sufre el patrimonio del Estado por causa de la acción u omisión de un gestorfiscal, o de la persona que determine dicho detrimento.

La característica más relevante del daño, es la certeza del mismo. Sobre el particular la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en concepto No 80112-0070ª del 15 de enero de 2001, indicó:"(…) desde los principios generales de la responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. (…)".

Se refiere entonces la certeza del daño a la realidad de su existencia a la plena demostración de la ocurrencia del mismo a la veracidad del menoscabo, dicho en otras palabras: existe certeza del daño cuando obra prueba que permita establecer que existe un menoscabo de los dineros o bienes públicos, por tanto es viable cuantificar esa disminución patrimonial y endilgárselo a quien con su conducta activa u omisiva lo causó. *(Concepto 80112-2008IE8857 del 5 de marzo de 2008 OficinaJurídica de la Contraloría General de la República).*

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, ***que en forma dolosa o culposa produzcandirectamente o contribuyan al detrimento al patrimonio***

público.

Si bien el informe presentado por la Universidad Nacional, constituye la prueba sobre la cual la Contralora Delegada Intersectorial 09 establece el daño patrimonial, a la fecha de laimputación de cargos, no podía tener el carácter integral probatorio por no haberse surtidoel trámite del traslado y contradicción de las aclaraciones y complementaciones presentadas, resulta relevante para esta defensa, referenciar que en el mismo informe, nose reporta para el período en el que el señor ***(…)*** *fungió como miembro dela Junta Directiva de la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P., sobrecostos o mayores inversiones en el proyecto hidroeléctrico Ituango, teniendo en cuenta que para ese entoncesno se había iniciado aún la etapa de construcción de la central hidroeléctrica, la cual se produjo en la fecha establecida en el contrato bajo el esquema BOOMT "build, own,operate,maintain and transfer", suscrito el 30 de marzo de 2011 entre las sociedades Hidroituango S.A. E.S.P. y EPM-ITUANGO, cuyo objeto consiste en la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango.*

Así mismo, los perjuicios económicos asociados a la no entrada en operación de la hidroeléctrica y las mayores inversiones del proyecto, se generaron durante la etapa de construcción del proyecto a través del contrato BOOMT, con posterioridad a la fecha en la que el señor (…) dejó de pertenecer a la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango.

Se destaca del informe de la Universidad Nacional, que para la cuantificación del daño, setoma como línea base o punto de base para establecer los cambios ocurridos en el proyectoa partir del año 2011, fecha de celebración del contrato BOOMT considerando el horizontede 50 años que es el plazo de ejecución del referido contrato.

En el mismo informe se muestra que la estructuración del negocio se proyectó en 1607 USD por kilovatio, estando por encima de la media del valor de los proyectos comparados en Latinoamérica, como se aprecia en la tabla 3º numeral 5.3. Revisión y Comparación delos costos por kilovatio instalado para proyectos hidroeléctricos, lo cual evidencia que el proyecto, cuando se estructuró se costeó en condiciones de mercado.

Adicionalmente, las inversiones que realizó la sociedad Hidroituango en cuanto a diseños de obras de infraestructura, obras principales e infraestructura de vías de acceso, vías sustitutivas, adecuaciones y rectificaciones previas a la celebración del contrato BOOMT fueron cedidas a la sociedad EPM-Ituango con ocasión de la escisión, tal y como consta enel Anexo No. 3 que hace parte integral de la Escritura Pública No. 893 del 23 de marzo de2011, de la Notaría Diecisiete del Círculo de Medellín, mediante la cual se escindió una porción patrimonial de la sociedad HI para la conformación de la sociedad EPM-Ituango,por lo que, dichas inversiones, no pudieron de ninguna manera impactar el modelofinanciero del contrato BOOMT y mucho menos generar los sobrecostos que se señalan enesta causa fiscal.

Bajo el anterior contexto, es claro que el señor ***(…)*** *no participó en la toma de*

ninguna decisión en la etapa de construcción del proyecto Hidroeléctrico Ituango en la que se reportan inversiones y gastos que pudieron afectar el modelo base delproyecto, tampoco participó en la toma de decisiones durante la ejecución del contrato BOOMT en la etapa constructiva, que implicaran cambios sustanciales a los aspectos inmodificables del proyecto, razones más que suficientes que demuestran que ninguna delas decisiones y autorizaciones por las cuales se le imputaron cargos a mi representado, contribuyeron o tuvieron la potencialidad de generar el daño patrimonial a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P.

R/: En este punto, resulta necesario precisarle al apoderado que a su poderdante no se le imputó responsabilidad fiscal por contribución o con ocasión de la gestión fiscal, por lo que de él no se predica una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal, sino una gestión fiscal directa en los términos del artículo 3 de la Ley 610 de 2000.

ARTICULO 3o. GESTION FISCAL. *Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*

Sobre el particular vale la pena precisar lo sostenido por la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001, en los siguientes términos:

"(…) ***3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal***

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal (...) Como bien se aprecia, ***se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo****. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.*

> *Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es,* ***tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores****. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólidum o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial.* ***Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares[123], sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.***
>
> ***Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares****. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.*

En este sentido, cabe recordar que el señor Vásquez se vinculó y se le imputó responsabilidad fiscal por el hecho de haber fungido como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango.
Tal y como se explicó ampliamente en la imputación, es necesario recordar que las personas jurídicas al ser una ficción legal en los términos del art 633 del código civil, expresan su voluntad a través de sus órganos[124]

En efecto, en las sociedades anónimas, es la autonomía de la voluntad privada y la ley comercial las que imponen dentro de su estructura orgánica la constitución y funcionamiento de una junta directiva, **como órgano colegiado de administración,** con competencias diferentes a las de la asamblea general de accionistas y al representante legal y revisor fiscal, como lo disponen los artículos 434 y siguientes del Código de Comercio.

Agrega la doctrina nacional que:

---

[123] Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales. (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la ley 142/94).
[124] "En síntesis, esta es la doctrina prevaleciente en Colombia: la acción del órgano es la acción de la persona jurídica pues su órgano es parte integrante de la misma y del cual se sirve para expresar su voluntad" Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano La sociedad y la empresa como institución , JULIO ATEHORTÚA OCHOA, en revista de Derecho privado No 8, 2005 Universidad Externado de Colombia, p.72.

«A partir de la adaptación de la teoría organicista por parte del ordenamiento mercantil colombiano, cada uno de los órganos sociales ejerce los poderes que le son propios. La conjunción de las funciones instrumentales de la voluntad social expresadas en la asamblea o junta de socios, sumadas a las determinaciones de quienes detentan las funciones de administración y representación legal, así como a las actuaciones de la revisoría fiscal, configuran un universo de facultades indispensables para el desarrollo del objeto social.
«Como acaba de afirmarse, la asamblea general de accionistas o junta de socios, que constituye el órgano de dirección de la sociedad, tiene una competencia especial que le permite decidir acerca de los denominados actos de gobierno de la sociedad, que pueden diferenciarse de manera clara de los asuntos que conciernen al órgano de administración, también conocidos como actos de empresa. Tal función de gobierno representa la característica primordial de dicho órgano cual es la de facilitar la expresión de la voluntad o el querer social. En palabras de GALGANO, "la competencia de la asamblea es, entonces, una competencia especial; mientras que, al contrario, ***general es la competencia del órgano administrativo"[125].***

En este sentido la junta directiva de una empresa como Hidroituango, tiene capacidad decisoria respecto de los recursos públicos que la misma administra, lo cuales de conformidad con el objeto único de dicha sociedad deben ser destinados en consonancia con su misión a "***Diseñar y construir*** *la Central Hidroeléctrica Ituango,* ***garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018*** *y comercializar su energía, todo ello* ***con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental****"*

En este sentido, teniendo en cuenta que en el periodo en el cual el señor Vásquez se desempeñó como miembro de junta directiva (2008 – 2010) la sociedad Hidroituango era la ejecutora directa de dicho proyecto, siendo la sociedad a través de sus órganos de administración quien dispuso lo relativo a la contratación de las vías que eran la ruta crítica, la realización de los diseños, el adelantamiento en un primer momento de la subasta que pretendía asignarle el proyecto a un tercero, la suspensión del trámite de subasta para proceder a iniciar una negociación directa con EPM, la realización de varias gestiones administrativas para la suscripción del contrato de los túneles de desviación y la cesión a EPM Ituango (sociedad Espejo) la cual por demás tenía como respaldo a EPM, todo lo cual tal y como se demostró en la imputación implicó una serie de problemas que terminaron por destruir las holguras temporales con las que contaba el proyecto, y supusieron el adelantamiento de todo el proyecto bajo planes de aceleración que implicaron a su vez, el reconocimiento de mayores valores, impactando de manera particular lo relativo al desarrollo del contrato de los túneles de desviación, lo que llevó a realizar modificaciones a los diseños originales todo lo cual, sumado a las situaciones y conductas que se desarrollaron con posterioridad y que también fueron descritas en

[125] REYES VILLAMIZAR Francisco (2004), pp. 402-403

el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, pusieron en una situación de vulnerabilidad el proyecto que terminó desembocando y haciéndose evidente en la mal llamada "contingencia de 2018".

Lo anterior se retomará más adelante al abordar de manera puntual los argumentos dirigidos a cuestionar la conducta y el nexo de causalidad del imputado.

De otro lado, el apoderado considera en relación con el informe técnico de la Universidad Nacional, que el mismo no podía tener el carácter integral probatorio por no haberse surtido el trámite del traslado y contradicción de las aclaraciones y complementaciones presentadas.

En este punto, resulta necesario precisar que el argumento planteado ya ha sido resuelto en otras oportunidades a lo largo de este proceso por el Despacho, por lo que el Despacho se está a lo resuelto en el auto 709 de 19 de abril de 2021, en el siguiente sentido:

> *"Ahora bien, en lo que se refiere al no traslado de las aclaraciones y complementaciones*
> *rendidas por la Universidad Nacional, es de anotar que de conformidad con el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 277 del Código General del Proceso, si bien se establece una forma de contradicción propia para el informe técnico, ella no conlleva más que un traslado y es el del informe, frente al cual se pueden solicitar aclaraciones, complementaciones y/o ajustes, sin que las respuestas a estas solicitudes sean objeto de nuevo traslado.*
> *En este sentido, únicamente podrá pensarse en un nuevo traslado cuando de las aclaraciones, complementaciones o ajustes surja un punto nuevo Lo cual en el caso concreto no ocurrió*
> *Adicional a lo anterior, en relación con la pretensión del apoderado de dar aplicación al manual de responsabilidad, es necesario indicar que el mismo se refiere a la Contradicción del informe técnico únicamente en el numeral 8 5 2.5 en el cual textualmente se lee)*
> *Pasando a lo que es la contradicción de este medio de prueba, en sede de la indagación preliminar (siempre y cuando existan personas vinculadas) o del proceso de responsabilidad fiscal, acorde a lo normado en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, el informe técnico se pondrá a disposición de los sujetos procesales y del garante para que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, por el término que estime prudente el funcionario competente, atendiendo la complejidad del asunto*
> *El traslado del informe técnico tiene como finalidad que los vinculados controviertan su contenido, para lo cual, es dable que soliciten aclaraciones, complementaciones o ajustes a los asuntos solicitados"*
> *Como puede leerse, el manual en ninguna parte dispone que exista obligación alguna del operador fiscal de dar traslado de las aclaraciones y complementaciones y es que no podría hacerlo porque ello implicaría crear una norma procesal a través de una resolución, lo que no resulta posible por cuanto las materias procesales gozan de reserva de Ley.*

> *Adicional a lo anterior, si bien existe un formato de auto para correr traslado de aclaraciones, complementaciones y ajustes, el mismo no lleva a que pueda entenderse que existe una obligación genérica en tal sentido, sino que única y exclusivamente cuando de aquellas aclaraciones complementaciones y ajustes surjan puntos nuevos, sobre los mismos deberá darse la oportunidad a los presuntos para que soliciten aclaraciones y complementaciones.*
> *De igual forma, en lo que se refiere al auto que citan en relación con otro proceso de responsabilidad fiscal, el título del mismo es insuficiente para poder determinar si las razones que llevan a proferirlo se relacionan con la existencia de puntos nuevos y en cualquier caso, como se ha venido explicando no existe una obligación legal en tal sentido que pueda ser objeto de reproche en contra de este Despacho ni mucho menos que tal situación genere nulidad alguna, sobretodo si se tienen en cuenta que dichas aclaraciones y complementaciones se encuentran en el expediente y pueden ser consultadas por los apoderados para estructurar su defensa y por cuanto respecto de las mismas no es posible realizar una nueva contradicción.*

De otro lado, alega el apoderado que su poderdante fungió como miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P., antes de que en su opinión se dieran los perjuicios económicos asociados a la no entrada en operación de la hidroeléctrica y las mayores inversiones del proyecto, se generaron durante la etapa de construcción del proyecto a través del contrato BOOMT, con posterioridad a la fecha en la que los señores ALVARO VÁSQUEZ OSORIO y SERGIO BETANCUR PALACIO dejaron de pertenecer a la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango.

Sobre este punto es necesario recordar, que en casos como el que nos ocupa de una megaobra cuya ejecución implica tal y como puede verse en el fundamento fáctico un desarrollo en un horizonte de muy largo plazo, lo que ocurrió fue que el daño se hizo evidente con la mal llamada “contingencia de 2018”. Sin embargo, en contravía de lo que considera el apoderado, este Despacho ha demostrado en la presente causa fiscal que el daño como la pérdida con ocasión de la destrucción del valor presente neto de la inversión y el lucro cesante por la no entrada en operación , ha sido consecuencia de hechos sucesivos y concatenados en los cuales han intervenido las conductas concurrentes de los vinculados a esta causa fiscal.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> “*“En ese sentido, **la responsabilidad fiscal del gestor de recursos y bienes del Estado cuanto este es un funcionario público, no se agota al separarse de sus funciones, sino cuando de su gestión no pueda derivarse un daño patrimonial al Estado** o, habiéndolo causado, haya caducado la acción que conduzca a la declaratoria de la responsabilidad, eventos que no acaecieron en el caso concreto, por lo que la Sala desestimará este fundamento de la alzada. En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta. **Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren***

> ***el carácter de ciertos con el paso del tiempo****. De lo expuesto se colige que existe un claro nexo causal entre la conducta del actor, celebración del contrato, y el pago que se hiciera a favor del contratista, a pesar que la ejecución de la prestación no se reflejara en la satisfacción del interés general"*[126].(Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este punto, si bien la sentencia se refiere a servidores públicos en particular, la misma lógica resulta aplicable a cualquier gestor fiscal, pues si, como en el caso concreto, de su gestión se deriva un daño al patrimonio del Estado, mal haría este Despacho en obviar dicho nexo de causalidad, como lo pretende el apoderado, simplemente porque el daño se reveló con posterioridad a que los señores Vásquez y Betancur dejaron de ser miembros de la junta directiva de Hi.

Por otra parte, respecto del argumento conforme al cual *"el informe de la Universidad Nacional, que para la cuantificación del daño, se toma como línea base o punto de base para establecer los cambios ocurridos en el proyecto a partir del año 2011, fecha de celebración del contrato BOOMT considerando el horizonte de 50 años que es el plazo de ejecución del referido contrato".*

Se precisa que el modelo financiero recoge las inversiones realizadas anteriormente en el proyecto y aún cuando refleja los cambios que ocurren a partir de 2011, ello no es óbice para considerar, como se explicó en precedencia, que los cambios que refleja el modelo financiero también tienen como causa los hechos generadores del daño descritos para el periodo 2008-2010 que ocurrieron como consecuencia de las conductas atribuidas entre otros, a los señores Vásquez y Betancur.

Adicional a lo anterior, el apoderado considera que la estructuración del negocio se proyectó en 1607 USD por kilovatio, estando por encima de la media del valor de los proyectos comparados en Latinoamérica, como se aprecia en la tabla 3º numeral 5.3. Revisión y Comparación de los costos por kilovatio instalado para proyectos hidroeléctricos, lo cual evidencia que el proyecto, cuando se estructuró se costeó en condiciones de mercado.

Es necesario precisar que sobre el hecho de que el proyecto se hubiera costeado o no en condiciones de mercado no ha sido objeto de reproche por parte de Este Despacho ni a los señores Vásquez y Betancur ni a ninguno de los vinculados. Por lo que este argumento resulta impertinente para enervar los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación.
Finaliza el apoderado afirmando que:

> *Adicionalmente, las inversiones que realizó la sociedad Hidroituango en cuanto a diseños de obras de infraestructura, obras principales e infraestructura de vías de acceso, vías sustitutivas, adecuaciones y rectificaciones previas a la*

[126] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012) Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00247-01.

celebración del contrato BOOMT fueron cedidas a la sociedad EPM-Ituango con ocasión de la escisión, tal y como consta en el Anexo No. 3 que hace parte integral de la Escritura Pública No. 893 del 23 de marzo de 2011, de la Notaría Diecisiete del Círculo de Medellín, mediante la cual se escindió una porción patrimonial de la sociedad HI para la conformación de la sociedad EPM-Ituango, por lo que, dichas inversiones, no pudieron de ninguna manera impactar el modelo financiero del contrato BOOMT y mucho menos generar los sobrecostos que se señalan en esta causa fiscal

Sobre este último punto, el mismo no logra desvirtuar el daño en la presente causa fiscal, toda vez que, como se explicó líneas atrás y se ahondará nuevamente más adelante al responder los argumentos de defensa del imputado referidos a los otros elementos de la responsabilidad fiscal, las conductas desplegadas por los señores Vásquez y Betancur destruyeron las holguras temporales del proyecto, supusieron el adelantamiento de todo el proyecto bajo planes de aceleración que implicaron a su vez, el reconocimiento de mayores valores, impactando de manera particular lo relativo al desarrollo del contrato de los túneles de desviación, lo que llevó a realizar modificaciones a los diseños originales todo lo cual, sumado a las situaciones y conductas que se desarrollaron con posterioridad y que también fueron descritas en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, pusieron en una situación de vulnerabilidad el proyecto que terminó desembocando y haciéndose evidente en la mal llamada "contingencia de 2018". Por lo que tanto las mayores inversiones que se reflejan en el modelo financiero como las situaciones que generaron la no entrada en operación de la hidroeléctrica, también tienen como causa los hechos anteriores a la suscripción del contrato BOOMT. Por todo lo anterior, se concluye que los argumentos esbozados por el apoderado no están llamados a prosperar.

1. Mediante escritos con radicado 2021ER0042962 de 12 de abril de 2021 (fl. 23089 y ss) y 2021ER0042970 de 12 de abril de 2021 (fl. 23150 y ss) los cuales tienen idéntico contenido, el apoderada del señor Fabio Alonso Salazar Jaramillo, presentó en relación con el daño, el siguiente argumento:

"3. Acerca del daño patrimonial
Inexistencia del daño patrimonial.
(…)
Ahora bien, el daño indemnizable debe ser cierto y por lo tanto existente. Deben existir elementos de prueba que acrediten de forma concreta que el daño ha ocurrido o, tratándose de daños futuros, que el perjuicio necesariamente ocurrirá. El perjuicio futuro indemnizable es aquel que, en atención a la certeza de su ocurrencia futura, puede calificarse como virtual, que se opone el perjuicio hipotético, el cual se fundamenta en meras suposiciones, en conjeturas o hipótesis y no es indemnizable. (Ver sentencia No. 10397 de mayo 7 de 1998, Consejo de Estado, M.P. Ricardo Hoyos Duque).
En este caso, el análisis que realiza la Contraloría en el auto de imputación deja claro que el daño estimado es simplemente hipotético, incluso fundamentado en premisas e hipótesis que no se sabe si se cumplirán.
El auto de imputación adopta como supuesto perjuicio un impacto económico basado en conjeturas o hipótesis, desprovisto de las reglas aplicables en

materia de responsabilidad fiscal. Así las cosas, la Contraloría no alcanza a acreditar este requisito, fundamental para la responsabilidad fiscal".

R/: Frente a este argumento, el mismo radica en una suerte de afirmación general, que parte de la percepción subjetiva del apoderado, conforme a la cual el daño se fundamenta en la presente causa fiscal en meras suposiciones, conjeturas y que por lo tanto no es indemnizable.

Dicha percepción del apoderado no corresponde con la realidad probatoria del plenario, en donde se hallan debidamente acreditados tanto el daño como los hechos generadores del mismo.

De un lado, frente a la pérdida como consecuencia de la destrucción del valor presente neto del proyecto, es necesario aclarar que los modelos financieros utilizados por la Universidad Nacional, que fueron comparados para determinar la cuantía del daño parten de supuestos que contienen grados de probabilidad de ocurrencia e incertidumbre asociado a los riesgos de diferentes factores que no pueden ser controlables en el presente, pero sí bajo las herramientas específicas de estimación, logran ser parámetros que representen una aproximación cercana al panorama futuro del comportamiento del proyecto y sus variables de bondad financiera.

Así mismo y, dado que los modelos financieros se corren anualmente, todas estas variables son ajustadas en el tiempo e incorporadas en cada Modelo financiero posterior, con lo cual se van absorbiendo las variaciones y ajustando las variables de salida que representan la viabilidad del proyecto.

De igual forma es necesario precisar que los modelos financieros muestran el escenario de proyecciones de orden económico, en el que los diferentes actores del proyecto toman determinaciones de inversión.

En el mismo sentido, se recuerda que el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, reza:

ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO: Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, ***producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto*** *de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.*

Como puede verse el daño para efectos de la responsabilidad fiscal no puede ser leído de forma independiente de la definición de Gestión fiscal, por lo que resulta también necesario acudir al texto del artículo 3 del mismo cuerpo normativo, en el cual se lee:

> ***ARTICULO 3o. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se*** *entiende por gestión fiscal el* ***conjunto de actividades económicas****, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos,* ***tendientes a la adecuada y correcta*** *adquisición, planeación, conservación,* ***administración,*** *custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación,* ***gasto, inversión*** *y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e* ***inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado****, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*

En el contexto anterior, resulta necesario recordar que el valor presente Neto es un instrumento de valoración económica ampliamente usado, *"El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad" "...representa la equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto"* (Mokate, 2003).

En este sentido, y dado que la gestión fiscal incluye también el conjunto de actividades económicas tendientes a la adecuada y correcta administración de bienes y rentas públicas dirigidos siempre a cumplir los fines esenciales del Estado, El VPN, como instrumento de valoración económica resulta adecuado para calcular el valor del daño, dando certeza de su cuantía. Es un instrumento que permite medir en grado de certeza la valoración de un proyecto, obra o negocio de tal modo que permita tomar las decisiones bien de continuidad o bien de corrección que el asunto demande. Es decir, es ante todo un mecanismo basado en la certeza par la toma de decisiones de inversión. Lo que por consiguiente coloca a los individuos que deciden o intervienen en esas decisiones en la debida diligencia de adoptar las decisiones correctivas a tiempo para preservar el patrimonio de la empresa o entidad.

En efecto, es necesario recordar que no solamente la Contraloría utiliza este método para determinar la cuantía de un daño a reparar, sino que la misma ha sido usada y avalada en distintos escenarios.

En efecto, es un método utilizado por el Departamento Nacional de Planeación para identificar, preparar y evaluar proyectos de inversión pública. Se utiliza también a

efectos de determinar Plusvalías[127], es además un factor de selección de los contratistas en algunos contratos Estatales[128], el Consejo de Estado ha reconocido su validez a los efectos de determinar el valor de las acciones de una entidad pública[129] y es usado además por CIADI a efectos de determinar la existencia de daños en cabeza de un inversionista[130].

Pero lo que resulta aún más contundente, es que para efectos contables es un medio que le permite a la Contaduría General de la Nación, a efectos de determinar el valor de los activos del Estado y de forma puntual, el valor de las inversiones que realiza.

En efecto, en el Plan General de Contabilidad Pública[131], expedido por el Contador General de la Nación, se lee:

> *9.NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD PÚBLICA*
> *9.1 NORMAS TÉCNICAS RELATIVAS A LAS ETAPAS DE RECONOCIMIENTO Y REVELACIÓN DE LOS HECHOS FINANCIEROS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y AMBIENTALES*

---

[127] Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00132-01(24591)

[128] El valor presente neto, entre otras cosas se utiliza como criterio de adjudicación, un ejemplo de ello puede verse en la sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

[129] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

[130] A manera de ejemplo puede verse: Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012

[131] https://www.contaduria.gov.co/plan-general-de-contabilidad-publica//document_library/Icr3IB7G0xlH/view_file/44037?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH_redirect=https%3A%2F%2Fwww.contaduria.gov.co%3A443%2Fplan-general-de-contabilidad-publica%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview

(…)
131. Las diferentes bases de valuación que se definen a continuación, permiten reconocer y revelar las diferentes transacciones, hechos y operaciones, de la entidad contable pública, de tal forma que los resultados obtenidos se ajusten a los propósitos de control, rendición de cuentas, gestión eficiente y transparencia.
(…)
135. Valor Presente Neto. Corresponde al valor que resulta de descontar la totalidad de los flujos futuros que pueda generar un activo o un pasivo, empleando para el efecto una tasa de descuento.
(…)

9.1.1 Normas técnicas relativas a los activos
141. Noción. Los activos son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general.
142. Las normas técnicas relativas a los activos están orientadas a definir criterios para el reconocimiento y revelación de los hechos relacionados con los bienes y derechos de la entidad contable pública, derivados del desarrollo de sus funciones de cometido estatal.
9.1.1.1 Inversiones e instrumentos derivados
143. Noción. Las inversiones representan recursos aplicados en la creación y fortalecimiento de empresas públicas y entidades de naturaleza privada, y en la adquisición de valores como títulos e instrumentos derivados, en cumplimiento de políticas financieras, económicas y sociales del Estado y que como consecuencia pueden generar utilidades. Esta norma también trata los instrumentos derivados con fines de cobertura de activos.
144. Las inversiones deben reconocerse por su costo histórico y actualizarse atendiendo la intención de realización, la disponibilidad de información en el mercado y, tratándose de inversiones patrimoniales, el grado de control o influencia que se tenga sobre el ente receptor de la inversión, ***mediante la aplicación de metodologías que aproximen su realidad económica, tales como:*** *el valor razonable,* ***el valor presente neto*** *a partir de la tasa interna de retorno, el método de participación patrimonial y el método del costo.*

Por lo anterior, si dicha metodología resulta avalada para determinar el valor de un activo, de una inversión en cabeza del Estado, resulta igualmente válido utilizarlo para determinar una pérdida en cabeza del Estado cuando dicha inversión no obtiene el resultado esperado y se cuenta con los medios de prueba para concluir que en el horizonte de tiempo del negocio no lo va a recuperar. Tal y como ocurre

en el caso concreto en dónde se recuerda: después de 3 años de la fecha en que originalmente debería haber entrado en operación, aún NO se cuenta con una hidroeléctrica que genere siquiera 1 KW de energía, así mismo los costos de la Hidroeléctrica han superado con creces los costos inicialmente pactados y a la fecha ni siquiera la Autoridad ambiental ha levantado la medida cautelar sobre la licencia ambiental, por lo que únicamente puede avanzarse con las obras necesarias para reparar los daños ocasionados por la mal llamada "contingencia" del año 2018.
Así mismo, se trata de un método de valuación que ha sido avalado inclusive por el Consejo de Estado de cara precisamente a **fallos con responsabilidad fiscal:**

> *"Tanto en el escrito de demanda como en aquel de la alzada, el recurrente señala que* ***la metodología de valoración de la sociedad gestora GESTAGUAS debía ser determinada a través de la metodología del flujo de caja libre, cuya importancia radica en el hecho de que "muestra la liquidez sobrante, generadas por la empresa después de hacer frente a las inversiones necesarias para su normal funcionamiento****."*[132]
>
> *No obstante ello, el análisis financiero realizado por la Contraloría de Bogotá partió de un procedimiento divergente, motivo por el que encontró diferencias económicas que le fueron atribuidas como perjuicio que debía ser reparado.*
>
> *Contrario a lo sostenido por el accionante, esta Judicatura encuentra que la valoración del negocio cuestionado, realizada por el órgano fiscal demandado, parte igualmente del método que éste echa de menos en su libelo introductorio y su apelación.*
> *Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explicó:*
>
> *"No hay discusión alguna en que la metodología más utilizada para la valoración de la compra de la participación accionaria es el flujo de caja libre descontando –FCLD–, aún cuando en algunos casos puedan evaluarse las compañías por la metodología del flujo de dividendos descontado –FDD–, en la medida en los que los nuevos accionistas aspiran a obtener una rentabilidad mínima frente al capital que ponen en riesgo para adelantar la inversión.*
>
> *Pero el modelo de valoración por el flujo de caja libre supone una proyección de los resultados del negocio en el tiempo, con fundamento en la operación de la empresa en cuestión y busca determinar cuál es la remuneración, por el capital que un inversionista pone en riesgo, para que el negocio se adelante. De esta forma el FCLD pretende establecer cuántos recursos disponibles tiene una empresa para remunerar el capital invertido a los titulares de la misma, esto es, a los accionistas y a los acreedores.*
>
> *(…)*
>
> *Entonces, si los administradores de AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP querían establecer el precio a pagar por el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A., debieron calcular el FCLD de la empresa, año a año, y descontar esos flujos*

[132] Folio 31 del cuaderno principal.

programados en el tiempo proyectado a una tasa de interés de oportunidad (20.27%) para nuestro caso, con lo cual se obtendría el valor base para negociar la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS."[133]

Por lo anterior, ***no puede admitirse que, como lo sostiene el demandante, la Contraloría haya aplicado un método distinto al del flujo de caja libre para deducir la existencia de daño patrimonial en la compra del paquete accionario de GESTAGUAS,*** *motivo que permite descartar el cuestionamiento"*[134]*.*

De donde resulta claro que no se trata de una metodología nueva, ni tampoco del hecho de que se parta de conjeturas o hipótesis que no se sepa si se van a dar o no en la realidad, sino que el Despacho hizo uso de un instrumento de valoración económica que permite determinar la realidad económica del proyecto y que por lo tanto dota de certeza el valor del daño calculado.

Ahora bien, la conclusión a la que llega el Despacho en relación con la certeza del daño, no se limita exclusivamente al ejercicio numérico, de orden financiero, sino que atiende además a las circunstancias fácticas del proyecto (descritas en el acápite de hechos de esta providencia), en que se da esta comparación de modelos financieros.

Es necesario precisar que las decisiones de inversión que se toman en un proyecto que se desarrolla con recursos públicos como el que ocupa esta causa fiscal y que tiene la finalidad de satisfacer un interés general de la importancia y dimensiones del que se estudia en el caso concreto, se encuentran enmarcadas necesariamente en la visión de negocio que tuvo el inversionista (En este Caso EPM e Hidroituango, este último como dueño y beneficiario del proyecto)

Cabe anotar, que el proyecto objeto de esta causa fiscal, tenía como propósito, nada más y nada menos que proveer al País del 17 % de la energía eléctrica. Dada su magnitud, el mismo intervino uno de los ríos más caudalosos e importantes del país como lo es el Río Cauca, tiene influencia sobre 12 Municipios estratégicos de Antioquia y se encuentra en una zona caracterizada desde antaño por profundas tensiones de orden social. Por lo que en este contexto resulta claro que todas las decisiones tomadas en el mismo debieron estar orientadas a obtener una hidroeléctrica con las especificaciones técnicas necesarias, la capacidad de generación de energía esperada, que cubra la demanda de energía pactada y aporte a la sostenibilidad del sistema eléctrico nacional; y por supuesto, en un tiempo esperado o "razonable" respecto a las deviaciones presentadas, y en las condiciones de costos planeadas, lo anterior, en respuesta a los objetivos de política

[133] Folio 8428 del cuaderno de pruebas.
[134] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00214-01

pública bajo los cuales fue gestado el proyecto. Como resulta evidente de la lectura de esta providencia dichos objetivos no se cumplieron, lo que permitió establecer con certeza que existió un daño en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Adicionalmente, es necesario reiterar que este Despacho también revisó la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM. estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero. En este sentido, y contrario a lo afirmado por el apoderado, el Despacho sí revisó a partir de la realidad económica que deben reflejar los estados financieros las transacciones y egresos específicos.

Así mismo, es necesario precisar que el ordenamiento interno no impone una limitación al uso del método de valoración de inversión, por el contrario, como se explicó líneas atrás lo avala aún para cuantificar el valor de los activos en cabeza del Estado. De igual forma, la jurisprudencia de las altas cortes tampoco ha considerado que este método no pueda ser utilizado y lo ha avalado por ejemplo para efectos de la determinación de una plusvalía y también determinar el valor de las acciones de una entidad pública[135]. De igual manera la forma como este Despacho ha establecido el daño atiende a todos y cada uno de los elementos que se exigen para que el mismo sea indemnizable.

Como puede verse en el caso concreto el daño no está, como mal lo afirma el apoderado, "*basado en conjeturas o hipótesis, desprovisto de las reglas aplicables en materia de responsabilidad fiscal.*" Sino que se basa en la realidad que muestra tanto

[135] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

el contexto fáctico como financiero que sirvió de derrotero para el proyecto. En efecto, se hizo uso de los modelos financieros del proyecto mismo, aceptados por las partes y no de ningún otro.

Cabe recordar que el modelo financiero en un proyecto de la envergadura del de Hidroituango es la concreción del principio de planeación, es aquél a través del cual debe poderse observar los costos y tiempos del proyecto, respecto de los cuales es exigible que atiendan con un alto grado de probabilidad a la realidad del negocio, más cuando el mismo se realiza con recursos públicos y por supuesto de su desarrollo depende la satisfacción del interés público. Se reitera en este punto que Hidroituango no representaba un interés solo local sino nacional pues con él se pretende surtir el 17% de la energía del país.

Por todo lo anterior el argumento planteado por el apoderado no está llamado a prosperar.

2. En los argumentos de defensa planteados el apoderado de los señores Ana Cristina Moreno, Jorge Mario Pérez Gallón y Jesús Arturo Aristizábal Guevara alegó:

Después de hacer una referencia teórica a la importancia del daño y a la naturaleza resarcitoria del proceso de responsabilidad fiscal, considera el apoderado lo siguiente:

> *"Se destaca que el informe de la Universidad Nacional para la cuantificación del daño, se basa en los modelos de Inverlink y Modelo Financiero de EPM, ambos utilizados para el cálculo de la remuneración periódica que recibirá la sociedad Hidroeléctrica Ituango y de las inversiones realizadas por EPM como contratista a través del contrato BOOMT. En dicho informe como se grafica, se toma como línea base o punto de base para establecer los cambios ocurridos en el proyecto a partir del año 2011, fecha de celebración del contrato BOOMT considerando el horizonte de 50 años que es el plazo de ejecución del referido contrato Además, en el anexo No 3 que hace parte integral de la Escritura Pública No 893 del 23 de marzo de 2011, de la Notaría Diecisiete del Círculo de Medellín, mediante la cual se escindió una porción patrimonial de la sociedad Hl para la conformación de la sociedad EPM Ituango, todas las inversiones, activos e infraestructura de propiedad de la sociedad escindida pasaron a la sociedad EPM ITUANGO S.A. E S P como producto de la escisión, tal y como se detalla CUENTA - NOMBRE DE CUENTA - VALOR EN LIBROS 16 14 04 574 - DISEÑOS OBRAS INFRAESTRUCTURA - $2,115,498,188.00 16 15 04 576 - DISEÑOS DE OBRAS PRINCIPÁLES - $30,634,023,511.00 16 15 04 612 - VÍAS DE ACCESO - $2,888,291,828.00 16 15 04 614 - VÍAS SUSTITUTIVAS, ADECUACIONES Y RECTIFICACIONES - $16,982,890,842.00 De acuerdo con lo anterior las inversiones que realizó la sociedad Hidroituango en cuanto a diseños de obras de infraestructura, obras principales e infraestructura de vías de acceso, vías sustitutivas, adecuaciones y rectificaciones previas a la celebración del contrato BOOMT fueron cedidas a la sociedad EPM-Ituango con ocasión de la escisión, por lo que, dichas inversiones, no pudieron de ninguna*

manera impactar el modelo financiero del contrato BOOMT y mucho menos generar los sobre costos que se señalan en esta causa fiscal, razón por la cual debe 63 cesarse-archivar la acción fiscal por los cargos analizados en mi contra para la época comprendida entre 2008 y 2011".

Prosigue haciendo referencia a los avances presentados en la obra y certificados entre otros por la firma Deloitte antes de que se diera la contingencia, punto sobre el cual el Despacho se pronunciará en el acápite de conducta y nexo de causalidad y por último afirma que:

"-EL VPN es un modelo teórico, conceptual, referente, no definitivo, ni determinante. -Se trata de un valor proyectado, estimado, supuesto, hipotético -La responsabilidad fiscal (ley 610 de 2000) exige que el daño sea cierto, real, no eventual-hipotético-supuesto. -En el BOOMT se señala que el valor del proyecto será el que al final de la construcción se certifique por el Auditor de Costos, por lo que a la fecha de la Imputación, e incluso hoy, al no tener certeza sobre dicho valor, es imposible que se pueda hablar de cuál pueda ser un presunto daño Cualquier cifra que se señale sería hipotética, no real, cierta, probada como lo exige la responsabilidad fiscal -En este punto, la Contraloría debe valorar, analizar, el informe-concepto que reposa en el expediente de la firma SAINT CHARLES INVESTISSEMENTS S.A.S
(…)

Respecto de este primer argumento, el mismo no logra desvirtuar el daño en la presente causa fiscal, toda vez que, como se explicará in extenso más adelante al responder los argumentos de defensa de los imputados referidos a los otros elementos de la responsabilidad fiscal, las conductas desplegadas por los señores Moreno y Aristizábal destruyeron las holguras temporales del proyecto, supusieron el adelantamiento de todo el proyecto bajo planes de aceleración que implicaron a su vez, el reconocimiento de mayores valores, impactando de manera particular lo relativo al desarrollo del contrato de los túneles de desviación, lo que llevó a realizar modificaciones a los diseños originales todo lo cual, sumado a las situaciones y conductas que se desarrollaron con posterioridad y que también fueron descritas en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, pusieron en una situación de vulnerabilidad el proyecto que terminó desembocando y haciéndose evidente en la mal llamada "contingencia de 2018". Por lo que tanto las mayores inversiones que se reflejan en el modelo financiero como las situaciones que generaron la no entrada en operación de la hidroeléctrica, también tienen como causa los hechos anteriores a la suscripción del contrato BOOMT.

Respecto del segundo punto, referido al hecho de que el VPN es un modelo teórico, conceptual referente y no definitivo, es necesario precisar que el apoderado parte de una definición que no corresponde a la del método de valuación utilizado.
En efecto, como se precisó líneas atrás, el valor presente Neto es un instrumento de valoración económica ampliamente usado, *"El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad" "...representa la*

equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto" (Mokate, 2003).

En este sentido, y dado que la gestión fiscal incluye también el conjunto de actividades económicas tendientes a la adecuada y correcta administración de bienes y rentas públicas dirigidos siempre a cumplir los fines esenciales del Estado, El VPN, como instrumento de valoración económica resulta adecuado para calcular el valor del daño, dando certeza de su cuantía. Es un instrumento que permite medir en grado de certeza la valoración de un proyecto, obra o negocio de tal modo que permita tomar las decisiones bien de continuidad o bien de corrección que el asunto demande. Es decir, es ante todo un mecanismo basado en la certeza par la toma de decisiones de inversión. Lo que por consiguiente coloca a los individuos que deciden o intervienen en esas decisiones en la debida diligencia de adoptar las decisiones correctivas a tiempo para preservar el patrimonio de la empresa o entidad.

En efecto, es necesario recordar que no solamente la Contraloría utiliza este método para determinar la cuantía de un daño a reparar, sino que la misma ha sido usada y avalada en distintos escenarios.

En efecto, es un método utilizado por el Departamento Nacional de Planeación para identificar, preparar y evaluar proyectos de inversión pública. Se utiliza también a efectos de determinar Plusvalías[136], es además un factor de selección de los contratistas en algunos contratos Estatales[137], el Consejo de Estado ha reconocido su validez a los efectos de determinar el valor de las acciones de una entidad

[136] Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00132-01(24591)

[137] El valor presente neto, entre otras cosas se utiliza como criterio de adjudicación, un ejemplo de ello puede verse en la sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

pública[138] y es usado además por CIADI a efectos de determinar la existencia de daños en cabeza de un inversionista[139].

Pero lo que resulta aún más contundente, es que para efectos contables es un medio que le permite a la Contaduría General de la Nación, a efectos de determinar el valor de los activos del Estado y de forma puntual, el valor de las inversiones que realiza.

En efecto, en el Plan General de Contabilidad Pública[140], expedido por el Contador General de la Nación, se lee:

> *9.NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD PÚBLICA*
> *9.1 NORMAS TÉCNICAS RELATIVAS A LAS ETAPAS DE RECONOCIMIENTO Y REVELACIÓN DE LOS HECHOS FINANCIEROS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y AMBIENTALES*
> *(…)*
> *131. Las diferentes bases de valuación que se definen a continuación, permiten reconocer y revelar las diferentes transacciones, hechos y operaciones, de la entidad contable pública, de tal forma que los resultados obtenidos se ajusten a los propósitos de control, rendición de cuentas, gestión eficiente y transparencia.*
> *(…)*
> *135. Valor Presente Neto. Corresponde al valor que resulta de descontar la totalidad de los flujos futuros que pueda generar un activo o un pasivo, empleando para el efecto una tasa de descuento.*

---

[138] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

[139] A manera de ejemplo puede verse: Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012

[140] https://www.contaduria.gov.co/plan-general-de-contabilidad-publica//document_library/Icr3IB7G0xlH/view_file/44037?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH_redirect=https%3A%2F%2Fwww.contaduria.gov.co%3A443%2Fplan-general-de-contabilidad-publica%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview

(…)

9.1.1 Normas técnicas relativas a los activos
141. Noción. Los activos son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general.
142. Las normas técnicas relativas a los activos están orientadas a definir criterios para el reconocimiento y revelación de los hechos relacionados con los bienes y derechos de la entidad contable pública, derivados del desarrollo de sus funciones de cometido estatal.
9.1.1.1 Inversiones e instrumentos derivados
143. Noción. Las inversiones representan recursos aplicados en la creación y fortalecimiento de empresas públicas y entidades de naturaleza privada, y en la adquisición de valores como títulos e instrumentos derivados, en cumplimiento de políticas financieras, económicas y sociales del Estado y que como consecuencia pueden generar utilidades. Esta norma también trata los instrumentos derivados con fines de cobertura de activos.
144. Las inversiones deben reconocerse por su costo histórico y actualizarse atendiendo la intención de realización, la disponibilidad de información en el mercado y, tratándose de inversiones patrimoniales, el grado de control o influencia que se tenga sobre el ente receptor de la inversión, ***mediante la aplicación de metodologías que aproximen su realidad económica, tales como:*** *el valor razonable,* ***el valor presente neto*** *a partir de la tasa interna de retorno, el método de participación patrimonial y el método del costo.*

Por lo anterior, si dicha metodología resulta avalada para determinar el valor de un activo, de una inversión en cabeza del Estado, resulta igualmente válido utilizarlo para determinar una pérdida en cabeza del Estado cuando dicha inversión no obtiene el resultado esperado y se cuenta con los medios de prueba para concluir que en el horizonte de tiempo del negocio no lo va a recuperar. Tal y como ocurre en el caso concreto en dónde se recuerda: después de 3 años de la fecha en que originalmente debería haber entrado en operación, aún NO se cuenta con una hidroeléctrica que genere siquiera 1 KW de energía, así mismo los costos de la Hidroeléctrica han superado con creces los costos inicialmente pactados y a la fecha ni siquiera la Autoridad ambiental ha levantado la medida cautelar sobre la licencia ambiental, por lo que únicamente puede avanzarse con las obras necesarias para reparar los daños ocasionados por la mal llamada “contingencia” del año 2018.

Así mismo, se trata de un método de valuación que ha sido avalado inclusive por el Consejo de Estado de cara precisamente a **fallos con responsabilidad fiscal:**

> *"Tanto en el escrito de demanda como en aquel de la alzada, el recurrente señala que **la metodología de valoración de la sociedad gestora GESTAGUAS debía ser determinada a través de la metodología del flujo de caja libre, cuya importancia radica en el hecho de que "muestra la liquidez sobrante, generadas por la empresa después de hacer frente a las inversiones necesarias para su normal funcionamiento**."*[141]
>
> *No obstante ello, el análisis financiero realizado por la Contraloría de Bogotá partió de un procedimiento divergente, motivo por el que encontró diferencias económicas que le fueron atribuidas como perjuicio que debía ser reparado.*
>
> *Contrario a lo sostenido por el accionante, esta Judicatura encuentra que la valoración del negocio cuestionado, realizada por el órgano fiscal demandado, parte igualmente del método que éste echa de menos en su libelo introductorio y su apelación.*
> *Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explicó:*
>
> *"No hay discusión alguna en que la metodología más utilizada para la valoración de la compra de la participación accionaria es el flujo de caja libre descontando –FCLD–, aún cuando en algunos casos puedan evaluarse las compañías por la metodología del flujo de dividendos descontado –FDD–, en la medida en los que los nuevos accionistas aspiran a obtener una rentabilidad mínima frente al capital que ponen en riesgo para adelantar la inversión.*
>
> *Pero el modelo de valoración por el flujo de caja libre supone una proyección de los resultados del negocio en el tiempo, con fundamento en la operación de la empresa en cuestión y busca determinar cuál es la remuneración, por el capital que un inversionista pone en riesgo, para que el negocio se adelante. De esta forma el FCLD pretende establecer cuántos recursos disponibles tiene una empresa para remunerar el capital invertido a los titulares de la misma, esto es, a los accionistas y a los acreedores.*
>
> *(…)*
>
> *Entonces, si los administradores de AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP querían establecer el precio a pagar por el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A., debieron calcular el FCLD de la empresa, año a año, y descontar esos flujos programados en el tiempo proyectado a una tasa de interés de oportunidad (20.27%) para nuestro caso, con lo cual se obtendría el valor base para negociar la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS."*[142]
>
> *Por lo anterior, **no puede admitirse que, como lo sostiene el demandante, la Contraloría haya aplicado un método distinto al del flujo de caja libre para deducir la existencia de daño patrimonial en la compra del paquete***

[141] Folio 31 del cuaderno principal.
[142] Folio 8428 del cuaderno de pruebas.

> ***accionario de GESTAGUAS,*** *motivo que permite descartar el cuestionamiento"*[143]*.*

De donde resulta claro que no se trata de una metodología nueva, ni tampoco del hecho de que se parta de conjeturas o hipótesis que no se sepa si se van a dar o no en la realidad, sino que el Despacho hizo uso de un instrumento de valoración económica que permite determinar la realidad económica del proyecto y que por lo tanto dota de certeza el valor del daño calculado.

Ahora bien, la conclusión a la que llega el Despacho en relación con la certeza del daño, no se limita exclusivamente al ejercicio numérico, de orden financiero, sino que atiende además a las circunstancias fácticas del proyecto (descritas en el acápite de hechos de esta providencia), en que se da esta comparación de modelos financieros.

Es necesario precisar que las decisiones de inversión que se toman en un proyecto que se desarrolla con recursos públicos como el que ocupa esta causa fiscal y que tiene la finalidad de satisfacer un interés general de la importancia y dimensiones del que se estudia en el caso concreto, se encuentran enmarcadas necesariamente en la visión de negocio que tuvo el inversionista (En este Caso EPM e Hidroituango, este último como dueño y beneficiario del proyecto)

Cabe anotar, que el proyecto objeto de esta causa fiscal, tenía como propósito, nada más y nada menos que proveer al País del 17 % de la energía eléctrica. Dada su magnitud, el mismo intervino uno de los ríos más caudalosos e importantes del país como lo es el Río Cauca, tiene influencia sobre 12 Municipios estratégicos de Antioquia y se encuentra en una zona caracterizada desde antaño por profundas tensiones de orden social. Por lo que en este contexto resulta claro que todas las decisiones tomadas en el mismo debieron estar orientadas a obtener una hidroeléctrica con las especificaciones técnicas necesarias, la capacidad de generación de energía esperada, que cubra la demanda de energía pactada y aporte a la sostenibilidad del sistema eléctrico nacional; y por supuesto, en un tiempo esperado o "razonable" respecto a las deviaciones presentadas, y en las condiciones de costos planeadas, lo anterior, en respuesta a los objetivos de política pública bajo los cuales fue gestado el proyecto. Como resulta evidente de la lectura de esta providencia dichos objetivos no se cumplieron, lo que permitió establecer con certeza que existió un daño en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Adicionalmente, es necesario reiterar que este Despacho también revisó la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM.

[143] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00214-01

estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero. En este sentido, y contrario a lo afirmado por el apoderado, el Despacho sí revisó a partir de la realidad económica que deben reflejar los estados financieros las transacciones y egresos específicos.

Así mismo, es necesario precisar que el ordenamiento interno no impone una limitación al uso del método de valoración de inversión, por el contrario, como se explicó líneas atrás lo avala aún para cuantificar el valor de los activos en cabeza del Estado. De igual forma, la jurisprudencia de las altas cortes tampoco ha considerado que este método no pueda ser utilizado y lo ha avalado por ejemplo para efectos de la determinación de una plusvalía y también determinar el valor de las acciones de una entidad pública[144]. De igual manera la forma como este Despacho ha establecido el daño atiende a todos y cada uno de los elementos que se exigen para que el mismo sea indemnizable.

Como puede verse en el caso concreto el daño no parte, como mal lo afirma el apoderado, de un "modelo teórico, conceptual referente y no definitivo" sino de la realidad que muestra tanto el contexto fáctico como financiero que sirvió de derrotero para el proyecto. En efecto, se hizo uso de los modelos financieros del proyecto mismo, aceptados por las partes y no de ningún otro.

Cabe recordar que el modelo financiero en un proyecto de la envergadura del de Hidroituango es la concreción del principio de planeación, es aquél a través del cual debe poderse observar los costos y tiempos del proyecto, respecto de los cuales es exigible que atiendan con un alto grado de probabilidad a la realidad del negocio,

---

[144] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

más cuando el mismo se realiza con recursos públicos y por supuesto de su desarrollo depende la satisfacción del interés público. Se reitera en este punto que Hidroituango no representaba un interés solo local sino nacional pues con él se pretende surtir el 17% de la energía del país.

De otra parte, en relación con la solicitud del apoderado relativa a que el Despacho valore el documento técnico financiero allegado por SURAMERICANA a la presente causa fiscal, es preciso anotar que dicha valoración fue realizada al momento de proferirse la imputación, lo que permitió concluir al Despacho que dicha prueba no desvirtuaba el daño probado en la presente causa fiscal.

Ahora bien, dado que algunos de los imputados a esta causa fiscal han traído como argumentos de defensa con posterioridad a la imputación, las conclusiones de dicho documento el Despacho ha venido pronunciándose nuevamente sobre este, así mismo y dado que Suramericana allegó un segundo documento técnico de contenido financiero después de imputación, que retoma los puntos contenidos en el primer informe y adiciona otros, el Despacho también con ocasión de ello se pronunciará más adelante, por lo que en este punto el Despacho remite a los pronunciamientos que se hagan en este escrito sobre el particular.

Por todo lo anterior el argumento planteado por el apoderado no está llamado a prosperar.

3. En los documentos de defensa presentados por la apoderada de Ingetec y Sedic, presentó los siguientes argumentos:

2. NO EXISTE DAÑO FISCAL
El artículo 6 de la Ley 610 de 2000 define el daño fiscal como "el menoscabo disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna".
El daño, como elemento esencial de la responsabilidad fiscal, debe ser el resultado o consecuencia de una indebida gestión fiscal que es atribuible o imputable a un sujeto a título de dolo o culpa grave Adicionalmente, el daño, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe ser cierto, no eventual y estar probado'.
En el Auto de Imputación la Contraloría señala que el daño fiscal consistió en la destrucción del Valor Presente Neto (en adelante, "VPN") del Proyecto derivado del incremento injustificado de las inversiones, y de la consolidación de un lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada. Además de no estar probado, esto es, de carecer de certeza, en el presente asunto, el daño no es atribuible a una conducta culposa del Interventor ni existe una relación causal que pueda unir la conducta del Interventor con la destrucción del VPN y la consolidación de un lucro cesante
En efecto, el supuesto daño fiscal en los términos definidos por la Contraloría no es imputable al Interventor dado que, en primer lugar, este atendió con total diligencia y cuidado las obligaciones a su cargo y, en segundo lugar, no tenía capacidad de decisión sobre la ejecución de mayores inversiones durante el

desarrollo del Proyecto ni tampoco sobre la ejecución de las actividades que dieron origen a dichas inversiones tales como obras adicionales, mayores cantidades, cambios de diseño, etc Todas estas decisiones le competían y fueron adoptadas por EPM El Interventor no adoptaba decisiones sobre inversiones ni sobre obras que pudieran suponer una mayor inversión.
En segundo lugar, no cabe atribuir culpa grave al Interventor en relación con el cumplimiento de obligaciones que no estaban a su cargo. El Interventor no tenía ninguna obligación ni responsabilidad relacionada con la decisión de hacer mayores inversiones en el Proyecto y, más allá de eso, tampoco tenía ninguna obligación respecto de las decisiones que EPM podía adoptar sobre la ejecución de obras adicionales o la introducción de cambios en los diseños de las obras, las cuales pudieron repercutir en las supuestas mayores inversiones.

R/: Sobre este primer argumento, no es cierto que el Daño no le sea atribuible al Interventor. Tal y como se explicó desde el auto de Imputación, se le endilgaron las siguientes conductas:

> *"En efecto, como se explicará en detalle más adelante, la interventoría permitió el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo sin las estructuras necesarias para ello, lo que generó la necesidad de construir obras no incluidas en los diseños originales y que, como se explicó en el acápite de hechos, implicó la modificación de características determinadas contractualmente como "inmodificables". Así mismo, el interventor no realizó las observaciones pertinentes sobre la modificación de los planos originales y puesta en marcha de tales obras, consistente en la construcción de un tercer túnel de desviación (GAD) y también incurrió en fallas en los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles asociadas con la gestión del alcance, riesgos y calidad de estas y la iniciación de las obras para construir el GAD sin la modificación de la licencia ambiental.*
>
> *Todo lo anterior, demuestra falta de diligencia en la supervisión realizada por parte de la interventoría, lo que como se demostrará, contribuyó de manera determinante a que se concretara la contingencia de 2018 y a que de manera injustificada se incrementara el costo de las inversiones tal como se prueba en el acápite de daño destruyó el valor presente neto del proyecto y derivó en la no entrada en operación de la hidroeléctrica hasta la fecha generando un consecuente lucro cesante".*

Ahora bien, es importante precisar que al interventor no se le atribuyó responsabilidad fiscal como gestor fiscal, pues para el Despacho, es claro que no le competía tomar decisiones de administración ni se le estaba exigiendo que respecto de las decisiones de administración que tomaba EPM. En el caso concreto se le imputó responsabilidad como contribuyente al daño con ocasión de la gestión fiscal.

En este sentido el importante recordar que no solo será responsable fiscal quien de manera directa tenga la titularidad jurídica para disponer de los mismos sino también

quien por contribución incida en la destinación de los mismos, en una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal.

En este Sentido, es necesario recordar que el instrumento por excelencia a través del cual se ejecutan los recursos del Estado es la contratación Estatal. En este sentido, a efectos de realizarse la construcción de la Hidroeléctrica objeto de la presente causa fiscal, EPM subcontrató la realización los diseños, la construcción, la interventoría y asesoría respecto de la mismas con distintos contratistas.

Cada uno de ellos, incluido el interventor tenían un propósito específico y era desde cada rol desarrollar sus funciones en pro de conseguir en los términos de calidad, tiempos y costos planeados una hidroeléctrica que produjera energía. Lo anterior en el caso concreto a la fecha, después de 3 años de la fecha en que debió haber entrado en operación no ocurre, lo anterior, como se explicará más adelante de forma detallada.

Si bien, al interventor le competía en este contexto la realización de una labor de medio, lo cierto es que tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, el contrato del interventor encuentra una coaligación negocial respecto del contrato de obra, en el sentido de que ambos propenden a la realización de un fin práctico único, que, como se expresaba anteriormente corresponde con la realización de la hidroeléctrica en las condiciones atrás descritas. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"(…) la doctrina bajo la denominación de coligación negocial ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica. Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio"*[145].

En efecto, le correspondía de acuerdo con el contrato CT-2011-000008 (7 de octubre de 2011) y los Términos de Referencia PC-056-2010, prestar un servicio de interventoría durante la construcción de las obras civiles y el montaje de los equipos electromecánicos del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, ejecutado en forma planeada, controlada, sistemática, oportuna y documentada, bajo un enfoque de

[145] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00732-01(24266)

gerencia de proyectos, aseguramiento de calidad, protección del medio ambiente y gestión de riesgos asociados con la gestión del alcance, calidad, tiempo y costos de las obras intervenidas, de acuerdo con los documentos del contrato, y demás obras complementarias que se requieran y le sean ordenadas para la ejecución del proyecto, y en las actividades y alcances no contratados en el contrato No 016-2009 cuyo objeto es la prestación de servicios de Interventoría durante la construcción de obras de infraestructura del Proyecto Hidroeléctrico Ituango. Dentro de sus obligaciones principales encontramos:

1. Era su responsabilidad estudiar y analizar los planos, informes, especificaciones técnicas, Términos de Referencia de licitación y propuestas a las que se les adjudicó la construcción de las obras intervenidas, informes de evaluación de ofertas, con el fin de verificar que la construcción de las obras civiles, el montaje de los equipos electromecánicos y demás obras que se realicen de acuerdo con dichos documentos, siguiendo el orden de prioridades establecido en el contrato.
2. Debía implementar un sistema de gestión de calidad de las obras intervenidas, así como tenía la obligación de estudiar y revisar los métodos constructivos, planos de trabajo y planos de taller producidos por los contratistas de obras civiles para verificar que se ajustan a los planos, especificaciones técnicas y requisitos contractuales.
3. La Interventoría debía investigar para cada frente de trabajo un estudio detallado de la gestión de riesgos inherente a la interventoría de la construcción.
4. Debía estudiar, supervisar, hacer recomendaciones, aprobar o improbar, los procedimientos de construcción, propuestos por los contratistas para la realización de las obras, así como revisar y aprobar los replanteos topográficos ejecutados por los contratistas antes de iniciar los trabajos y durante el desarrollo de los mismos; en general, ejecutar todos los trabajos de control requeridos para el cumplimiento de los planos y especificaciones técnicas de construcción.
5. En caso de que se presentaran incumplimientos (contractuales, técnicos, ambientales, etc.) por parte del contratista de las obras, la Interventoría podía ordenar la suspensión de las actividades y/o recomendar a HIDROITUANGO la aplicación de las multas establecidas en los contratos de construcción de obras.
6. La Interventoría tenía la obligación de recopilar y estudiar los documentos de la licencia ambiental, así como diseñar, implementar y mantener, durante todo el proceso constructivo del proyecto, un sistema de gestión para el control y seguimiento integral de las obligaciones contempladas en la licencia ambiental del proyecto y sus modificaciones.
7. Era responsabilidad de la Interventoría el cabal cumplimiento por parte del Contratista de la legislación ambiental vigente y demás leyes, normas, decretos, resoluciones, autos, acuerdos y ordenanzas, de carácter nacional o internacional acogidas por Colombia, relacionados con la protección y

> conservación del ambiente y con la seguridad social y el bienestar de todo el personal a su cargo.

Sin embargo, dado el ejercicio defectuoso de tales responsabilidades y obligaciones tanto legales como contractuales, resultó determinante para la destrucción del valor presente neto del proyecto y la consolidación de un lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha acordada.

Bajo esta lógica, es importante precisar que las conductas desplegadas por el Interventor contribuyeron para que se dieran los problemas porque sus acciones y omisiones fueron determinantes para que se concretara el daño en la presente causa fiscal.

En efecto, la interventoría permitió el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo sin las estructuras necesarias para ello, lo que generó la necesidad de construir obras no incluidas en los diseños originales y que, como se explicó en el acápite de hechos, implicó la modificación de características determinadas contractualmente como “inmodificables”. Así mismo, el interventor no realizó las observaciones pertinentes sobre la modificación de los planos originales y puesta en marcha de tales obras, consistente en la construcción de un tercer túnel de desviación (GAD) y también incurrió en fallas en los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles asociadas con la gestión del alcance, riesgos y calidad de estas y la iniciación de las obras para construir el GAD sin la modificación de la licencia ambiental.

Así mismo se tiene que dichas conductas fueron calificadas como culpa grave, pues las mismas se desarrollaron, explicación que se retomará más adelante, con una falta de diligencia tal que ni siquiera un hombre imprudente desplegaría en el ejercicio de sus propios negocios, en los términos del artículo 63 del Código Civil.
En este sentido, las mayores inversiones calificadas como injustificadas, que supuso que las acciones y omisiones atribuibles a los miembros del consorcio, partiendo de las obligaciones que legal y contractualmente le eran exigibles al interventor, así como la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, sí fueron producto de las conductas desplegadas por el Interventor, en concurrencia con las conductas desplegadas por los otros vinculados a la presente causa fiscal, por lo que el daño sí resulta atribuible al interventor.

Continúa la apoderada firmando lo siguiente:

> En todo caso, el daño en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000 no está probado dentro del presente proceso. El Informe de la Universidad Nacional, única prueba en la que la Contraloría apoya su argumentación, adolece de serias falencias y errores, no tiene el carácter de informe técnico y no puede dársele el valor de plena prueba dado que respecto a su producción y contradicción se han vulnerado abiertamente el debido proceso y el derecho

de defensa de los investigados. A continuación, se explican en detalle cada una de estas circunstancias.
La metodología y las conclusiones del Informe de la Universidad Nacional con respecto a la supuesta pérdida de valor del Proyecto son incorrectas e inválidas desde el punto de vista financiero
6.2.1.1. El Informe de la Universidad Nacional no cumple con el objetivo de analizar el impacto económico y financiero de las decisiones de estrategia corporativa y de alta gerencia que se presentaron en virtud del desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.
Según el dictamen pericial de parte elaborado por la Banca de Inversión Invercor (en adelante, el "Dictamen de Invercor"), a quien el Consorcio INGETEC-SEDIC le encomendó la labor de analizar la validez de la metodología y las conclusiones del Informe de la Universidad Nacional, éste último no cumplió con el objetivo de *"analizar el impacto económico y financiero de las decisiones de estrategia corporativa y de alta gerencia que se presentaron en virtud del desarrollo del proyecto de generación hidroeléctrica Hidroituango".*
El Informe de la Universidad Nacional no hace referencia a NINGUNA decisión de estrategia corporativa o alta gerencia adoptada por EPM o Hidroituango que además haya generado un impacto económico o financiero sobre el Proyecto

R/: Sobre este punto, tal y como se demostrará al dar respuesta a cada uno de los puntos sobre los supuestos “errores del dictamen de la Universidad Nacional”, planteados por la apoderada, con base en el documento técnico presentado por INVERCOR, el daño en la presente causa fiscal sí se encuentra probado.

De otro lado, respecto del hecho de que el informe de la Universidad Nacional “no cumple con el objetivo de analizar el impacto económico y financiero de las decisiones de estrategia corporativa y de alta gerencia”, es cierta tal afirmación, pero ello no le resta como mal lo quiere hacer ver la apoderada validez a las conclusiones en relación con destrucción del valor presente neto de la inversión, ni al hecho de que el mismo sea un daño al patrimonio del Estado.

En este punto, resulta necesario recordar de conformidad con la AYUDA DE MEMORIA del COMITÉ TÉCNICO No. 1 Contrato Interadministrativo No. 211 del 8 de abril de 2019, realizado el día 5 de junio de 2019 entre la Universidad Nacional y la Contraloría General de la República-Delegada de Minas y Energía, se establecieron los puntos que debía desarrollar la Universidad Nacional así:

“Objetivo No. 1. Aplicar una metodología que permita evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, en el marco de un modelo de seguimiento al control fiscal.

Actividad a desarrollar
- Comparar los indicadores a través del ciclo del proyecto.
- Indicadores: VPN, TIR, WACC, CAPEX.
- Revisar la metodología de los modelos.

Objetivo No 2. Estudiar el comportamiento de los principales rubros del CAPEX y OPEX ejecutado durante la construcción de la hidroeléctrica y su respectiva comparación con los inicialmente presupuestados.

Actividad a desarrollar
- Análisis comparativo de los valores emitidos en el objetivo número 1

Objetivo No. 3. Realizar un análisis comparativo de las modificaciones frente al presupuesto inicial de los principales rubros del contrato BOOMT firmado entre Hidroituango y EPM.

Actividad a desarrollar
- Análisis marginal – Lucro cesante causado y proyectado.

Objetivo No. 4. Cuantificar el costo de oportunidad en el que se incurrió por el hecho de no poder poner en funcionamiento de la hidroeléctrica cuando inicialmente se había previsto. En particular, en relación a potenciales beneficios que se dejaron de percibir durante la ejecución del proyecto en plazos posteriores a los inicialmente presupuestados.

Actividad a desarrollar
- Revisión del lucro cesante desagregado en cada uno de los componentes del modelo"

De lo anterior, resulta claro que la actividad desarrollada por la Universidad Nacional se enmarcó en el contexto financiero y no en el hecho de evaluar las decisiones de estrategia corporativa. Ahora bien, lo cierto es que los resultados que se reflejan en el análisis financiero también son producto de conductas humanas, por lo que haber hecho una referencia en tal sentido no resulta equivocado. Sin embargo, se repite, el análisis realizado por la Universidad Nacional y que fue tomado por Este Despacho del Informe técnico entregado en desarrollo de la actuación especial, se centró en aplicar una metodología que permitiera evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, realizar un análisis comparativo de los diferentes rubros del proyecto Capex y Opex durante el desarrollo del proyecto respecto de los inicialmente presupuestados, realizar análisis Marginal del lucro cesante y cuantificar el costo de oportunidad por el hecho de no haber puesto en funcionamiento el proyecto.

Así mismo, es claro que la Universidad Nacional no se habría podido pronunciar de manera específica sobre las conductas desplegadas y su incidencia respecto del daño, toda vez que eso es un punto de Derecho, que se refiere específicamente a los elementos de la responsabilidad a saber: conducta y nexo de causalidad que son de competencia exclusiva de este Despacho en desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal.

En este sentido, se reitera que el informe de la Universidad Nacional realizó un ejercicio financiero que fue valorado desde el Auto de Apertura por el Despacho y fue tomado como uno de los elementos probatorios para determinar el daño y su cuantía. Es necesario precisar en este punto que el Informe de la Universidad Nacional no es la "única" prueba del daño como mal lo pretende hacer ver la apoderada.

El análisis de dicha prueba se realizó en un contexto factico específico y probado que permitió demostrar las circunstancias que llevaron a realizar las mayores inversiones y que permitió calificarlas como injustificadas, así mismo, el Despacho no se limitó a observar las conclusiones del informe de la Universidad Nacional, producto de la comparación de los modelos, los cuales valga anotar año a año se actualizan con los datos ciertos de ejecución, sino que además se procedió a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales.

Para tal fin se revisó con el apoyo técnico designado a esta causa fiscal, el contenido de estos últimos, desde el periodo 2011 a junio de 2019, tanto en la liquidada empresa EMP ITUANGO, como en EPM, encontrando que dichos costos se revelaban en la cuenta **Construcciones en Curso**, inmersa en la Cuenta Propiedad, Planta y Equipo de las referidas sociedades, estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero.

Así mismo, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, por lo que existe un retraso consolidado en la entrada en operación, que ha generado también un lucro cesante.

De todo lo anterior, el Despacho encontró que el daño era cierto y se encontraba probado y cuantificado en debida forma, por lo que el argumento planteado por la apoderada no está llamado a prosperar.

> *6.2.1.2. No es correcto desde el punto de vista financiero utilizar el modelo financiero inicial desarrollado por Inverlink como línea base o de referencia para calcular la supuesta pérdida de valor del Proyecto.*
> *En su Informe, la Universidad Nacional tomó como "línea base o punto de partida" el modelo financiero construido por Inverlink denominado "P6 1 — Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo" (en adelante, el "Modelo*

Financiero Inicial") a partir del cual realizó el cálculo de la supuesta pérdida de valor del Proyecto. Lo anterior no es correcto por varias razones.

En primer lugar, tal como lo señaló EPM en su respuesta a las observaciones formuladas por la Contraloría en el marco del control excepcional sobre el Proyecto, el Modelo Financiero Inicial fue construido para definir la remuneración de Hidroituango en virtud del Contrato BOOMT, más no para determinar el valor del Proyecto a partir del cual se pueda calcular un supuesto detrimento patrimonial Particularmente, en su respuesta a la Observación No 16 de la Contraloría, EPM señaló que las cifras contenidas en el Modelo Financiero Inicial eran estrictamente indicativas y teóricas, en los siguientes términos. "Es importante aclarar que las cifras que se encuentran en el archivo anexo son estrictamente indicativas y teóricas, y que fueron utilizadas por la Banca de Inversión lnverlink con el propósito de construir y validar el adecuado funcionamiento del modelo Por tanto, los resultados que allí se presentan no reflejan la expectativa de las partes en el Contrato BOOMT, sobre la remuneración para HI".

Por lo anterior, utilizar el Modelo Financiero Inicial para compararlo con versiones posteriores del mismo y así establecer un supuesto detrimento patrimonial resulta a todas luces erróneo, como en efecto lo manifestó EPM en su respuesta a las observaciones de la Contraloría:

"Es por esto, que la CGR simularon, erróneamente, la metodología definida en el contrato BOOMT para cuantificar diferencias entre el valor del costo base de remuneración ejecutado a junio de 2019 y una supuesta línea base de inversión a la fecha Se aclara que la metodología de valoración establecida en el BOOMT es única y exclusivamente para cuantificar la remuneración para Hidroituango considerando la rentabilidad fija preestablecida para el contratista"

Es preciso destacar además que, según lo indica el Dictamen de Invercor, la Universidad Nacional afirma realizar un "análisis del modelo financiero asociado al proyecto y sus diferentes versiones, con el fin de estimar el perjuicio económico asociado a la no entrada en operación y mayores inversiones del proyecto hidroeléctrico Ituango", sin hacer ninguna aclaración o referencia a las razones por las cuales selecciona estos modelos. Tampoco señala la Universidad Nacional cuál es la relación directa entre las cifras contenidas en los modelos financieros analizados y los supuestos perjuicios económicos, o cuáles fueron las decisiones gerenciales que los habrían causado.

Así mismo, el Informe de la Universidad Nacional no consideró dentro de su análisis el sustento de las mayores inversiones realizadas, de las cuales algunas no tuvieron relación con "decisiones de estrategia corporativa" dado que fueron consecuencia de actos de terceros, reglamentarios o macroeconómicos.

Un claro ejemplo de las afectaciones que tuvo el Proyecto. Por factores externos es el tipo de cambio USD/COP como consecuencia de la devaluación del peso, el cual generó un incremento en el valor de la inversión Tal como lo indica el Dictamen de Invercor, el Informe de la Universidad Nacional incluye este impacto como mayor valor y perjuicio, en el que evidentemente no tiene ninguna responsabilidad el Consorcio Interventor ni ninguno de los actores involucrados en el Proyecto.

> *La ÚNICA razón dada por la Universidad Nacional para justificar la utilización del Modelo Financiero Inicial y sus versiones posteriores para el cálculo del supuesto detrimento patrimonial es que "la información utilizada para la realización de esta actividad corresponde a la entregada por la Contraloría General de la República a la Universidad Nacional"*
>
> *Tal como lo explica el Dictamen de Invercor, de lo anterior se puede concluir que (i) la Universidad Nacional no se cuestionó si ésta era la información adecuada para calcular el valor de un supuesto perjuicio económico, y (u) no realizó los ajustes requeridos a los modelos para presentar información real hasta la fecha de sus cálculos, ni para sustentar las bases para soportar las proyecciones hasta el 2060, con ocasión de la ejecución del Proyecto. Además, la Universidad Nacional omitió el hecho fundamental de que en el Contrato BOOMT se establece que el Modelo Financiero Inicial tiene por objeto "estimar la Remuneración que pagará el Contratista a Hidroituango"1 9 1. (Resaltado fuera de texto).*

R/: Sobre este punto, la Universidad Nacional al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación, relacionada con los motivos que justificaron la utilización del modelo de Inverlink como línea base, a folio 17450 del expediente afirmó: *"Se considera que el presupuesto de inversión estipulado en el contrato BOOMT corresponde al modelo de cierre financiero del proyecto y que a partir de este se planearon los desarrollos y los resultados iniciales que se pretendían alcanzar con su ejecución y realización, por lo que considerar esta versión como línea base es relevante y totalmente válido como referencia para cualquier evaluación financiera del proyecto"*

De dónde queda claro para este Despacho, que contrario a lo sostenido por la apoderada, citando lo sostenido en el documento de INVERCOR, la Universidad Nacional sí dio una explicación de las razones por las cuales se escogió como línea de base, la cual consiste en que el mismo corresponde al modelo de cierre financiero.

De igual forma, tal y como consta en el formato de hallazgo, base de este proceso de responsabilidad fiscal, la Delegada de Minas y Energía valoró la respuesta dada por EPM al hallazgo[146], la cual refiere la apoderada, en el siguiente sentido:

> *"Vale la pena transcribir el texto del contrato BOOMT, Capítulo 3, Declaraciones de las partes, 3.01 Declaraciones del contratista, numeral X, "Como resultado de sus propio análisis ha determinado que el proyecto es operativa, técnica y económicamente viable;" y en el mismo sentido, el texto del Capítulo 3, Declaraciones de las partes, 3.02 Declaraciones de Hidroituango, numeral vii, "Como resultado de sus propio análisis ha determinado que el proyecto es operativa, técnica y económicamente viable", por lo que no es correcto que EPM*

[146] Ver Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\1. Formatos de traslados de hallazgos 75798

asuma que el auditor de costos de alguna manera aprueba los costos del proyecto en función de una rentabilidad.
De otra parte, si bien en el contrato BOOMT se señaló que el presupuesto era estimado (sin imprevistos ni reajustes, valores que debían ser incorporados posteriormente una vez iniciada la obra) es importante tener presente que, con base en el presupuesto estipulado en el BOOMT, correspondiente a USD$3.049,25 millones constantes de 2009 se obtuvo el cierre financiero del proyecto.

En valores presentes a cierre de junio de 2019, el presupuesto de inversión estipulado en el BOOMT sería de $10,87 billones, en contraste, la inversión estimada total es de $15,32 billones que corresponde a un 40,87% adicional a lo estipulado en el contrato BOOMT. Con estas mayores inversiones, y que aún no son definitivas para la entrada en operación comercial del proyecto, el costo por kWh instalado resultará superior al costo inicialmente estructurado, luego es muy probable que, considerando este nuevo costo, el proyecto no estaría dentro de los parámetros de mercado.

*Como se ha señalado, se considera que **el presupuesto de inversión estipulado en el contrato BOOMT corresponde al modelo de cierre financiero del proyecto y que a partir de este se planearon los desarrollos y los resultados iniciales que se pretendían alcanzar con la ejecución y realización de este, por lo que considerar esta versión como línea base es relevante y totalmente válido como referencia para cualquier evaluación financiera del proyecto. Lo que no tendría ninguna razonabilidad financiera es ignorar que todo proyecto debe tener un modelo del cierre financiero para soportar la toma de decisiones sobre su realización o no realización, que en este caso es el modelo de línea base y que debe ser el punto de partida para futuras evaluaciones de este**"*

Por lo anterior, decidió mantener el hallazgo formulado.

Así mismo, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta comercial, no tiene porqué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.

Ahora bien, dado que en todo caso se trata de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

En este mismo sentido, en su oportunidad, la Universidad Nacional al presentar las aclaraciones y complementaciones al informe técnico, dio respuesta en el siguiente sentido (ver folio 17450 y 17450 vto):

"Se considera que los proyectos se conciben de manera integral y no por partes, por lo tanto, la evaluación de estos se debe hacer de manera integral y debe tener en cuenta todos los valores de inversión, ingresos costos y gastos estimados y proyectados que permitieron se lograra el cierre financiero del proyecto"

De donde este Despacho concluye que el modelo financiero de INVERLINK al haber sido realizado por especialistas en la materia debió tener en cuenta todas las variables necesarias para que fuera suficiente para entender que el proyecto era viable para las partes del contrato, por lo que las posibles variaciones que el modelo presente en la realidad, como se explicó líneas atrás debe atender a un margen razonable.

En este sentido, no le correspondía a la Universidad Nacional ni a este Despacho subsanar, completar o incluir otras variables diferentes a las que tuvieron en cuenta los estructuradores del modelo INVERLINK, el cual se reitera como válido en la medida en que fue el que le dio el cierre financiero al proyecto y fue el que tomaron las partes para efectos del contrato BOOMT.

Respecto de los demás modelos financieros utilizados cabe hacer la misma apreciación pues fueron los modelos corridos por EPM en desarrollo del proyecto Hidroeléctrico, los cuales fueron entregados por EPM[147] en desarrollo de la actuación especial[148] y reflejan las circunstancias financieras en las que se tomaron las decisiones en relación con el proyecto.

[147] Dichos modelos fueron allegados mediante oficio con radicado 2019ER0038326 de 22 de abril de 2019 obrante en la siguiente ruta: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\3. Modelos financieros entregados por EPM y oficios remisorios\P6.1 Modelo Inverlink

[148] Tanto el Modelo Financiero del Contrato BOOMT (formato Excel), como el Archivo de Modelo de liquidación mensual entregado por Inverlink (formato Excel), las Actualizaciones del modelo de Inverlink realizadas por EPM para efectos de actualizar su modelo financiero interno (formato Excel) y el hecho de que se Indicaran las variables de sensibilidad aplicadas en las actualizaciones del modelo financiero, fueron solicitadas a EPM durante la actuación Especial mediante oficio con radicado 2019EE0033925 de 22 de marzo de 2019 que se encuentra en el expediente en la siguiente ruta: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Enviada/4.Solicitud_Informacion_EPM4.

Las razones que expone el Profesional, en cuanto al Modelo financiero de Inverlink utilizado por la UNAL como línea base, relacionadas con la falta de certeza de supuestos adecuados, de falta de incorporación de presupuestos de obra aprobado, o presupuestos detallados de costos, entre otras, no es consistente, ni determinante, toda vez que todos los Modelos financieros iniciales o previos a la realización de inversiones, presentan "presupuestos" de costos, ingresos y variables macroeconómicas entre otras, que como se indica son previos, supuestos, que son susceptibles a ser modificados por su naturaleza de estimación o de probabilidad propio de estos modelos.

Es claro que los Modelos financieros requieren de estar acordes de la manera más cercana a supuestos que respondan al sector, negocio y/o proyecto en el cual se invertirán los recursos, para un momento determinado, no obstante, no son determinísticos y estáticos.

La falta de certeza que alega el Profesional de los supuestos adecuados, no es comprobada, toda vez que no cita o identifica los supuestos que considera no son adecuados.

Por su parte, los costos de proyectos de gran envergadura o megaproyectos, es conocido que presentan variaciones o desviaciones respecto a los presupuestos estimados o iniciales; variaciones que son de mayor magnitud dado el tamaño y el riesgo de estos proyectos.

En este punto es necesario anotar que en los distintos documentos técnicos entregados por los vinculados a la presente causa fiscal, en los cuales se pretende cuestionar el informe realizado por la Universidad Nacional, coinciden en afirmar que los Modelos Financieros utilizados no son los adecuados, sin embargo, en ninguno de los documentos técnicos se han aportado modelos diferentes o indicado que existan otros que sean los que permitan realizar las evaluaciones en discusión. Adicional a lo anterior, llama la atención la acotación que se hace en los argumentos de defensa presentado por la apoderada de los miembros del consorcio interventor, en el sentido de considerar que: *"Tampoco señala la Universidad Nacional cuál es la relación directa entre las cifras contenidas en los modelos financieros analizados y los supuestos perjuicios económicos, o cuáles fueron las decisiones gerenciales que los habrían causado".*

Como se explicó en las respuestas anteriores, la relación entre los modelos financieros y los perjuicios económicos y las decisiones gerenciales son elementos de la responsabilidad fiscal que no tienen ni tendrían por qué haber sido determinados por el apoyo técnico pues se trata de puntos de derecho que son de competencia exclusiva de este Despacho a saber: El daño, la conducta y el nexo de causalidad.

En efecto, se reitera, el daño no fue determinado por la Universidad Nacional, el insumo que presentó la Universidad Nacional fue valorado por este Despacho teniendo en cuenta las circunstancias de hecho probadas y ampliamente explicadas así como la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM. estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero.

Así mismo, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, por lo que existe un retraso consolidado en la entrada en operación, que ha generado también un lucro cesante.

De otro lado, de cara a las conductas y su incidencia en la causación del daño este Despacho se remite a lo que se explicó en el auto de Imputación respecto de cada uno de los vinculados y también se remite a lo que se dirá más adelante al referirse a la conducta y nexo de causalidad y al dar respuesta a los argumentos de defensa formulados en relación con estos elementos y el análisis probatorio que corresponde en dicho acápite.

Por todo lo anterior las conclusiones a las que llegan Invercor y la apoderada en este punto, no encuentran asidero por lo que el Despacho concluye que el argumento planteado no está llamado a prosperar.
Continúa la apoderada afirmando lo siguiente:

> En segundo lugar, según el Dictamen de Invercor, para la elaboración del Modelo Financiero Inicial Inverlink utilizó supuestos establecidos en el año 2010, los cuales constan en el Anexo 2 06(11) del Contrato BOOMT, entre los cuales se encuentran Supuestos macroeconómicos, que por su naturaleza varían por factores totalmente ajenos al contratista, en este caso EPM, y que generalmente no se cumplen en proyectos de largo plazo.
> ii) Impuestos, los cuales pueden ser modificados en cualquier momento durante la vida del proyecto y los cuales están asociados al país donde se realiza el mismo. ni) Cantidad de energía vendida en contratos y en bolsa, que es un supuesto totalmente subjetivo y que finalmente se ajusta a variables exógenas de mercado
> (iv) Precios futuros de la energía, que se simulan con base en sofisticados modelos de proyección de diferentes variables como oferta, consumo y costos variables que dependen de reglamentaciones de diferentes autoridades que

también pueden modificarse con el tiempo La oferta y demanda de energía, factores que impactan los precios, además de la situación hidrológica, exige que estos análisis deban actualizarse cada vez que se corra el modelo

En vista de lo anterior, el Dictamen de Invercor determinó que el Modelo Financiero Inicial desarrollado por Inverlink, tomado por la Universidad Nacional como línea base para la estimación del perjuicio, tenía como único fin estimar la remuneración que pagaría EPM Ituango a Hidroituango con base en unas proyecciones de ingresos, costos, gastos, inversiones, capital de trabajo e impuestos operativos, los cuales fueron estimados cuando aún no se tenían presupuestos detallados del costo de Proyecto y que en el Modelo Financiero Inicial usado como línea base por la Universidad Nacional no se presentan con ese grado de detalle.

A juicio de Invercor, tan poca importancia tenía el citado modelo al inicio del Proyecto y a lo largo de sus diferentes actualizaciones, que con respecto al CAPEX, rubro de altísima importancia en un proyecto hidroeléctrico, el Modelo Financiero Inicial presenta los resultados en tres líneas muy poco desagregadas y sobre las cuales no se brinda un sustento que pueda servir para comparar con datos ciertos, individualizados por concepto y que en escenarios futuros puedan usarse para definir responsabilidades por mayores costos o cambios de diseño.

En efecto, en la hoja de cálculo denominada "Cover" del Modelo Financiero Inicial (P6 1 — Anexo 1 Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsm) Inverlink consignó la siguiente salvedad

"Cualquier estimación o proyección en el presente Modelo ha implicado asumir una serie de hipótesis y supuestos en relación con la posible En segundo lugar, según el Dictamen de Invercor, para la elaboración del Modelo Financiero Inicial Inverlink utilizó supuestos establecidos en el año 2010, los cuales constan en el Anexo 2 06(11) del Contrato BOOMT, entre los cuales se encuentran

Supuestos macroeconómicos, que por su naturaleza varían por factores totalmente ajenos al contratista, en este caso EPM, y que generalmente no se cumplen en proyectos de largo plazo.

(ii) Impuestos, los cuales pueden ser modificados en cualquier momento durante la vida del proyecto y los cuales están asociados al país donde se realiza el mismo. ni) Cantidad de energía vendida en contratos y en bolsa, que es un supuesto totalmente subjetivo y que finalmente se ajusta a variables exógenas de mercado

(iv) Precios futuros de la energía, que se simulan con base en sofisticados modelos de proyección de diferentes variables como oferta, consumo y costos variables que dependen de reglamentaciones de diferentes autoridades que también pueden modificarse con el tiempo La oferta y demanda de energía, factores que impactan los precios, además de la situación hidrológica, exige que estos análisis deban actualizarse cada vez que se corra el modelo

En vista de lo anterior, el Dictamen de Invercor determinó que el Modelo Financiero Inicial desarrollado por Inverlink, tomado por la Universidad Nacional como línea base para la estimación del perjuicio, tenía como único fin estimar la remuneración que pagaría EPM Ituango a Hidroituango con base en unas proyecciones de ingresos, costos, gastos, inversiones, capital de trabajo e impuestos operativos, los cuales fueron estimados cuando aún no se tenían presupuestos detallados del costo de Proyecto y que en el Modelo Financiero Inicial usado como línea base por la Universidad Nacional no se presentan con ese grado de detalle.

A juicio de Invercor, tan poca importancia tenía el citado modelo al inicio del Proyecto y a lo largo de sus diferentes actualizaciones, que con respecto al CAPEX, rubro de altísima importancia en un proyecto hidroeléctrico, el Modelo Financiero Inicial presenta los resultados en tres líneas muy poco desagregadas y sobre las cuales no se brinda un sustento que pueda servir para comparar con datos ciertos, individualizados por concepto y que en escenarios futuros puedan usarse para definir responsabilidades por mayores costos o cambios de diseño.
En efecto, en la hoja de cálculo denominada "Cover" del Modelo Financiero Inicial (P6 1 — Anexo 1 Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsm) Inverlink consignó la siguiente salvedad
"Cualquier estimación o proyección en el presente Modelo ha implicado asumir una serie de hipótesis y supuestos en relación con la posible evolución futura del Proyecto Hidroituango, del sector en que se desarrolla su operación y de la economía en general, así como de la legislación y regulación del sector en el que opera Por ello, es posible que dichas hipótesis puedan no cumplirse en el futuro y, por consiguiente, puedan verse alteradas las conclusiones que se desprenden de la presente evaluación financiera" (Resaltado fuera de texto)
Con fundamento en todo lo anterior, el Dictamen de Invercor concluyó que no es correcto desde el punto de vista financiero tomar el Modelo Financiero Inicial como línea base para el cálculo de una supuesta pérdida de valor del Proyecto:
"Precisamente por el hecho de tratarse del primer modelo financiero del proyecto, que al parecer es la razón por la cual lo escoge la Universidad Nacional, no es correcto desde el punto de vista financiero utilizarlo como base para establecer un perjuicio cierto, dado que no se tiene certeza de que contenga los supuestos adecuados, de que corresponda a un modelo ajustado previo al inicio de la construcción, o a un modelo que ya debía contener el presupuesto de obra aprobado y porque además carece de la información necesaria para hacer comparaciones como las que se presentan en el INFORME'". (Resaltado fuera de texto)
Esta circunstancia ciertamente le resta validez a las conclusiones de la Universidad Nacional con respecto a la existencia y valor del supuesto daño fiscal que hoy pretende imputar la Contraloría al Consorcio INGETEC-SEDIC.
(…)

R/: En este punto, se reitera lo dicho en la respuesta anterior, en el sentido de que que todos los Modelos financieros iniciales o previos a la realización de inversiones, presentan “presupuestos” de costos, ingresos y variables macroeconómicas entre otras, que como se indica son previos, supuestos, que son susceptibles a ser modificados por su naturaleza de estimación o de probabilidad propio de estos modelos.
Es claro que los Modelos financieros requieren de estar acordes de la manera más cercana a supuestos que respondan al sector, negocio y/o proyecto en el cual se invertirán los recursos, para un momento determinado, no obstante, no son determinísticos y estáticos.

Adicionalmente, las variables aquí citadas por Invercor: supuestos macroeconómicos, impuestos, cantidad de energía vendida, contratos, precios futuros de la energía, son variables que indistintamente en cualquier Modelo

financiero, sea de valoración de inversiones, o como el indicado por los peritos y en el contrato BOOMT para establecer la remuneración de las partes, son estimaciones de un momento puntual: año, mes en el cual se está construyendo.

No es exclusivo de este u otro modelo de línea base o de valoración de ofertas comerciales, que se cuente con información exacta, siempre serán supuestos que contenga grados de probabilidad de ocurrencia e incertidumbre asociado a los riesgos de diferentes factores que no pueden ser controlables en el presente, pero si bajo las herramientas específicas de estimación, logran ser parámetros que representen una aproximación cercana al panorama futuro del comportamiento del proyecto y sus variables de bondad financiera.

Así mismo, y como lo cita el Autor del documento técnico, todas estas variables son ajustadas en el tiempo e incorporadas en cada Modelo financiero posterior, con lo cual se van absorbiendo las variaciones y ajustando las variables de salida que representan la viabilidad del proyecto.

Adicional a lo anterior, en relación con el hecho de que existen supuestos macroeconómicos, que por su naturaleza varían por factores totalmente ajenos al contratista, en este caso EPM, y que generalmente no se cumplen en proyectos de largo plazo, lo cierto es que los mismos deben ser contemplados dentro de los riesgos de los modelos financieros por lo que el hecho de que los mismos varíen no tendría por qué generar unas desviaciones del modelo que no sean razonables.

Ahora bien, en relación con la importancia del Modelo utilizado como línea base, y dado que ya se dio respuesta a este punto, el Despacho se remite a lo dicho líneas atrás. Recordando que este órgano de control se ha servido de los modelos que se han realizado a efectos de determinar la viabilidad económica del proyecto desde el inicio del contrato BOOMT aclarando que no ha modificado los datos que se encuentran en los mismos.

Por todo lo anterior, se concluye que tanto este argumento, como la afirmación de la apoderada en el sentido de considerar que *"Esta circunstancia ciertamente le resta validez a las conclusiones de la Universidad Nacional con respecto a la existencia y valor del supuesto daño"* se encuentran desvirtuadas y no tienen vocación de prosperar.

Continúa la apoderada alegando lo siguiente:

> 6.2.1.3. Los modelos financieros elaborados por Inverlink no reflejan la real ejecución del Proyecto ni las inversiones realizadas hasta junio de 2019.
> La Universidad Nacional no indica en el Informe si los modelos financieros elaborados por Inverlink reflejan la real ejecución del Proyecto hasta el año 2019 y si las inversiones realizadas corresponden a las efectivamente ejecutadas hasta esa fecha.
> Según el Dictamen de Invercor, a partir de la descripción de los modelos financieros realizada por la Universidad Nacional, se puede inferir que las diferentes versiones de los modelos financieros de Inverlink corresponden a

> proyecciones basadas en los siguientes supuestos para cada año en que se realizaba la actualización correspondiente (i) cálculos de ingresos asociados a la operación del Proyecto, lo que aún no ha sucedido, (ii) la remuneración que recibirá Hidroituango una vez entre en operación el Proyecto, (iii) los resultados de generación de energía esperados en cada año en el horizonte de evaluación del proyecto; (iv) simulación de la TI R, entre otros.
> Además de lo anterior, el Contrato BOOMT establece que el Modelo Financiero de Inverlink, el cual tenía como único fin estimar la remuneración que pagaría el contratista a Hidroituango, sería de utilidad una vez el Proyecto entrara en operación, lo cual no ha ocurrido a la fecha. Esto, a juicio de Invercor, evidencia una vez más que las cifras contenidas en los modelos financieros construidos por Inverlink se basaban en supuestos que podían variar en el tiempo y que de ninguna manera estaban concebidos para determinar el valor del Proyecto a partir del cual sea procedente calcular una supuesta pérdida de valor del mismo.

R/: Las opiniones del Autor del dictamen insisten en indicar que el Modelo utilizado como línea base por la UNAL para sus estimaciones, no es el que debía ser utilizado y carece de "*valores reales"* que le permitan realizar las comparaciones y análisis y, por lo tanto, la determinación del daño fiscal estimado. Esto por no reflejar "*la real ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Ituango y las inversiones realizadas hasta junio de 2019."*

Al respecto hasta el momento el informe es reiterativo en descalificar la validez del Modelo financiero inicial, planteado argumentaciones que son propias de todos los modelos financieros, es decir, contener supuestos de variables macroeconómicas, legales, de producción, operación, ingresos, costos, gastos entre otros, que para nada descalifican el modelo, puesto que la creación de estos requiere del tratamiento de los insumos partiendo con datos del sector y el negocio que tienen probabilidad de ocurrencia.

Adicionalmente, los modelos posteriores, presentados por EPM, iban siendo ajustados y por lo tanto, la variación de las cifras allí contenidas, se presumen obedecen a la realidad de la ejecución y avance del proyecto, lo que al final, el último modelo presentado y utilizado como comparación por la UNAL, se espera contenga la evolución de las cifras de las inversiones realizadas incorporadas en sus cálculos, disminuyendo la brecha e incertidumbre de los cálculos y estimaciones de bondad financiera que de ellos se deriven.

En este sentido, los hacen coherentes al momento de evaluar las diferencias a lo largo del proyecto.

De otra parte, se presume que estos modelos financieros (8 modelos) fueron utilizados por la alta gerencia para la toma de decisiones sobre el proyecto, razón por la cual iban siendo ajustados con los datos ya ocurridos, situación que desvirtúa nuevamente la poca validez que se argumenta, en este caso, en la selección del primer modelo como parámetro de inicio o línea base del proyecto.

Así mismo, para efectos de determinar el daño en el caso concreto, el Despacho se sirvió también de los Estados financieros y de los diferentes documentos contables que fueron recaudados en la visita especial realizada en el mes de octubre de 2020, a efectos trascender lo plasmado en los modelos financieros procediendo a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales.

Lo anterior supuso un análisis probatorio pormenorizado que permitió concluir que:

"a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos.
Lo que permite demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. ***En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero****".*
Igualmente, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, por lo que existe un retraso consolidado en la entrada en operación, que ha generado también un lucro cesante.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Prosigue la apoderada considerando que:

> *6.2.1.4. Los modelos financieros elaborados por Inverlink no contienen la información necesaria para calcular el "impacto económico y financiero de las decisiones de estrategia corporativa y de alta gerencia" sobre el valor del Proyecto.*
>
> *El Informe de la Universidad Nacional desarrolla un capítulo denominado "Evaluación económica y financiera de las inversiones en la construcción, operación y mantenimiento del Proyecto", el cual "presenta el análisis del modelo financiero asociado al proyecto y sus diferentes versiones, con el fin de estimar el perjuicio económico asociado a la no entrada en operación y mayores inversiones del proyecto hidroeléctrico Ituango" Sin embargo, como se indicó anteriormente, la Universidad Nacional no aclara si estos modelos financieros desarrollados por Inverlink contienen los valores ejecutados para la fecha de elaboración del Informe, o son proyecciones realizadas en la fecha de elaboración de cada uno de los modelos financieros, basadas en diversos supuestos que pueden variar en el tiempo*
>
> *Ahora bien, el análisis realizado por la Universidad Nacional se basa en calcular la diferencia existente entre el VPN del Modelo Financiero Inicial y la última versión para la fecha del Informe (i e , "P6.3 — Anexo 8. ModInverlink Balance*

EPM PlanInver2019-2022), tras haber "homogenizado" los valores con una misma tasa de descuento calculada por la Universidad Nacional, y respecto de la cual la Universidad Nacional no brinda ninguna explicación acerca de cómo fue calculada ni cuáles fueron los supuestos utilizados. Posteriormente, la Universidad Nacional desarrolla un capítulo denominado "Comportamiento de los principales rubros del CAPEX", para lo cual tuvo en cuenta- "la información contenida en los modelos financieros de EPM entregados por la Contraloría General de la República a la Universidad Nacional, sobre la base de que estos reportan todas las inversiones de capital del contrato BOOMT Por lo tanto, se tomó la información del CAPEX/ Inversiones de Activos proveniente de los modelos EPM y se compararon con el modelo financiero inicial de Inverlink (P6.1 — Anexo 1 Modelo Evaluación ltuango Definitivo)"

Sin embargo, no es válido calcular una supuesta pérdida de valor del Proyecto a partir de la comparación entre los modelos financieros desarrollados por EPM y el Modelo Financiero Inicial elaborado por Inverlink puesto que los modelos financieros de EPM indican que contienen cifras reales e históricas, mientras que el Modelo Financiero Inicial contiene proyecciones con base en unos supuestos que pueden variar en el tiempo. En consecuencia, ambos modelos no son comparables, lo cual implica a su vez que las cifras contenidas en el Modelo Financiero Inicial no son un referente válido para realizar el cálculo de un eventual daño emergente o lucro cesante, como el presentado por la Universidad Nacional.

R/: En este punto, se reitera lo dicho líneas atrás en el sentido de que la actividad desarrollada por la Universidad Nacional se enmarcó en el contexto financiero y no en el hecho de evaluar las decisiones de estrategia corporativa. Ahora bien, lo cierto es que los resultados que se reflejan en el análisis financiero también son producto de conductas humanas, por lo que haber hecho una referencia en tal sentido no resulta equivocado. Sin embargo, se repite, el análisis realizado por la Universidad Nacional y que fue tomado por Este Despacho del Informe técnico entregado en desarrollo de la actuación especial, se centró en aplicar una metodología que permitiera evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, realizar un análisis comparativo de los diferentes rubros del proyecto Capex y Opex durante el desarrollo del proyecto respecto de los inicialmente presupuestados, realizar análisis Marginal del lucro cesante y cuantificar el costo de oportunidad por el hecho de no haber puesto en funcionamiento el proyecto.

Así mismo, es claro que la Universidad Nacional no se habría podido pronunciar de manera específica sobre las conductas desplegadas y su incidencia respecto del daño, toda vez que eso es un punto de Derecho, que se refiere específicamente a los elementos de la responsabilidad a saber: conducta y nexo de causalidad que son de competencia exclusiva de este Despacho en desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal.

En este punto, tal y como lo explicó la Universidad Nacional en las respuestas dadas a las solicitudes de aclaración y complementación, la tasa de descuento No fue calculada por la Universidad, la misma fue la que utilizó el Modelo línea Base.

Precisado lo anterior, respecto a la afirmación conforme a la cual "*, no es válido calcular una supuesta pérdida de valor del Proyecto a partir de la comparación entre los modelos financieros desarrollados por EPM y el Modelo Financiero Inicial elaborado por Inverlink puesto que los modelos financieros de EPM indican que contienen cifras reales e históricas, mientras que el Modelo Financiero Inicial contiene proyecciones con base en unos supuestos que pueden variar en el tiempo".*

Teniendo en cuenta lo sostenido en este acápite en relación con la validez del uso del método de valuación VPN para establecer un daño al patrimonio del Estado, y dado que este Despacho ha explicado las razones por las cuales el modelo escogido como línea base sí atiende desde la lógica del principio de planeación al modelo que da vía libre para iniciar el proyecto y por lo tanto debe ser el punto de comparación, se plantea un argumento que resulta falaz.

Todos los modelos financieros son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

En esta medida, concluir que no resultan comparable uno que ya tiene algunos datos ciertos con el modelo de línea base no tiene sentido.

> *6.2.1.5. La metodología implementada por la Universidad Nacional para "homogenizar" las cifras contenidas en los diferentes modelos financieros analizados es incorrecta*
>
> *Según el Dictamen de Invercor, "[u]n elemento fundamental en el análisis comparativo es que las cifras sean homogéneas y comparables entre sí. Sin embargo, el Informe de la Universidad Nacional, y particularmente su Anexo No. 3 — Lucro Cesante — Valor Inversión en CAPEX, no evidencia que las cifras comparadas sean homogéneas por las siguientes razones (i) En el Anexo No 3 del Informe los análisis realizados por la Universidad Nacional se presentan en*

pesos colombianos No obstante, en los extractos de los modelos de Inverlink presentados en ese mismo anexo, se presenta el flujo de caja libre en pesos colombianos, el cual posteriormente se convierte a dólares, utilizando diferentes tasas de cambio. El hecho de utilizar diferentes tasas de cambio en los análisis repercute en dos aspectos i) las cifras presentadas en las diferentes versiones de los modelos financieros no son homogéneas dado que los supuestos macroeconómicos utilizados, en este caso la tasa de cambio, son diferentes para un mismo año, y al no tener en cuenta estas diferencias, la Universidad Nacional está incorporando como eventuales perjuicios las variables macroeconómicas, las cuales son completamente ajenas a los intervinientes en el Proyecto.

(u) A lo largo del Informe, la Universidad Nacional indica que los valores utilizados para sus análisis están a precios de junio de 2019, lo cual no es correcto, puesto que los modelos presentan diferentes tasas de cambio y diferentes tasas de inflación. Por lo tanto, si el objetivo era presentar las cifras a precios de junio de 2019, lo primero que debió hacer la Universidad Nacional era ajustar los modelos, refiriéndolos con la inflación real y proyectada y deflactarlo a precios de junio de 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo correcto habría sido indicar que las cifras estaban dadas en precios corrientes de cada año y que para efectos del análisis se descontaban a valor presente los flujos de caja a junio de 2019. En este sentido, el Informe de la Universidad Nacional es impreciso e incita a la confusión.

(iii) El concepto de homogeneidad se ve afectado por las bases de impuesto de renta utilizadas en los modelos financieros de Inverlink, en los cuales de nuevo se evidencian diferencias significativas entre el Modelo Financiero Inicial y el modelo financiero para el año 2019.

Según lo indica el Dictamen de Invercor, por los aspectos antes indicados, las cifras analizadas por la Universidad Nacional no son homogéneas y, por tanto, no son comparables entre sí.

R/: Al revisar la información comentada, se encuentra que los Modelos utilizados por la UNAL, presentan diferentes tasas de cambio e inflación aplicadas en los diferentes modelos presentados por EPM, como parte del expediente y utilizados sin modificaciones por la UNAL.

En este sentido, se puede deducir que los modelos al ser ajustados en el tiempo, así mismo, algunas tasas de cambio también lo fueron, generando variaciones en las conversiones de pesos a dólares o viceversa.

No obstante, aunque es claro que estas variaciones pueden alterar las cifras finales, presentando un análisis a precios corrientes de cada año, esto no necesariamente cambia o altera la rentabilidad real del proyecto, (esto al referirse a escenarios donde la inflación es generalizada y afecta al precio de todos los bienes y servicios en la misma proporción (Mokate, 1994), pero la existencia de inflación puede ser

compensada con la tasa equivalente al costo de oportunidad utilizada en el proyecto.

Las cifras de los modelos no indican que se haya realizado la conversión a pesos constantes.

Finalmente, frente al comentario del punto respecto a la afectación de las variaciones en las tasas de impuesto de renta utilizadas, los modelos a ir siendo ajustados en el tiempo, mal harían al no incorporar las variables que son reales al momento de ir avanzando en el tiempo, sujetas algunas a modificaciones regulatorias que se escapan del control de los inversionistas. Sin embargo dado que como se ha explicado de manera reiterativa, los modelos debían estar completos debían incluir dentro de sus riesgos esas variaciones, por lo que el argumento planteado no está llamado a prosperar.

Adicional a lo anterior, en relación con el hecho de que existen supuestos macroeconómicos, que por su naturaleza varían por factores totalmente ajenos al contratista, en este caso EPM, y que generalmente no se cumplen en proyectos de largo plazo, lo cierto es que los mismos deben ser contemplados dentro de los riesgos de los modelos financieros por lo que el hecho de que los mismos varíen no tendría por qué generar unas desviaciones del modelo que no sean razonables.
Ahora bien, en lo que se refiere puntualmente al impuesto de renta y dado que el mismo dependía de la solicitud de zona franca y, dado que fue negada, es importante precisar que la misma al momento de elaborarse el modelo financiero era una mera expectativa que implicaba un riesgo en su obtención, lo cual se encuentra demostrado en el acápite de hechos de esta providencia y puede observarse claramente en las actas de Junta directiva en las cuales se trató el tema. En este sentido, el modelo debió contemplar esta situación en la elaboración ya sea dentro de los imprevistos u otros que permitiera mantener en términos razonables las desviaciones que pudieran suceder con ocasión de esta situación.

> *6.2.1.6. No es correcto valorar los análisis y resultados de los modelos financieros en pesos colombianos corrientes a junio de 2019 "con el fin de hacer consistente el análisis comparativo" de los diferentes modelos financieros, como lo hizo la Universidad Nacional Desde el punto de vista financiero, para efectos de la comparación de diferentes modelos financieros, lo correcto es hacerlo con cifras que tengan el mismo poder adquisitivo en la fecha de la comparación Para esto, según Invercor, la técnica financiera indica que se debe Tomar las cifras en precios constantes de un mismo año para eliminar los impactos que puedan tener los aspectos macroeconómicos sobre la proyección, tales como IPC o la tasa de cambio. Para el caso del análisis realizado por la Universidad Nacional, todos los modelos se realizaron y se compararon en precios corrientes de cada año, por lo tanto, incorporaron en el análisis el impacto de variables macroeconómicas que no pueden ser consideradas un perjuicio y menos a cargo del Consorcio INGETEC-SEDIC.*

(ii) Una vez los valores son comparables, lo correcto es compararlos en un mismo mes y año.

En conclusión, a juicio de Invercor,sí es posible analizar las cifras a junio de 2019, siempre y cuando la metodología y las bases utilizadas para calcular las cifras a esta fecha sean correctamente aplicadas y a su vez sean consecuentes con los conceptos matemáticos, lo cual no fue realizado por la Universidad Nacional en su Informe.

R/: Sobre el particular este Despacho se remite a la respuesta dada en el punto anterior y, reitera que no es cierto que la Universidad Nacional haya usado conceptos matemáticos erróneos o haya incurrido en imprecisión alguna que afecte la validez del informe técnico.

6.2.1.7. La Universidad Nacional omitió indicar cuál fue la metodología para el cálculo del WACC, lo cual le resta confiabilidad y validez al mismo

Según el Dictamen de Invercor, WACC, como sus siglas en inglés lo indican, corresponde al Weighted Average Cost of Capital, denominado en español como el Costo Promedio Ponderado del Capital (CPPC), que es la tasa que pondera el costo de cada una de las fuentes de capital, es decir combina los retornos esperados tanto por el capital invertido como la deuda financiera que se contrate para el efecto"

Ahora bien, la única explicación dada por la Universidad Nacional con respecto al cálculo del WACC es que se calculó de tal manera que el VPN de los flujos de caja sea cero, es decir, que el WACC sea igual a la TIR No obstante, de acuerdo con el Dictamen de Invercor, para calcular un WACC se debe utiliza cierta metodología y luego aplicarla a los flujos de caja de tal manera que permitan estimar si el negocio tiene VPN positivo o negativo

Sin embargo, teniendo en cuenta que el Informe de la Universidad Nacional no contiene ningún sustento con respecto al cálculo del WACC, y que además en el Anexo No. 3 del Informe el WACC no está formulado, es decir está como un valor explícito, no se puede establecer con certeza si realmente se calculó como la Universidad Nacional afirma haberlo hecho, lo cual anula la confiabilidad de su análisis

Por último, tal como lo indica el Dictamen de Invercor, y según los elementos expuestos en la definición del WACC, para su cálculo no se deben tener en cuenta las fuentes de financiación de proveedores y empleados

No obstante, contrariando el deber ser, la Universidad Nacional incluyó dentro d la definición y cálculo del WACC "deuda a partir de fuentes de financiación com entidades financieras, proveedores, pasivos laborales, etc (Pasivos)", lo cua implica que su cálculo es absolutamente errado desde el punto de vista financiero.

R/: La tasa de descuento utilizada no resulta de la aplicación de la metodología de WACC. Como se mencionó con anterioridad, la Universidad Nacional no estableció ningún tipo de supuesto. Así, no se estructuró juicio de valor alguno frente al costo de la deuda, costo del equity o estructura de capital del proyecto.

Se encuentra en el modelo base que la tasa WACC utilizada es igual a la TIR del proyecto resultante. La Universidad Nacional no emite ningún juicio de valor acerca de si el uso de ello es o no adecuado, o si es consistente o no.

En este punto, tal y como lo explicó la Universidad Nacional en las respuestas dadas a las solicitudes de aclaración y complementación, la tasa de descuento No fue calculada por la Universidad, la misma fue la que utilizó el Modelo línea Base.

6.2.1.8. La metodología de la Universidad Nacional para el cálculo de la tasa de descuento carece de sustento, confiabilidad y validez"

El capítulo denominado "Evaluación económica y financiera de las inversiones en la construcción, operación y mantenimiento del proyecto" presenta "el análisis del modelo financiero asociado al proyecto y sus diferentes versiones, con el fin de estimar el perjuicio económico asociado a la no entrada en operación y mayores inversiones del proyecto hidroeléctrico ltuango". Este análisis consiste en establecer las diferencias existentes entre el VPN de la última versión del modelo financiero para la fecha del Informe (i e , "P6.3 — Anexo 8. ModInverlink Balance EPM Planinver2019-2022") y el "modelo líne base o punto de partida", el cual, según Invercor, correspondería al Modelo Financiero Inicial.

Teniendo en cuenta que las cifras de los modelos referidos no son comparables, pues están expresados en precios corrientes, la Universidad Nacional afirma haberlos "homogenizado" utilizando una tasa de descuento del 12,422065% Al respecto, señala el Informe

"En la versión línea base, la tasa de descuento se calcula de manera que el valor presente de los flujos de caja en dólares (USD) sea igual a cero, en este modelo la tasa de descuento (WACC) encontrada está expresada en USD comentes Utilizando esta misma metodología, se estimó la tasa de descuento aquella que hace que el valor presente de los flujos de caja, en pesos colombianos a junio de 2019, sea igual a cero en la versión de la línea base, el resultado obtenido es una tasa de descuento (WACC) en corrientes de 12,422065% Dado que el modelo de línea base considera las características iniciales con que fue concebido el proyecto, se eligió ésta como parámetro de evaluación"

Como se puede evidenciar, el único motivo por el cual la Universidad Nacional utilizó la metodología antes referida para calcular la tasa de descuento del 12,422065% fue el hecho de que en el Modelo Financiero Inicial el WACC es igual a la TIR y por ende el VPN de los flujos es igual a cero. Sin embargo, lo anterior no significa que sea correcto calcular el WACC bajo esta metodología,

según se indicó en la Sección 6 2 1 7 supra, en la que se evidenció la falta d sustento y precisión en el cálculo de la WACC por parte de la Universida Nacional.

Es decir que la tasa de descuento del 12,422065% se presenta en el Informe como un valor explícito, es decir, no está formulado, por lo que no se puede confirmar de manera exacta cómo se realizó este cálculo, lo cual le resta confiabilidad y validez al mismo.

R/: *En este punto se repite que la Universidad Nacional no realizó cálculo del WACC sino que tomó la que se encontraba en el modelo de línea base en el cual el WACC era igual a la TIR. De donde este argumento no tiene asidero.*

6.2.1.9. No es correcto determinar la configuración de un perjuicio económico para el Proyecto a partir de una diferencia entre el Modelo Financiero Inicial y el modelo financiero final del Proyecto.

Según el Dictamen de Invercor, si bien es válido utilizar el VPN de unos flujos descontados a una tasa determinada para hacer comparaciones, se debe ser riguroso en los cálculos y ceñirse a las metodologías establecidas para poder realizar los mismos de manera correcta. En este caso, la Universidad Nacional no se cuestionó cuál era la metodología correcta para calcular la tasa de descuento, ni realizó una revisión del Contrato BOOMT, el cual establece claramente el propósito del Modelo Financiero Inicial y el motivo por el cual el WACC debía ser igual a la TIR, lo que a juicio de Invercor, denota una falta de rigurosidad, poco conocimiento técnico y falta de profundidad en los análisis. Dado que la Universidad Nacional calcula la tasa de descuento de tal manera que el VPN de los flujos de caja del Modelo Financiero Inicial sea igual a cero, asume que los supuestos perjuicios generados por la no entrada en operación y mayores inversiones del Proyecto corresponden a la diferencia existente entre el VPN de la última versión del modelo financiero a la fecha del Informe y el Modelo Financiero Inicial, es decir $7.045,76 mil millones - $0. Por tanto, lo que realmente concluye la Universidad Nacional es que los supuestos perjuicios causados corresponden al VPN de la última versión del modelo financiero.

Lo anterior, según se indica en el Dictamen de Invercor, carece de todo sustento financiero válido, pues como ya se mencionó:
(i) las cifras utilizadas para estos cálculos no tienen relación alguna con las inversiones efectivamente realizadas en el Proyecto para la fecha del Informe de la Universidad Nacional,
(ii) el Modelo Financiero Inicial se construyó bajo una "serie de hipótesis y supuestos en relación con la posible evolución futura del Proyecto Hidroituango, del sector en que se desarrolla su operación y de la economía en general, así como de la legislación y regulación del sector en el que opera Por ello, es posible que dichas hipótesis puedan no cumplirse en el futuro"
(iii) tanto las cifras analizadas, como los cálculos realizados por la Universidad Nacional no tienen relación alguna con las decisiones de estrategia y alta gerencia por parte de la Interventoría o de cualquier otro actor del Proyecto,
(iv) los cálculos realizados carecen de rigor y conocimiento técnico, y
(v) los análisis denotan poca profundidad.

R/: Se reitera lo dicho líneas atrás en el sentido de que *a la Universidad Nacional no le correspondía separarse de los criterios que incluía el modelo del proyecto. Por lo que lo expresado por el apoderado no está llamado a prosperar.*

6.2.1.10. La Universidad Nacional calculó incorrectamente el WACC, VPN e inversiones para estimar el supuesto perjuicio económico.
Según el Dictamen de Invercor, sí es posible utilizar las variables de WACC, VPN e inversiones para estimar un perjuicio económico a un proyecto, siempre y cuando se utilicen de manera correcta y haya una relación de causalidad con el daño o perjuicio ocasionado.
No obstante, a juicio de Invercor, no existe ninguna relación de causalidad entre los análisis realizados por la Universidad Nacional y los supuestos perjuicios económicos derivados de la entrada tardía en operación del Proyecto y de las mayores inversiones Además de lo anterior, existen diversos errores tanto en los conceptos financieros expuestos por la Universidad Nacional, como en los cálculos realizados, los cuales se enumeran a continuación
(i)La Universidad Nacional no utiliza las cifras correctas para realizar los cálculos de lucro cesante y daño emergente, dado que se basa en los modelos financieros de Inverlink, los cuales no contienen los valores realmente ejecutados durante el desarrollo del Proyecto para la fecha de elaboración del Informe *(véase* Secciones 6 2.1.2 y 6 2.1 3 *supra)*
(ii) Los modelos financieros utilizados tienen un fin único y específico, diferente al de determinar el valor del Proyecto, a partir del cual se pueda calcular la pérdida de valor del mismo *(véase* Sección 6.2.1 2 *supra)*
(iii) En sus cálculos, la Universidad Nacional incorpora los efectos de tasa de cambio, los cuales son ajenos a la Interventoría y a cualquier actor involucrado en el Proyecto *(véase* Sección 6.2 1 2 *supra)*
iv) El Informe presenta un error conceptual con respecto a los precios corrientes y precios constantes *(véase* Sección 6 2.1.6 *supra).*
(v) No es claro, por una ausencia total de sustento, si la Universidad Nacional utiliza la metodología correcta para calcular el WACC *(véase* Sección 6.2 1.7 *supra)*
(vi) El Informe contiene un error conceptual, dado que afirma que el WACC tiene en cuenta las fuentes de financiación de proveedores y empleados, lo cual no es cierto *(véase* Sección 6.2 1.7 *supra).*
(vil) El Informe contiene un error conceptual en cuanto al CAPEX, pues afirma que incluye las inversiones en capital de trabajo, lo cual no es cierto *(véase* Sección 6 2.1 12 *infra)*
Por otra parte, la fórmula matemática utilizada por la Universidad Nacional para llevar cifras a valor futuro aplica un principio de anatocismo. Al respecto, señala el Dictamen de Invercor *"al utilizar la fórmula expuesta de valor futuro, realmente está aplicando la fórmula matemática de interés compuesto, es decir, que el rendimiento sobre los recursos se reinvierte a la misma tasa WACC o TIR, y por ende el efecto final es que cada periodo de descuento, los rendimientos devengan intereses no solo sobre el capital sino también sobre los intereses generados Normalmente este tipo de fórmulas de actualización con anatocismo deben ser pactadas entre las partes, lo que no es el caso en este Contrato Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso de utilizar la fórmula de valor presente para calcular un perjuicio, la fórmula matemática correcta y válida para llevar a valor futuro no debe ser la fórmula de interés compuesto, sino la fórmula de interés simple"* (Resaltado fuera de texto)
En relación con la fórmula matemática para realizar cálculos a valor presente, la Universidad Nacional aplica el concepto matemático de valor presente compuesto, lo que conduce a

que los rendimientos calculados a la TIR se reinvierten a la misma tasa, tal como lo explica Invercor

"Nuevamente, la Universidad Nacional está tomando la fórmula matemática no apropiada para el caso 1

Si bien las fórmulas mencionadas utilizan las mismas bases, el hecho de utilizar una fórmula u otra tiene un impacto material en cualquier evaluación de perjuicios y en especial en cálculos de lucro cesante, como se muestra a continuación. Tomando las mismas cifras utilizadas por la Universidad Nacional, de comparar el escenario base y la actualización del año 2019 (que resulta en un supuesto impacto negativo al proyecto de $7.045 billones de pesos a junio de 2019), y realizando el cálculo sobre las mismas cifras y aplicando la fórmula matemática correcta de interés simple, el impacto negativo pasa a ser positivo en $9.737 billones" 2" (Resaltado fuera de texto)

Cabe resaltar que el cálculo matemático referido fue realizado por Invercor únicamente con la finalidad de mostrar la diferencia significativa que se da al realizar un cálculo con las mismas bases de información, pero aplicando la fórmula matemática correcta de intereses simple, sin que ello implique realizar una estimación de perjuicios, ni validar los supuestos y cálculos realizados por la Universidad Nacional, los cuales, como lo indica el Dictamen de Invercor, carecen de validez

Por otra parte, con relación a los componentes del flujo de caja libre utilizados por la Universidad Nacional, el Dictamen de Invercor determinó que para analizar desviaciones o eventuales daños, incorporar conceptos tales como el capital de trabajo o el impuesto de renta, es un error metodológico por las siguientes razones.

El efecto del capital de trabajo, es decir, el tiempo de recuperación de cartera y pago de sus obligaciones operacionales, mal podrían considerarse en un cálculo de perjuicios porque dichos cambios solo serán reales una vez el Proyecto entre en operación. Las decisiones de carácter comercial como plazos de pago y tiempos de financiación con los proveedores no pueden ser consideradas como un perjuicio económico para el Proyecto, más aún cuando este no se encuentra en operación.

(ir) El impuesto de renta operativo es un riesgo que asume toda empresa que quiera trabajar en Colombia. Por lo tanto, cualquier variación que tenga el impuesto de renta, a menos que se tenga un convenio de estabilidad tributaria, en ningún escenario puede ser tenido en cuenta para el cálculo de un perjuicio económico

Por lo anterior, el Dictamen de Invercor concluye que el análisis de eventuales impactos en el valor presente que a su vez conduce al cálculo de lucro cesante no puede tener en cuenta impuestos, ni capital de trabajo, aspectos que sí fueron incorporados por la Universidad Nacional en su Informe. A juicio de Invercor, esto demuestra una vez más que las cifras analizadas carecen de sustento técnico y rigurosidad en su análisis

En resumen, el Dictamen de Invercor establece que no es válido tomar la suma de $7.045,76 billones de pesos en valor presente como una pérdida de valor del Proyecto, por las siguientes consideraciones.

(i)Para los cálculos a valor presente, la Universidad Nacional incorpora un aspecto no aceptable como lo es el anatocismo sobre los eventuales perjuicios

(ii) Al realizar los análisis en precios corrientes, la Universidad Nacional incorporó un riesgo macroeconómico al supuesto valor del perjuicio que no se debe tener en cuenta para calcular un eventual daño emergente o lucro cesante a cargo del Consorcio Interventor, ni ningún otro agente del Proyecto.

(iii) La Universidad Nacional incorpora dentro de los eventuales desfases, impactos relativos a impuesto de renta y capital de trabajo, que de ninguna forma se deben considerar un evento atribuible a la Interventoría.

(iv) El EBITDA incorporado en el cálculo, está afectado por supuestos de proyección que carecen de sustento, esto es, proyecciones de precios de energía futuros, escenarios de generación de energía, costos de operación y mantenimiento futuros, entre otros, los cuales en ningún caso se pueden considerar como un perjuicio porque aún no han ocurrido, y no existe certeza de que efectivamente se materialicen en la práctica. Por tanto, según Invercor, la incertidumbre sobre las cifras es bastante alta, sobre todo porque el periodo de proyección es de más de 40 años en los cuales pueden cambiar muchas variables en la operación de la

(v) El CAPEX no está bien estimado. Al comparar los diferentes modelos financieros las cifras demuestran que, desde la primera revisión en el año 2011, los valores de CAPEX diferían en valor presente de manera significativa sobre el Modelo Financiero Inicial.

En conclusión, los cálculos realizados por la Universidad Nacional no pueden ser tenidos en cuenta para determinar la existencia de un supuesto detrimento patrimonial, dado que carecen de sustento técnico y exactitud.

R/: En primer lugar, INVERCOR no puede reemplazar a esta Delegada en lo que corresponde a establecer la existencia de un nexo de causalidad, pues se trata de un punto de Derecho. Así mismo, como se ha venido exponiendo a lo largo de este escrito el Despacho no determinó el daño que se endilga en la presente causa fiscal partiendo exclusivamente del informe técnico presentado por la Universidad Nacional, sino que lo valoró en el contexto fáctico ampliamente probado y con el cual se describieron los hechos generadores del daño, así como con base en los estados financieros de EPM.

Se tiene que los aspectos citados son reiterativos y a los mismos ya se les ha dado respuesta líneas atrás por lo que el Despacho reitera lo allí sostenido.

El informe de INVERCOR también presenta como parte de la respuesta a esta pregunta, El planteamiento del uso de las fórmulas de Valor Presente y futuro realizado por la UNAL, argumentando que *" (…) se está aplicando el concepto matemático de valor presente compuesto, lo que conlleva a que los rendimientos calculados a la TIR se reinvierten a la misma tasa. Nuevamente, la Universidad Nacional está tomando la fórmula matemática no apropiada para el caso."* Y realiza ejercicio con la aplicación de la del Valor Actual de interés simple. Páginas 33-34.

Lo plantea con el siguiente argumento:

> *"Además de todo lo anterior la Universidad Nacional, para llevar las cifras a valor futuro aplica la siguiente fórmula matemática: - Valor futuro*
>
> $$VF = VA(1 + i)^n$$
>
> *Donde, VF= Valor futuro*
> *VA= Valor actual*
> *I= tasa de retorno*
> *n= Número de períodos*
>
> *"Si bien esta fórmula es comúnmente aceptada en Colombia para el cálculo de perjuicios, debe tenerse presente que la misma conlleva un error ya que se está aplicando un principio de anatocismo. Lo anterior dado que, al utilizar la fórmula expuesta de valor futuro, realmente está aplicando la fórmula matemática de interés compuesto, es decir, que el rendimiento sobre los recursos se reinvierte a la misma tasa WACC o TIR, y por ende el efecto final es que cada periodo de descuento, los rendimientos devengan intereses no solo sobre el capital sino también sobre los intereses generados. Normalmente este tipo de fórmulas de actualización con anatocismo deben ser pactadas entre las partes; lo que no es*

el caso en este Contrato. Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso de utilizar la fórmula de valor presente para calcular un perjuicio, la fórmula matemática correcta y válida para llevar a valor futuro no debe ser la fórmula de interés compuesto, sino la fórmula de interés simple que corresponde a: $VF = VA(1 + i * n)$".

Si bien de la lectura anterior pudiera llegar a parecer que los cálculos realizados por INVERCOR contradicen lo sostenido por la Universidad Nacional, como el mismo autor lo expresa la fórmula del Valor presente es comúnmente aceptada en Colombia para el cálculo de perjuicios, no se considera que conlleve un error. Al respecto, solo se puede indicar que la fórmula de cálculo aplicada para estimar el Valor presente de los flujos de caja convencionales, incorpora en su fórmula el valor del interés compuesto.

Esta aplicación no está en contravía de lo que sugiere el Profesional de INVERCOR, toda vez que la comparación que se realiza es sobre los indicadores de bondad financiera que se presentan entre los Modelos de línea base y el Modelo final, en términos del VPN de los recursos invertidos, los cuales **deben incorporar el valor y el uso del dinero en el tiempo dejado de utilizar por tenerlo invertido en esta opción y no especifica si se es o no reinvertidos en términos de intereses**. Como lo expresa la doctrina:

"El Valor Presente neto representa la suma presente que es equivalente a los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto. Aquí se observa nuevamente la importancia del concepto de equivalencias: la conversión de sumas futuras a sumas presentes a través de la Ecuación 4 permite compensar por el costo de oportunidad del dinero y sumar los costos y beneficios de diferentes años como si hubieran ocurrido todos en el mismo año. Es importante tener en cuenta que la división por el costo de oportunidad del dinero "corrige" los beneficios y costos futuros por lo que habrían generado si se hubieran presentado en años anteriores. Un beneficio recibido en el futuro vale menos que un beneficio recibido en el presente porque ha dejado pasar varias oportunidades de inversión. Un costo que se pagará en el futuro vale menos que un costo que se paga en el presente, puesto que, si se tiene que pagar dentro de algunos años, se pueden invertir dichos fondos en otra alternativa durante estos mismos años. (Mokate, 1994, pág. 117)." Subrayado fuera del texto.

Ecuación 4
P=F / (1+I)n
P= Valor Presente
F= Valor Futuro
i=tasa de interés
n= número de periodo 1…3…n

Como lo expresa **los dineros mantenidos en un proyecto pueden ser invertidos en otras alternativas, esto no excluye el valor de la inversión inicial o principal**

y los intereses esperados de esta y la posible reinversión de estos intereses para establecer el valor de retribución esperada.

En este sentido, resulta evidente que no se trata de anatocismo como mal pretende hacerlo ver la apoderada, puesto que no se trata de reconocer la generación de intereses sobre intereses sino de la posibilidad de reinvertir los dineros producto de los intereses generados.

De otro lado, respecto del supuesto error en que incurre la Universidad Nacional al incorporar para analizar desviaciones o eventuales daños el capital de trabajo o el impuesto de renta, es un error metodológico, de un lado por cuanto en lo atinente al capital de trabajo el tiempo de recuperación de cartera y pago de sus obligaciones operacionales, dichos cambios solo serán reales una vez el Proyecto entre en operación.

Sobre este punto, resulta contradictoria la postura de INVERCOR, pues reconoce de un lado la posibilidad de utilizar la metodología del VPN para establecer perjuicios pero a su vez desconoce el hecho de que la misma supone tener en cuenta tanto los flujos de caja presentes como los futuros.

En donde los flujos de caja futuros, al ser supuestos del modelo siempre pueden llegar a variar, lo que en últimas implicaría que solo pudiera dársele valor probatorio a los ingresos más no a los gastos, lo cual va en contravía de la definición misma de VPN.

Ahora bien, es de anotar que en el Informe de la Universidad Nacional dicho rubro no se incluyó por lo que lo alegado por el profesional carece de asidero.

Por lo anterior, los argumentos planteados no están llamados a prosperar.

Continúa la apoderada afirmando que:

6.2.1.11. No es correcto afirmar, como lo hace la Universidad Nacional, que las inversiones que no estaban inicialmente proyectadas generan una pérdida de valor para el Proyecto
La Universidad Nacional realiza esta afirmación a partir de los cálculos realizados con base en el Modelo Financiero Inicial (P6 1 — Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xism), el cual, como atrás se indicó, tenía por objeto calcular el valor de la remuneración de Hidroituango en el marco del Contrato BOOMT, más no determinar el valor definitivo del del Proyecto a partir del cual se pueda calcular un supuesto detrimento patrimonial;
(u) En el Modelo Financiero Inicial, Inverlink advirtió que su elaboración implicó *"asumir una serie de hipótesis y supuestos en relación con la posible evolución futura del Proyecto Hidroituango, del sector en que se desarrolla su operación y de la economía en general, así como de la legislación y regulación del sector en el que opera Por ello, es posible que dichas hipótesis puedan no cumplirse en el futuro y, por consiguiente, puedan verse alteradas las conclusiones que se desprenden de la presente evaluación financiera", y* El Modelo Financiero Inicial no guarda relación alguna con los valores realmente ejecutados en el

Proyecto para la fecha de elaboración del Informe. Lo anterior, a juicio de Invercor, hace que cualquier afirmación derivada de estos cálculos carezca de validez Por otra parte, según el análisis de Invercor, la Universidad Nacional no establece cuáles fueron las inversiones adicionales, por qué se hicieron estas inversiones y en qué momento, cuáles fueron las decisiones de estrategia y/o alta gerencia involucradas, y cuál habría sido la consecuencia de no haberlas realizado. Lo anterior hace que sea imposible establecer financieramente si las inversiones que no estaban inicialmente proyectadas habrían podido generar una pérdida de valor para el Proyecto.
R/: Es evidente que la metodología empleada de comparación de los flujos de caja descontados y el análisis marginal con los modelos citados, deriva incrementos en el valor del proyecto, situación que es propio en la mayoría de los proyectos, y más aún en proyectos de infraestructura de gran envergadura, que requieren ajustes en el alcance y otros en las etapas iniciales, obedecen también ajustes del costo del proyecto derivados de la maduración del mismo.

Resultados que se acentúan, como es de esperarse, por situaciones de contingencia (28 de abril de 2018) y demoras en la ejecución del mismo, entre otros. Por lo anterior, los incrementos en el valor de las inversiones vía CAPEX, así como, su consecuente disminución en los indicadores de bondad financiera.

El efecto del incremento de las inversiones observadas, se presenta en el informe de la UNAL como producto de los mayores costos asociados en los diferentes rubros del CAPEX y costos preoperativos, como posteriormente los clasifican, dentro de los cuales se adiciona el peso de actividades de los atrasos observados y de ajustes del alcance del proyecto que ocasionaron en aplazamiento de la terminación de la hidroeléctrica y como consecuencia, la no entrada en operación a la fecha.

Las cifras que se incorporan en los flujos de caja no deben desconocer la realidad de la dinámica de ejecución del proyecto, por lo que el contexto fáctico en el que se valoró el informe técnico resulta esencial para determinar la existencia del daño endilgado en la presente causa fiscal, pues partiendo del mismo, se pudo determinar que las mayores inversiones eran injustificadas y que las razones por las cuales la hidroeléctrica no entró en operación también obedecían a conductas calificables como culpa grave o dolo de los vinculados. Así mismo se descartó la existencia de causas extrañas que hubieran dado lugar al daño y que pudieran erigirse como eximentes de responsabilidad o en eventos que supusieran aminorar el daño.

Se espera que las herramientas utilizadas representen la realidad económica de una empresa o proyecto en su mayor legitimidad, lo cual conduce a considerar de manera más objetiva los rubros a evaluar; identificando los que ocasionan daño o pérdida al proyecto de manera directa y *“destruyen valor del proyecto”* como lo denomina el Informe de la UNAL.

Continúa la apoderada alegando que:

6.2.1.12. No es correcto incluir dentro del CAPEX las inversiones en capital de trabajo, como lo hizo la Universidad Nacional
Según lo indica el Dictamen de Invercor, el CAPEX, por sus siglas en ingles Capital Expenditures", o inversiones de capital en español, son los fondos utilizados por una compañía para adquirir, mejorar o mantener los activos fijos tales como terrenos, construcciones, edificaciones, maquinaria, tecnología y/o equipos211. Por su parte, el capital de trabajo se define como.
"los recursos que una empresa mantiene, o requiere, para llevar a cabo sus operaciones. También se le denomina Capital Circulante, término muy apropiado ya que sugiere que si en una empresa hay un capital que "circula", debe haber otro que permanece fijo El primero corresponde a lo que aquí se está denominando Capital de Trabajo y el segundo a *los denominados Activos No Corrientes, que incluyen las inversiones de largo plazo, los activos fijos y los activos diferidos"*
Así las cosas, según lo explica el Dictamen de Invercor, no es correcto incluir las inversiones en Capital de Trabajo en el CAPEX porque su causalidad y las cuentas que lo conforman no son las mismas, es decir, el monto de inversión no tiene relación con los días de cartera que una empresa tenga o sus políticas de pago a proveedores, por lo cual la Universidad Nacional comete un error al definir el CAPEX como *"desembolsos correspondientes* a *la adquisición de activos fijos o activos nominales y la financiación del capital de trabajo"*
Además de lo anterior, como las normas contables lo indican
"las propiedades, planta y equipo son los activos tangibles que (i) posee una entidad para su uso en la producción o suministro de bienes y servicios, para arrendados a terceros o para propósitos administrativos, y (ji) cuyo uso durante más de un periodo contable se espere Un elemento de propiedades, planta y equipo deberá reconocerse como activo si y sólo si (i) sea probable que la entidad obtenga los beneficios económicos futuros derivados del mismo, y (u) el costo del activo para la entidad pueda ser valorado con fiabilidad.
Como se observa, en ningún aparte de la norma NIIF se relaciona el capital de trabajo. Esto confirma una vez más que la Universidad Nacional confunde conceptos básicos de contabilidad. Al incluir el capital de trabajo en el valor del CAPEX, se inflan las cifras de manera artificial dementando los resultados y objetividad del Informe de la Universidad Nacional.

R/: Si bien la UNAL dentro de la definición del CAPEX si incorpora el concepto de capital de trabajo, en los análisis realizados de las variaciones del CAPEX no considera el rubro para realizar el análisis marginal, por lo tanto, no hace parte de los componentes del CAPEX, de donde se concluye que este argumento no está llamado a prosperar.

6.2.1.13. La Universidad Nacional aplicó incorrectamente la metodología de valoración por múltiplos para determinar la "razonabilidad financiera" de las inversiones del Proyecto

En el Capítulo No. 4 del Informe de la Universidad Nacional tiene por objeto determinar la "razonabilidad financiera" del valor de la inversión estimada en el Proyecto, para lo cual implementa la metodología de valoración por múltiplos.

No obstante, de conformidad con el Dictamen de Invercor, la Universidad Nacional aplicó erróneamente la metodología antes referida, por las siguientes razones

El EBIDTA de una compañía en fase de proyecto no es comparable con el EBITDA de una compañía en operación, tal como lo explica el Dictamen de Invercor en los siguientes términos "el EBITDA de una empresa en funcionamiento obedece a los resultados reales incorporados en los estados financieros de un periodo fiscal, reflejado en sus estados financieros, los cuales son normalmente auditados y han sido analizados y preparados de acuerdo con las normas internacionales y nacionales de contabilidad. Por el contrano, el EBITDA promedio proyectado de un proyecto obedece a estimaciones realizadas basadas en supuestos que de nuevo se ven afectados por incertidumbre en la ocurrencia de los mismos ya que pueden variar en el tiempo"

Por tanto, la metodología de valoración se debe utilizar para empresas en operación y no en fase de proyecto, como es el caso de Hidroituango, dado que su EBITDA es una mera estimación Por lo tanto, no es correcta la selección de esta metodología por parte de la Universidad Nacional para hacer el análisis.
(u) Las bases para determinar los múltiplos no son comparables para una empresa que opera un proyecto hidroeléctrico. Particularmente, la Universidad Nacional tomó datos de empresas que por tamaño, localización y fuente de generación de ingresos no son comparables en su gran mayoría, lo cual afecta las bases de los múltiplos y por ende afecta cualquier análisis con cifras de negocios no comparables.

(H) Por último, la Universidad Nacional termina comparando la valoración teórica por múltiplos del EBITDA, con todos los problemas antes descritos, contra el valor presente de las inversiones que, según sus cálculos, ascienden a $15 billones de pesos, el cual no representa un valor del negocio en marcha. Es decir que la Universidad Nacional basa su estimación del valor del proyecto no por su flujo de caja, sino por su costo de inversión Lo anterior resulta a todas luces incorrecto pues una empresa no vale por el costo de sus activos, sino por su capacidad de generar flujos de efectivo, por lo tanto, la valoración realizada por la Universidad Nacional no tiene validez y carece de toda rigurosidad en materia de valoración de empresas y negocios.

Por lo anterior, según Invercor, si bien la metodología de valoración por múltiplos EBITDA existe y es válida, para que proceda su aplicación i) las cifras deben ser comparables y homogéneas, lo cual no ocurre en el análisis realizado por la Universidad Nacional, y u) el EBITDA debe obedecer a los resultados de un periodo y no a un promedio aritmético proyectado de más de 40 años Por los motivos anteriormente expuestos, el análisis de la Universidad Nacional carece de todo sustento y validez para realizar una valoración como la pretendida en el Informe.

R/: Respecto de los últimos dos argumentos presentados, si bien en el caso concreto, la técnica de múltiplos utilizada por la Universidad Nacional provee un contexto que permite comparar algunas empresas similares y determinar un costo estimado por KW, lo cierto es que como puede verse en el Auto de imputación, dicho ejercicio no fue utilizado para efectos de valorar el daño, motivo por el cual los argumentos dirigidos a desvirtuar dicha metodología resulta impertinentes para desvirtuar la existencia del daño al patrimonio del Estado, establecido en esta causa fiscal.

Por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar

> *6.2.1.14. No es correcto utilizar un promedio proyectado del EBITDA para hacer un análisis de EV/EBITDA como lo hizo la Universidad Nacional*
> *De acuerdo con el Dictamen de Invercor, no es correcto realizar una valoración tomando como base un promedio de EBITDA dado que, como indica la metodología de valoración, se debe tomar información real y soportada en la misma fecha de los comparables.*
> *Concretamente, el EBITDA debe corresponder a un periodo real y no a uno proyectado; mucho menos puede corresponder al promedio proyectado de 50 años, tiempo en el que muchísimos factores macroeconómicos, operativos, precios de mercado de energía en Colombia y reglamentarios afectarán el resultado de EBITDA.*
> *Ahora bien, con respecto al análisis realizado por la Universidad Nacional, el Dictamen de Invercor identificó las siguientes falencias.*
> *La Universidad Nacional calculó un promedio del EBITDA del modelo financiero del año 2019, tomando como referencia las cifras proyectadas entre el 2019 y el 2060, las cuales, como se indicó, obedecen a estimaciones y proyecciones, más no a cifras reales. Por lo tanto, el EBITDA no es comparable con los resultados de empresas en operación, y*
> *(u) Para calcular el promedio, la Universidad Nacional deflacta los EBITDA proyectados, llevándolos a precios constantes de diciembre de 2018, lo cual no lo hace comparable con las cifras presentadas porque se supone que todos los cálculos están denominados a precios corrientes y llevados a junio de 2019*
> *Por todo lo anterior, no es válido el ejercicio realizado por la Universidad Nacional para efectos de valorar la razonabilidad financiera de las inversiones del Proyecto.*

R/: Es evidente que los valores reales frente a valores estimados observan características diferentes como su mismo nombre lo indica. Determinados estos por el periodo del tiempo en el cual son captados. No obstante, una estimación promedio del EBITDA o de cualquier variable, puede tener generalmente su origen basado en valores reales pasados que permiten determinar un comportamiento esperado, o tener origen en supuestos que permiten un grado de desviación frente a los valores esperados en el futuro o reales. Lo que puede permitir su comparación dependiendo del fin para el cual se desarrolle.
Se reitera nuevamente que se trata de una metodología complementaria que resulta ilustrativa para el Despacho, pero también es preciso anotar que en el auto de Imputación, específicamente en lo que se refiere al daño el aparte del informe que fue utilizado y valorado a los efectos del proceso de responsabilidad fiscal es únicamente aquél que se refiere al ejercicio de comparación de los modelos financieros existentes del proyecto y entregados por EPM, partiendo del modelo de línea base elaborado por Inverlink, bajo la metodología del valor presente neto. Por lo que los argumentos expresados sobre el uso de la metodología de múltiplos en últimas no tienen incidencia alguna sobre el elemento daño en esta causa fiscal, de donde se concluye que los mismos no están llamados a prosperar.

6.2.2. Además de las falencias, vacíos y errores antes descritos, el Informe de la Universidad Nacional no cumple con las exigencias legales para ser calificado como un "informe técnico"

El artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 establece sobre los informes técnicos lo siguiente:

"ARTÍCULO 117. INFORME TÉCNICO. Los órganos de vigilancia y control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización Así mismo, podrán requerir a entidades públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la complejidad del mismo" (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo con esta norma, el informe técnico, para ser tal, debe cumplir los siguientes requisitos.

(i) Debe ser elaborado por una entidad cuya naturaleza y actividad esté relacionada con la materia técnica que constituye el objeto de estudio,

(ii) Debe tener como finalidad demostrar o ilustrar hechos que interesan al proceso y que por su naturaleza son de orden técnico y escapan al conocimiento del operador jurídico,

(iii) Debe ser elaborado por personas idóneas, con experiencia y que actúen con independencia',

(iv) Debe ser elaborado de forma gratuita, y

(v) Debe haber sido objeto de contradicción por parte de los sujetos procesales para que pueda atribuírsele algún valor probatorio.

Sobre este tema, la Contraloría, en el concepto CGR-OJ 67 de 2016, bajo radicado 2016EE0057026 de fecha 5 de mayo de 2016, indicó

"( ) De otro lado, se observan requisitos fundamentales del informe técnico, a saber.

• Debe ser rendido por el experto

• Debe servir como prueba de los hechos que le fueron sometidos a consideración del experto

• Debe estar apoyado en la experiencia y la especialización

• La responsabilidad recae en quien lo solicita el informe y quien lo realiza

• Constituye una prueba, que puede ser controvertida por los sujetos Procesales

Ahora bien, el artículo 10 se refiere a la gratuidad, es decir que quienes rinden el Informe no lo pueden cobrar. Dicho concepto de gratuidad se extiende al caso de que el informe técnico, cuando sea aportado por las partes al proceso, no puede generar emolumento alguno para las otras partes ni para la entidad, así ellos hayan pagado por él Finalmente, dicha gratuidad es de origen legal, luego no hay lugar a ninguna interpretación adicional, cualquier pago por dicho concepto podría llegar a constituir un detrimento patrimonial siempre y cuando se cumplan los elementos de la misma (conducta del gestor fiscal, dolo o culpa y un nexo causal)" (Resaltado fuera de texto)

En el presente caso, el Informe según consta en su propio texto, fue rendido en desarrollo y cumplimiento del Contrato No 211 de 2019 celebrado entre la Universidad Nacional y la Contraloría General de la República, cuyo objeto era el de "prestar servicios de ensayos de laboratono forense y peritos expertos en

temas minero-energéticos que contribuyan como investigación y herramientas técnicas relacionadas con el control fiscal que realiza la Contraloría General de la República"

De acuerdo con el registro de la Contraloría sobre los contratos celebrados y ejecutados en el año 2019, el Contrato No. 211 de 2019 tuvo un valor inicial de doscientos millones de pesos ($200 000 000), adicionado posteriormente en la suma de cincuenta y dos millones de pesos ($52.000 000).

De lo anterior se desprende que el contrato celebrado entre la Contraloría y la Universidad Nacional tenía un objeto distinto a la elaboración del informe técnico pues se señala como finalidad la de "prestar servicios de ensayos de laboratorio forense" y "peritos expertos en temas minero-energéticos" No se indica en el contrato que la Universidad Nacional tuviese a su cargo rendir un informe técnico, distinto al dictamen pericial, ni tampoco se indica que la finalidad fuera la de elaborar un informe sobre la cuantificación del presunto daño fiscal.

Adicionalmente, resulta evidente que se trató de una labor remunerada por lo que el documento producido en desarrollo del Contrato No. 211 de 2019 no puede considerarse a la luz del artículo 117 del Estatuto Anticorrupción un informe técnico.

Valga reiterar que los informes técnicos tienen como elemento esencial el ser gratuitos, lo que de forma directa contribuye a garantizar la objetividad e imparcialidad del análisis hecho por el experto No siendo gratuito el documento producido bajo el Contrato No. 211 de 2019, no puede calificarse como informe técnico ni al mismo se le puede dar tal alcance legal y procesal.

En torno a la gratuidad, como elemento esencial de los informes técnicos, la propia Contraloría en el concepto CGR - 057 80112 - de 2018 bajo radicado 2018EE053147 destacó

"La gratuidad del informe técnico o especializado consagrada en el artículo 117 del Estatuto Anticorrupción, es de origen legal e impone un deber de obligatorio acatamiento, el cual goza de presunción de constitucionalidad mientras no sea declarado inexequible y no corresponde a la Contraloría General de la República determinar si se configuran o no los supuestos de una eventual reparación directa por daño especial o cualquiera otra modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado Por el contrario, cualquier pago por dicho concepto podría llegar a constituir un detrimento patrimonial siempre y cuando se cumplan los elementos de la misma (conducta del gestor fiscal, dolo o culpa y un nexo causal)" (Resaltado fuera de texto)

R/: Es importante precisar que este argumento ya fue resuelto En Auto 1346 de 12 de noviembre de 2020 (Fl. 16478 y ss.), al referirse el Despacho a las solicitudes de aclaración y complementación al informe técnico. Por lo que se procede a reiterar lo allí sostenido así:

Cabe precisar que el informe de la Universidad Nacional, es un insumo que fue entregado en desarrollo de una actuación especial adelantada por la Contraloría Delegada de Minas y Energía. Dicha actuación se rige por lo previsto en la Resolución Reglamentaria Orgánica 0024 de enero 9 de 2019 por medio de la cual se reglamenta la actuación especial de fiscalización.

En dicha resolución, artículo 7 expresamente se consigna que: *"El equipo de trabajo adelantará a partir de los procedimientos previamente aprobados, la*

práctica de las pruebas necesarias, aplicando técnicas y herramientas, a fin de obtener la evidencia que soportará los resultados y hallazgos de la actuación especial realizada. (...)"

De donde resulta claro, que el equipo de trabajo de la actuación podía perfectamente servirse de los servicios de la Universidad Nacional para la práctica de las pruebas necesarias, entre ellas el informe.

De igual forma en el Disco duro obrante en el plenario, Carpeta 65 obran las actas de reunión con la Universidad Nacional, en las cuales se precisan los puntos solicitados por la contraloría para la elaboración de dicho informe.

Ahora bien, cabe anotar el tratamiento procesal como informe técnico, dado por el Despacho al entregable de la Universidad nacional, surge de la Ley y responde a la naturaleza técnica del producto allegado por la Universidad Nacional, por lo que el Despacho consideró en virtud de lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 y en garantía del Derecho de defensa, que al reunir el documento presentado por la Universidad Nacional las características de un informe técnico, debía ser puesto a disposición de los sujetos procesales para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, mediante la solicitud de aclaraciones y complementaciones, en los términos del artículo 277 del C.G:P, aplicable por remisión del art 66 de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, respecto de la gratuidad del informe técnico, es necesario precisar que la gratuidad se predica del servicio, lo que no obsta para que se realicen reconocimientos económicos en relación con los gastos en que se tenga que incurrir para la elaboración del informe.

Así mismo, la norma indica que "podrá" solicitar a las entidades públicas para que de forma gratuita realicen el informe, lo que no obsta para que la entidad pública en el marco de la Ley suscriba convenios y/o contratos interadministrativos, como ocurrió en el caso concreto y que producto de los mismos se desarrollen informes de naturaleza técnica.

Adicional a lo anterior, es preciso anotar que ni el concepto de la oficina jurídica de la Contraloría General -el cual se recuerda de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del CPACA no resulta de obligatorio cumplimiento-, ni lo sostenido en la sentencia que se cita en dicho concepto, dicen nada acerca de que se afecte la validez del informe sino que se refieren a otro tipo de consecuencia cual es el hecho de que eventualmente, se genere una responsabilidad fiscal en cabeza de quien realice el pago.

Por todo lo anterior, este argumento tampoco está llamado a prosperar.

d) EN SUS ARGUMENTOS DE DEFENSA, LA APODERADA DE INTEGRAL S.A. E INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S. ALEGA LO SIGUIENTE:

a. Se utilizó la metodología de valoración por múltiplos, pese a que esta metodología presenta limitaciones para obtener conclusiones sobre a la razonabilidad financiera del proyecto, por tratarse de una metodología estática que no refleja la diferencia entre negocio en marcha y proyecto en construcción, ni incluye aspectos relacionados con la capacidad del proyecto para generar flujos de caja futuros. Además de no estar suficientemente justificada la utilización de múltiplos bursátiles para evaluar proyectos en etapa de construcción, se consideran insuficientes y de poca representatividad la referencias o muestra de empresas "Comparables" utilizadas para realizar tal evaluación.

b. Según lo destacó SEDIC-INGETEC, resulta errado aplicar el análisis por múltiplos (propio de empresas que continuamente están desarrollando proyectos y operándolos) al caso particular de un solo proyecto en el que, por ejemplo, la deuda se repaga gradualmente hasta que termina mucho antes del período de análisis, mientras que una empresa mantiene siempre un nivel de endeudamiento. Y, además de la dudosa utilidad de la WACC en particular para evaluar proyectos

[…] el Informe erra al homogenizar este parámetro de evaluación para análisis efectuados en diferentes años desde el año 2011 hasta 2019. Esto carece por completo de sentido por cuanto se trata de una tasa de interés que se aplica a los valores proyectados en precios corrientes bajo diferentes circunstancias de económicas de la inflación que es parte integrante de la WACC. Al uniformizarla de esta manera se desuniformiza la tasa real libre de inflación de la evaluación que es la que realmente importa, haciendo de esta manera menos comparables, no más comparables, las diferentes versiones del modelo financiero y en especial sus diferencias que se ven particularmente afectadas por tratarse de cálculo de variaciones.

c. Por tanto, la metodología de valoración por múltiplos, que no es un método aceptado para valorar proyectos en marcha, no es concluyente; máxime para un proyecto siniestrado y sin contemplar la cobertura de aseguradoras.

Si bien la metodología de valoración en que se basan los modelos financieros (flujo de caja libre descontado) es una técnica de amplia aceptación para la evaluación de inversiones, la pérdida de valor que menciona la U.N. no puede considerarse como un valor cierto, determinístico y estático, ya que en la definición de flujos en que se basa y en su metodología de descuento intervienen múltiples supuestos que contienen un grado de incertidumbre importante, así como proyecciones respecto a realidades económicas, de riesgo y de mercado esperables durante la vida probable del proyecto, que condicionan de manera sensible sus resultados, dependiendo de la perspectiva del evaluador y del momento en que se realice su evaluación. En consecuencia, se destaca que esta metodología y estas referencias no serían válidas para

comparar este indicador ni para concluir respecto a la pérdida de valor en Hidroituango.

d. Respecto a la aplicación de la metodología de comparación y referenciamiento de los costos índices de instalación (en USD por kW instalado) presentada en el Capítulo 5 del informe de la Universidad Nacional, vemos que se incluye en el ejercicio información de plantas de gran escala en China y en Brasil, las cuales no son comparables por tratarse de entornos regulatorios de menor exigencia ambiental, que representan costos de instalación menores y proyectan una generación menor de energía en términos relativos si se comparan con cada unidad de potencia instalada en Hidroituango. . En esos países y para esos tamaños se suelen instalar capacidad que son aprovechadas una porción del tiempo mucho menor. Por tanto, no es lo mismo comprar 1 MW instalado en Ituango que 1 MW instalado en Belo Monte, ya que el MW de Itaungo se espera que genere más energía.

e. El informe toma una muestra de compañías comparables por fuera del G7 - "Otras compañías"- que no es representativa de los múltiplos a los cuales transan o se valoran proyectos como este. Vemos, en cambio, un claro sesgo hacia empresas chilenas, un mercado no comparable con el colombiano y mayoritariamente de generación térmica. Así las cosas, se escogió una muestra que no reúne los parámetros mínimos para ser comparable.

f. A pesar de utilizar los resultados de tales modelos como base para las conclusiones que se emiten sobre la pérdida de valor y las variaciones, el mismo informe menciona la falta de trazabilidad en los supuestos y parámetros, o en la falta de uniformidad y el detalle de los rubros que se incluyen en el Capex utilizados para las diferentes versiones del modelo. Esto se evidencia en las respuestas de la Universidad Nacional que demuestran falta de precisión, nivel de desagregación y trazabilidad de la información base utilizada para sus evaluaciones y conclusiones. La respuesta repetida hasta el cansancio a este respecto es la siguiente: "La información correspondiente a los modelos financieros y sus cifras, fueron entregadas por la Contraloría General de la República en virtud del ejercicio del control excepcional a la Universidad Nacional de Colombia. En ningún caso el equipo consultor de la Universidad modificó o alteró las cifras allí registradas."

g. Al realizar una comparación en US$/kW de Hidroituango con diferentes plantas y referencias nacionales e internacionales, se utiliza información muy amplia con una alta dispersión, que no considera el contexto y la configuración del proyecto y del entorno colombiano.

h. Se confunden conceptos financieros básicos como Tasa Interna de Retorno, Tasa de Descuento y Costo Promedio Ponderado de Capital, aun cuando se trata de asuntos distintos que fueron homogeneizados en el informe.

Así, pues, en lugar de acoger los criterios aceptables y suficientemente decantados sobre valoración de perjuicios en materia de responsabilidad (que es lo procede cuando existe, supuestamente, un DAÑO), encontramos una serie de técnicas más utilizadas para valoración de inversiones estáticas en

mercados no comparables al colombiano (no proyectos en marcha en el mercado energético colombiano), que no son usadas para la cuantificación de perjuicios y que, por tanto, resultan poco ortodoxas, no concluyentes y muy cuestionables en este campo. Es el caso de la metodología de valoración por múltiplos o de flujo de caja libre descontado, la metodología de comparación y referenciamiento de los costos índices de instalación no permiten valorar propiamente un daño y tienen importantes limitaciones en cuanto a la trazabilidad de los supuestos y parámetros, falta de uniformidad y el detalle de los rubros que se incluyen en el Capex utilizados, entre otros elementos ya mencionados.

Para determinar si el costo del proyecto estaba o no dentro de unos rangos de inversión razonable, en lugar de utilizar los modelos en los que se basó la Universidad, habría tenido que tomar como referencia de proyectos similares con referencia a costos por capacidad instalada, considerando además las condiciones socio-ambientales de los proyectos de esta envergadura en Colombia, costos financieros capitalizables, para que sean comparables. En cambio, se realizaron comparaciones que no reflejan la realidad del mercado energético, sin tener en cuenta el impacto que tendría en el mercado energético la entrada en operación de la Central Hidroituango.

R/: Sobre lo alegado por la apoderada es necesario precisar que la misma hace alusión al método de múltiplos y al método de valoración de la inversión a través de la determinación del Valor presente neto como si fueran lo mismo o fueran interdependientes, lo cual no es cierto.

Si bien en el caso concreto, la técnica de múltiplos utilizada por la Universidad Nacional provee un contexto que permite comparar algunas empresas similares y determinar un costo estimado por KW, lo cierto es que como puede verse en el Auto de imputación, dicho ejercicio no fue utilizado para efectos de valorar el daño, motivo por el cual los argumentos dirigidos a desvirtuar dicha metodología resulta impertinentes para desvirtuar la existencia del daño al patrimonio del Estado, establecido en esta causa fiscal.

Ahora bien, en lo que se refiere al uso de la metodología de flujo de caja libre descontado, considera la apoderada que "(…) tienen importantes limitaciones en cuanto a la trazabilidad de los supuestos y parámetros, falta de uniformidad y el detalle de los rubros que se incluyen en el Capex utilizados, entre otros elementos ya mencionados".

Respecto de la validez del uso del método de valuación VPN para determinar un daño, se reitera lo sostenido líneas atrás, en el siguiente sentido:

En efecto, como se precisó líneas atrás, el valor presente Neto es un instrumento de valoración económica ampliamente usado, *"El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad" "...representa la equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto"* (Mokate, 2003).

En este sentido, y dado que la gestión fiscal incluye también el conjunto de actividades económicas tendientes a la adecuada y correcta administración de

bienes y rentas públicas dirigidos siempre a cumplir los fines esenciales del Estado, El VPN, como instrumento de valoración económica resulta adecuado para calcular el valor del daño, dando certeza de su cuantía. Es un instrumento que permite medir en grado de certeza la valoración de un proyecto, obra o negocio de tal modo que permita tomar las decisiones bien de continuidad o bien de corrección que el asunto demande. Es decir, es ante todo un mecanismo basado en la certeza par la toma de decisiones de inversión. Lo que por consiguiente coloca a los individuos que deciden o intervienen en esas decisiones en la debida diligencia de adoptar las decisiones correctivas a tiempo para preservar el patrimonio de la empresa o entidad.

En efecto, es necesario recordar que no solamente la Contraloría utiliza este método para determinar la cuantía de un daño a reparar, sino que la misma ha sido usada y avalada en distintos escenarios.

En efecto, es un método utilizado por el Departamento Nacional de Planeación para identificar, preparar y evaluar proyectos de inversión pública. Se utiliza también a efectos de determinar Plusvalías[149], es además un factor de selección de los contratistas en algunos contratos Estatales[150], el Consejo de Estado ha reconocido su validez a los efectos de determinar el valor de las acciones de una entidad pública[151] y es usado además por CIADI a efectos de determinar la existencia de daños en cabeza de un inversionista[152].

Pero lo que resulta aún más contundente, es que para efectos contables es un medio que le permite a la Contaduría General de la Nación, a efectos de determinar

---

[149] Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00132-01(24591)

[150] El valor presente neto, entre otras cosas se utiliza como criterio de adjudicación, un ejemplo de ello puede verse en la sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

[151] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

[152] A manera de ejemplo puede verse: Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012

el valor de los activos del Estado y de forma puntual, el valor de las inversiones que realiza.

En efecto, en el Plan General de Contabilidad Pública[153], expedido por el Contador General de la Nación, se lee:

> *9.NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD PÚBLICA*
> *9.1 NORMAS TÉCNICAS RELATIVAS A LAS ETAPAS DE RECONOCIMIENTO Y REVELACIÓN DE LOS HECHOS FINANCIEROS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y AMBIENTALES*
> *(…)*
> *131. Las diferentes bases de valuación que se definen a continuación, permiten reconocer y revelar las diferentes transacciones, hechos y operaciones, de la entidad contable pública, de tal forma que los resultados obtenidos se ajusten a los propósitos de control, rendición de cuentas, gestión eficiente y transparencia.*
> *(…)*
> *135. Valor Presente Neto. Corresponde al valor que resulta de descontar la totalidad de los flujos futuros que pueda generar un activo o un pasivo, empleando para el efecto una tasa de descuento.*
> *(…)*
>
> *9.1.1 Normas técnicas relativas a los activos*
> *141. Noción. Los activos son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general.*
> *142. Las normas técnicas relativas a los activos están orientadas a definir criterios para el reconocimiento y revelación de los hechos relacionados con los bienes y derechos de la entidad contable pública, derivados del desarrollo de sus funciones de cometido estatal.*
> *9.1.1.1 Inversiones e instrumentos derivados*
> *143. Noción. Las inversiones representan recursos aplicados en la creación y fortalecimiento de empresas públicas y entidades de naturaleza privada, y en la adquisición de valores como títulos e instrumentos derivados, en cumplimiento de políticas financieras, económicas y sociales del Estado y que como*

[153] https://www.contaduria.gov.co/plan-general-de-contabilidad-publica//document_library/Icr3IB7G0xlH/view_file/44037?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH_redirect=https%3A%2F%2Fwww.contaduria.gov.co%3A443%2Fplan-general-de-contabilidad-publica%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview

> *consecuencia pueden generar utilidades. Esta norma también trata los instrumentos derivados con fines de cobertura de activos.*
> *144. Las inversiones deben reconocerse por su costo histórico y actualizarse atendiendo la intención de realización, la disponibilidad de información en el mercado y, tratándose de inversiones patrimoniales, el grado de control o influencia que se tenga sobre el ente receptor de la inversión,* ***mediante la aplicación de metodologías que aproximen su realidad económica, tales como:*** *el valor razonable,* ***el valor presente neto*** *a partir de la tasa interna de retorno, el método de participación patrimonial y el método del costo.*

Por lo anterior, si dicha metodología resulta avalada para determinar el valor de un activo, de una inversión en cabeza del Estado, resulta igualmente válido utilizarlo para determinar una pérdida en cabeza del Estado cuando dicha inversión no obtiene el resultado esperado y se cuenta con los medios de prueba para concluir que en el horizonte de tiempo del negocio no lo va a recuperar. Tal y como ocurre en el caso concreto en dónde se recuerda: después de 3 años de la fecha en que originalmente debería haber entrado en operación, aún NO se cuenta con una hidroeléctrica que genere siquiera 1 KW de energía, así mismo los costos de la Hidroeléctrica han superado con creces los costos inicialmente pactados y a la fecha ni siquiera la Autoridad ambiental ha levantado la medida cautelar sobre la licencia ambiental, por lo que únicamente puede avanzarse con las obras necesarias para reparar los daños ocasionados por la mal llamada “contingencia” del año 2018.

Así mismo, se trata de un método de valuación que ha sido avalado inclusive por el Consejo de Estado de cara precisamente a **fallos con responsabilidad fiscal:**

> *“Tanto en el escrito de demanda como en aquel de la alzada, el recurrente señala que* ***la metodología de valoración de la sociedad gestora GESTAGUAS debía ser determinada a través de la metodología del flujo de caja libre, cuya importancia radica en el hecho de que “muestra la liquidez sobrante, generadas por la empresa después de hacer frente a las inversiones necesarias para su normal funcionamiento****.”*[154]
>
> *No obstante ello, el análisis financiero realizado por la Contraloría de Bogotá partió de un procedimiento divergente, motivo por el que encontró diferencias económicas que le fueron atribuidas como perjuicio que debía ser reparado.*
>
> *Contrario a lo sostenido por el accionante, esta Judicatura encuentra que la valoración del negocio cuestionado, realizada por el órgano fiscal demandado, parte igualmente del método que éste echa de menos en su libelo introductorio y su apelación.*
> *Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explicó:*
>
> *“No hay discusión alguna en que la metodología más utilizada para la valoración de la compra de la participación accionaria es el flujo de caja libre descontando –FCLD–, aún cuando en algunos casos puedan evaluarse las compañías por la*

[154] Folio 31 del cuaderno principal.

metodología del flujo de dividendos descontado –FDD–, en la medida en los que los nuevos accionistas aspiran a obtener una rentabilidad mínima frente al capital que ponen en riesgo para adelantar la inversión.

Pero el modelo de valoración por el flujo de caja libre supone una proyección de los resultados del negocio en el tiempo, con fundamento en la operación de la empresa en cuestión y busca determinar cuál es la remuneración, por el capital que un inversionista pone en riesgo, para que el negocio se adelante. De esta forma el FCLD pretende establecer cuántos recursos disponibles tiene una empresa para remunerar el capital invertido a los titulares de la misma, esto es, a los accionistas y a los acreedores.

(…)

Entonces, si los administradores de AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP querían establecer el precio a pagar por el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A., debieron calcular el FCLD de la empresa, año a año, y descontar esos flujos programados en el tiempo proyectado a una tasa de interés de oportunidad (20.27%) para nuestro caso, con lo cual se obtendría el valor base para negociar la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS."[155]

Por lo anterior, ***no puede admitirse que, como lo sostiene el demandante, la Contraloría haya aplicado un método distinto al del flujo de caja libre para deducir la existencia de daño patrimonial en la compra del paquete accionario de GESTAGUAS,*** *motivo que permite descartar el cuestionamiento"*[156]*.*

De donde resulta claro que no se trata de una metodología nueva, ni tampoco del hecho de que se parta de conjeturas o hipótesis que no se sepa si se van a dar o no en la realidad, sino que el Despacho hizo uso de un instrumento de valoración económica que permite determinar la realidad económica del proyecto y que por lo tanto dota de certeza el valor del daño calculado.

Ahora bien, la conclusión a la que llega el Despacho en relación con la certeza del daño, no se limita exclusivamente al ejercicio numérico, de orden financiero, sino que atiende además a las circunstancias fácticas del proyecto (descritas en el acápite de hechos de esta providencia), en que se da esta comparación de modelos financieros.

Es necesario precisar que las decisiones de inversión que se toman en un proyecto que se desarrolla con recursos públicos como el que ocupa esta causa fiscal y que tiene la finalidad de satisfacer un interés general de la importancia y dimensiones del que se estudia en el caso concreto, se encuentran enmarcadas necesariamente

[155] Folio 8428 del cuaderno de pruebas.
[156] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00214-01

en la visión de negocio que tuvo el inversionista (En este Caso EPM e Hidroituango, este último como dueño y beneficiario del proyecto)

Cabe anotar, que el proyecto objeto de esta causa fiscal, tenía como propósito, nada más y nada menos que proveer al País del 17 % de la energía eléctrica. Dada su magnitud, el mismo intervino uno de los ríos más caudalosos e importantes del país como lo es el Río Cauca, tiene influencia sobre 12 Municipios estratégicos de Antioquia y se encuentra en una zona caracterizada desde antaño por profundas tensiones de orden social. Por lo que en este contexto resulta claro que todas las decisiones tomadas en el mismo debieron estar orientadas a obtener una hidroeléctrica con las especificaciones técnicas necesarias, la capacidad de generación de energía esperada, que cubra la demanda de energía pactada y aporte a la sostenibilidad del sistema eléctrico nacional; y por supuesto, en un tiempo esperado o "razonable" respecto a las deviaciones presentadas, y en las condiciones de costos planeadas, lo anterior, en respuesta a los objetivos de política pública bajo los cuales fue gestado el proyecto. Como resulta evidente de la lectura de esta providencia dichos objetivos no se cumplieron, lo que permitió establecer con certeza que existió un daño en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000. Adicionalmente, es necesario reiterar que este Despacho también revisó la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM. estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero. En este sentido, y contrario a lo afirmado por el apoderado, el Despacho sí revisó a partir de la realidad económica que deben reflejar los estados financieros las transacciones y egresos específicos.

Así mismo, es necesario precisar que el ordenamiento interno no impone una limitación al uso del método de valoración de inversión, por el contrario, como se explicó líneas atrás lo avala aún para cuantificar el valor de los activos en cabeza del Estado. De igual forma, la jurisprudencia de las altas cortes tampoco ha considerado que este método no pueda ser utilizado y lo ha avalado por ejemplo para efectos de la determinación de una plusvalía y también determinar el valor de las acciones de una entidad pública[157]. De igual manera la forma como este

[157] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su

Despacho ha establecido el daño atiende a todos y cada uno de los elementos que se exigen para que el mismo sea indemnizable.

Como puede verse en el caso concreto el daño parte de la realidad que muestra tanto el contexto fáctico como financiero que sirvió de derrotero para el proyecto. En efecto, se hizo uso de los modelos financieros del proyecto mismo, aceptados por las partes y no de ningún otro.

Cabe recordar que el modelo financiero en un proyecto de la envergadura del de Hidroituango es la concreción del principio de planeación, es aquél a través del cual debe poderse observar los costos y tiempos del proyecto, respecto de los cuales es exigible que atiendan con un alto grado de probabilidad a la realidad del negocio, más cuando el mismo se realiza con recursos públicos y por supuesto de su desarrollo depende la satisfacción del interés público. Se reitera en este punto que Hidroituango no representaba un interés solo local sino nacional pues con él se pretende surtir el 17% de la energía del país.

Por último respecto de los supuestos que incluyen los modelos financieros tal y como lo sostuvo la Universidad Nacional los mismos son aquellos que fueron establecidos por quienes los estructuraron y ni la Universidad Nacional ni este Despacho han operado modificación alguna respecto de los mismos.

Por todo lo anterior los argumentos de la apoderada sobre este punto no están llamados a prosperar.

e) EN SU ESCRITO DE DEFENSA APODERADO DE LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO CCCI ALEGÓ LO SIGUIENTE:

En el Auto de Imputación no se presentan análisis básicos indispensables en materia tanto de certeza, como de personalidad del daño. A continuación, haremos referencia a cada unode ellos.

La certeza del daño

El daño indemnizable debe ser cierto y por lo tanto existente. En tal virtud, deben existir elementos de prueba y convicción que acrediten de forma fehaciente que

---

turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

el daño ha ocurrido o, tratándose de daños futuros, que el perjuicio necesariamente ocurrirá. El perjuicio futuro indemnizable es aquel que, en atención a la certeza de su ocurrencia futura, puede calificarse como virtual. Al daño virtual se opone el perjuicio hipotético, el cual se fundamenta en meras suposiciones, conjeturas o hipótesis y, por lo tanto, no es indemnizable.

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado[105], en sentencia No. 10397 del 7 de mayo de 1998 con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque indicó:

"El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc.), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en
(…)

De igual manera, el tratadista Adriano de Cupis enseña sobre el particular: "El daño futuro es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista los caracteres de certidumbre, por lo que puede parificarse al daño presente en tanto en cuanto pueda aparecer como un daño cierto, ya que la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su responsabilidad. Con la expresión cierto se significa tanto el interés a que afecta como que lo produce, y que por afectarlo motiva el nacimiento de la responsabilidad". En el mismo sentido el profesor Jorge Peirano Facio: "De acuerdo a la enseñanza constante de la doctrina el primer carácter que debe presentar el perjuicio para configurarse como relevante a los efectos de responsabilidad extracontractual es el de ser cierto. "En un segundo sentido se habla de perjuicio incierto aludiendo a los daños cuya existencia no está del todo establecida, pudiéndose plantear dudas acerca de su realidad… En el sentido que ahora le atribuimos consideramos, pues, perjuicio aquél que es real y efectivo, y no meramente hipotético o eventual. El criterio esencial para determinar en qué casos un perjuicio es cierto, resulta de apreciar que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo. "Próximo al daño futuro, pero discernible de él en la mayoría de los casos, se encuentra el daño eventual. La diferencia fundamental entre estos dos tipos de daño se caracteriza suficientemente cuando se recuerda que el daño futuro no es sino una variedad del daño cierto, en tanto que el concepto de daño eventual se opone, precisamente y en forma radical, al concepto de certeza: daño eventual equivale, al daño que no es cierto; o sea, el daño fundado en suposiciones o

conjeturas."

El análisis adoptado en el Auto de Imputación pone de presente que el daño estimado es simplemente hipotético, pues está fundamentado en premisas e hipótesis que no se cumplirán. Entre otros, se destacan los siguientes elementos:

- *El daño estimado por la Delegada está representado por la demora en la entrada enoperación del Proyecto y los supuestos sobre costos. Estas dos variables no solo están ligadas a hechos ya ocurridos para la fecha del Auto de Imputación, sino también a hechos futuros.*

- *El Auto de Imputación establece de forma completamente artificial el concepto de fecha de corte del daño. Sobre este punto, en la página 169 del Auto de Imputación se consigna lo siguiente:*

"Sin embargo, dado que en la presente causa fiscal se tomó como fecha de corte para efectos de establecer el valor del daño junio de 2019, el Despacho se atendráal valor consignado en el informe de la Universidad Nacional para dicha fecha".

- *El propio Auto de Imputación reconoce que en lugar de valorarse si era posible establecer con certeza el supuesto daño, se adoptó como prueba un ejercicio que contiene la valoración del VPN del Proyecto para el mes de junio de 2019.*

- *Las propias consideraciones de la Delegada ponen de presente que el resultado finaldel Proyecto será diferente de la estimación adoptada como daño, la cual se realizó estableciendo de forma artificial una fecha de corte para un proyecto que está en marcha ycuyo VPN una vez puesto en operación, será necesariamente distinto del adoptado por la Delegada como rasero para estimar un daño.*

- *El modelo adoptado por la Universidad Nacional excluyó, sin justificación alguna, los pagos que ha recibido y recibirá EPM de Mapfre. Una valoración del VPN que excluya, sin justificación técnica o legal, los flujos que producirá el principal instrumento financierode cobertura de riesgos previstos para el Proyecto no pueden ser adoptada como la prueba del daño.*

- *Para la determinación de la existencia del daño, no se tuvo en cuenta que para la época en que ocurrió la contingencia no existía certeza de la disponibilidad de la línea de conexión y de activos de conexión del Proyecto al sistema de transmisión nacional de energía, requisito indispensable para que el Proyecto pudiera entrar a generar energía y recibir ingresos. Tanto la Universidad Nacional como el Auto de Imputación asumieron, sin que exista prueba de ello, que el Proyecto habría estado en condiciones de comercializar energía si no se hubiesen presentado las conductas atribuidas a los imputados.*

Lo anterior queda desvirtuado con la respuesta dada por la UPME en enero 27 de 2021 a un derecho de petición interpuesto por el representante legal del Consorcio CCC Ituango, en el que se informa que "de acuerdo con el informe No. 35 presentado por el Consorcio SMA-CU en su condición de interventor del proyecto UPME 03-2014, correspondiente al mes de abril de 2018 y radicado UPME 20181110026902, el proyecto tenía un avance total del 64.33% frente a un 83,91% planeado. Para las líneas de transmisión el avance era del 61.89% frente al 83,02% planeado; para las subestaciones el avance era del 70.03% frente al 85,97% planeado".

- *La Universidad Nacional se negó a incorporar estos flujos en el modelo por considerarlos inciertos, no solo desconociendo que Mapfre ya emitió una nota de cobertura y ha realizado pagos anticipados por valor de USD250 millones, sino asumiendo la calidadde juez de contrato de seguro para plantear que la cobertura no aplicará.*

- *Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el método de valoración por VPN constituye una estimación con fundamento en premisas que pueden o no cumplirse. Este ejercicio de valoración, apropiado para establecer, por ejemplo, la valoración de una compañía o proyecto para una transacción de compra, no ofrece los criterios de certeza y confianza que exigen la estimación de un perjuicio.*

Para evidenciar lo anterior, basta con comprobar las desviaciones que se han presentado entre los supuestos adoptados por la Universidad Nacional para estimar el VPN entre la fecha en que se presentó el informe y la fecha en que se radican estos descargos. Esta desviación puede comprobarse, entre otras, en las variables que se analizarán adelante.

De conformidad con lo anterior, el Auto de Imputación adopta como supuesto perjuicio un impacto económico que está basado en simples conjeturas o hipótesis y que, por tanto, estádesprovisto de la certeza que exigen las reglas aplicables en materia de responsabilidad fiscal.

R/: /: El primer argumento que plantea el apoderado, es el relativo a la certeza del daño.
Considera el apoderado que el daño establecido en esta causa fiscal es hipotético pues está fundado en premisas e hipótesis que no se cumplirán.
Así mismo considera que el daño estimado por la Delegada está representado por la demora en la entrada en operación del proyecto y los supuestos sobrecostos. Estas dos variables no solo están ligadas a hechos ya ocurridos para la fecha del auto de imputación sino también a hechos futuros.
Previo a realizar cualquier pronunciamiento sobre la certeza del daño, resulta necesario recordarle al apoderado que en este proceso no se ha hablado en ningún momento de sobrecostos sino de las mayores inversiones realizadas de manera injustificada. Esta distinción resulta muy relevante, pues se trata de situaciones que tienen un contenido conceptual diferente.

En este punto resulta necesario precisar lo que la jurisprudencia ha entendido por tales:

> *"[…] Al reconocer el legislador que el fenómeno de los sobrecostos en la contratación estatal puede constituir un atentado contra los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público, no hace otra cosa que dar aplicación efectiva no sólo al principio constitucional de moralidad, sino también a los de eficacia y economía que rigen la función administrativa, (art. 209), de acuerdo con los cuales las autoridades administrativas deben lograr los fines para los cuales fueron creadas las entidades a las cuales sirven -y que directa o indirectamente tienden a la satisfacción de un interés general-, y deben hacerlo empleando para ello el mínimo de gastos y esfuerzos, es decir, maximizando sus recursos y sacando el mejor provecho de ellos.*
>
> *Es así como, por ejemplo, en materia de contratación estatal, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, establece que los servidores públicos tendrán en cuenta que con la celebración y ejecución de los contratos estatales deben buscar "el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".*
>
> *De otro lado, uno de los principios que rigen la contratación estatal –además de los generales de la función administrativa: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, art. 3 del C.C.A- es el de la selección objetiva, que implica escoger al proponente que ofrezca las condiciones más convenientes para la Administración, o sea, la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca (art. 29, Ley 80/93); se pretende entonces, que la selección se haga a "...la propuesta más económica, aunque ello no sea sinónimo de la propuesta más barata, sino de la que refleja la mejor relación entre calidad y precio. La administración debe entonces hacer 'las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello' (art.29)..."*[158]
>
> *Quiere ello decir que si un contrato estatal se celebra con desconocimiento de esos análisis que debe efectuar la Administración antes de adjudicarlo, haciendo caso omiso de los precios y condiciones del mercado, y se pacta en él un valor que vulnere estas limitaciones, superando en forma exagerada el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no sólo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva, por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que también se vulnerarán los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público*[159]*.*
>
> ***III- El sobrecosto:***

---

[158] *Cita es original: BENAVIDES, José Luís; El Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia. 1ª ed., 2002. pg. 279.*

[159] *Cita es original: "...por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales" Sentencia Sección Cuarta, del 31 de mayo de 2002. Expediente No. 25000-23-24-000-1999-9001-01*

De acuerdo con lo estipulado en el inciso segundo del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que se refiere al deber de selección objetiva determinando que ésta se produce cuando la escogencia se hace a la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en cuenta factores subjetivos como afecto o interés, "Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, (...) resulta ser el más ventajoso para la entidad, ***sin que la favorabilidad la constituyan (...) el más bajo precio o el plazo ofrecido****" (negrillas fuera de texto), estableciendo que el administrador debe efectuar las comparaciones del caso "...mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos,* ***la consulta de precios o condiciones del mercado*** *y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello"*

De acuerdo con los términos de esta norma, el precio de las ofertas no puede ser el único criterio de evaluación y calificación de las mismas, puesto que existen otros factores que también resultan importantes para la Administración a la hora de contratar ya que inciden en la debida ejecución del objeto del contrato que pretenda celebrar; en consecuencia, el solo hecho de que la oferta seleccionada presente un precio superior al ofrecido por otros participantes en el proceso de escogencia del contratista, bien sea licitación pública o contratación directa, no significa que se esté violando el deber de selección objetiva.

¿Qué se debe entender entonces, por "sobrecosto" en los procesos de contratación?

Al respecto, se observa que el término ha sido manejado en materia de contratación estatal para determinar esos mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal.

Sin embargo, para los efectos contemplados en la Ley 472 de 1998, la acepción de tal término es otra, por cuanto tiene que ver con el valor del contrato celebrado, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, que en cumplimiento del deber legal impuesto, han debido ser analizados y estudiados por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación.

Los precios reales del mercado son "lo que, de acuerdo con las reglas del mercado, pueda ser el costo de los bienes, servicios, suministros, etc. Es decir, del objeto u objetos a contratar, en un lugar determinado, en un momento determinado, bajo determinadas circunstancias y conforme a las variables que el objeto del contrato implique, tales como cantidad, calidad, especialidad, etc. Lo anterior con el propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos, de lo que verdaderamente cuestan en el tráfico jurídico ordinario dichos bienes o servicios"[160]*.*

Quiere decir lo anterior, que el libre juego de la oferta y la demanda en el tráfico mercantil, es el que determina en un momento dado los precios de los bienes y servicios, y en la medida en que la Administración Pública participa como un operador más en ese mercado, al demandar esos bienes y servicios, debe

[160] *Cita original: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando; Tratado de Derecho Administrativo, T. IV, Contratación Indebida; Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2004. pg. 166.*

> *también atenerse a los precios del mismo, cumpliendo además con el ya referido deber de estudiarlos previamente a la contratación, con el fin de evitar "...pagar más respecto de la realidad del mercado, lo cual configuraría a todas luces no sólo una situación de peculado, **sino una afrenta al patrimonio público"**[161] (las negrillas no son del texto).*
> *El estudio previo de los precios del mercado, permitirá entonces a la Administración determinar, al momento de evaluar las propuestas que reciba, si las mismas guardan una relación equilibrada con aquellos, o si resultan demasiado altas, de tal forma que deban ser descalificadas.*
> *Debe tenerse en cuenta también, como lo hace hoy el Decreto 2170 de 2002 (art. 6)[162], que "...el concepto de precio del mercado debe entenderse en su sentido amplio, en el entendido que comprende una serie de variables de acuerdo a las condiciones, ambiente, lugares, distancias, y demás elementos que puedan influir ciertamente en su conformación, si entendemos que el mismo es variable y carente muchas veces de uniformidad"[163].*

En este contexto resulta claro que los sobrecostos están referidos necesariamente a los precios del mercado, y se estructuran como daño al patrimonio del Estado cuando el Estado realiza compras de elementos que superan esos valores de mercado, en unas particulares condiciones de tiempo modo y lugar. En el caso concreto, aun cuando en el informe de la Universidad Nacional sí se realiza un comparativo con otras empresas que los funcionarios que lo elaboraron, consideran comprables, para efectos de determinar de cara al mercado específico de energía si el costo de hidroituango es similar o superior, dicha parte del informe si bien le da al Despacho un contexto, no fue utilizado para efectos de la valoración del daño en esta causa fiscal.
De donde mal hace el apoderado al querer convertir la presente causa fiscal en una situación en la que el daño que se endilga en cabeza de los vinculados como consecuencia de un sobrecosto.

Ahora bien, el Despacho ha sido claro al explicar que lo que se cuestiona en la presente causa fiscal son las mayores inversiones realizadas de manera injustificada. Así mismo, desde el auto de imputación se explicó por qué se utiliza la expresión "injustificada", por cuanto fueron producto de malas decisiones de administración y malas decisiones técnicas atribuibles a cada uno de los presuntos desde su rol, las cuales generaron la destrucción del valor presente neto del proyecto.

---

[161] *Cita es original de la sentencia: SANTOFIMIO Gamboa, Op. Cit., pag. 167.*
[162] *"Art. 6.- De la consulta de precios o condiciones del mercado. (...) La entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio"*
[163] *Consejo de Estado, providencia de 10 de marzo de 2005, Número de Radicado: 25000-23-26-000-2003-01195-01, actor: Juan Carlos Mora Peñuela y Mauricio Izquierdo Arguello, Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Saavedra Becerra.*

En este sentido, de conformidad con lo establecido por la real Academia de la Lengua, Justificado significa: "Conforme a justicia y razón"[164]. En este sentido, la razón de ser de dichas modificaciones no obedeció a situaciones netamente técnicas que aparecieron de repente en el proyecto, sino a las malas e improvisadas decisiones que se tomaron en desarrollo de todo el proyecto, que terminaron desencadenando en la mal llamada "contingencia de 2018" y generando a su vez mayores inversiones estas también injustificadas.

De otro lado, considera el apoderado que el Auto de imputación establece de forma artificial la fecha de corte por establecer el valor del daño a junio de 2019 y considera que de ese hecho puede derivarse como conclusión que el daño no es cierto porque se adopta como prueba del daño, un ejercicio que contiene la valoración del VPN del proyecto para junio de 2019.

Respecto de este argumento, es necesario precisar que la razón de ser de corte temporal del daño, radica en el hecho de que en ese momento fue que la Contraloría General de la República a través de la delegada de minas cierra la actuación especial. En este contexto lo que el Despacho analizó es si para dicha fecha, con las inversiones realizadas hasta ese punto se consolidaba un daño como consecuencia de la destrucción de la inversión o no y dado que dicho requisito se cumplía, procedió, teniendo un daño cierto y probado a abrir el proceso de responsabilidad fiscal.

El razonamiento que propone el apoderado, lleva al absurdo de pensar que en ningún proyecto de largo plazo puede establecerse daño alguno sino hasta que finalice la operación, lo cual es un intento por demás vano de impedir el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara al precisar que el control fiscal puede y debe ejercerse aún respecto de proyectos que no se encuentran finalizados. Sobre el particular cabe recordar lo sostenido por este órgano de control en Concepto jurídico 104182 de Septiembre 20 de 2013:

> *"Desde la sentencia C- 623 de 1999, cuando la Corte se pronunció sobre las consecuencias normativas del artículo 65 de la ley 80 de 1993 y en reiteradas oportunidades, la línea jurisprudencial reconoce de modo indubitable la competencia de los órganos de control fiscal, en el contexto del control posterior y selectivo, para ejercer los distintos sistemas de control fiscal e incoar las acciones correspondientes. En el texto de la citada providencia, sostuvo la Corte:*
>
> *"En el artículo 65 de la ley 80/93, materia de acusación parcial, se prescribe en el primer inciso, la intervención de las autoridades fiscales "una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos", y el control posterior de las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, con el fin de verificar si éstos se ajustaron a las disposiciones legales.*

[164] https://dle.rae.es/justificado

En el segundo inciso se establece que una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En el tercero se asigna el control previo administrativo de los contratos a las oficinas de control interno, y en el cuarto se autoriza a las autoridades de control fiscal para exigir informes a los servidores públicos, de cualquier orden, sobre su gestión contractual, siendo el aparte subrayado el que se demanda, por las razones que se resumieron en el acápite III de esta providencia. "Pues bien: el control fiscal sobre la actividad contractual de la administración pública, según la disposición acusada, tiene lugar en dos momentos distintos: 1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y 2. una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. (…) De acuerdo con los resultados de este examen, y en caso de existir fundamento para hacerlo, las autoridades fiscales deberán iniciar las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. (…) Así las cosas, el aparte acusado del artículo 65 de la ley 80/93 al establecer el control fiscal sobre los contratos liquidados y terminados, no infringe los artículos citados por el actor, pues ella misma ordena que se realice en forma posterior y selectiva, y que además de la vigilancia de la gestión fiscal se evalúen los resultados obtenidos con el gasto o la inversión. Dicha disposición tampoco desconoce los principios de eficacia y eficiencia ni constituye impedimento para que las Contralorías inicien los juicios de responsabilidad fiscal y cumplan con el deber de promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. Para concluir procede la Corte a responder las preguntas planteadas al inicio de estas consideraciones. - ***El control fiscal sobre los contratos estatales debe ejercerse después de que se han cumplido los trámites administrativos de legalización de los contratos, esto es, cuando han quedado perfeccionados, durante su ejecución y después de terminados o liquidados.*** *(…) - El control fiscal sobre los contratos estatales liquidados o terminados, como lo consagra la norma demandada, no viola la Constitución. Por el contrario, se ajusta a sus preceptos, concretamente, a lo consagrado en el artículo 267" (negrilla fuera de texto).*

(…)

Ahora bien, en cuanto a la materia que nos ocupa, resulta para la Corte Constitucional, inequívoco que los sistemas de control fiscal pueden aplicarse sobre los contratos estatales que hayan cumplido sus condiciones de perfeccionamiento y sus condiciones de ejecución, actividades que son a las

que se alude con la expresión "legalización" del contrato, esto es, que es plausible catalogar como control posterior, el que en ejercicio de sus competencias misionales, pueden ejercer los órganos de control fiscal, a partir del inicio de la etapa de ejecución de las obligaciones que integran el objeto contractual. En concreto, la Corte considera como legítimo desplegar los sistemas de control fiscal, sobre las cuentas y pagos derivados de la ejecución, lo que comprende establecer control posterior al cotejo entre lo realmente ejecutado y los pagos realizados, así como entre las acreencias recíprocas, para verificar su sometimiento a las disposiciones legales.

*Por otra parte, de lo transcrito, puede inferirse que la calidad de control posterior en el marco anteriormente expuesto, impone el deber de las contralorías para iniciar los juicios de responsabilidad fiscal y cumplir con el deber de promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, lo cual resulta coherente con los deberes que la ley les impone ante la aparición de un daño al patrimonio del Estado, que surja como actual y cierto con ocasión de la gestión fiscal**, incluso, derivada de la ejecución contractual, y que se manifiesta en el ejercicio de la acción fiscal.** No es en vano, que la sentencia que se analiza, recabe en que los mandatos del artículo 65 de la Ley 80 de 1993, no impiden, ni son obstáculo para adelantar los procesos fiscales, cuando quiera que se configuren los presupuestos previstos en el régimen de la responsabilidad fiscal, **es decir la configuración cierta y consolidada de los elementos contemplados en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000.***

Ahora bien, con el objeto de determinar hasta qué punto resulta viable hacer exigible la responsabilidad fiscal, cuando el daño se produce en el curso de la ejecución contractual, antes de la terminación y/o liquidación del contrato, se deben traer a colación los alcances de la Sentencia C-648 de 2002, emitida con motivo de la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000, y en cuyo texto, entre otros, se presentaban , por parte de la demanda como argumentos centrales: i) que los contratistas o a sus garantes, sólo pueden ser juzgados por las jurisdicciones administrativa o arbitral; y ii) que las contralorías no pueden intervenir durante la ejecución de los contratos. Argumentos desechados por la Corte Constitucional, de la siguiente manera: "5. Estiman los demandantes que las normas acusadas desconocen el esquema constitucional sobre vigilancia de la gestión fiscal (C.P., arts. 119 y 268 numerales 5 y 6) al extender la intervención de la contraloría a los contratos estatales en ejecución, a los contratistas y a los garantes de obligaciones meramente contractuales. Agregan que el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 prohíbe la intervención de las contralorías en la contratación. Sobre el particular debe señalarse, como ya lo ha expresado la Corte, que efectivamente las Contralorías no pueden participar en el proceso de contratación, puesto que su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones. Tampoco pueden interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora, lo cual está prohibido expresamente por la Carta Política al señalar en el artículo 267 que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. De esta forma, al excluir la intervención de las autoridades

fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, se evita que se incurra en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración. ***Sin embargo, esta circunstancia no sirve de argumento para alegar la improcedencia del control fiscal sobre los contratos estatales, el cual, por el contrario, bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación"*** *(negrilla fuera de texto).*

La propia normativa reguladora del proceso de responsabilidad fiscal, en disposición declarada exequible por la Sentencia que se acaba de mencionar, cuenta con la posibilidad de hacer exigible la responsabilidad fiscal por daños ocasionados en la ejecución contractual, incluso, antes de la liquidación del contrato estatal. En efecto, a tal conclusión se puede arribar cuando la Ley 610 de 2000, en su artículo 61, dispone que "Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado". Una preceptiva como la que se acaba de referir, no estaría en el ordenamiento jurídico, ni la Corte la habría declarado exequible, si no se concibiera, conforme a la Constitución y a la razonabilidad de la responsabilidad fiscal, que en el ejercicio de sus funciones las contralorías tienen conferida la atribución de verificar la existencia cierta y actual de un daño fiscal, con ocasión de la ejecución de un contrato, y de adelantar la acción dirigida a su resarcimiento, sin esperar a su liquidación, ni menos a la extinción de las acciones contencioso administrativas. Tanto es así, que el legislador, les asigna competencia para solicitar, a la entidad contratante, en hipótesis de esa naturaleza, que se declare la caducidad del contrato en cuya ejecución se causó el daño objeto de resarcimiento fiscal. Lo anterior, ***claro está, bajo la condición de que si y solo sí, durante la ejecución del contrato se acrediten las evidencias de certeza de un daño fiscal cierto y consolidado, esto es con la configuración de los elementos previstos en los artículos 5° y 6° de la Ley 610 de 2000"****.*

Ahora bien, precisado lo anterior, el apoderado prosigue alegando que no se tuvo en cuenta que para la época en que ocurrió la contingencia no existía certeza de la disponibilidad de la línea de conexión y de activos de conexión del Proyecto al sistema de transmisión nacional de energía, requisito indispensable para que el Proyecto pudiera entrar a generar energía y recibir ingresos

Sobre este punto, tal y como se ha demostrado tanto en el auto de imputación como en esta providencia, aun estando la línea de conexión y los activos de conexión disponibles, el proyecto tampoco hubiera entrado en operación, de donde desde el elemento Daño, ese hecho no puede entenderse como generador del mismo ni las conductas correlativas a este hecho, desde la lógica del nexo de causalidad puede

ser entendidas como determinante ni idóneas para la producción del daño, motivo por el cual, lo adecuado en el caso concreto era asumir que el proyecto hubiera, en todo caso, entrado en operación.

Si las circunstancias hubieran sido diferentes y el proyecto hubiera estado listo para entrar en operación, pero se hubiera concretado la situación que plantea el apoderado, la pérdida del valor presente neto y del lucro cesante su hubiera analizado desde otra óptica y seguro los responsables fiscales también serían otros.

En esta argumentación, también critica el apoderado el hecho de que no se haya tenido en cuenta los pagos realizados por la aseguradora, así mismo considera que esta determinación no tiene fundamento técnico ni jurídico alguno.

Sobre este punto, no le asiste razón al apoderado, pues en el auto de imputación tanto desde la perspectiva técnica como desde la perspectiva jurídica se explicaron los motivos por los cuales dichos pagos no podían ser tenidos en cuenta, en los siguientes términos:

> *En este punto, resulta necesario precisar que de conformidad con la respuesta dada por EPM, obrante a folio 11361 y ss del expediente, se encuentra probado que Mapfre, en virtud de la póliza todo riesgo asociada al proyecto, ha realizado un primer pago anticipado en relación con el daño emergente producto de la contingencia por valor de USD 150 millones82. Dicho pago, sin embargo no corresponde a la indemnización total del siniestro, pues, en efecto, el proceso de ajuste se encuentra aún en marcha, así como tampoco se trata de un pago definitivo, puesto que de conformidad con lo previsto en el acuerdo marco suscrito entre Mapfre y EPM así como en la carta de reconocimiento de cobertura83, se estableció que puede darse reversión de la cobertura. La realización de dicho pago parcial se justificó en el hecho de que EPM ha venido incurriendo en erogaciones para reponer equipos y reparar las obras afectadas por el siniestro y que la póliza contempla expresamente la posibilidad de realizar ese tipo de pagos. Así mismo, es de anotar que la Superintendencia Financiera de Colombia, envió una comunicación al Señor Contralor General de la República, la cual fue remitida por competencia a este Despacho y hace parte del acervo probatorio de este proceso (fl 13586 y ss) , en la cual se afirma que la superintendencia ha revisado periódicamente la adecuación del nivel de reservas y que se realicen los ajustes que han sido necesarios para dar cumplimiento a los estándares mínimos de su constitución y los niveles de patrimonio adecuado. Así mismo se refiere al pago de 150 millones de dólares realizado el día 4 de diciembre de 2019 y anuncia que se tiene pensado un nuevo pago por 100 millones de dólares, a. realizarse en septiembre de 2020[165].*

Y en el acápite de daño, sobre este particular se dijo lo siguiente:

[165] Ver folio 17819 vto y 17820 que corresponde a las páginas 106 y 107 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2021.

> *Por último y si bien de oficio se le solicitó a la Universidad Nacional que incluyera dentro del modelo el pago parcial realizado por Mapfre en virtud de la póliza todo riesgo, este Despacho considera que no se puede reconocer tal ingreso en favor de EPM para efectos de presente daño por dos motivos: 1. Por cuanto la fecha de corte del daño en esta causa fiscal es junio de 2019 y dicho pago se realizó con posterioridad, en diciembre de 2019, lo cual implicaría extender el periodo de corte y sumar también las mayores inversiones realizadas hasta diciembre de 2019, así como el hecho de que la CREG hizo efectiva la garantía de la primera subasta de energía en firme, lo que excede el marco temporal del presente proceso y 2. Por cuanto se trata de un pago parcial que no es definitivo y que aún puede llegar a ser reversado por la aseguradora, de conformidad con los acuerdos existentes entre Mapfre y EPM[166].*

Respecto de esta decisión el Despacho reitera lo sostenido en el Auto de imputación.

Por último, retoma el apoderado lo sostenido líneas atrás, en el sentido de considerar que *"en el caso concreto el daño es* hipotético pues está fundado en premisas e hipótesis que no se cumplirán y complementa lo anterior afirmando que *el método de valoración por VPN constituye una estimación con fundamento en premisas que pueden o no cumplirse. Este ejercicio de valoración, apropiado para establecer, por ejemplo, la valoración de una compañía o proyecto para una transacción de compra, no ofrece los criterios de certeza y confianza que exigen la estimación de un perjuicio".*

Sobre esta primera aseveración, la misma es contraria al hecho de que el el valor presente Neto **es un instrumento de valoración económica** ampliamente usado, *"El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad" "...representa la equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto"* (Mokate, 2003).

En este sentido, y dado que la gestión fiscal incluye también el conjunto de actividades económicas tendientes a la adecuada y correcta administración de bienes y rentas públicas dirigidos siempre a cumplir los fines esenciales del Estado, el VPN, como instrumento de valoración económica resulta adecuado para calcular el valor del daño, dando certeza de su cuantía.

Es un instrumento que permite medir en grado de certeza la valoración de un proyecto, obra o negocio de tal modo que permita tomar las decisiones bien de continuidad o bien de corrección que el asunto demande. Es decir, es ante todo un mecanismo basado en la certeza par la toma de decisiones de inversión. Lo que por consiguiente coloca a los individuos que deciden o intervienen en esas decisiones en la debida diligencia de adoptar las decisiones correctivas a tiempo para preservar el patrimonio de la empresa o entidad.

[166] Ver folio 17830 vto que corresponde a la pagina 128 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2021.

En efecto, es necesario recordar que no solamente la Contraloría utiliza este método para determinar la cuantía de un daño a reparar, sino que la misma ha sido usada y avalada en distintos escenarios.

En efecto, es un método utilizado por el Departamento Nacional de Planeación para identificar, preparar y evaluar proyectos de inversión pública. Se utiliza también a efectos de determinar Plusvalías[167], el Consejo de Estado ha reconocido su validez a los efectos de determinar el valor de las acciones de una entidad pública[168] ,es además un factor de selección de los contratistas en algunos contratos Estatales[169] y es usado además por CIADI a efectos de determinar la existencia de daños en cabeza de un inversionista[170].

Pero lo que resulta aún más contundente, es que para efectos contables es un medio que le permite a la Contaduría General de la Nación, a efectos de determinar el valor de los activos del Estado y de forma puntual, el valor de las inversiones que realiza.

En efecto, en el Plan General de Contabilidad Pública[171], expedido por el Contador General de la Nación, se lee:

---

[167] Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00132-01(24591)

[168] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

[169] El valor presente neto, entre otras cosas se utiliza como criterio de adjudicación, un ejemplo de ello puede verse en la sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

[170] A manera de ejemplo puede verse: Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012

[171] https://www.contaduria.gov.co/plan-general-de-contabilidad-publica//document_library/Icr3IB7G0xlH/view_file/44037?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH_redirect=https%3A%2F%2Fwww.contaduria.gov.co%3A44

9.NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD PÚBLICA
9.1 NORMAS TÉCNICAS RELATIVAS A LAS ETAPAS DE RECONOCIMIENTO Y REVELACIÓN DE LOS HECHOS FINANCIEROS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y AMBIENTALES
(…)
131. Las diferentes bases de valuación que se definen a continuación, permiten reconocer y revelar las diferentes transacciones, hechos y operaciones, de la entidad contable pública, de tal forma que los resultados obtenidos se ajusten a los propósitos de control, rendición de cuentas, gestión eficiente y transparencia.
(…)
135. Valor Presente Neto. Corresponde al valor que resulta de descontar la totalidad de los flujos futuros que pueda generar un activo o un pasivo, empleando para el efecto una tasa de descuento.
(…)

9.1.1 Normas técnicas relativas a los activos
141. Noción. Los activos son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general.
142. Las normas técnicas relativas a los activos están orientadas a definir criterios para el reconocimiento y revelación de los hechos relacionados con los bienes y derechos de la entidad contable pública, derivados del desarrollo de sus funciones de cometido estatal.
9.1.1.1 Inversiones e instrumentos derivados
143. Noción. Las inversiones representan recursos aplicados en la creación y fortalecimiento de empresas públicas y entidades de naturaleza privada, y en la adquisición de valores como títulos e instrumentos derivados, en cumplimiento de políticas financieras, económicas y sociales del Estado y que como consecuencia pueden generar utilidades. Esta norma también trata los instrumentos derivados con fines de cobertura de activos.
144. Las inversiones deben reconocerse por su costo histórico y actualizarse atendiendo la intención de realización, la disponibilidad de información en el mercado y, tratándose de inversiones patrimoniales, el grado de control o influencia que se tenga sobre el ente receptor de la inversión, ***mediante la aplicación de metodologías que aproximen su realidad económica, tales***

3%2Fplan-general-de-contabilidad-publica%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview

> ***como:*** *el valor razonable,* ***el valor presente neto*** *a partir de la tasa interna de retorno, el método de participación patrimonial y el método del costo.*

Por lo anterior, si dicho método de valuación resulta avalado para determinar el valor de un activo, de una inversión en cabeza del Estado, resulta igualmente válido utilizarlo para determinar una pérdida en cabeza del Estado cuando dicha inversión no obtiene el resultado esperado y se cuenta con los medios de prueba para concluir que en el horizonte de tiempo del negocio no lo va a recuperar. Tal y como ocurre en el caso concreto en dónde se recuerda: después de 3 años de la fecha en que originalmente debería haber entrado en operación, aún NO se cuenta con una hidroeléctrica que genere siquiera 1 KW de energía, así mismo los costos de la Hidroeléctrica han superado con creces los costos inicialmente pactados y a la fecha ni siquiera la Autoridad ambiental ha levantado la medida cautelar sobre la licencia ambiental, por lo que únicamente puede avanzarse con las obras necesarias para reparar los daños ocasionados por la mal llamada "contingencia" del año 2018.

Así mismo, se trata de un método de valuación que ha sido avalado inclusive por el Consejo de Estado en el escenario del proceso de responsabilidad fiscal:

> *"Tanto en el escrito de demanda como en aquel de la alzada, el recurrente señala que* ***la metodología de valoración de la sociedad gestora GESTAGUAS debía ser determinada a través de la metodología del flujo de caja libre, cuya importancia radica en el hecho de que "muestra la liquidez sobrante, generadas por la empresa después de hacer frente a las inversiones necesarias para su normal funcionamiento****."*[172]
>
> *No obstante ello, el análisis financiero realizado por la Contraloría de Bogotá partió de un procedimiento divergente, motivo por el que encontró diferencias económicas que le fueron atribuidas como perjuicio que debía ser reparado.*
>
> *Contrario a lo sostenido por el accionante, esta Judicatura encuentra que la valoración del negocio cuestionado, realizada por el órgano fiscal demandado, parte igualmente del método que éste echa de menos en su libelo introductorio y su apelación.*
> *Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explicó:*
>
> *"No hay discusión alguna en que la metodología más utilizada para la valoración de la compra de la participación accionaria es el flujo de caja libre descontando –FCLD–, aún cuando en algunos casos puedan evaluarse las compañías por la metodología del flujo de dividendos descontado –FDD–, en la medida en los que los nuevos accionistas aspiran a obtener una rentabilidad mínima frente al capital que ponen en riesgo para adelantar la inversión.*
>
> *Pero el modelo de valoración por el flujo de caja libre supone una proyección de los resultados del negocio en el tiempo, con fundamento en la operación de la empresa en cuestión y busca determinar cuál es la remuneración, por el*

[172] Folio 31 del cuaderno principal.

capital que un inversionista pone en riesgo, para que el negocio se adelante. De esta forma el FCLD pretende establecer cuántos recursos disponibles tiene una empresa para remunerar el capital invertido a los titulares de la misma, esto es, a los accionistas y a los acreedores.

(…)

Entonces, si los administradores de AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP querían establecer el precio a pagar por el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A., debieron calcular el FCLD de la empresa, año a año, y descontar esos flujos programados en el tiempo proyectado a una tasa de interés de oportunidad (20.27%) para nuestro caso, con lo cual se obtendría el valor base para negociar la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS."[173]

Por lo anterior, ***no puede admitirse que, como lo sostiene el demandante, la Contraloría haya aplicado un método distinto al del flujo de caja libre para deducir la existencia de daño patrimonial en la compra del paquete accionario de GESTAGUAS,*** *motivo que permite descartar el cuestionamiento"*[174]*.*

De donde resulta claro que no se trata de una metodología nueva, ni tampoco que la misma no sea adecuada para la determinación del daño, pues se repite, es un **instrumento de valoración económica que permite determinar la realidad económica del proyecto y que por lo tanto dota de certeza el valor del daño calculado**.

Es más es una metodología adecuada para valorar una inversión que se da en un plazo tan largo como el que supone el Proyecto hidroeléctrico, pues implica tener en cuenta todos los flujos presentes y futuros de forma tal que permite un análisis completo de todo el horizonte del negocio, de donde se demuestra que en el contexto del proyecto objeto de la presente causa fiscal que el Despacho hizo uso del método que resulta **más adecuado para cuantificar el daño desde la lógica de la valoración de la inversión**.

Ahora bien, dado que en todo caso dado que se parte de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

---

[173] Folio 8428 del cuaderno de pruebas.

[174] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00214-01

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

Así mismo, desde la perspectiva jurídica son la concreción del principio de planeación, de manera particular en lo que se refiere a proyectos de largo plazo que se realizan con recursos públicos como el caso que nos ocupa, lo que impone que dichos modelos atiendan a un grado razonable de certeza que permita un manejo cuidadoso y probo del recurso público y que se dirija al cumplimiento de los fines del Estado insertos en el proyecto.

Ahora bien, es muy importante precisar que el hecho de que para efectos de valorar el daño, se haga uso de modelos financieros, ello no implica que el daño pueda catalogarse como incierto o eventual.

La certeza del daño, al margen de su cuantificación o valoración, para efectos fiscales implica que exista una lesión al patrimonio del Estado, en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

En este sentido, en el caso concreto, está demostrado con datos reales, producto no sólo del análisis realizado por la Universidad Nacional de los modelos financieros (los cuales se recuerda que se corren anualmente y por lo tanto incluyen datos reales de los años inmediatamente anteriores) sino además se revisó la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM. estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido **se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto**, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero.

De igual forma, de cara al lucro cesante está ampliamente probado en el plenario, que la hidroeléctrica **no entró en funcionamiento en noviembre de 2018, por lo que NO comenzó a percibir los ingresos que debía recibir.**

Ambas situaciones son ciertas y generan una pérdida o merma para el Estado.

Ahora bien, el daño al patrimonio del Estado en el escenario de la responsabilidad fiscal, implica que el mismo derive ya sea de una gestión fiscal o una conducta por

contribución o con ocasión de la gestión fiscal y en todo caso en una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal, antieconómica, ineficaz e ineficiente que no se dirija al cumplimiento de los fines del Estado, debiéndose tener en cuenta además si a pesar de ello se deriva o no un beneficio para el Estado.

En este sentido, el Despacho, tal y como puede observarse desde los fundamentos fácticos ampliamente explicados y demostrados con el material probatorio obrante en el plenario, este Despacho estableció de manera precisa cuáles fueron los hechos generadores tanto de las mayores inversiones como de la no entrada en funcionamiento del proyecto en la fecha programada. Así mismo y en atención a dichos hechos se procedió a identificar las conductas antieconómicas, ineficaces, ineficientes, que no se dirigieron a cumplir los fines del Estado insertos en el proyecto y que pueden ser calificadas a título de culpa grave, que los generaron concluyendo que se trata de acciones y/u omisiones concurrentes atribuibles a los imputados y que fueron idóneas y determinantes para que se diera el daño al patrimonio del Estado.

De igual manera y tal y como se ha explicado tanto a lo largo de esta providencia como en al auto 1484 de 2020, este Despacho no ha identificado situaciones que puedan constituirse como eximentes de responsabilidad o que puedan llegar a desvirtuar el daño en esta causa fiscal.

Ahora bien, frente a la valoración del daño, se optó desde la actuación especial adelantada por este órgano de control, por el uso de una metodología que "*permita evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, en el marco de un modelo de seguimiento al control fiscal*"[175].

Frente a lo cual, en virtud del contrato suscrito con la Universidad Nacional, esta institución, produjo el informe técnico que obra en el plenario, en el cual se hace uso del método de valuación del Valor presente neto de la inversión.

El cual, fue valorado por este Despacho al momento de recibir el antecedente y para efectos de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. De dicha valoración, teniendo en cuenta todo lo sostenido en este punto y de manera particular el hecho de que se trata de un megaproyecto de muy largo plazo, se consideró que el método de valuación empleado era el más correcto, completo y justo, en la medida en que permite tener en cuenta todos los ingresos y egresos en todo el horizonte del negocio e inclusive después de dicho horizonte, lo que permite concluir si los recursos calificados como daño se van a poder recuperar o no, lo que sin duda, dota de certeza el daño.

[175] AYUDA DE MEMORIA del COMITÉ TÉCNICO No. 1 Contrato Interadministrativo No. 211 del 8 de abril de 2019, realizado el día 5 de junio de 2019 entre la Universidad Nacional y la Contraloría General de la República-Delegada de Minas y Energía.

Por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar

4.5.1 La personalidad del daño

De otra parte, el daño indemnizable debe ser personal. El requisito de personalidad del daño supone verificar que se trate de una afectación sufrida por el afectado que lo reclama y que el perjuicio se produzca sobre una situación jurídicamente protegida o, en todo caso, no irregular. Este requisito no puede ser ignorado en la responsabilidad fiscal, so pretexto de mencionar como presuntos afectados a distintas entidades estatales.

En el Auto de Imputación se lista como presuntos afectados, sin distinción alguna, a Hidroituango, a sus socios públicos y a EPM, como si todos estos pudieran simultáneamente experimentar el daño.
Esta aproximación desconoce las propias premisas y conclusiones del Auto de Imputación. Como se narra en el Auto de Imputación, el dueño del Proyecto es la sociedad Hidroituango, la cual contrató con EPM bajo el contrato BOOMT la construcción y operación del Proyecto. En el Auto de Imputación también se analiza la distribución de riesgos acordada entre Hidroituango y EPM, al punto de entrar a cuestionar que el negocio era favorable a la segunda por haber pactado como obligaciones de medio algunas que según la Delegada deberían ser de resultado.

Es tan precaria la posición de la Contraloría sobre la personalización del daño que incluso menciona como entes afectados a los socios de Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., desconociendo el principio de la independencia de las personalidades jurídicas de la sociedad y de sus socios, acorde con lo definido en el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio, acorde con el cual "la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

Bajo esta óptica, los riesgos que se materializaron en la ejecución del Proyecto no pueden afectar simultáneamente a Hidroituango y a EPM, pues siendo estas contrapartes contractuales, alguna de ellas deberá soportar sus efectos. Este planteamiento desconoce lo pactado en el contrato BOOMT y la forma en que allí se asignaron y distribuyeron los riesgos. A este respecto se debe tener en cuenta que dicho contrato es fuente válida de obligaciones, que no ha sido objeto de cuestionamientos en su validez y que su presunción de legalidad no ha sido desvirtuada.

Si se concluye que la problemática de Proyecto estuvo asociada a los fallas de planeación ode construcción de las vías de acceso o a los diseños, entre otras actividades, en la matriz de riesgos del Contrato BOOMT estos efectos recaen sobre Hidroituango. Así mismo, la materialización de riesgos de Hidroituango que impliquen costos, hacen parte del CAPEX del Proyecto y deben incorporarse en el modelo financiero para calcular el periodo de operación necesario para obtener la TIR de EPM. Por el contrario, si concluye que se trata de riesgos que corresponden a EPM como contratista bajo el BOOMT, sus efectos se radican patrimonialmente sobre EPM.

En su análisis -que se efectúa completamente al margen de lo pactado en el contrato BOOMT-, el Auto de Imputación atribuye supuestas fallas de planeación tanto a Hidroituango como a EPM, pero no entra a determinar el efecto de esos hallazgos de cara ala matriz de riesgos pactada por dichas partes en el contrato BOOMT, y menos aún los efectos que tiene como causal de exoneración el hecho exclusivo de la entidad pública o la

reducción de la indemnización por culpa concurrente de la entidad pública, como se analiza ampliamente en capítulo de este documento

La determinación exacta de la entidad pública supuestamente afectada es indispensable, pues no es idéntica la posición de Hidroituango, la de sus socios y la de EPM. Cada uno de estos sujetos está llamado a recibir flujos del Proyecto en momentos, cuantías y condiciones diferentes. Así mismo, por su condición de contratista, EPM es contraparte de Hidroituango y eventualmente responsable frente a esta.

Es un hecho notorio que entre Hidroituango y EPM se han presentado controversias contractuales en torno a quién debe soportar los riesgos que han afectado el Proyecto. Mientras no se resuelva este punto, no es posible determinar cuál es la entidad eventualmente afectada y, que, por tanto, estaría llamada a recibir una compensación. Si EPM debe soportar estos riesgos, esto implica que es responsable bajo el Contrato BOOMT frente a Hidroituango. Si Hidroituango debe soportar los riesgos, esto implica que los costos deben ser incluidos en el CAPEX del Proyecto para efectos de determinar la obtención de la TIR por parte de EPM.

En el Auto de Imputación no se presenta ningún análisis sobre la materia. El análisis de la personalidad del daño es indispensable para establecer no solo la cuantía, sino también el titular de una eventual compensación.

R/: En este punto, considera el apoderado que el Despacho no atendió a la teoría de la personalidad del daño, por el hecho de haber señalado como afectados a distintas entidades estatales, sin tener en cuenta de un lado que Hidroituango es distinta a sus socios y de otro que de conformidad con la matriz de riesgos del contrato BOOMT dependiendo de a quien sean atribuibles las fallas del proyecto, deberá responder EPM o Hidroituango.

En primer término, es necesario precisar que en la presente causa fiscal se estudia un daño al patrimonio del Estado, en un proyecto que a pesar de los cuantiosos recursos invertidos (16 billones de pesos con corte a diciembre de 2020)[176], no atiende al cumplimiento del interés general inserto en el mismo y lo que lo hace más grave aún es que dicho proyecto a hoy, 3 años después de la fecha prometida, no ha entrado en operación por lo que de ella no se obtiene ni 1 solo kw y no se cuenta con una fecha cierta en la que comenzará a funcionar.

En este contexto, las Entidades señaladas como afectadas son aquellas que de manera directa o indirecta sufren un impacto económico. En este sentido, si bien el dueño directo del proyecto es Hidroituango (que es una persona jurídica distinta de sus socias) de manera indirecta las entidades que hace parte de la misma se ven

[176] En Testimonio de fecha 16 de junio de 2021, rendido por el señor JAIRO HERNÁN RAMÍREZ GÓMEZ quien se desempeñó como director Administrativo de Hidroituango entre 2009 y 2020, el testigo afirmó: *"En lo financiero si creo que tengo algunos datos de indicadores, si quiere si me permite voy y miro si de pronto tengo alguno de esos, pero más o menos el presupuesto del proyecto estábamos a 2020, tenía un presupuesto de 16.3 billones frente a un presupuesto original de 11.2 billones"*

afectadas, cuando el único activo de la sociedad se encuentra en la precaria situación actual.

De otro lado, es necesario precisar que la existencia de una matriz de riesgos en el contrato BOOMT, no altera las conclusiones a las que llegó este Despacho.

En este punto, resulta necesario recordarle al apoderado, que, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000[177], la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma de cualquier otro tipo de responsabilidad incluida, la responsabilidad contractual.

En este contexto, independientemente de lo que disponga el BOOMT, a este Despacho le corresponde determinar a quiénes (servidores públicos o particulares) resulta atribuible el daño fiscal tal y como se encuentra probado en el plenario y no establecer si desde la perspectiva contractual existe una responsabilidad contractual que resulte atribuible a EPM o a Hidroituango. Pues la entidad afectada se señala en el escenario específico de la responsabilidad fiscal y no de la responsabilidad contractual. En atención a lo anterior, resulta pertinente recordarle al apoderado que el operador fiscal no es juez del contrato.

Llama la atención y demuestra el desconocimiento por parte del apoderado del proceso de responsabilidad fiscal, la afirmación conforme a la cual *"los efectos que tiene como causal de exoneración el hecho exclusivo de la entidad pública o la reducción de la indemnización por culpa concurrente de la entidad pública",* pues la misma obedece a situaciones que pueden darse en un escenario del medio de control de reparación directa más no en el proceso de responsabilidad fiscal.

En este punto, es necesario precisar que las entidades públicas no pueden ser responsables fiscales, sino los funcionarios que desarrollaron conductas a título de culpa grave o dolo y que fueron determinantes e idóneas para producir un daño al patrimonio del Estado, en efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 610:

> ***ARTICULO 1o. DEFINICION.*** *El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con*

[177] *ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. <Artículo modificado por el artículo 124 del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*

PARÁGRAFO. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad. (Negrilla y Subrayado por fuera del texto original)

> *el fin de **determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares**, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.*

En este contexto, si se diera una situación atribuible exclusivamente a los funcionarios de la Entidad pública, lo procedente hubiera sido archivar el proceso en favor de los otros vinculados, por ejemplo de los contratistas, pero en el caso concreto ello no se da, pues está probado que los distintos imputados entre ellos los contratistas desarrollaron conductas (de gestión fiscal directa o con ocasión o por contribución a la gestión fiscal) que pueden ser calificadas a título de culpa grave y que resultaron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

Ahora bien, respecto de la reducción de la indemnización por existir una culpa concurrente, se trata de una institución que aplica el Consejo de Estado de manera puntual en lo que se refiere al medio de control de reparación directa, cuando concurre una culpa atribuible al Estado y otra quien pretende la indemnización, a manera de ejemplo se trae el siguiente aparte jurisprudencial:

> *"Indiscutiblemente, las circunstancias anteriormente indicadas contribuyeron en gran medida a la producción del hecho dañoso, mas no determinó su ocurrencia en forma total, pues respecto de los padres del fallecido igualmente se predica responsabilidad por la ocurrencia de su muerte debido a que incumplieron su deber de cuidado y en ese punto concurre la culpa tanto de la entidad demandada como de los padres, a cargo de quienes, como se indicó, se encontraba el cuidado personal del menor de conformidad con las reglas del Código Civil Colombiano (artículos 253 y 2346). (…). La Sala considera que se deberá reducir la indemnización a título de compensación de culpas en un veinte por ciento (20%)"*[178]*.*

La concurrencia de culpas se da, en el escenario de la reparación directa, cuando la víctima incide en la producción del daño. Lo que en el caso de la responsabilidad fiscal no es posible que se configure.

Como se explicaba anteriormente, la entidad pública como tal no puede ser responsable fiscal, en este contexto no es dable entender que el Estado a través de la entidad pública pueda incidir en la producción del daño fiscal, pues se repite, los únicos responsables fiscales serán los funcionarios de esta cuando en el proceso de responsabilidad fiscal se compruebe que en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, actuaron con culpa grave o dolo y sus conductas fueron determinantes para la producción del daño al patrimonio del Estado.

---

[178] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUB SECCION A Consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil once (2011) Radicación número: 85001-23-31-000-1999-00187-01(20310)

De lo anterior se concluye que en el Auto de imputación no debía realizarse el análisis que extraña el apoderado por cuanto el mismo es ajeno al proceso de responsabilidad fiscal.

Por todo lo anterior resulta claro que estos argumentos no están llamados a prosperar.

4.5.2. El daño imputado

Se expresa de manera general en el auto de imputación que la CGR encuentra probado:

"[Q]ue se generó un daño al patrimonio del Estado, en la modalidad de pérdida de los recursos invertidos en la Hidroeléctrica, como consecuencia de la destrucción del valor presente neto del proyecto en cuantía de DOS BILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.971.400.000.000) M/Cte sin indexar y que también generó una merma en los recursos del Estado, como consecuencia del lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, en cuantía de UN BILLÓN CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($1.104.280.000.000) M/Cte sin indexar".

La CGR encuentra probado que dichos daños se generan por "problemas en la planeación, desde el inicio del contrato se presentarán atrasos que condujeron a que para intentar generar energía a toda consta en noviembre de 2018, -aun cuando desde finales del año 2012 ya se sabía que no era posible cumplir-, llevaron a idear e implementar planes consecutivos de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos".

Considera la CGR que "la implementación de dichos planes, generó mayores inversiones y llevó a que las obras no se realizaran conforme a los diseños inicialmente programados y a que se cometieran errores constructivos y de seguimiento, poniendo en estado de vulnerabilidad al proyecto, lo que desencadenó en que se diera la contingencia de 2018".

Concluye la CGR que, "de igual manera, tanto los atrasos acumulados como la imposibilidad definitiva generada por la contingencia del 2018, impidieron además que el proyecto comenzara a generar energía en la fecha programada lo que ocasionó también un lucro cesante".

*Expresa la CGR que la Universidad Nacional adelantó por su encargo, "**la revisión del modelo financiero asociado al proyecto**, en las 9 versiones, desarrollados por Inverlink y EPM entre los años 2011 a 2018" y que "la Universidad Nacional utilizó como modelo de base, para realizar la comparación con los demás modelos el modelo Inverlink, lo que justificó en el hecho **de que el mismo fue el que dio el cierre financiero al proyecto**". (énfasis agregado).*

Continúa expresando la CGR que, "de conformidad con el modelo inicial, el proyecto tenía un costo estimado de SEIS BILLONES NOVENTA MIL MILLONES DE PESOS", y que "después de ocurrida la contingencia, el costo estimado del proyecto ascendía a la suma de TRECE BILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL MILLONES DE PESOS".

De manera particular, en el auto de imputación se ha hecho referencia a cinco (5) supuestos

"hechos generadores del daño", de los cuales los integrantes del CONSORCIO CCC ITUANGOsolo han tenido alguna participación en uno de ellos, esto es, el identificado como:

"5. TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI - CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DEOBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO".

Aun frente a este quinto hecho generador del daño, que es en el que los integrantes del Consorcio CCC Ituango habrían tenido algún tipo de participación (según los cargos formulados por la Contraloría), esta no se presenta en la totalidad de componentes del "hecho generador del daño" tal como lo definió la Contraloría en el Auto de Imputación.

El Plan de Aceleración suscrito entre EPM y Consorcio CCC Ituango fue producto de una orden de EPM, tal como quedó consignado en el AMB 16, en el que de manera expresa se afirmó que "EPM con el propósito de intervenir rápidamente el cronograma de obras del proyecto, ordenó a EL CONTRATISTA la implementación de las estrategias para la ejecución acelerada las obras a partir del 1º de junio de 2015, y se estableció su forma de remuneración,todo lo cual se formaliza en esta Acta de Modificación Bilateral 16".

Ahora bien, los "problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuertas para los túneles de desviación", "la decisión de no ponerlas por falta de tiempo, en contravía de lo aconsejado por el board de expertos" y la orden de "construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación", sonhechos y decisiones de obra imputables a EPM.

Una vez ordenada por EPM a CCC la construcción de la Galería Auxiliar de Desviación (AMB No. 15) con los diseños suministrados por aquella y una vez ordenada por EPM a CCC la implementación del Plan de Aceleración, no es cierto que se hayan presentado "defectos constructivos" como erróneamente se dice por parte de la Contraloría.

De conformidad con lo expuesto en el auto de imputación, el supuesto detrimento patrimonial no contiene una sola causa que absorba a las demás, pero a su vez, al momento de cuantificarse el supuesto daño, lo hace como un solo evento en el que se presenta un patrimonial indivisible "como ocurre con la destrucción de la cosa objeto del contrato", lo que en este caso no se presenta.

Como se reconoce en el mismo auto, nos encontramos ante circunstancias que generan independientemente algún tipo de impacto en el proyecto y es el ente de control a quien le incumbe determinarlas particularmente, carga con la que no ha cumplido.

Como se expresó, tanto en el auto de apertura de la indagación preliminar como en el auto de imputación, el daño se cuantifica con base en el informe denominado "PROPUESTA TÉCNICA PARA EL APOYO A LA GESTIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTROL EXCEPCIONAL AL PROYECTO DE GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA DE HIDROITUANGO", presentado por la Universidad Nacional a la Contraloría General de la Nación, cuyo objeto es "analizar el impacto económico y financiero de las decisiones de estrategia corporativa y de alta gerencia que se presentaron en virtud del desarrollo del proyecto de generación hidroeléctrica Hidroituango, como apoyo para la gestión y ejecución del control excepcional a Hidroituango"(énfasis agregado).

Sin embargo, llama la atención que, en ninguno de los acápites de este documento se determinan cuáles son las decisiones de estrategia, ni se hace un análisis sobre la razonabilidad para la toma de las decisiones y sus consecuencias en el valor del proyecto. Mucho menos se determina qué participación pudo haber tenido el Consorcio dentro de esta toma de decisiones "de estrategia corporativa y alta gerencia".

Sin perjuicio de que no se desarrolla el objeto anunciado del informe, mediante el Informe de la Universidad Nacional se pretende determinar el monto del supuesto detrimento patrimonial mediante una metodología que no es idónea para llevar a cabo esta tarea. La metodología criticada es la comparación del Valor Presente Neto (VPN) en modelos de proyección financiera, que no estaban definidos para determinar el valor del proyecto, sino para establecer el monto mensual que recibiría EPM como remuneración por la suscripción del contrato BOOMT (Modelos Inverlink).

La "prueba por informe" emitida por la Universidad nacional de Colombia, tiene un grave error que, al margen del resto de imprecisiones y confusiones de orden financiero, vicia cualquier conclusión que tenga, es que se encuentra basada en la identificación o asimilación de dos escenarios netamente determinísticos de un proyecto que ni siquiera ha finalizado su etapa pre-operativa y que no fueron construidos para valorar el proyecto Hidroituango.

El documento presentado por la Universidad Nacional como insumo para el cálculo del supuesto detrimento patrimonial no establece ni distribuye cuáles cambios son atribuibles a los diferentes actores que hacen parte del desarrollo del proyecto. En el caso concreto del CCC, éste solamente es parte del proyecto, como ejecutor de las obras principales de la presa, en octubre del 2012, pero en manera alguna, hizo parte de la toma de "decisiones de estrategia corporativa y de alta gerencia".

*El informe de la Universidad Nacional confunde a la CGR, pues aquella parte del supuesto de que el "Modelo financiero" asociado al proyecto está contenido "en las 9 versiones, desarrollados por Inverlink y EPM entre los años 2011 a 2018" y que "la Universidad Nacional utilizó como modelo de base, para realizar la comparación con los demás modelos el modelo Inverlink, lo que justificó en el hecho **de que el mismo fue el que dio el cierre financiero al proyecto**" (énfasis agregado).*

Este supuesto erróneo fue observado por EPM a la CGR y la Universidad Nacional en el Resumen respuesta observación 16 – Requerimiento CGR 2019EE0076350 de Junio 26 de 2019, en los siguientes términos (página 79 Informe Final 20190711 de la Universidad Nacional):

"Observación de EPM:
*Es por esto, que **la CGR simularon, erróneamente**, la metodología definida en elcontrato BOOMT **para cuantificar diferencias entre el valor del costo base de remuneración ejecutado a junio de 2019 y una supuesta línea base de inversión a la fecha**. Se aclara que **la metodología de valoración establecidaen el BOOMT es única y exclusivamente para cuantificar la remuneración para Hidroituango considerando la rentabilidad fija preestablecida para el contratista**." (énfasis agregado).*

Es la misma EPM quien observa el error de que la línea base es exclusivamente para definir la remuneración de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. en el contrato BOOMT y no puede ser utilizada para dar cierre al modelo financiero del Proyecto pues nisiquiera tiene un valor residual, y menos aún puede ser utilizada para determinar un supuesto perjuicio y un detrimento real al patrimonio público.

"Observación de EPM:
*Asimismo, no es cierto que el proyecto únicamente fuera económicamente viable de obtenerse los ingresos del cargo por confiabilidad, claramente estos ingresos son un apalancador de la rentabilidad, pero la rentabilidad de un proyecto comoItuango depende de muchos factores adicionales tales como realizar las inversiones necesarias con racionabilidad en su costo, la generación de energía, los precios de venta de la energía, los costos operacionales, los impuestos, y muchas otras variables compiladas en los análisis y posterior ocurrencia durantelas etapas constructiva y operativa. Además, es de resaltar que los ingresos anuales del cargo por confiabilidad asociado a las obligaciones de energía firme que entraron en vigor a partir de diciembre de 2018 no hubiesen representado niel 3% de los ingresos anuales del proyecto cuando éste entrara plenamente en operación, para categorizarlos como el único factor que viabilizaba el proyecto. Por tanto, asociar la viabilidad del proyecto a este solo factor no es acertado parala evaluación y ejecución de proyectos de este tipo. **Las obras ejecutadas en virtud de las diferentes modificaciones relacionadas en esta observación eran técnicamente la mejor alternativa para garantizar la continuidad delproyecto, fueron ejecutadas conforme a las buenas prácticas de ingeniería** y con el objetivo de entregar al país la energía que asegurara su estabilidad energética en el mediano y largo plazo" (énfasis agregado).*

Igualmente, se observa que EPM considera que las diferentes modificaciones efectuadas a los contratos eran técnicamente las mejores alternativas para garantizar la continuidad del Proyecto y, lo que es más importante, resalta que dichas obras fueron ejecutadas conforme las buenas prácticas de Ingeniería. Lo que para EPM era la mejor alternativa en su momento para la CGR se constituye en un daño y un detrimento al patrimonio público.

"Observación de EPM:
*Es de suma importancia entender, con base en lo dispuesto por las partes en contrato BOOMT, que "en el proyecto ya estaban definidos los costos, los tiempos y la rentabilidad para las partes y que fue vendido a sus socios y a la sociedad como viable técnica y financieramente dentro del tiempo máximo que requería para honrar los compromisos", ya que de haber sido así, no se necesitaría del auditor de costos para certificar las variables etapa de construcción del contrato, ni tampoco se hubieran modificado entre las partes los hitos de la etapa de construcción; además, **la única rentabilidad preestablecida y fija es la del contratista, la del contratante está condicionada única y exclusivamente a la valoración de los flujos de caja, por lo que es incierta. Bien se dice desde el contrato***

BOOMT que se trata de un presupuesto estimado (sin imprevistos ni reajustes, valores que debían ser incorporados posteriormente una vez iniciada la obra), acordado con los conceptos y valores del momento de la firma del contrato sujetos a las variantes que vaya marcando la realidad de la construcción del proyecto, *y en este punto no se debe dejar de lado que, al momento de la contingencia, EPM estaba construyendo el proyecto con valores por debajo de ese presupuesto estimado, o dicho de otro modo estaba realizando el proyecto bajo criterios de eficacia y eficiencia con ahorro de costos para la sociedad, todo ello reflejando que ciertamente se había planeado acertadamente la ejecución de la obra" (énfasis agregado).*

Esa línea base definida en el Informe de la Universidad Nacional fue para la entidad que contrató los servicios de Inverlink, esto es, para EPM, "un presupuesto estimado (sin imprevistos ni reajustes, valores que debían ser incorporados posteriormente una vez iniciadala obra), acordado con los conceptos y valores del momento de la firma del contrato sujetos alas variantes que vaya marcando la realidad de la construcción del proyecto", y para un tercero que presenta el Informe, esto es, para la Universidad Nacional constituye la línea base que dio el cierre al modelo financiero del Proyecto.

"Observación de EPM:
Consideramos un deber señalar que en el análisis para formular esta observación hay errores en la toma de los datos como lo es la línea base de inversiones del archivo "P6.1 - Anexo 1 - Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xls", el cual corresponde al archivo original del modelo de Inverlink el cual tiene unas inversiones de COP$ 6,090 mil millones, pero que tal y como se explicó al momento de su entrega en el documento que lo acompañaba: "Se adjunta la versión definitiva entregada por Inverlink del Modelo Financiero para el Cálculo de la Remuneración, el cual hace parte integral del contrato BOOMT, y del que se hace referencia en el anexo 2.06 (ii) – A del mismo contrato. Es importante aclarar que las cifras que se encuentran en el archivo anexo son estrictamente indicativas y teóricas, y fueron utilizadas por la Banca de Inversión Inverlink con el propósito de construir y validar el adecuado funcionamiento del modelo. Por tanto, los resultados que allí se presentan no reflejan la expectativa de las partes en el Contrato BOOMT, sobre la remuneración para HI". *Para mayor entendimiento lo que se debe tener en cuenta es que el costo tomado como línea base para hacer los comparativos correspondió al Presupuesto de Referencia de USD$ 3,049 millones constantes de 2009, multiplicado por una TRM indicativa de ese momento de COP$ 1997 por dólar. Por tanto, los comparativos realizados fueron realizados contra un costo base en valores constantes, sin incluir ni los efectos macroeconómicos para llevar las inversiones a valores a corrientes, ni reajustes ni imprevistos, ni los cambios ocurridos a la fecha por efecto del normal desarrollo de las obras, lo que demuestra una alteración numérica y conceptual en el análisis adelantado para imputar un supuesto detrimento patrimonial" (énfasis agregado).*

Con claridad meridiana expresa EPM que el archivo P6.1 – ANEXO 1 – Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xls es el modelo financiero para el cálculo de la remuneración, agregando que las cifras contenidas son ***indicativas y teóricas****. Igualmente, manifiesta que estas cifras se toman de un presupuesto de referencia, no del modelo financiero del proyecto.*

"Observación de EPM:
Finalmente, ***es importante entender que el costo de referencia no corresponde un monto válido para cuantificar sobrecostos, ya que dicho costo es solo la referencia***

que se tenía al momento de firmar el contrato*, toda vez que precisamente para poder cuantificar la remuneración para Hidroituango, el contrato establece que es el Auditor de costos del contrato, quien al final certifica cuales inversiones fueron las realmente necesarias para la construcción y puesta en servicio del proyecto, trabajo que hace siempre a partirdel avance de costo real a la fecha y nunca haciendo mención al costo de referencia,* ***reforzando el hecho de la no pertinencia que tiene éste último para servir de línea base para estimar costos adicionales y mucho menos para estimar la remuneración****, que es el fin último de la metodología devaloración indicada en el contrato BOOMT.*

El informe de la Universidad Nacional, toma como punto de partida el denominado modelo "P6.1 - Anexo 1 - Modelo Evaluación Ituango Definitivo" elaborado por Inverlink como Línea Base. En el numeral 2.2. del citado informe se determina que "Considerando que la planeación inicial del proyecto concibe entre otros el alcance, tiempo, recursos y las expectativas esperadas por el desarrollo de este, se establece que la línea base del proyecto corresponde a la versión denominada P6.1 – Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsm". A partirde la información contenida en este modelo se hacen los análisis comparativos correspondientes a cambios registrados en las demás versiones del modelo de Inverlink y de EPM" (énfasis agregado).

Esta metodología para el cálculo del detrimento patrimonial en función de la supuesta pérdida del valor del proyecto no solo es errada en su concepción, sino que parte de una premisa equivocada, para lo cual solo basta acudir a los anexos 2,04, 2.05 y 2.06 del contrato BOOMT, en los que se establece cuál es la utilidad y la concepción de los modelos Inverlink, esto es "estimar la remuneración que pagará el contratista de Hidroituango", lo que de manera alguna es conducente para determinar el valor del Proyecto.

Los modelos Inverlink – único insumo utilizado por la Universidad Nacional y por ende la Contraloría para calcular el supuesto detrimento – fueron construidos como herramienta para realizar los cálculos de la remuneración de Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. en virtud del contrato BOOMT en ningún momento se determina que la función del modelo Línea Base sea servir de base para determinar la viabilidad del proyecto Hidroituango, ni que su objetivo sea determinar el Valor Presente Neto base para calcular la creación o destrucción de valor del Proyecto.

Solo se puede concluir que esta plantilla de modelo se diseñó y estructuró como herramienta para el cálculo de remuneración que tendría derecho a recibir Hidroituango una vez entrara en operación comercial la primera Unidad y que dicha plantilla se correría con los datos finales de la inversión auditados. Pero en ningún caso su finalidad era la de ser un valor base para el proyecto y mucho menos los valores resultantes del mismo significaban un retorno prometido para EPM o Hidroituango.

Esto no es una afirmación subjetiva, sino que queda corroborada en el numeral "2.04 Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango" del Contrato BOOMT, en el que se afirma que:

"(…) Hidroituango tendrá derecho a recibir la Remuneración en los términos quese definen a continuación (i) Dentro de los noventa 90 Días siguientes a la Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo I de Unidades, por una sola vez (salvo lo establecido en la cláusula 2.05 (iii), se estimará el Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista a partir de la fecha de suscrición del Acuerdo hasta cincuenta (50)años contados a partir de la

*Fecha Efectiva con base en: **(a)La metodología de proyección del plan de negocio establecida en el Anexo 2.04(i) del presente Contrato; y (b) lo sucedido realmente durante la construcción en términos de las Variables de Etapa de Construcción**" (énfasis agregado).*

De acuerdo con lo anterior, en el mismo contrato BOOMT se explica que el modelo base construido por Inverlink es solo una metodología de cálculo, tanto que la remuneración se determinaría después de la fecha de entrada en operación comercial del Grupo 1 de Unidades, así que utilizarlo como base para determinar la destrucción de valor de un proyecto, como se hizo en el informe de la Universidad Nacional, es incorrecto desde el punto de vista financiero y conceptual.

El Contrato BOOMT en el Apéndice No. 1 PRESUPUESTO DE REFERENCIA DEL PROYECTO COSTO ESTIMADO EN USD – PRECIOS DE DICIEMBRE DE 2009, contiene una estimación inicial y de referencia de USD$ 3.049.351.217 que corresponde a los COP$ 6.09 billones plasmados en la plantilla del modelo Línea Base como inversión. No tuvo en cuenta la contraloría, al valorar de manera simple el Informe de la Universidad Nacional que en la Nota 1 del apéndice se consignó que "estos costos de referencia no incluyen imprevistos ni reajustes" y en la Nota 2 se consignó que "los costos de funcionamiento de Hidroituango se ajustarán una vez se cuente con el informe del consultor externo contratado para el dimensionamiento de la estructura de Hidroituango".

Por tanto, al ser costos de referencia y posteriormente ser incluidos en un modelo financiero, los mismos son meros estimativos y de manera alguna acreditan el valor de un proyecto y mucho menos son idóneos para determinar la pérdida de valor.

El "modelo Línea Base" es un modelo preliminar, construido como referencia metodológica que de manera alguna es idóneo para determinar el valor del proyecto en función del retorno de inversión esperada y es construido con base en supuestos incipientes de inversión y OPEX.

El modelo de referencia tenido en cuenta por la Universidad Nacional y por la Contraloría para calcular el supuesto detrimento patrimonial, al no estar construido para determinar la viabilidad del proyecto, cuenta con las siguientes características que no permiten que sea posible utilizarlo como la base del Valor Presente Neto del proyecto y mucho menos como elemento para determinar la certeza del daño:

a. No contiene el detalle de la inversión en CAPEX requerido. La inversión se estima apartir de un presupuesto indicativo que no incluye aspectos como la reposición de equipos, imprevistos, ni el cierre de los más importantes contratos para el desarrollo del proyecto. Una prueba de esto es que en la hoja "Inversiones" del modelo Línea Base el detalle de las inversiones del proyecto se presenta en tres líneas "Inversiones de Capital en Activos - Etapa de Construcción", "Inversiones de Capital en Preoperativos - Etapa de Construcción"y "Total Inversiones (COP miles de mm)", mientras que a partir del modelo "P6.3-Anexo 1_ModItuango SPV_EPMItuango_PlaFro 2011" se detalla la destinación de la inversión en más de 38 líneas.

b. El modelo Línea Base se corre con preliminares de OPEX en las tarifas que determinan el precio de la energía, gastos administrativos como seguros, plan ambiental yseguridad, entre otros gastos de operación.

c. El modelo Línea Base cuenta con diferencias de formulación frente a los modelos posteriores como el ajuste en la fórmula para calcular el Costo Marginal - Pure Energy Hidroituango (USD/MWh) MPODE, el cual inicialmente se indexaba al IPP de Estados Unidos y luego deja de hacerse esta indexación porque el punto de partida es en precios corrientes.

d. La asunción de un impuesto de renta referente al supuesto de pertenecer a una zona franca, sin que esto fuera un hecho. El modelo Línea Base Del año 2010 al 2037 se utiliza una tasa impositiva del 15%, asumiendo un beneficio de zona franca y a partir del 2038 unatasa del 33%, contrario a este, en el Modelo Final, se utiliza una tasa del 33%, excepto en los años 2013, 2014, 2015 y 2016 donde la tasa es del 25%.

El modelo Línea Base, tomado erróneamente por la Universidad Nacional, no fue construido para determinar las expectativas esperadas para el desarrollo del Proyecto, lo que no significa que este tenga un retorno garantizado y, por ende, si el retorno del proyecto es diferente al presentado en el modelo Línea Base se genera un perjuicio, como lo sugiere el análisis de la Universidad Nacional.

Esta situación era conocida por Inverlink en su calidad de asesor encargado en la construcción de los modelos para la remuneración pues fue cuidadoso al expresar en la Portada del modelo que:

"Cualquier estimación o proyección en el presente Modelo ha implicado asumir una serie de hipótesis y supuestos en relación con la posible evolución futura del Proyecto Hidroituango, del sector en que se desarrolla su operación y de la economía en general, así como de la legislación y regulación del sector en el que opera. Por ello, es posible que dichas hipótesis puedan no cumplirse en el futuro y, por consiguiente, puedan verse alteradas las conclusiones que se desprenden de la presente evaluación financiera. A pesar de que se ha cuidado razonablemente la elaboración del presente Modelo, ni INVERLINK, ni ninguno de sus accionistas, administradores, directivos o empleados garantizan la precisión de cualquier dato, manifestación o proyección contenida en el presente Modelo" (énfasis agregado).

En un documento de respuesta de la Observación 16 de la CGR, EPM afirma que:

*"Para mayor entendimiento lo que se debe tener en cuenta es que el costo tomadocomo línea base para hacer los comparativos correspondió al Presupuesto de Referencia de USD 3,049 millones constantes de 2009, multiplicado por una TRMindicativa de ese momento de COP 1997 por dólar. Por tanto, **los comparativos realizados fueron realizados contra un costo base en valores constantes, sin incluir ni los efectos macroeconómicos para llevar las inversiones a valoresa corrientes, ni reajustes ni imprevistos, ni los cambios ocurridos a la fechapor efecto del normal desarrollo de las obras, lo que demuestra una alteración numérica y conceptual en el análisis adelantado para imputar un supuesto detrimento patrimonial**" (énfasis agregado).*

Lo anterior queda corroborado en el numeral iii en la cláusula 2.05 del contrato BOOMT, en el que se consigna lo siguiente:

"(iii) Revisión de la Remuneración y/o del Plazo durante la Etapa de O&M: De existir Cambios Materiales que afecten los Ingresos Netos para la Liquidación con respecto a los ingresos Netos proyectados en el plan de negocio, tal que la Rentabilidad Calculada se ubique por fuera de la Banda de TIR, Hidroituango y el Contratista procederán a Actualizar la Estimación del Flujo de Caja Libre Desapalancado para la Etapa de O&M con Base en la liquidación de los periodos ejecutados y la Metodología de Proyección del Plan de Negocios establecida en el Anexo 2.04(i) y a Recalcular la Remuneración y/o el plazo del Contrato de forma que el Valor Presente Neto Resultante, a la fecha de la firma del Acuerdo, del Flujo de Caja Libre Desapalancado, descantado al WACC que inicialmente se estime, sea igual a cero".

Esta estipulación prevé que con este modelo la remuneración pueda ser cero durante el periodo de operación y que se podría aplazar la entrega del activo a Hidroituango hasta que EPM alcance la rentabilidad esperada (TIR 11,7%). ***El retorno esperado de Hidroituango es 100% variable y su expectativa de valor está dada por una potencial remuneración por parte de EPM durante el periodo de operación, la transferencia del bien de EPM a Hidroituango y posterior operación del mismo por parte de Hidroituango.*** *De allí que exista un error insalvable en el Auto de Imputación al no entrar a analizar la personalidad del daño, pues la fórmula pactada entre las partes del Contrato BOOMT evidencia que los flujos y beneficios del Proyecto son diferentes para las dos contrapartes públicas de dicho contrato.*

Con un costo estimado, en virtud de una negociación entre partes HI y EPM, para determinar la remuneración del contrato BOOMT, no puede en forma alguna cuantificarse un daño, y por ende un detrimento al patrimonio público. La cuantificación de un Perjuicio debe corresponder a un dato cierto que permita objetivamente afirmar un detrimento real al patrimonio público. La metodología empleada en el Informe de la Universidad Nacional, que consiste en partir de una Línea Base errónea, seleccionada subjetivamente, y estimar variaciones financieras de modelos sucesivos, no puede llevar a conclusiones veraces de la valoración de un perjuicio cierto y real al patrimonio público.

El Informe de la Universidad Nacional considera que todas las decisiones de inversión adicionales a la suscripción del contrato BOOMT fueron erróneas y su costo debe ser tenido en cuenta en la cuantificación del daño y determinar el perjuicio al patrimonio público. Y nos preguntamos: ¿quiénes fueron los que tomaron esas decisiones? ¿Fue el contratista de construcción de obras principales, el Consorcio CCCI? O son decisiones normales que se deben tomar en toda construcción de obras de esta naturaleza. No existe en el Informe de la Universidad Nacional ningún análisis sobre estas decisiones, sobre su conveniencia o no, y sobre la necesidad de incorporar su costo como Capex del Proyecto, como lo establece por lo demás la regla de distribución de riesgos pactada entre Hidroituango y EPM. Simplemente todas estas variaciones contractuales se incluyen como un componente del perjuicio y del detrimento del patrimonio público.

El "análisis marginal" efectuado en el informe de la Universidad Nacional solo compara el VPN del modelo Línea Base, que en forma alguna puede considerarse como el modelo financiero del proyecto, contra el VPN del Modelo Final, ambos "homogenizados" a junio de 2019 sin tener en cuenta la pertinencia o no de todas las decisiones tomadas por EPM, antes de la contingencia, como aquellas inversiones posteriores a la contingencia, las cuales por supuesto aumentan el costo de las inversiones.

*Se expresa en el informe de la Universidad Nacional, en el capítulo segundo, que "**en este capítulo se presenta el análisis del modelo financiero asociado al proyecto, y sus diferentes versiones, con el fin de estimar el perjuicio económico**" (énfasis agregado), de donde se desprende que la Universidad Nacional asumió sin análisis alguno que el perjuicio existe y que el perjuicio se determina por las variaciones entre el VPN de diferentes modelos, que solo contienen supuestos y proyecciones, construidos para un objetivo diferente, esto es, determinar la remuneración de HI, sin que pueda considerarse de modo alguno que dichas proyecciones constituyen un bien futuro del patrimonio público, y menos aún que dicho bien futuro presentó un detrimento al patrimonio del Estado. Se parte del supuesto de que todas las decisiones de inversión posteriores a la Línea Base fueron erradas desde la perspectiva financiera y por lo tanto constituyen un hecho generador del Perjuicio.*

A título de ejemplo, si analizamos la Línea Base en cuanto a los ingresos vemos como está modelada de una manera teórica, bajo la idea según la cual éstos provendrán en una proporción del 65% de la "Cantidad de Energía Vendida en Contratos" y 35% "Cantidad de Energía Vendida en Bolsa", sin tener en cuenta ni siquiera las realidades de los momentos ya pasados, ni menos aún el cambio en las proyecciones de acuerdo con las condiciones demercado; igual sucede con los costos y los gastos de administración.

Es que la línea base tomada por la Universidad Nacional, elaborada para otros propósitos por Inverlink, solo constituye un acuerdo entre el contratista BOOMT y el dueño del Proyecto para calcular la remuneración de HI. Esta línea base se originó con anterioridad a la suscripción del contrato de Asesoría de Diseño, al contrato de Túneles de Desviación y al contrato de Obras Principales, y contenía presupuestos que rápidamente no se concretaron como la creación de la zona franca, así como supuestos que fueron corregidos en modelos subsiguientes como la tasa de impuesto de renta del modelo LB que se estableció en el 15%, pero se modificó en el modelo "P6.3-Anexo 2_ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2014-2017" a una tasa del 33%, en el modelo 1, según la definición del informe de la Universidad Nacional se establece un rubro de "imprevisto" en cuantía de 901.000 millones de pesos y en la Línea Base no existía. Nos preguntamos: ¿Esto constituye un daño? ¿Es constitutivo de un perjuicio para el patrimonio público?

Por último, el modelo Línea Base fue construido en septiembre de 2010, según la información contenida en la hoja "Cover" del archivo de Excel, y, como lo menciona el peritazgo presentado por Suramericana, "es importante poner de presente que la construcción de los túneles de desviación izquierdo y derecho comenzaron en agosto de 2012, es decir, casi dos años después. Entre ambas fechas, e incluso después, se celebraron importantes contratos que evidentemente modificarían variables financieras clave del modelo".

Lo anterior muestra, una vez más, que el modelo Línea Base no se puede considerar como el punto de partida para determinar una supuesta destrucción de valor, ya que, al momento de su elaboración, no se tenía certeza sobre el valor de las inversiones necesarias para el desarrollo el proyecto, ni mucho menos para determinar una supuesta responsabilidad por parte de CCC, el cual no hacía parte del proyecto al momento de la elaboración del Modelo 1; este modelo presenta el mayor incremento del valor de la inversión entre todos los modelos analizado por la Universidad Nacional y por ende la mayor teórica destrucción de Valor Presente Neto.

R/: En este argumento, el apoderado pasa a analizar el quinto hecho generador de daño identificado por este Despacho.

Sobre el particular considera que no se presenta en la totalidad de componentes del "hecho generador del daño" tal como lo definió la Contraloría en el Auto de Imputación.

Aún cuando el apoderado no explica de forma precisa tal afirmación, este Despacho entiende, en atención a las afirmaciones que seguidamente hace el apoderado, se refiere a que en ese hecho generador no solo intervino su poderdante. Ello es verdad motivo por el cual el hecho generador mencionado no puede ser leído de manera descontextualizada obviando las conductas que de manera puntual le fueron atribuidas a sus mandantes.

En efecto, prosigue el apoderado sosteniendo que *El Plan de Aceleración suscrito entre EPM y Consorcio CCC Ituango fue producto de una orden de EPM y que se formalizó con la suscripción de la AMB 16.*

Considera también que los *"problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuertas para los túneles de desviación", "la decisión de no ponerlas por falta de tiempo, en contravía de lo aconsejado por el board de expertos" y la orden de "construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación", son hechos y decisiones de obra imputables a EPM".*
Tal y como se explicó líneas atrás se repite que el hecho genrador del daño no puede ser leído de forma independiente a

De otro lado, considera además que no es cierto que se hayan dado defectos constructivos.

Es importante precisar que este punto no se refiere al daño en esta causa fiscal sino a las conductas que le fueron atribuidas a los miembros del consorcio CCCI, este punto se desarrollará de manera amplia en el acápite de conducta y nexo de causalidad, sin embargo, desde ya se anticipa que este argumento no tiene vocación de prosperidad por ser contrario a la realidad probatoria obrante en el plenario.

Continúa el apoderado afirmando que *"el supuesto detrimento patrimonial no contiene una sola causa que absorba a las demás, pero a su vez, al momento de cuantificarse el supuesto daño, lo hace como un solo evento en el que se presenta un patrimonial indivisible "como ocurre con la destrucción de la cosa objeto del contrato", lo que en este caso no se presenta".*

La conclusión a la que llega en este punto el apoderado parte de una lectura sesgada del Auto de imputación, pues en el mismo. Se estableció de manera precisa cuáles fueron los hechos generadores tanto de **las mayores inversiones**

como de la no entrada en funcionamiento del proyecto en la fecha programada. Así mismo y en atención a dichos hechos se procedió a identificar las conductas antieconómicas, ineficaces, ineficientes, que no se dirigieron a cumplir los fines del Estado insertos en el proyecto y que pueden ser calificadas a título de culpa grave, que los generaron concluyendo que se trata de acciones y/u omisiones concurrentes atribuibles a los imputados y que fueron idóneas y determinantes para que se diera el daño al patrimonio del Estado.

Continúa el apoderado afirmando q*ue "se trata de circunstancias que generan independientemente algún tipo de impacto en el proyecto y es el ente de control a quien le incumbe determinarlas particularmente."*

Lo anterior no atiende a la realidad probatoria en la que se encuentra acreditado de conformidad con lo probado en el acápite de fundamentos fácticos que los hechos generadores del daño son sucesivos y concatenados y no es como mal lo presenta el apoderado que generen algún impacto en el proyecto sino que inciden ya sea en la generación de mayores inversiones injustificadas y/o en la no entrada en operación en la fecha programada, tal y como se explicó líneas atrás.

Respecto de la afirmación conforme a la cual "llama la atención que, en ninguno de los acápites de este documento se determinan cuáles son las decisiones de estrategia, ni se hace un análisis sobre la razonabilidad para la toma de las decisiones y sus consecuencias en el valor del proyecto. Mucho menos se determina qué participación pudo haber tenido el Consorcio dentro de esta toma de decisiones "de estrategia corporativa y alta gerencia"".

Tal y como se ha explicado líneas atrás al dar respuesta sobre estos mismos argumentos a otros apoderados, a la Universidad Nacional no le correspondía

En relación con la afirmación conforme a la cual *"mediante una metodología que no es idónea para llevar a cabo esta tarea. La metodología criticada es la comparación del Valor Presente Neto (VPN) en modelos de proyección financiera, que no estaban definidos para determinar el valor del proyecto, sinopara establecer el monto mensual que recibiría EPM como remuneración por la suscripción del contrato BOOMT (Modelos Inverlink)".*

Respecto de este argumento el mismo no tiene asidero, toda vez que, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta comercial, no tiene por qué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.

Adicionalmente, el apoderado denomina el informe técnico realizado por la Universidad Nacional como una *"prueba por informe, lo cual es impreciso e impropio*

pues no atiende a la definición que establece la Ley de la prueba por informe".

Sobre esta afirmación la misma no tiene asidero

De otra parte frente a lo alegado en el sentido de que : *"CCC, éste solamente es parte del proyecto, como ejecutor de las obras principales de la presa, en octubre del 2012, pero en manera alguna, hizo parte de la toma de "decisiones de estrategia corporativa y de alta gerencia".*

Esto resulta irrelevante toda vez que el Despacho al realizar el análisis probatorio y determinar el daño, tal y como se explicó líneas atrás lo que estableció fueron las causas por las cuales se dieron las mayores inversiones y la no entrada en operación de la hidroeléctrica, entre las cuales se determinó lo indicado en la conducta 5 que trae a colación en apoderado.

Así mismo debe remitirse el apoderado a los sostenido en el auto de imputación en el cual de manera clara se precisaron las conductas generadoras de parte del mencionado hecho, que le fueron atribuídas a sí como los motivos por los cuales su conducta fue calificada a título de culpa grave.

Considera también el apoderado que ***"Las obras ejecutadas en virtud de las diferentes modificaciones relacionadas en*** *EPM considera que las diferentes modificaciones efectuadas a los contratos eran técnicamente las mejores alternativas para garantizar la continuidad del Proyecto y, lo que es más importante, resalta que dichas obras fueron ejecutadas conforme las buenas prácticas de Ingeniería. Lo que para EPM era la mejor alternativa en su momento para la CGR se constituye en un daño y un detrimento al patrimonio público".*

Sobre este punto el Despacho se remite a lo sostenido en el acápite de conducta y nexo de causalidad que permitió establecer las acciones y omisiones en cabeza de los miembros del consorcio CCCI. En este sentido, es necesario precisar que en el auto de imputación se explicaron los motivos que permitieron establecer que las mayores inversiones eran injustificadas, por cuanto eran productos de problemas en la planeación y ejecución del proyecto, por lo que el hecho de que las modificaciones realizadas "fueran la mejor alternativa para garantizar la continuidad del proyecto", dado que no se encuentra probado que en el presente caso se haya dado una causa extraña eximente de responsabilidad y dado que el proyecto presentó una grave situación mal llamada contingencia de 2018 que fue producto, como se ha determinado en esta causa fiscal de errores de planeación y ejecución que generaron mayores inversiones y la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha pactada, todo lo cual generó el daño al patrimonio del Estado, se demuestra que la afirmación del apoderado no tiene asidero.

Continúa el apoderado realizando distintas aseveraciones que se dirigen a cuestionar el modelo que fue seleccionado como línea base, en los siguientes términos:
"Inverlink, lo que justificó en el hecho ***de que el mismo fue el que dio el cierre financiero***

alproyecto*" (énfasis agregado).*

(…)

Este supuesto erróneo fue observado por EPM a la CGR y la Universidad Nacional en el Resumen respuesta observación 16 – Requerimiento CGR 2019EE0076350 de Junio 26 de2019, en los siguientes términos (página 79 Informe Final 20190711 de la Universidad Nacional):

"*Observación de EPM:*
Es por esto, que ***la CGR simularon, erróneamente****, la metodología definida en elcontrato BOOMT* ***para cuantificar diferencias entre el valor del costo base de remuneración ejecutado a junio de 2019 y una supuesta línea base de inversión a la fecha****. Se aclara que* ***la metodología de valoración establecidaen el BOOMT es única y exclusivamente para cuantificar la remuneración para Hidroituango considerando la rentabilidad fija preestablecida para el contratista****." (énfasis agregado).*

Esa línea base definida en el Informe de la Universidad Nacional fue para la entidad que contrató los servicios de Inverlink, esto es, para EPM, "un presupuesto estimado (sin imprevistos ni reajustes, valores que debían ser incorporados posteriormente una vez iniciadala obra), acordado con los conceptos y valores del momento de la firma del contrato sujetos alas variantes que vaya marcando la realidad de la construcción del proyecto", y para un tercero que presenta el Informe, esto es, para la Universidad Nacional constituye la línea base que dio el cierre al modelo financiero del Proyecto.

Con claridad meridiana expresa EPM que el archivo P6.1 – ANEXO 1 – Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xls es el modelo financiero para el cálculo de la remuneración, agregando que las cifras contenidas son ***indicativas y teóricas****. Igualmente, manifiesta que estas cifras se toman de un presupuesto de referencia, no del modelo financiero del proyecto.*

El "modelo Línea Base" es un modelo preliminar, construido como referencia metodológica que de manera alguna es idóneo para determinar el valor del proyecto en función del retorno de inversión esperada y es construido con base en supuestos incipientes de inversión y OPEX.

El modelo de referencia tenido en cuenta por la Universidad Nacional y por la Contraloría para calcular el supuesto detrimento patrimonial, al no estar construido para determinar la viabilidad del proyecto, cuenta con las siguientes características que no permiten que sea posible utilizarlo como la base del Valor Presente Neto del proyecto y mucho menos como elemento para determinar la certeza del daño:

a. No contiene el detalle de la inversión en CAPEX requerido. La inversión se estima apartir de un presupuesto indicativo que no incluye aspectos como la reposición de equipos, imprevistos, ni el cierre de los más importantes contratos para el desarrollo del proyecto. Una prueba de esto es que en la hoja "Inversiones" del modelo Línea Base el detalle de las inversiones del proyecto se presenta en tres líneas "Inversiones de Capital en Activos - Etapa de Construcción", "Inversiones de Capital en Preoperativos - Etapa de Construcción"y "Total Inversiones (COP miles de mm)", mientras que a partir del modelo "P6.3-Anexo 1_ModItuango

SPV_EPMItuango_PlaFro 2011" se detalla la destinación de la inversión en más de 38 líneas.

b. El modelo Línea Base se corre con preliminares de OPEX en las tarifas que determinan el precio de la energía, gastos administrativos como seguros, plan ambiental yseguridad, entre otros gastos de operación.

c. El modelo Línea Base cuenta con diferencias de formulación frente a los modelos posteriores como el ajuste en la fórmula para calcular el Costo Marginal - Pure Energy Hidroituango (USD/MWh) MPODE, el cual inicialmente se indexaba al IPP de Estados Unidos y luego deja de hacerse esta indexación porque el punto de partida es en precios corrientes.

d. La asunción de un impuesto de renta referente al supuesto de pertenecer a una zona franca, sin que esto fuera un hecho. El modelo Línea Base Del año 2010 al 2037 se utiliza una tasa impositiva del 15%, asumiendo un beneficio de zona franca y a partir del 2038 unatasa del 33%, contrario a este, en el Modelo Final, se utiliza una tasa del 33%, excepto en los años 2013, 2014, 2015 y 2016 donde la tasa es del 25%.

El modelo Línea Base, tomado erróneamente por la Universidad Nacional, no fue construido para determinar las expectativas esperadas para el desarrollo del Proyecto, lo que no significa que este tenga un retorno garantizado y, por ende, si el retorno del proyecto es diferente al presentado en el modelo Línea Base se genera un perjuicio, como lo sugiere el análisis de la Universidad Nacional.

Esta situación era conocida por Inverlink en su calidad de asesor encargado en la construcción de los modelos para la remuneración pues fue cuidadoso al expresar en la Portada del modelo que:

"Cualquier estimación o proyección en el presente Modelo ha implicado asumir una serie de hipótesis y supuestos en relación con la posible evolución futura del Proyecto Hidroituango, del sector en que se desarrolla su operación y de la economía en general, así como de la legislación y regulación del sector en el que opera. Por ello, es posible que dichas hipótesis puedan no cumplirse en el futuro y, por consiguiente, puedan verse alteradas las conclusiones que se desprenden de la presente evaluación financiera. A pesar de que se ha cuidado razonablemente la elaboración del presente Modelo, ni INVERLINK, ni ninguno de sus accionistas, administradores, directivos o empleados garantizan la precisión de cualquier dato, manifestación o proyección contenida en el presente Modelo" (énfasis agregado).

En un documento de respuesta de la Observación 16 de la CGR, EPM afirma que:

*"Para mayor entendimiento lo que se debe tener en cuenta es que el costo tomadocomo línea base para hacer los comparativos correspondió al Presupuesto de Referencia de USD 3,049 millones constantes de 2009, multiplicado por una TRMindicativa de ese momento de COP 1997 por dólar. Por tanto, **los comparativos realizados fueron realizados contra un costo base en valores constantes, sin incluir ni los efectos macroeconómicos para llevar las inversiones a valoresa corrientes, ni reajustes ni imprevistos, ni los cambios ocurridos a la fechapor efecto del normal desarrollo de las obras, lo que demuestra***

una alteración numérica y conceptual en el análisis adelantado para imputar un supuesto detrimento patrimonial*" (énfasis agregado).*

Lo anterior queda corroborado en el numeral iii en la cláusula 2.05 del contrato BOOMT, en el que se consigna lo siguiente:

"(iii) Revisión de la Remuneración y/o del Plazo durante la Etapa de O&M: De existir Cambios Materiales que afecten los Ingresos Netos para la Liquidación con respecto a los ingresos Netos proyectados en el plan de negocio, tal que la Rentabilidad Calculada se ubique por fuera de la Banda de TIR, Hidroituango y el Contratista procederán a Actualizar la Estimación del Flujo de Caja Libre Desapalancado para la Etapa de O&M con Base en la liquidación de los periodos ejecutados y la Metodología de Proyección del Plan de Negocios establecida en el Anexo 2.04(i) y a Recalcular la Remuneración y/o el plazo del Contrato de forma que el Valor Presente Neto Resultante, a la fecha de la firma del Acuerdo, del Flujo de Caja Libre Desapalancado, descantado al WACC que inicialmente se estime, sea igual a cero".

Esta estipulación prevé que con este modelo la remuneración pueda ser cero durante el periodo de operación y que se podría aplazar la entrega del activo a Hidroituango hasta que EPM alcance la rentabilidad esperada (TIR 11,7%). ***El retorno esperado de Hidroituango es 100% variable y su expectativa de valor está dada por una potencial remuneración por parte de EPM durante el periodo de operación, la transferencia del bien de EPM a Hidroituango y posterior operación del mismo por parte de Hidroituango.*** *De allí que exista un error insalvable en el Auto de Imputación al no entrar a analizar la personalidad del daño, pues la fórmula pactada entre las partes del Contrato BOOMT evidencia que los flujos y beneficios del Proyecto son diferentes para las dos contrapartes públicas de dicho contrato.*

Con un costo estimado, en virtud de una negociación entre partes HI y EPM, para determinar la remuneración del contrato BOOMT, no puede en forma alguna cuantificarse un daño, y por ende un detrimento al patrimonio público. La cuantificación de un Perjuicio debe corresponder a un dato cierto que permita objetivamente afirmar un detrimento real al patrimonio público. La metodología empleada en el Informe de la Universidad Nacional, que consiste en partir de una Línea Base errónea, seleccionada subjetivamente, y estimar variaciones financieras de modelos sucesivos, no puede llevar a conclusiones veraces de la valoración de un perjuicio cierto y real al patrimonio público.

El Informe de la Universidad Nacional considera que todas las decisiones de inversión adicionales a la suscripción del contrato BOOMT fueron erróneas y su costo debe ser tenido en cuenta en la cuantificación del daño y determinar el perjuicio al patrimonio público. Y nos preguntamos: ¿quiénes fueron los que tomaron esas decisiones? ¿Fue el contratista de construcción de obras principales, el Consorcio CCCI? O son decisiones normales que se deben tomar en toda construcción de obras de esta naturaleza. No existe en el Informe de la Universidad Nacional ningún análisis sobre estas decisiones, sobre su conveniencia o no, y sobre la necesidad de incorporar su costo como Capex del Proyecto, como lo establece por lo demás la regla de distribución de riesgos pactada entre Hidroituango y EPM. Simplemente todas estas variaciones contractuales se incluyen como un componente del perjuicio y del detrimento del patrimonio público.

El "análisis marginal" efectuado en el informe de la Universidad Nacional solo compara el

VPN del modelo Línea Base, que en forma alguna puede considerarse como el modelo financiero del proyecto, contra el VPN del Modelo Final, ambos "homogenizados" a junio de 2019 sin tener en cuenta la pertinencia o no de todas las decisiones tomadas por EPM, antes de la contingencia, como aquellas inversiones posteriores a la contingencia, las cuales por supuesto aumentan el costo de las inversiones.

*Se expresa en el informe de la Universidad Nacional, en el capítulo segundo, que "**en este capítulo se presenta el análisis del modelo financiero asociado al proyecto, y sus diferentes versiones, con el fin de estimar el perjuicio económico**" (énfasis agregado), de donde se desprende que la Universidad Nacional asumió sin análisis alguno que el perjuicio existe y que el perjuicio se determina por las variaciones entre el VPN de diferentes modelos, que solo contienen supuestos y proyecciones, construidos para un objetivo diferente, esto es, determinar la remuneración de HI, sin que pueda considerarse de modo alguno que dichas proyecciones constituyen un bien futuro del patrimonio público, y menos aún que dicho bien futuro presentó un detrimento al patrimonio del Estado. Se parte del supuesto de que todas las decisiones de inversión posteriores a la Línea Base fueron erradas desde la perspectiva financiera y por lo tanto constituyen un hecho generador del Perjuicio.*

A título de ejemplo, si analizamos la Línea Base en cuanto a los ingresos vemos como está modelada de una manera teórica, bajo la idea según la cual éstos provendrán en una proporción del 65% de la "Cantidad de Energía Vendida en Contratos" y 35% "Cantidad de Energía Vendida en Bolsa", sin tener en cuenta ni siquiera las realidades de los momentos ya pasados, ni menos aún el cambio en las proyecciones de acuerdo con las condiciones de mercado; igual sucede con los costos y los gastos de administración.

Es que la línea base tomada por la Universidad Nacional, elaborada para otros propósitos por Inverlink, solo constituye un acuerdo entre el contratista BOOMT y el dueño del Proyecto para calcular la remuneración de HI. Esta línea base se originó con anterioridad a la suscripción del contrato de Asesoría de Diseño, al contrato de Túneles de Desviación y al contrato de Obras Principales, y contenía presupuestos que rápidamente no se concretaron como la creación de la zona franca, así como supuestos que fueron corregidos en modelos subsiguientes como la tasa de impuesto de renta del modelo LB que se estableció en el 15%, pero se modificó en el modelo "P6.3-Anexo 2_ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2014-2017" a una tasa del 33%, en el modelo 1, según la definición del informe de la Universidad Nacional se establece un rubro de "imprevisto" en cuantía de 901.000 millones de pesos y en la Línea Base no existía. Nos preguntamos: ¿Esto constituye un daño? ¿Es constitutivo de un perjuicio para el patrimonio público?

Por último, el modelo Línea Base fue construido en septiembre de 2010, según la información contenida en la hoja "Cover" del archivo de Excel, y, como lo menciona el peritazgo presentado por Suramericana, "es importante poner de presente que la construcción de los túneles de desviación izquierdo y derecho comenzaron en agosto de 2012, es decir, casi dos años después. Entre ambas fechas, e incluso después, se celebraron importantes contratos que evidentemente modificarían variables financieras clave del modelo".

Sobre estos argumentos es preciso recordar que Sobre este punto, la Universidad Nacional al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación, relacionada con los motivos que justificaron la utilización del modelo de Iverlink

como línea base, a folio 17450 del expediente afirmó: *"Se considera que el presupuesto de inversión estipulado en el contrato BOOMT corresponde al modelo de cierre financiero del proyecto y que a partir de este se planearon los desarrollos y los resultados iniciales que se pretendían alcanzar con su ejecución y realización, por lo que considerar esta versión como línea base es relevante y totalmente válido como referencia para cualquier evaluación financiera del proyecto"*

Así mismo, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta comercial, no tiene por qué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.

Ahora bien, dado que en todo caso se trata de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

De otro lado, respecto de la afirmación conforme a la cual debieron tenerse en cuenta las variables del contrato BOOMT "en su oportunidad, la Universidad Nacional dio respuesta en el siguiente sentido (ver folio 17450 y 17450 vto):

"Se considera que los proyectos se conciben de manera integral y no por partes, por lo tanto, la evaluación de estos se debe hacer de manera integral y debe tener en cuenta todos los valores de inversión, ingresos costos y gastos estimados y proyectados que permitieron se lograra el cierre financiero del proyecto"

De donde este Despacho concluye que el modelo financiero de INVERLINK al haber sido realizado por especialistas en la materia debió tener en cuenta todas las variables necesarias para que fuera suficiente para entender que el proyecto era viable para las partes del contrato, por lo que las posibles variaciones que el modelo presente en la realidad, como se explicó líneas atrás debe atender a un margen razonable.

En este sentido, no le correspondía a la Universidad Nacional ni a este Despacho subsanar, completar o incluir otras variables diferentes a las que tuvieron en cuenta los estructuradores del modelo INVERLINK, el cual se reitera como válido en la medida en que fue el que le dio el cierre financiero al proyecto y fue el que tomaron las partes para efectos del contrato BOOMT.

En este punto, resulta necesario recordar que el cierre financiero es un momento clave que debe darse previo al inicio de la ejecución del contrato, pues en efecto, este cierre es el que permite concluir que existe viabilidad económica para el logro de los objetivos previstos, más si se tiene en cuenta que se trata de un proyecto que debe acometerse con recursos públicos.

En este sentido, el Consejo de Estado se ha referido al Principio de Planeación en los siguientes términos:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[179]*.*

A este deber no escapa el proyecto Hidroeléctrico objeto de esta causa fiscal, por lo que se reitera que aún desde la perspectiva jurídica, el modelo con el cual se decidió la viabilidad necesaria para iniciar la ejecución del proyecto fue el modelo de Inverlink, se reitera la conclusión de que es válido utilizar el mismo como línea base, para desarrollar la comparación con los modelos corridos con posterioridad.

Por todo lo anterior, el argumento planteado por el apoderado no está llamado a prosperar.

4.5.3. El incremento de las Inversiones en el informe de la Universidad Nacional

El informe presentado por la Universidad Nacional no determina qué cambios en la inversión fueron resultado de la maduración y ajustes del diseño, materialización de imprevistos e impactos en la tasa de cambio o precio de las materias primas, etc. y cuáles

[179] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

son atribuirles a supuestas acciones de las diferentes actuaciones en el proyecto Hidroituango.

Por ejemplo, en los modelos de Inverlink no es posible diferenciar qué parte de las inversiones se realiza en dólares; sin embargo, el precio de algunos rubros de inversión como equipos, maquinaria, materias primas, entre otros, generalmente está dado en dólares o depende de las condiciones de los mercados internacionales y el valor final de la inversión en pesos colombianos dependerá del tipo de cambio en el momento de realizar la inversión.

Teniendo en cuenta que en los proyectos de infraestructura una porción importante de las inversiones se realiza en dólares o su precio de referencia está dado en dólares y que desde septiembre de 2010 hasta 2019, periodo de tiempo en el que se elaboran los modelos, la tasa de cambio ha presentado incrementos significativos (TRM 30 de septiembre de 2010: $1,799,89 - TRM 30 de septiembre de 2019: $3462,01)[106]*, es posible concluir que hay incrementos en la inversión que están explicados por la devaluación del peso colombiano debido a diferentes cambios en el entorno macroeconómico y que no significan una destrucción en el valor por acciones tomadas durante el desarrollo del proyecto.*

Con referencia a los incrementos en el monto total de inversión, a partir de la tabla presentada en la página 8 del Informe de la Universidad Nacional, que se presenta a continuación, se pueden comparar los valores de la inversión en cada uno de los modelos presentados.

(…)

Para esta comparación se realizó el siguiente gráfico que presenta las variaciones porcentuales de la inversión en cada modelo

(…)

Como se muestra en el Gráfico 1, las mayores variaciones de la inversión se presentaron entre el modelo Línea Base y el Modelo 1 por ajuste de las inversiones previstas para el Proyecto, no obstante, para este momento CCC no hacía parte del Proyecto como subcontratista de EPM; y entre el Modelo 7 y el Modelo Final, que es claramente asignado ala contingencia, de la cual tampoco es responsable CCCI. A continuación, se analiza cada unode estos incrementos:

R/: En este punto tal y como se explicó líneas atrás resulta irrelevante que para ese momento los miembros del consorcio CCCI no hicieran aún parte del proyecto, puesto que como se ha probado en la presenta causa fiscal sí existe nexo de causalidad entre sus conductas y las mayores inversiones y la no entrada en operación de la hidroeléctrica, lo que generó el daño al patrimonio del Estado, siendo entonces las conductas desplegadas por ellos a título de culpa grave idóneas y determinantes para que se produjera el daño al patrimonio del Estado, se entendió válidamente que contribuyeron al mismo y por lo tanto resultan solidariamente responsables.

4.5.4. Ajuste de las inversiones modelo Línea Base y Modelo 1

La Tabla 1 muestra que la inversión aumentó significativamente entre el modelo Línea Base y el Modelo 1, pasando de COP$ 6,09 billones a COP$ 8,12 billones, respectivamente. Si el modelo Línea Base fuera la referencia para determinar el mayor valor de las inversiones, elque, como se presentó en el numeral 4.5.3. no debe considerarse el punto de partida para el análisis, el incremento de la inversión total para el proyecto entre los modelos sería de 33,3%, pero este no debe considerarse como la base para el análisis tal y como fue presentado en el numeral 4.5.3.

El modelo Línea Base fue elaborado en septiembre de 2010 según la información contenida en la hoja "Cover" del archivo de Excel, y el Modelo 1 es una actualización realizada en 2011, de acuerdo con el nombre del archivo. Para la fecha del Modelo 1, EPM, en nombre y representación de EPM Ituango, y el consorcio CCC Ituango todavía no habían celebrado elcontrato de Obras Principales, el cual se celebró el 1 de octubre de 2012.

Para el momento de la firma del contrato, el valor de la inversión estimado en los modelos de Inverlink ya había tenido un incremento de COP$ 2,03 billones (33,3%) que no pueden ser atribuibles a CCCI ya que este no tenía ninguna relación con el proyecto durante dicho ajuste, como se explica en detalle en las secciones relativas a la causalidad y la solidaridad. CCC no puede ser causante de unos impactos ya consolidados en el presupuesto del Proyecto para la fecha en que inició su gestión como subcontratista; por la misma razón, CCC no puede ser solidariamente responsable de ese rubro, el cual la Delegada pretende incluir sin justificación en una bolsa común, desconociendo nociones básicas en materia de causalidad y del objeto de la obligación indemnizatoria.

Por otro lado, en la Tabla 1: Indicadores de bondad P.6 Modelo Inverlink se observa que en el Modelo 1 la inversión aumentó COP$ 2,03 billones respecto al modelo Línea Base; sin embargo, el Valor Presente Neto pasó de USD$ 0 a USD$ 492 millones, cuando el resultado de VPN para el Modelo 1 debió haber sido negativo si estos modelos fueran comparables, como se muestra en el siguiente ejemplo:
(…)

En este ejemplo, el primer flujo de caja se descontó a un WACC que arroja como resultado un VPN igual a cero. El único cambio entre la tabla "Ejemplo VPN Base" y "Ejemplo VPN con mayor inversión" es la Inversión en Capex del año cero, lo cual trae como resultado un VPN negativo.

R/: En este punto se reitera que la escogencia del modelo de línea base fue correcto por las razones expresadas en precedencia, En este punto el apoderado pretende que se realice un ejercicio diferente pero no demuestra los errores de que adolece el informe de la Universidad Nacional motivo por el cual es un argumento que no tiene la virtualidad de desvirtuar el daño en la presente causa fiscal.

4.5.5 La Contingencia

El informe presentado por la Universidad Nacional no determina qué cambios en la inversión fueron resultado de la maduración y ajustes del diseño, materialización de imprevistos, impactos en la tasa de cambio o precio de las materias primas, etc.; cuáles impactos corresponden a los hechos que afectaron el desarrollo del Proyecto y respecto de

los cuales CCC no tiene ninguna conexión (construcción de vías de ingreso, problemas asociados al contrato de construcción de los túneles de desviación, decisiones de estructura administrativa de Hidroituango, cambios en la licencia ambiental como consecuencia del *incremento de la altura de la presa, decisión sobre asignación de riesgos entre Hidroituango y EPM) y cuáles son atribuibles a la contingencia presentada en 2018.*

Determinar un impacto de COP$ 2,71 billones causado por la mayor inversión, basado en diferencias de VPN entre los modelos de Inverlink, estaría atribuyendo el 100% del ajuste en las inversiones a acciones tomadas por las partes del proyecto y desconocería todos los impactos generados por variables exógenas que han generado cambios en la inversión.

De acuerdo con el Informe de Causa Raíz realizado por SKAVA, cuyo objetivo es identificar la causa técnica que probablemente dio origen a la contingencia presentada en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, "El estudio de causa raíz física y el árbol de falla ha incluido 28 posibles causas de la obstrucción de la GAD. De estas se han descartado 19. Las 9 restantes han sido calificadas así: 2 como causa física probable y otras 7 como probables factores contribuyentes. ***Se debe agregar que ninguna de ellas por sí sola, puede explicar el colapso y taponamiento de la GAD, pero la simultaneidad y combinación de estos factores si explican lo ocurrido****." (énfasis agregado). Por lo tanto, no se puede aplicar imputación sobre las actividades ejecutadas por CCC.*

Debe tenerse en cuenta que el Informe Causa Raíz contratado por los reaseguradores es un documento privado emanado de un tercero, que no ha sido ratificado en este proceso y, por tanto, no puede ser valorado como prueba. Dicho documento, adicionalmente, fue contratado con la finalidad específica de orientar decisiones en materia de cobertura y, eventualmente, limitar la cuantía de las obligaciones a cargo de los reaseguradores. En otras palabras, el documento fue contratado con un interés y orientación específicos, entre otros, buscar causas para el no pago de los siniestros y/o determinar el menor valor posible del daño que las reaseguradoras deberán pagar.

Por último, aunque no es posible imputar responsabilidad alguna sobre la actuación de CCCI, el Proyecto cuenta con una póliza Todo Riesgo Construcción y Montaje por USD$ 2.539.000.000. Lo anterior significa que el Proyecto contaba con las coberturas del riesgo necesarias para cubrir los diferentes imprevistos en su construcción. Inexplicablemente, el Auto de Imputación hace caso omiso del principal instrumento financiero de cobertura de riesgos del Proyecto y, so pretexto de adoptar una fecha de corte, excluye artificialmente del análisis del supuesto perjuicios los pagos ya realizados y los que realizará en el futuro Mapfre.

R/: *Por la manera como se encuentra probado el daño en esta causa fiscal , la determinación que pretende el apoderado va en contravía de lo probado en el contexto fáctico pues las mayores inversiones y la no entrada en operación de la hidroeléctrica son producto de hechos sucesivos y concatenados respecto de los cuales se presentaron conductas concurrentes que fueron idóneas y determinantes para que se produjera el daño probado en esta causa fiscal.*

4.5.6 No comparabilidad entre los modelos

El informe de la Universidad Nacional fundamenta el análisis realizado para la estimación

del daño por efecto del mayor valor de la inversión y la no entrada en operación en la comparación de los nueve Modelos de Inverlink, los cuales, además de la diferencia en el valor de la inversión, cuentan con supuestos macroeconómicos, modelos MPODE (base para la modelación de precio y generación elaborados por XM), y diferentes supuestos de Opex e impuesto de renta completamente diferentes.

La siguiente tabla tiene como objetivo mostrar que las variables diferentes a inversión muestran importantes variaciones entre los siguientes modelos, lo que los hace incomparables. Para determinar los valores de cada línea de la siguiente tabla se sumaron todos los valores de ingreso operativo, costo operativo, EBITDA, impuesto de renta operativo, variación del capital de trabajo de cada uno de los modelos de forma aritmética, lo cual no es muy ortodoxo, pero muestra de manera simple que ***todos los parámetros son diferentes en cada modelo****. El único objetivo de esta tabla es mostrar que estas variables muestran resultados diferentes debido a supuestos de proyección diferentes para cada modelo, en ningún momento se pretende utilizar estos valores para determinar el daño, el incremento de la inversión o los ingresos dejados de percibir por el retraso en la entrada en operación de la hidroeléctrica.*

COP$ miles de millones	Línea Base	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4	Modelo 5	Modelo 6	Modelo 7	Modelo Final
Ingresos totales	218.927	240.552	173.155	186.058	223.650	251.278	231.713	217.868	210.176
Costo de Operación	80.265	66.786	59.274	63.027	67.885	84.564	73.983	77.330	73.618
EBITDA	138.661	173.765	113.881	123.031	155.766	166.714	157.729	140.538	136.558
CAPEX	6.090,01	8.118,27	8.612,90	8.431,07	9.205,54	9.289,02	9.609,70	9.664,95	11.296,65
Capital de trabajo	757	855	544	611	741	813	781	724	745
Impuesto de renta operativo	38.677	24.881	33.697	36.910	48.743	59.846	49.056	43.200	41.117
FCL desapalancado	93.136	139.911	70.966	77.019	97.015	96.706	98.222	86.888	83.339
FCL (USD mm)	26.793	42.442	30.059	28.769	25.995	26.785	27.621	25.981	24.750

Tabla 2: comparación variables modelos Inverlink. Fuente: modelos Inverlink

Es incorrecto determinar el impacto de las acciones tomadas sobre el Proyecto utilizando modelos que no pueden ser comparables entre ellos como se explica en los siguientes numerales.

4.5.7 Supuestos macroeconómicos

Para que dos modelos de proyección financiera, cuyo objetivo es determinar el Valor Presente Neto de una inversión en un momento determinado, resulten comparables es necesario partir de los mismos parámetros de proyección.

Por ejemplo, aquellos relacionados con la elección de los supuestos macroeconómicos. Referente al caso en cuestión, como se muestra en la Tabla 3 y la Tabla 4, del año 2010 al 2022 (los valores posteriores al 2022 permanecen iguales al último año presentado en la tabla), se encuentra que el modelo Línea Base y el Modelo Final parten de supuestos macroeconómicos diferentes, pues ambos modelos fueron realizados y son actualizados en

diferentes momentos del tiempo, lo cual afecta directamente los cálculos de los ingresos, costo, gastos, etc.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Cambio IPC Colombia	3,17%	3,73%	2,44%	1,94%	3,66%	6,77%	5,75%	4,09%	3,60%	3,30%	3,10%	3,00%	3,00%
Cambio IPP Colombia	4,38%	5,51%	-2,95%	-0,49%	6,33%	9,58%	1,62%	1,86%	2,60%	3,00%	3,10%	3,00%	3,00%
Cambio IPC USA	1,50%	2,96%	1,74%	1,50%	0,76%	0,73%	2,07%	2,11%	2,31%	2,30%	2,33%	2,37%	2,37%
Cambio IPP USA	0,45%	2,35%	1,30%	1,29%	0,97%	1,14%	0,65%	1,00%	1,20%	1,34%	1,67%	1,37%	1,33%
TRM Promedio	1.979	1.928	1.855	1.848	2.160	2.771	3.075	2.951	2.970	3.001	3.049	3.051	3.052
TRM Fin de Período	1.914	1.943	1.768	1.927	2.393	3.149	3.001	2.984	2.955	3.047	3.050	3.052	3.053
% de Devaluación		1,50%	-8,98%	8,97%	24,17%	31,64%	-4,72%	-0,56%	-0,97%	3,12%	0,09%	0,05%	0,05%
Variación PIB - Colombia	4,31%	5,94%	4,00%	4,30%	4,60%	3,10%	2,00%	1,80%	2,30%	2,50%	3,00%	3,30%	3,30%
Indicador % operación	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	16,7%	100,0%
Indicador Años de Operación	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	2

Tabla 3: Supuestos macroeconómicos, Línea Base

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Cambio IPC Colombia	3,50%	3,70%	3,60%	3,40%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%
Cambio IPP Colombia	3,50%	3,70%	3,60%	3,40%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%	3,30%
Cambio IPC USA	2,40%	1,30%	1,20%	1,10%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%
Cambio IPP USA	2,40%	1,30%	1,20%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%	1,50%
TRM Promedio	2.015	2.006	2.022	2.004	1.998	2.027	2.063	2.099	2.137	2.174	2.213	2.252	2.292
TRM Fin de Período	1.988	2.023	2.021	1.986	2.009	2.045	2.081	2.118	2.155	2.194	2.232	2.272	2.312
% de Devaluación		1,8%	-0,1%	-1,7%	1,2%	1,8%	1,8%	1,8%	1,8%	1,8%	1,8%	1,8%	1,8%
Variación PIB - Colombia	2,80%	3,90%	4,50%	4,80%	4,70%	4,50%	4,50%	4,50%	4,50%	4,50%	4,50%	4,50%	4,50%
Indicador % operación	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	8,3%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Indicador Años de Operación	0	0	0	0	0	0	0	0	1	2	3	4	5

Tabla 4: Supuestos macroeconómicos, Modelo Final

Si los demás parámetros de los modelos permanecieran constantes, solo estas variaciones de los parámetros macroeconómicos afectarían el VPN y, por lo tanto, según la metodología de la Universidad Nacional determinarían un detrimento del patrimonio, situación que no se compadece con las buenas prácticas financieras.

Para empezar, la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y del Índice de Precios al Productor (IPP) de Colombia y de los Estados Unidos son utilizadas como base para proyectar el crecimiento de diferentes variables pertenecientes al ingreso. Para la estimación del Precio en Bolsa Hidroituango, calculado a partir de la sumatoria del costo marginal de energía y de cinco tarifas, tres de éstas se estiman con la variación del IPC – Colombia (tarifa ley 99, tarifa AGC y tarifa de otros) y una de ellas (tarifa FAZNI) a partir del IPP - Colombia, lo que llevará a que en ambos modelos se obtengan precios diferentes, y en última instancia el Ingreso por venta de energía en Bolsa, estimado a partir de este precio, no podrá ser comparable.

Continuando con los ingresos, para el cálculo del costo marginal de largo plazo y del precio cargo por confiabilidad promedio, en USD y en COP, se hace uso del IPC - Estados Unidos y de la TRM promedio, respectivamente, como parámetro de proyección. Además, para estimar las variables que componen el Precio OEF, se tiene en cuenta el IPP - Estados Unidos para proyectar su crecimiento.

Por otro lado, respecto a la estimación del Opex, el IPC – Colombia es igualmente utilizado para el cálculo del costo unitario de administración, operación y mantenimiento, costos tales como el de seguridad, de manejo ambiental y de seguros, e impuestos incluyendo el ICA y el impuesto predial, lo que llevará a que el resultado entre ambos modelos difiera.

Finalmente, con relación a los indicadores % de operación y años de operación se encuentra una diferencia en los valores establecidos, al igual que con los supuestos anteriores. Estos indicadores son ampliamente utilizados tanto en la estimación de los ingresos como del Opex, incluyendo las variables que componen el total de ingreso cargo por confiabilidad, las Contribuciones CND, ASIC y CREG, los costos de administración, operación y mantenimiento, entre otras.

Por lo tanto, al realizar un análisis de cada una de las variables, cuya proyección depende de los supuestos macroeconómicos definidos, se encuentra que no resulta pertinente realizar una comparación entre los resultados del modelo Línea Base y el Modelo Final, partiendo del hecho de que los parámetros utilizados para la estimación de los ingresos, costos y gastos difieren entre sí. Realizar la comparación haría inferir que el cambio de variables macroeconómicas sería imputable a un tercero y no a variables de fluctuaciones del mercado, lo cual es propio del tipo de inversión en evaluación.

4.5.8 MPODE

Cuando se construye un modelo financiero la línea del ingreso generalmente está determinada por la multiplicación entre el precio de venta y la cantidad de unidades vendidas, lo que se llama "PxQ". En específico, para los modelos de Inverlink el precio es el*Precio Marginal Anual de la Planta (USD/MWh*) y la cantidad es la *Generación Promedio Anual (GWh/año).* Dichas variables son publicadas mensualmente por XM[180], como resultados de los análisis de la situación energética de largo plazo, usando el modelo MPODE. Cuando se revisan los nueve modelos de Inverlink, todos son corridos con MPODE tomados en diferentes momentos, es decir, con diferentes precios y cantidades.

Este cambio se debe a la actualización periódica de las estimaciones de XM y resulta incorrecto comparar modelos cuya base para la definición de los ingresos no es la misma. En la *Tabla 5 "Generación Promedio Anual (GWh/año)"* y *Tabla 6 "Precio Marginal Anual de la Planta (USD/MWh)"* se encuentran los resultados arrojados por el MPODE sobre la generación promedio anual (GWh/año) y el precio marginal anual de la planta (USD/MWh), valores que difieren entre ambos modelos pues se utilizaron bases diferentes para la estimación. Estas dos variables obtenidas afectan el cálculo de los ingresos y costos implicados, lo cual hace que el modelo "Línea Base" no sea comparable con el "Modelo Final".

Generación Promedio Anual (GWh/año)	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034
Línea Base	5.607	8.935	8.844	12.284	13.407	13.494	14.147	14.124	13.489	13.435	13.678	13.798	13.693	13.761	14.145	13.553	13.955
Modelo Final	0	223	8.348	10.740	13.437	13.400	13.400	13.400	13.437	13.400	13.400	13.412	13.437	13.400	13.400	13.412	13.437

Tabla 5: Generación Promedio Anual (GWh/año)

Precio Marginal Anual de la Planta (USD/MWh)	2018	2018	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034
Línea Base	21,7	24,7	24,9	25,7	26,1	24,0	15,8	25,7	27,8	43,6	39,5	40,9	39,4	40,8	40,7	41,8	40,8
Modelo Final		--	-	30,1	26,4	21,6	21,4	23,7	24,4	31,9	47,9	49,6	50,1	47,0	42,6	39,3	39,6

Tabla 6: Precio Marginal Anual de la Planta (USD/MWh)

[180] Empresa del Grupo ISA especializada en la gestión de sistemas de tiempo real, la administración del mercado de energía mayorista y el desarrollo de soluciones y servicios de energía e información.

Si únicamente se comparan estos rubros, los cuales determinan la composición del ingreso y los corremos con parámetros diferentes, que en el Modelo Final son menores a los del modelo Línea Base, no por cambios en la capacidad de generación, sino por cambios en la proyección de demanda de XM como se ve en la tabla 5 a partir del 2022, el Valor Presente Neto se vería afectado negativamente.

Esto hace que los modelos comparados sean totalmente incomparables y que la Universidad Nacional atribuya un daño en el valor del proyecto a cambios en los parámetros externos, ya que los incluye en el cálculo genérico de la pérdida del valor del proyecto.

4.5.9 Impuesto de renta

En la Tabla 7 y la Tabla 8 se presentan las tarifas del impuesto de renta utilizadas en ambos modelos hasta el año 2040, de este periodo en adelante las tarifas permanecen constantes. A partir de la información presentada, se puede observar que, para el modelo Línea Base, del año 2010 al 2037 se utiliza una tasa impositiva del 15%, asumiendo un beneficio de zona franca y de ahí en adelante una tasa del 33%. Contrario a este, en el Modelo Final se utiliza una tasa del 33%, excepto en los años 2013, 2014, 2015 y 2016, donde la tasa es del 25%, debido a que no fue posible constituir la zona franca. Estas diferencias en la tarifa establecida para el impuesto de renta afectan directamente los flujos de caja comparados, dado que los resultados están sujetos a cualquier cambio que se realice en la normatividad del país.

(tablas 7 y 8)

Para explicar el efecto de la tasa de impuesto de renta sobre el Valor Presente Neto de un proyecto, manteniendo el WACC constante, se presenta el siguiente ejemplo, en el cual se utiliza la metodología de la Universidad Nacional de comparar los flujos con un mismo WACC. Cabe aclarar que la metodología utilizada por la Universidad Nacional no es correcta, porque desconoce el efecto de la tasa de impuesto de renta sobre el WACC.

(tablas 9 y 10)

Como se presenta en las tablas anteriores, solo el aumento del impuesto de renta del 15% al 33%, manteniendo el mismo WACC, significa un menor Valor Presente Neto del proyecto.

En los modelos de Inverlink, la tasa de impuesto de renta afecta tanto el resultado de los flujos de caja desapalancados como el WACC. Manteniendo todo lo demás constante, si la tasa de impuesto de renta es mayor entonces los flujos de caja serán menores, generando un efecto negativo en el Valor Presente Neto, pero el WACC disminuye generando un efecto positivo en el Valor Presente Neto. No obstante, cuando la Universidad Nacional decide utilizar un mismo WACC para descontar los flujos de caja está desconociendo el efecto de la tasa del impuesto de renta sobre el WACC y solo está teniendo en cuenta el menor valor de los flujos de caja y no la mejora que implica el WACC.

Nuevamente, bajo los argumentos de la Universidad Nacional resulta incorrecto comparar el Valor Presente Neto de dos modelos que utilizan parámetros completamente diferentes.

Para realizar este ejercicio es necesario que los modelos cuenten con las mismas condiciones de mercado como se define en el artículo "Decisiones de Inversión a Través de Opciones Reales" de los autores Ana María Calle Fernández y Víctor Manuel Tamayo Bustamante, publicado en junio de 2009, donde expresan que utilizar los métodos de Valor Presente neto "pueden ser efectivos y prácticos en casos en que la decisión de inversión requiere inmediatez (es ahora o nunca), pero pueden no ser tan efectivos cuando el proyectotiene un componente de flexibilidad (Dixit y Pindyck, 1994)".

Sin embargo, los autores señalan que "Desde finales del siglo pasado se han venido desarrollando métodos alternos para tomar decisiones de inversión más acordes con la realidad, entre los cuales se encuentran las opciones reales. Estas afirman que una decisión de inversión no puede tomarse teniendo como único criterio un valor mayor que cero, pues enla práctica la irreversibilidad, la incertidumbre y el margen de maniobra de quien toma la decisión, tienen un peso considerable (Mascareñas, 1999)". Y finalmente concluyen que deben aplicarse métodos alternos cuando: existen actualizaciones y/o nuevas configuraciones sobre el proyecto, existen contingencias, el nivel de incertidumbre es muy alto y esperar más información puede ser beneficioso para evitar realizar una inversión, y pueden capturar sinergias de posibles escenarios que no se pueden cuantificar con exactitud en los flujos de caja actuales.

Es claro que el proyecto Hidroituango cumple con que existen actualizaciones y/o nuevas configuraciones sobre el proyecto, existen contingencias y el nivel de incertidumbre es muy alto y esperar más información puede ser beneficioso para evitar realizar una inversión y por tal motivo es necesario utilizar diferentes metodologías para determinar el Valor Presente Neto del Proyecto.

R/: En relación con los puntos anteriores, que se refieren al hecho de que existen supuestos macroeconómicos, que por su naturaleza varían por factores totalmente ajenos al contratista, lo cierto es que los mismos deben ser contemplados dentro de los riesgos de los modelos financieros por lo que el hecho de que los mismos varíen no tendría por qué generar unas desviaciones del modelo que no sean razonables. Ahora bien, en lo que se refiere puntualmente al impuesto de renta y dado que el mismo dependía de la solicitud de zona franca y, dado que fue negada, es importante precisar que la misma al momento de elaborarse el modelo financiero era una mera expectativa que implicaba un riesgo en su obtención, lo cual se encuentra demostrado en el acápite de hechos de esta providencia y puede observarse claramente en las actas de Junta directiva en las cuales se trató el tema. En este sentido, el modelo debió contemplar esta situación en la elaboración ya sea dentro de los imprevistos u otros que permitiera mantener en términos razonables las desviaciones que pudieran suceder con ocasión de esta situación

4.5.10 Lucro Cesante

En el informe de la Universidad Nacional la metodología para determinar el lucro cesante

consiste en encontrar la diferencia entre los ingresos operacionales, costos operacionales, variación del capital de trabajo, impuesto de renta operativo y pago inicial por las acciones entre el modelo Línea Base y el Modelo Final, como se muestra en la Tabla 5 del informe de la Universidad Nacional, que se presenta a continuación:

VPN (jun 2019) Miles de MM COP$	TOTAL	HISTORICO	PROYECTADO
Ingresos Operacionales	-3.763,58	-1.620,38	-2.143,20
Costos Operacionales (Sin Depreciaciones y Amortizaciones)	805,06	298,21	506,84
Variación de Capital de Trabajo	39,13	82,02	-42,89
Impuesto de Renta Operativo	251,33	69,94	181,40
Pago Inicial	65,93	65,93	0,00
Lucro Cesante	**-2.602,13**	**-1.104,28**	**-1.497,85**

Tabla 11: Lucro Cesante. Fuente: Informe de la Universidad Nacional

Sin embargo, los parámetros con los que se pretende correr hoy una estimación del Valor Presente Neto son incorrectos, ya que el Pago inicial se determinaría en el futuro y por ende no era una base sólida del valor establecido en el modelo Línea Base, de acuerdo a la aprobación o no de la zona franca. Esto ratifica que el modelo Línea Base era una plantilla que se utilizaría para la determinación de la remuneración de Hidroituango y su valor solo se determinaría después de la entrada en operación comercial.

El resultado de esta metodología para calcular el lucro cesante total de COP$ 2,6 billones e histórico de COP$ 1,1 billones es engañoso y resulta incorrecto por los siguientes motivos:

a. Como se presentó en el modelo Línea Base del presente documento, el modelo Línea Base no puede considerarse como punto de partida para determinar los flujos futuros del proyecto, ya que es un modelo construido antes de que se firmaran contratos que definirían importantes variables financieras y su función era únicamente la de servir como plantilla para la estimación de la remuneración de Hidroituango S.A.

b. Como se informó, los modelos de Inverlink no son comparables, ya que los supuestos macroeconómicos, las proyecciones del MPODE de generación y precio de energía y la tasa de impuestos, las cuales afectan directamente las variables utilizadas para calcular el lucro cesante, son diferentes debido al momento en el que se construyó cada modelo. Tomar estos modelos como referencia sería decir que existe un lucro cesante debido a condiciones totalmente externas al proyecto, por ejemplo, aumento en el tipo de cambio o cambios en la normatividad fiscal del país, lo cual es un error.

c. El cálculo del lucro cesante de la Universidad Nacional incluye una proyección de flujo de caja partiendo de un "Pago Inicial" que, como se ve la definición de Variables Etapa de Construcción en el contrato de BOOMT, corresponde a "el monto de los pagos realizados por EPM por la Venta de Acciones y por otras compras efectuadas por EPM a Accionistas de las acciones que hayan resultado de la Escisión (…)". Este valor no tiene relación con los flujos de caja dejados de recibir por el retraso en la entrada en operación de la hidroeléctrica y hace parte de las inversiones iniciales.

d. El cálculo del lucro cesante realizado en el Informe de la Universidad Nacional tiene en cuenta las variaciones de los ingresos operacionales, costos operacionales, variación del capital de trabajo, impuesto de renta operativo y pago inicial desde septiembre de 2010 hasta junio de 2061. Según el Código Civil[181], se entiende por lucro cesante "la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento." En este caso, el incumplimiento se da por el retraso en la entrada en operación de la hidroeléctrica y solo se debería considerar la ganancia que se dejará de percibir por el retraso en la entrada en operación y solo hasta que se logre tener la capacidad instalada de generación de 2.400 MW, es decir, desde el Hito 8 del contrato BOOMT, que establecía que la entrada en operación comercial de la Unidad 4 (primera unidad que entraba en operación comercial) debería ocurrir a más tardar el 27 de septiembre de 2018, hasta que todas las unidades entren en operación comercial.

e. También, en el cálculo del lucro cesante realizado por la Universidad Nacional se utilizan modelos de MPODE con proyecciones de generación y precio de energía estimados en diferentes momentos del tiempo. De esta forma, los flujos de caja no son comparables y no es posible identificar las ganancias que se dejaron de percibir realmente, ya que no se utiliza generación de energía ni el precio real de la energía en el momento que se dejó de percibir el ingreso. Para el cálculo del Lucro Cesante es necesario establecer un solo modelo que determine la energía que se debió haber generado y su precio, y la no generada bajo el mismo precio, durante un periodo de tiempo determinado, pero estimado en el mismo momento y bajo los mismos supuestos.

Por último, es importante resaltar que en el supuesto "Lucro Cesante" que se llegara a calcular, por la contingencia de abril de 2018 – que obedeció a causas extrañas a mi poderdante como se acreditará en este proceso – tendría un factor de contribución marginal, pues haciendo abstracción de la misma y de los atrasos iniciales, el proyecto hubiera entrado en operación tal como lo establecía el cronograma inicial del proyecto, pero no se hubiera podido comenzar a comercializar la energía en el término estipulado.

Dentro de los precarios análisis de daño efectuados, no se tiene en cuenta que las unidades de generación no hubieran podido entrar en operación de manera simultánea, sino que su puesta en funcionamiento debía ser escalonada y previa a una serie de ensayos que no se ven incorporados en el modelo y, por ende, el mismo no es indicativo de la realidad del proyecto.

[181] Artículo 1614. Daño emergente y lucro cesante, Código Civil de Colombia. https://leyes.co/codigo_civil/1614.htm

Adicionalmente, en este hipotético escenario, no hubiera sido posible iniciar la venta en firme de la energía generada y empezar a percibir ingresos, pues no hay certeza de que las líneas de interconexión requeridas para conectar el proyecto Hidroituango con el Sistema Interconectado Nacional hubieran podido ser entregadas por parte de Intercolombia S.A. – Filial de ISA –, en la fecha estimada para la entrada en operación del proyecto.

No existe fundamento para atribuir Lucro Cesante a la contingencia presentada en 2018, que obedeció a una causa extraña a mis representados, pues aún si la naturaleza no hubiera actuado y causado el evento de abril de 2018 y el proyecto hubiera estado en capacidad de generar energía, la falta de líneas de transmisión hubiera imposibilitado su trasmisión y venta.

R/: La metodología utilizada por la Universidad Nacional para estimar el lucro cesante tienen en cuenta los beneficios que cada uno de los modelos financieros registran. El cálculo de los beneficios no es realizado o estimado por la Universidad, estos corresponden a las hipótesis que se consideraron por parte de los estructuradores de los modelos conocidos por la Universidad Nacional y que fundamentan la proyección planeada por ellos.

La metodología utilizada para el cálculo del lucro cesante es la habitualmente empleada, a partir del valor actual de los flujos de caja que se esperaba obtener del negocio objeto de estudio.

Adicional a lo anterior, tal y como se encuentra probado en el plenario la mal llamada contingencia de 2018 no obedeció a una causa extraña. Sobre el particular se remite al apoderado a lo explicado en el acápite de conducta y nexo de causalidad del auto de imputación y de esta providencia.

4.5.11 Análisis del WACC utilizado en los modelos de Inverlink

El WACC o costo promedio ponderado de capital es la tasa que pondera las diferentes fuentes de financiación que tienen las compañías para llevar a cabo su operación. Una empresa tiene dos formas de financiarse: a través de recursos propios de los accionistas y/o de patrimonio y por medio de obligaciones con terceros o deuda. El WACC toma ambas fuentes y calcula un costo promedio ponderado con base en los pesos relativos de cada una de estas dos fuentes. Para calcular el WACC es fundamental conocer tanto el costo total de la deuda de una compañía (Kd) como el costo del patrimonio (Ke) [182].

(…)

[182] Ross, S. A. (s.f.). Fundamentos de finanzas corporativas. Mc Graw Hill

El costo de la deuda (Kd) es la tasa ponderada con la cual una empresa puede financiarse através del mercado en sus múltiples formas, y si bien depende en una medida importante de las características específicas financieras y de mercado de cada compañía en particular, es importante resaltar que también dependen de los ciclos económicos y de las expectativas y el comportamiento de los mercados financieros.

De acuerdo con la definición de Aswath Damodaran en su libro "Applied Corpotare finance"[183], el costo del patrimonio (Ke) no es más que el retorno mínimo esperado por los accionistas de una empresa al elegir una inversión en particular. Es decir, es la tasa mínima esperada de rentabilidad que un inversionista espera por una determinada inversión con riesgos específicos tanto financieros como sectoriales y de mercado. La metodología más utilizada para el cálculo del costo del patrimonio es el método de CAPM (*Capital Asset Pricing Model*). Esta metodología estima la rentabilidad esperada de un activo en función del riesgo sistemático, es decir, ese riesgo asociado y propio de cada empresa por sus condiciones financieras, de sector, mercado y geografía. Parte de activos considerados libre de riesgo y asigna retornos adicionales para remunerar los riesgos asociados a cada activo en particular. Es importante anotar que, si bien existe una fórmula para el cálculo del costo del patrimonio, cada una de las variables asociadas a esta fórmula están dadas por el mercado y por las condiciones de los diferentes ciclos económicos y las expectativas y el comportamiento de los mercados financieros. (Fuente)

$$Ke = Rf + \beta l * Prima\ mercado + Riesgo\ pais + Prima\ riesgo\ negocio$$

Rf: Es el rendimiento de los activos libres de riesgo. El activo de referencia como libre de riesgo son los bonos del tesoro de USA de largo plazo.
βl: Beta apalancado, esta métrica mide el riesgo de un sector en particular con respecto al mercado en general, tiene en cuenta el riesgo por apalancamiento financiero.
$Prima\ mercado$: La prima de mercado se calcula como la diferencia entre la tasa de rentabilidad esperada de un mercado de activos de riesgo (ej. SP500) y la rentabilidad de los activos libres de riesgo.
$Riesgo\ pais$: Riesgo asociado al país de operación con respecto a USA.
$Prima\ riesgo\ negocio$: Prima asociada a riesgos específicos de la empresa como mercado, tamaño, liquidez, entre otros.

Con base en las definiciones anteriores se puede decir entonces que el WACC o costo promedio ponderado de capital es una ponderación que establece el retorno mínimo a una serie de riesgos asociados a un activo, de manera que esta tasa no solo indica el punto de equilibrio en términos de rentabilidad, sino que también sirve como herramienta para valorar un activo por los retornos que es capaz de generar.

Otra precisión importante que se obtiene de las definiciones anteriores y de las fórmulas de cálculo es que el WACC es una tasa dinámica y de mercado y que varía constantemente por condiciones no solo asociadas a ciclos económicos y mercados financieros, sino también a riesgos propios de los activos y sus operaciones.

Para el caso del Proyecto de generación hidroeléctrica de Hidroituango, si bien es

[183] Damodaran, A. (2014). Applied Corpotare finance. Obtenido de http://people.stern.nyu.edu/adamodar/pdfiles/acf4E/acf4Ebook.pdf

técnicamente correcto partir del WACC para evaluar el valor del proyecto y tomar decisiones de inversión y evaluación, la forma como conceptualmente se está desarrollando la valoración no es la adecuada pues se está omitiendo un aspecto fundamental de la métrica. El cálculo del costo del patrimonio no se efectúa con variables de mercado, como se muestra en el ejemplo de la tabla 13, sino que se asume un retorno garantizado para EPM; esto implica una distorsión en valor entre el resultado del ejercicio actual y lo que realmente el mercado espera de este tipo de activos. Se genera una concepción de valor negativo producto de una evaluación que no considera las condiciones de mercado ni el ciclo económico a la fecha de evaluación. Como se observa en los modelos de Inverlink, tanto las condiciones macroeconómicas, fiscales y de mercado de las diferentes versiones de dichos modelos son diferentes, por lo tanto, partir de una misma tasa para evaluar todos los modelos y obtener conclusiones al respecto puede generar expectativas de valor incorrectas.

La siguiente tabla presenta un cálculo estimado de un WACC, para determinar el Valor Presente Neto del proyecto con las características de Hidroituango en un momento específico (Julio 2019).

Cálculo WACC		Fuente
Rf	4,35%	*US T-Bond promedio 2010-2019*
Prima de mercado	9,67%	*S&P500 + dividend vs US T-Bond promedio 2010-2019*
Beta desapalancado sector Utilities	0,19	
Beta apalancado Hi	0,23	
EMBI	1,74%	*Dato para julio de 2019*
Prima riesgo negocio	0,40%	

Ke USD	**8,74%**	
Inflación Colombia julio 2019 (anual)	3,79%	*DANE*
Inflación USA julio 2019 (anual)	2,20%	*CNBC*
Ke COP$	**10,43%**	
Kd COP$	8,00%	
Kd COP$ (1-t)	**5,36%**	
WACC COP$	**9,16%**	

D/E ratio proyecto Hi	33,33%	*Estructura de capital 25% deuda 75% equity*
Tasa impuesto renta	33,00%	*Tasa impuesto de renta vigente*

Estructura de capital proyecto	
Deuda	25%
Equity	75%

Cálculo WACC		Fuente
Rf	3,59%	*US T-Bond promedio 2010-2019*
Prima de mercado	9,37%	*S&P500 + dividend vs US T-Bond promedio 2010-2019*
Beta desapalancado sector Utilities	0,19	
Beta apalancado Hi	0,23	
EMBI	2,20%	*Dato para diciembre de 2020*
Prima riesgo negocio	0,40%	
Ke USD	**8,37%**	
Inflación Colombia dic 2020 (anual)	1,97%	*DANE*
Inflación USA dic 2020 (anual)	0,62%	*CNBC*
Ke COP$	**9,83%**	
Kd COP$	8,00%	
Kd COP$ (1-t)	**5,44%**	

WACC COP$	**8,73%**	
		Estructura de capital 25% deuda 75% equity
D/E ratio proyecto Hi	33,33%	
Tasa impuesto renta	33,00%	*Tasa impuesto de renta vigente*

Estructura de capital proyecto	
Deuda	25%
Equity	75%

Tabla 13: Cálculo WACC para proyecto con características similares a Hidroituangopara julio de 2019.

En estas tablas se muestra el procedimiento para el cálculo del WACC, donde el Ke depende de variables de mercado, sin embargo, en todos los modelos de Inverlink el Ke es de 11.7%, asumiendo un retorno garantizado para EPM. Esto implica una distorsión en valor entre el resultado del ejercicio actual y lo que realmente el mercado espera de este tipo de activos.

El WACC es tan variable que, si actualizamos la tabla 12 a diciembre de 2020, como se muestra en la tabla 13, el WACC cambiaría de 9,16% a 8,73%. Esta variación, que impactaría sustancialmente el análisis del proyecto, se da solo en 18 meses. Entonces, ¿cómo pretende la Universidad Nacional utilizar el mismo WACC para comparar un proyecto durante un periodo de 20 años?

Los parámetros utilizados para el cálculo del WACC varían dependiendo de la fecha para la cual se quiera hacer el cálculo. En la tabla anterior, también se ve cómo otros parámetros como costo de la deuda y tasa impuesto de renta determinan el valor final WACC. Se puede concluir que utilizar un único WACC para comparar flujos de cajas de modelos que se construyen en momentos diferentes de tiempo y que sus resultados están dados por con condiciones de mercado, costo de la deuda y tasa de interés diferente entre ellos es una metodología errada, ya que desconoce la definición y cálculo de un WACC.

R/: Sobre este argumento, es necesario recordar que la Universidad Nacional se pronunció al dar respuesta a las aclaraciones y complementaciones en los siguientes términos: **"***que la tasa WACC calculada de los modelos es la que hace que el valor presente de los flujos de caja sea igual a cero. Conservando el principio de no ajustar, alterar, modificar o actualizar la información recibida, así como de no hacer juicios de valor sobre la metodología o forma de trabajo utilizada en los modelos financieros recibidos, el cálculo del WACC realizado por la Universidad recogió el mismo criterio empleado en los modelos y está referido en el informe final entregado a la Contraloría General de la República".*

De donde resulta claro que la Universidad Nacional no realizó cálculos propios o diferentes sino que simplemente adoptó el criterio común de los modelos

entregados por EPM.

Por lo que los argumentos expresados por el apoderado sobre este punto no tienen asidero.

4.5.12 Retorno de EPM e Hidroituango

El informe de la Universidad Nacional hace referencia al "*daño o pérdida*" causado a EPM eHidroituango, los cuales se pueden definir, según el Código Civil[184], así: daño emergente es"*el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*" y, según la RAE[185], unapérdida es un "*daño o menoscabo que se recibe en algo*". Una vez entendido esto, se puede concluir que, para este caso, un "*daño o pérdida*" se da cuando, teniendo derecho a recibir un valor fijo y determinado, no se recibe el mismo. **Esta condición solo se da en inversiones de renta fija, no en inversiones de renta variable**, en las cuales el retorno es variable dependiendo de una cantidad de circunstancia que han sido explicadas detalladamente en el presente documento.

En el contrato de BOOMT, las expectativas de EPM e Hidroituango son diferentes y se deben analizar cada una por aparte para determinar si se generó ese "*daño o pérdida*" mencionado anteriormente. Este aspecto, según se anotó atrás, no fue analizado por la Delegada, quien no condujo un análisis de la personalidad del daño, ni consideró que, en atención a la distribución de riesgos pactada en el BOOMT, no pueden simultáneamente resultar afectados Hidroituango y EPM.

Tal y como está establecido en el contrato de BOOMT, la expectativa de retorno de EPM se basa en hacer unas inversiones y recibir una TIR del 11,7% sobre las mismas en un periodode 50 años o en el plazo que sea necesario hasta recibir esta TIR, sin ningún tipo de limitaciones de plazo. Por ende, para EPM únicamente se podría aducir que incurría en una pérdida si el proyecto no entra en operación y no puede percibir unos flujos futuros para recibir su TIR esperada, cosa que solo ocurriría si el proyecto no entra en operación. Por ende, a la fecha, no se puede alegar que EPM ha sufrido un daño o pérdida bajo los parámetros del BOOMT.

Igualmente, en el BOOMT, página 28, la cláusula 2.04 establece la metodología para determinar la remuneración a la que eventualmente Hidroituango tendría derecho:

"2.04 Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango. Como contraprestación por el otorgamiento del derecho que tieneHidroituango para el desarrollo y la explotación del Proyecto al contratista, Hidroituango tendrá el derecho de recibir la Remuneración en los términos que se definen a continuación.

(i) Dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de unidades, por una sola vez (salvo lo establecido en la cláusula 205(iii)), se estimará el Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista a partir de la fecha de suscripción del Acuerdo y hasta Cincuenta (50)Años contados a partir de la Fecha

[184] Código Civil, página 382, Ññh n1614, lea más en https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_colombia.pdf
[185] Real Academia Española, lea más en https://dle.rae.es/p%C3%A9rdida

Efectiva con base en: (a) La metodología de proyección del Plan de Negocio establecida en el anexo 2.04(i) del presente contrato; y (b) lo sucedido realmente durante la construcción en términos de las Variables Etapa de Construcción; y

(ii) A partir de: (a) los valores resultantes del Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista; y (b) el WACC, se determinará el nivel de remuneración a Hidroituango expresado como un porcentaje de los Ingresos Netos del Proyecto, tal que el Valor Presente Neto del Flujo de Caja Libre Desapalancado, a la fecha del final del Acuerdo, sea igual a cero".

Con base en lo citado anteriormente, donde se explica detalladamente que la remuneración será estimada en los 90 días siguientes a la fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 y basándose en el modelo, se establecería el porcentaje de participación sobre los ingresos al que tendría derecho como remuneración. Solo en este momento es que la plantilla de modelo diseñado para tal fin, partiendo del Modelo Base y ajustado a las diferentes versiones, obtiene un fin, el cual es, como fue explicado anteriormente, determinar el porcentaje de participación sobre los ingresos.

De acuerdo con lo anterior, queda claramente establecido que la expectativa de Hidroituango no se puede determinar en este momento y solo se podrá establecer dentro de los 90 días siguientes a la fecha de entrada de operación, concluyendo que este no ha sufrido ningún "*daño o pérdida*" ya que esto solamente ocurre en caso de no recibir el valor, retorno o ingreso determinado al que se tenía derecho, pero en este caso, no hay un valor, retorno o ingreso para tomar como referencia.

Hidroituango basaba su retorno en una **mera expectativa**. En diferentes partes del contrato BOOMT se establece que este retorno podía ser cero dentro de los primeros 50 o más años, concluyendo que no solo la remuneración, sino también el plazo de transferencia del activo es una mera expectativa. Dado lo anterior y con base a lo establecido en el contrato BOOMT, no se puede alegar que se causa daño cuando únicamente se ha variado la mera expectativa de retorno que se tenía. Por lo cual se concluye que EPM no le ha generado daños o pérdidas a Hidroituango y sus socios.

Sin embargo, una vez establecido el porcentaje de remuneración de Hidroituango, tampoco se volvía una obligación de EPM, porque es un porcentaje sobre ingresos y los ingresos no los garantiza nadie; y segundo, la cláusula 2.05 del BOOMT, página 28, indica que:

"(iii) <u>Revisión de la Remuneración y/o del Plazo durante la Etapa de O&M:</u> De existir Cambios Materiales que afecten los Ingresos Netos para la Liquidación con respecto a los ingresos Netos proyectados en el plan de negocio, tal que la Rentabilidad Calculada se ubique por fuera de la Banda de TIR, Hidroituango y el Contratista procederán a Actualizar la Estimación del Flujo de Caja Libre Desapalancado para la Etapa de O&M con Base en la liquidación de los periodos ejecutados y la Metodología de Proyección del Plan de Negocios establecida en el Anexo 2.04(i) y a Recalcular la Remuneración y/o el plazo del Contrato de forma que el Valor Presente Neto Resultante, a la fecha de la firma del Acuerdo, del Flujo de Caja Libre Desapalancado, descantado al WACC que inicialmente se estime, sea igual a cero".

Con esto se demuestra que, si en la etapa de operación pasaba algo, este porcentaje de remuneración se volvía a calcular, con la posibilidad de que este fuera cero. La

remuneración de Hidroituango era una **mera expectativa** y el periodo en el cual Hidroituango esperaba recibir el pago final (transferencia del activo) tampoco era un plazo cierto sino un evento condicionado al momento en el que EPM obtuviera su TIR causada.

La situación de EPM sobre cómo una mayor inversión no afecta la TIR esperada por EPM, dadas las condiciones del contrato, se explica con el siguiente ejemplo:

(… tabla)

Tabla 14: Ejemplo TIR EPM (COP$ miles de millones)

La tabla "*Ejemplo TIR base*" muestra la situación inicial con una inversión en Capex de COP$ 50 miles de millones y una TIR esperada inicial. En la segunda tabla "*Ejemplo TIR con mayor inversión y mismo plazo*" se observa cómo afectaría un mayor valor de la inversión inicial (incrementado a COP$ 65 miles de millones) la TIR esperada si se mantuviera el mismo plazo. Por último, en la tabla "*Ejemplo TIR con mayor inversión y mismo plazo*" se muestra que cuando los flujos de caja esperados no se reciben hasta el año 5 como en la tabla anterior, sino hasta el año 8, la TIR esperada es igual la de la primera tabla, de 15,24%.

Este ejemplo muestra cómo lo establecido en el numeral iii de la cláusula 2.05 del contrato BOOMT permite que la TIR esperada por EPM no se vea afectada, dado que cuando se amplía el plazo para recibir los flujos de caja se compensa el mayor valor de la inversión inicial.

Por otro lado, el informe de la Universidad Nacional no determina qué variables y acciones causaron el supuesto daño, ni para quién se presenta el daño, si es EPM o Hidroituango. Además, a la luz del Contrato BOOMT, como se acaba de mostrar, la TIR esperada de EPM no se ha visto afectada e Hidroituango solo tiene una expectativa de ingreso, que de acuerdo al Contrato BOOMT puede ser igual a cero. Si Hidroituango hubiera pretendido tener una remuneración garantizada en este proyecto, los términos del contrato firmado con EPM habrían sido muy diferentes, específicamente la figura de contratación debió haber sido "llave en mano" o "valor total fijo", de tal forma que Hidroituango garantizara su rentabilidad.

Así mismo, los accionistas de Hidroituango, el IDEA, Gobernación de Antioquia, EPM como accionista y los demás accionistas minoritarios – sean de carácter público o privado – no han sufrido daño alguno por el atraso en la entrada en operación o por la contingencia, dado que su utilidad o ingreso como accionistas de Hidroituango vendría de los dividendos que esperaban recibir por el resultado de las utilidades generadas de Hidroituango, las cuales provendrían principalmente de la remuneración obtenida del Contrato de BOOMT, si estos a su vez se hubieran generado de acuerdo a lo establecido por el mismo.

Bajo la premisa de que para generar una utilidad y poder repartir dividendos, es necesario tener unos ingresos, en el numeral 2.05 del Contrato BOOMT citado anteriormente, se determinó claramente que es posible que el ingreso generado por el BOOMT para Hidroituango S.A. sea cero durante la etapa de O&M, por lo tanto, si los ingresos pueden llegar a ser cero no se generaría una utilidad y por ende tampoco dividendos para repartir.

Los accionistas principales de Hidroituango, el IDEA y especialmente EPM como accionista, eran conscientes de esta posibilidad, ya que conocían las condiciones del Contrato BOOMT

y entendían que las utilidades a las cuales tendrían derecho eran una mera expectativa. Dado lo anterior, no es posible aducir que la falta de ingresos de Hidroeléctrica Ituango S.A.constituya detrimento patrimonial, ya que los ingresos son una mera expectativa como se previó en el contrato BOOMT,

En conclusión, es erróneo defender que se ha incurrido en un "*daño o pérdida*" porque ninguna de las partes ha sufrido un detrimento. EPM sigue con su expectativa de una TIR del 11,7% y para el caso de Hidroituango no se ha establecido la remuneración a la que tendría derecho entonces no se puede determinar si este ha sufrido una pérdida o no.

R/: Es necesario precisar que en este punto, el apoderado parte de una definición que no tiene en cuenta las particularidades del daño al patrimonio del Estado, el cual en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000 es: (PREGUNTAR UNC)

En este sentido el daño no se da por el simple hecho de que Hidroituango no reciba el valor de la TIR como lo quiere hacer ver el apoderado, pues la metodología empleada lo que sirvió fue para valorar el activo obtenido después de invertir cuantiosos recursos y la posibilidad de que estos recursos se recuperen en el lapso de los 50 años del BOOMT y con posterioridad.

En esta medida el daño no se relaciona con lo que contractualmente se haya pactado como TIR sino con el hecho de que el valor de dicho activo del cual es dueño Hidroituango se ha visto mermado y con el hecho de que los recursos invertidos en el mismo no van a poderse recuperar ni siquiera asumiendo que el proyecto pueda generar recursos a perpetuidad.

4.5.13 Valor terminal de Hidroituango

Mal argumenta la Universidad Nacional en el Informe al decir que el valor de la hidroeléctrica después de 50 años no es relevante, ya que cada día el activo incrementa de valor ante los intereses de Hidroituango.

La remuneración de EPM está dada por una TIR esperada, lo cual puede pasar en 50 años o alargarse sin ningún tipo de limitación de tiempo. Una vez EPM obtenga este retorno, el activo se transfiere a Hidroituango y este se encarga de operar y explotar este activo a perpetuidad, lo cual es el objeto del contrato.

Por lo tanto, no es posible concluir que el proyecto no tiene valor terminal, como lo establece de manera completamente equivocada la Universidad Nacional. Este error se origina en confundir el modelo de Inverlink como valor del proyecto, pues EPM que percibe su retorno con base en un cálculo de TIR en el cual se le da valor terminal del activo igual a cero, dado que lo tiene que transferir a Hidroeléctrica Ituango S.A. E.. S. P. una vez obtenga su retorno. El valor terminal es cero "0" porque precisamente no es el valor del proyecto sino el valor del contrato BOOMT.

Para Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. es totalmente lo contrario, pues el activo cada día adquiere un mayor valor porque cada vez se acerca más la posibilidad de explotarlo y operarlo como dueño. De lo contrario, en el esquema de BOOMT no tendría sentido la

transferencia del activo al final si su valor se estimase en cero.

Tampoco es válido sostener, para justificar la falta de valor terminal, como lo intenta argumentar la Universidad Nacional, que en 50 años habrá nuevas tecnologías de la generación de energía. La tecnología de generación hídrica no ha cambiado en los últimos 100 años, y las únicas mejoras que se han dado para este tipo de tecnologías son mejora en eficiencias de un 2%. Los cambios tecnológicos se han enfocados en temas de control. Las demás alternativas son más contaminantes, al tener que usar otro tipo de generación de energía como la termoeléctrica.
En conclusión, la universidad Nacional hace una serie de elucubraciones carentes de sentido técnico y financiero, solo para justificar su falta de comprensión de la finalidad de los modelos Inverlink, que carecen de valor terminal, no porque el proyecto deje de tener valor o haya otras fuentes de energía, sino porque una vez finalizado el contrato, transfiere el activo a su contratante Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. En semejante modelo se sustenta la valoración del infundado “detrimento patrimonial!.

Resulta antitécnico asumir que en 50 años la tecnología hidroeléctrica estará obsoleta, debido a que no hay fundamentos claros para esto. Finalmente, después de 50 años, plazo aproximado para que Hidroituango reciba el activo, su costo de inversión es cero, por lo tanto, tendrá la generación eléctrica más barata del país y se podría asumir que la generación de Hidroituango será la base de generación de energía del país.

R/: Matemáticamente, es claro que entre más lejos el número de periodos de modelo financiero sea estimado (mayor a 30 años) la variabilidad esperada de incorporar o no un valor terminal es casi insignificante.

Los modelos utilizados por la Universidad Nacional, tienen un horizonte de estimación de 50 años, lo que hace bastante aceptable el comportamiento esperado de los ingresos y demás variables que afectan los flujos de caja de los modelos. **Igualmente, la UNAL, desarrolla un ejercicio de la estimación con la incorporación del valor terminal, y queda claro que el efecto es prácticamente nulo o inexistente.**

De otro lado, es falsa la afirmación del apoderado cuando afirma que la razón por la cual no se tiene en cuenta el valor terminal radica en el hecho de que la Universidad Nacional suponga que en el horizonte de los 50 años va a haber nuevas tecnologías, pues ello nunca fue aseverado.

Lo que la Universidad Nacional concluye textualmente es lo siguiente: “*que **aún con un flujo de ingresos netos a perpetuidad** (valor terminal) **no es posible establecer un periodo finito para la recuperación de la inversión de capital en activos**”*

Vale precisar que a pie de página 88 el Despacho sí aseveró lo siguiente: *“Teniendo en cuenta que se trata de más de 50 años y ante los significativos avances tecnológicos y la búsqueda de otros tipos de energía, el supuesto de que la hidroeléctrica **en ese marco temporal va a seguir siendo rentable es incierto**”*

Resulta evidente que ello no pretendía en ningún momento justificar los motivos por los cuales en los cálculos realizados por la Universidad Nacional se haya tomado como valor terminal 0, pues ello está explicado claramente en el informe y en las solicitudes de aclaración y complementación.

La aseveración realizada por el Despacho se atiene a lo allí contenido textualmente que radica simplemente en expresar que la posibilidad de que la hidroeléctrica siga generando recursos después de los 50 años resulta incierto, lo que no obsta para que, como lo hizo la Universidad Nacional se analice un escenario en el cual se sigan generando recursos a perpetuidad y que aún en dicho escenario se concluya que no es posible establecer un periodo finito para la recuperación de la inversión.

Por lo que así la hidroeléctrica sea objeto de reversión a Hidroituango después de los 50 años y, así la misma continúe generando energía e ingresos a perpetuidad, no es posible establecer un periodo finito para la recuperación de la inversión.

4.5.14 Análisis del costo de Hidroituango por kW

En el Informe de la Universidad Nacional se hace una revisión de diferentes plantas internacionales y nacionales de generación hidroeléctrica comparables con Hidroituango, donde, por un lado, toman una muestra muy pequeña de 18 plantas para comparar y, por el otro lado, no exponen ningún tipo de conclusión.

Si en este informe sacaran conclusiones, se podría evidenciar que, aun utilizando una muestra muy pequeña de comparación, el promedio del costo en dólares por kilovatio instalado (US$/kW) de las 18 hidroeléctricas es de 2.131. En esta misma comparación que hace la Universidad Nacional, en la cual asume que todas las variaciones en la inversión desde el modelo Línea Base hasta Modelo Final son sobrecostos, incluyen el costo de Hidroituango con sobrecostos de 2.096 US$/kW, indicando que aun con sobrecostos, Hidroituango está por debajo del promedio.

Si se analiza aún más este costo, y se hace una comparación de Hidroituango con las hidroeléctricas que cumplan las mismas características, al tomar únicamente las hidroeléctricas de Colombia (San Carlos, Chivor, Betania, Porce III, Hidrosogamoso, El Quimbo, Urrá I, Guavio), ya que estas son las más comparables al tener las mismas condiciones legislativas, de trámites, de comunidades, etc., tendríamos un promedio de 2.594 US$/kW, demostrando que Hidroituango aun con sobrecostos, cuando se compara con las hidroeléctricas de Colombia, está considerablemente por debajo del promedio.

Lo anterior demuestra que el Informe de la Universidad Nacional es una fuente de información sesgada, que utiliza muestras pequeñas, no comparables y no concluye puntos que son evidentes. Por el contrario, el peritazgo realizado por Suramericana, en la página 66 incluye la siguiente tabla y concluye que: "*de esta tabla se deduce que, contrario a lo que afirma el informe con base en una metodología más acertada (múltiplos de construcción (nuevo) por capacidad instalada), Hidroituango no es más costoso que el promedio de proyectos en el mundo y por lo tanto no corresponde asumir que su "valor de mercado" es inferior a su valor de inversión (US$ 2.096/kW) pues construir el Proyecto le valdría a*

cualquier inversionista, en promedio, más.".

Proyecto	País Inversión	Tipo de Proyecto	Capacidad Instalada (MW)	Costo por KW (USDmn 2018)	(U
Three Georges Dam Convencional	China	Represa	22.500	52.118	2.316
Itaipu Dam Convencional	Brasil y Paraguay	Represa	14.000	36.705	2.622
Xiluodu Convencional	China	Represa	13.680	7.915	579
Belo Monte Convencional	Brasil	Represa	11.233	19.650	1.749
Jinping Convencional	China	Represa	8.400	8.498	1.012
Tucuruí II Convencional	Brasil	Represa	8.370	23.122	2.762
Grand Coulee Convencional	Estados Unidos	Represa	6.809	31.526	4.630
Sayano-Shushenskaya Convencional	Rusia	Represa	6.721	51.025	7.592
Xiangjiaba Convencional	China	Represa	6.448	6.692	1.038
Longtan Dam Convencional	China	Represa	6.426	5.212	811
Nuozhadu Convencional	China	Represa	5.850	7.757	1.326
Robert-Bourassa Convencional	Canada	Represa	5.616	9.185	1.636
Churchill Falls Convencional	Canada	Represa	5.428	11.894	2.191
Tarbela Dam Convencional	Pakistan	Represa	4.888	10.885	2.227

Laxiwa Dam Convencional	China	Represa	4.200	4.470	1.064
Xiaowan Dam Convencional	China	Represa	4.200	4.470	1.064
Xingó Planta Hidroelectrica Represa Convencional	Brasil		3.162	6.012	1.901
Yacyretá Represa Convencional y	Argentina y Paragua		3.100	17.628	5.686
Goupitan Dam Convencional	China	Represa	3.000	4.676	1.559
Boguchany Dam Convencional	Rusia	Represa	3.000	2.782	927
W.A.C. Bennett Dam Convencional	Canada	Represa	2.917	5.456	1.870
Nurek Dam Convencional	Tajikistan	Represa	2.700	25.341	9.386
Niagara Falls Convencional	Estados Unidos Represa		2.675	6.700	2.505
Changheba Convencional	China	Represa	2.600	3.675	1.413
Paulo Afonso IV Convencional	Brasil	Represa	2.460	3.504	1.424
Bakun Dam Convencional	Malasia	Represa	2.420	7.031	2.905
Son La Dam Convencional	Vietnam	Represa	2.400	3.288	1.370
Tocoma Convencional	Venezuela	Represa	2.160	6.414	2.969
Itumbiara Convencional	Brasil	Represa	2.082	3.060	1.470
Hoover Dam Convencional	Estados Unidos Represa		2.080	843	405
Bureya Dam Convencional	Rusia	Represa	2.010	1.512	752
Karun III Dam Convencional	Iran	Represa	2.000	3.984	1.992
Teles Pires Convencional	Brasil	Represa	1.820	2.081	1.143
Coca Codo Sinclair	Ecuador	Represa	1.500	2.966	1.977

	Convencional					
	Piedra del Águila	Argentina	Represa	1.400	2.412	1.723
Fuente:	Convencional					
	San Carlos	Colombia	Represa	1.240	1.995	1.609
	Convencional					
	Guavio	Colombia	Represa	1.213	4.825	3.978
	Convencional					
	Chivor 1 y 2	Colombia	Represa	1.000	1.400	1.400
	Convencional					
	Hidrosogamoso	Colombia	Represa	820	2.231	2.721
	Convencional					
	Porce III	Colombia	Represa	660	1.709	2.589
	Convencional					
	Betania	Colombia	Represa	540	1.524	2.822
	Convencional					
	El Quimbo	Colombia	Represa	400	1.275	3.188
	Convencional					
	Máximo				**52.118**	**9.386**
	Promedio				**9.892**	**2.293**
	Mínimo				**843**	**405**

Peritazgo Suramericana

4.5.15 Análisis del valor del proyecto por múltiplos.

La metodología de múltiplos parte de expresar el valor de una compañía a razón de uno de sus principales parámetros e indicadores financieros. Los múltiplos son referencias que usa el mercado con base en transacciones de compañías comparables y cotización de compañías en mercados públicos de valores. Entre los principales parámetros utilizados en la metodología de múltiplos está el EBITDA, ventas y utilidad neta. La valoración por múltiplos consiste en tomar los parámetros que hay en el mercado bien sea por transacciones de compañías comparables o por cotizaciones de precios en bolsa para estimar el valor de una compañía.

Si bien en la literatura financiera, los múltiplos son considerados una metodología de valoración, en la práctica son utilizados más para validar resultados de metodologías más precisas como flujo de caja libre descontado. Es válido afirmar que las empresas que operan en una industria tienen varios aspectos en común, pero es impreciso decir que su valoración puede ser estandarizada, pues existen muchas variables que inciden en la capacidad

que tiene una compañía para generar flujos de caja. Variables como geografía, liquidez, tamaño, acceso a recursos, entre otras, hacen que sea necesario evaluar a detalle una compañía para determinar su valor justo como empresa en marcha.

En conclusión, la valoración por múltiplos es válida para comparar los resultados de una valoración de una empresa en marcha realizados con metodologías como la de flujo de caja libre descontado, con empresas de características similares o transacciones precedentes. Sin embargo, una valoración por múltiplos no es una herramienta para determinar el lucro cesante de un proyecto ni el mayor valor de la inversión. Como se ha definido antes, el lucro cesante es el resultado de las utilidades dejadas de percibir en un periodo de tiempo debido a un incumplimiento, con una valoración por múltiplos no es posible determinar las utilidades dejadas de percibir, ni muestra cual es mayor valor de la inversión derivado de acciones de las partes del proyecto.

Adicionalmente, la metodología empleada por la Universidad Nacional de utilizar la valoración por múltiplos para determinar la destrucción de valor de un proyecto, suponiendo que este fuera a ser adquirido por un tercero, resulta imprecisa y distorsionante, dado que, si el proyecto estuviera en venta, la generación o destrucción de valor estaría dada por el precio real pagado en la potencial transacción.

R/: Respecto de los últimos dos argumentos presentados, si bien en el caso concreto, la técnica de múltiplos utilizada por la Universidad Nacional provee un contexto que permite comparar algunas empresas similares y determinar un costo estimado por KW, lo cierto es que como puede verse en el Auto de imputación, dicho ejercicio no fue utilizado para efectos de valorar el daño, motivo por el cual los argumentos dirigidos a desvirtuar dicha metodología resulta impertinentes para desvirtuar la existencia del daño al patrimonio del Estado, establecido en esta causa fiscal.

4.5.16 Conclusiones frente a la crítica al informe de la Universidad Nacional como fuente de valoración del supuesto detrimento patrimonial

- *El Auto de Imputación adopta como supuesto perjuicio un impacto económico que está basado en simples conjeturas o hipótesis y que, por tanto, está desprovisto de la certeza que exigen las reglas aplicables en materia de responsabilidad fiscal.*

- *El Auto de Imputación establece de forma completamente artificial el concepto de fecha de corte del daño.*

- *En el Auto de Imputación no se presenta ningún análisis sobre la personalidad del daño. El análisis de la personalidad del daño es indispensable para establecer no solo la cuantía, sino también el titular de una eventual compensación.*

- *El informe de la Universidad Nacional no cumple con el objeto contratado y por ende no establece la motivación de por qué se dieron los diferentes ajustes en la inversión ni de*

los incrementos.

- *Como se ha establecido previamente, no resulta apropiado llevar a cabo una comparación de los modelos en cuestión, ya que los mismos toman como base diferentes supuestos macroeconómicos, proyecciones del MPODE de generación y precio de energía, supuestos del Opex, Capex, tasa de impuestos, entre otros. Por tanto, las inferencias realizadas sobre los mismos están equivocadas.*

- *Las variables que son utilizadas como parámetros base para la proyección de los ingresos, costos y gastos, en última instancia pueden ser afectadas por factores totalmente ajenos al proyecto, tales como cambios en la regulación fiscal o variaciones en las tasas de cambio, hacen que las variaciones resultantes de los modelos no sean atribuibles a ningún actor del proyecto.*

- *Los cálculos de la estimación del impacto histórico y futuro presentados en el informe de la Universidad Nacional utilizan como referencia el modelo Línea Base, el cual se basa en un presupuesto de referencia (Apéndice N° 1 del Contrato BOOMT), no tiene encuenta importantes rubros de la inversión, hace una estimación preliminar del OPEX que sería detallada posteriormente por un experto y una asunción de impuesto de renta con beneficio de zona franca, que estaba por definirse. Por lo tanto, dado que los parámetros fundamentales estaban por determinarse, el modelo Línea Base, no se puede considerase como el punto de referencia.*

- *De acuerdo con el contrato BOOMT, la **única** finalidad del modelo Línea Base reglamentado en los anexos era la de servir como herramienta para determinar la remuneración que recibiría Hidroituango una vez entrada en operación comercial de la primera unidad.*

- *No se tuvo en cuenta que para la época en que ocurrió la contingencia no existía certeza de la disponibilidad de la línea de conexión y de activos de conexión del Proyecto al sistema de transmisión nacional de energía, requisito indispensable para que el Proyecto pudiera entrar a generar energía y recibir ingresos. Tanto la Universidad Nacional como el Auto de Imputación asumieron, sin que exista prueba de ello, que el Proyecto habría estado en condiciones de comercializar energía si no se hubiesen presentado las conductas atribuidas a los imputados.*

- *La Universidad Nacional toma erróneamente el modelo Línea Base para determinar el supuesto daño o pérdida, sin tener en cuenta que este modelo no se construyó con el objetivo de ser una base para la toma de decisiones de inversión y/o realización del proyecto, dado que en ningún caso se puede demostrar esta finalidad. Si no, que dicho modelo se estructuró con la única finalidad de ser corregido una vez concluida la construcción y así poder determinar la remuneración, la cual se determinaría como un porcentaje de los ingresos del proyecto, que pagaría el contratista a Hidroituango.*

- *El informe de la Universidad Nacional pretende determinar una pérdida de valor del COP$, -7.045,76 Miles de MM comparando modelos que cuentan con parámetros*

macroeconómicos, MPODE (generación y precio de energía), supuestos de OPEX, tasa impositiva y valor de las inversiones completamente diferentes, lo que trae como resultado que los flujos de caja de los modelos no sean comparables entre sí. Es decir que, bajo la metodología utilizada por la Universidad Nacional, solo por las diferencias entre supuestos, no atribuibles a ningún actor, sino a las condiciones propias del mercado, se genere una diferencia en el Valor Presente Neto y un lucro cesante.

- *Tomando como referencia los modelos de Inverlink que la Universidad Nacional utilizó para determinar el mayor valor de inversión histórico de COP$ 2,97 billones, se puede observar que en el Modelo 1 elaborado en 2011 el total de la inversión para el proyecto incremento del COP$ 2,03 billones (33.3%), pero CCCI solo empezó a ser parte del proyecto Hidroituango desde el 1 de octubre de 2012. Suponiendo que el cálculo realizado por la Universidad Nacional del impacto del mayor valor de la inversión fuera correcto, no sería viable afirmar que CCCI tiene responsabilidad por hechos que ocurrieron antes de que este entrara el proyecto.*

- *Es erróneo defender que se ha incurrido en un "daño o pérdida" porque ninguna de las partes ha sufrido un detrimento. EPM sigue con su expectativa de una TIR del 11,7% de acuerdo con lo establecido en el contrato BOOMT y para Hidroituango no se ha determinado el valor de la remuneración a que tendría derecho potencialmente, por lo tanto, no se puede determinar si este ha sufrido una pérdida. Además, es tan cierto esta aseveración que desde el contrato BOOMT Hidroituango contempla la posibilidad de tener una remuneración igual a cero y ampliar el plazo para la transferencia del activo.*

- *Entendiendo el lucro cesante como la ganancia dejada de percibir por un incumplimiento o retraso en el cumplimiento, la metodología utilizada por la Universidad Nacional para determinar el lucro cesante, es errónea ya que el Lucro Cesante solo se genera por las utilidades dejadas de percibir durante un periodo de tiempo, sin tener en cuenta ningún tipo de inversión inicial ni costo del daño por el cual se presentó la no posibilidad de generar ganancias.*

- *Tomando como referencia el WACC como metodología para descontar flujos de caja y evaluar la viabilidad financiera de un proyecto o inversión, es preciso concluir, fundamentados en la condición de tasa de mercado, que una tasa de descuento no puedeser unificada para evaluar escenarios de un proyecto a través del tiempo, pues las condiciones macroeconómicas, fiscales y de expectativas de mercado cambian, por lo tanto, las expectativas de retorno también se deben ajustar.*

- *Tomar como metodología para evaluar un proyecto una tasa garantizada puede generar distorsiones en los resultados a analizar, pues las condiciones de ciclo económico y de mercado pueden tener expectativas distintas con respecto a lo que se está garantizado, lo que genera mediciones incorrectas de generación o destrucción de valor.*

- *La valoración por múltiplos como metodología única de evaluación no es precisa,*

pues implícitamente se están generalizando supuestos que no son comparables entre las compañías y economías que usa la Universidad Nacional como base. Los múltiplos son más una metodología de validación y su uso exclusivo para este tipo de análisis es altamente riesgoso, pues se está dando una medición muy generalizada de un análisis que requiere alta precisión y análisis de todas las variables involucradas.

- Por último, si se tomara un análisis más amplio del costo por KW, se determinaría que el costo por kW está dentro del rango para los proyectos con características similares y muy inferior a los comparables en Colombia, los cuales se desarrollaron en el mismo entorno.

Finalmente, es necesario resaltar que la Contraloría Delegada Intersectorial 9, cometió un grave error procesal, al dar al informe de la Universidad Nacional, la categoría de "prueba por informe" según lo estipulado en los artículos 275, 276 y 277 del CGP, sin que el supuesto "informe" haya sido con base en documentos que reposaban en la Universidad Nacional, sino que fue con base en los modelos de Inverlink que le remitió la misma Contraloría. Al parecer, la Contraloría prefirió cometer el yerro procesal, en vez de permitir el derecho a la contradicción del mismo. En este sentido y con base en lo estipulado en el artículo 262 del CGP, este documento denominado "informe" deberá ser ratificado por sus autores.

Para ratificar las ya de por sí evidentes contradicción y equivocaciones del "informe" de la Universidad Nacional, se aporta con este escrito un dictamen pericial de parte elaborado por el Doctor Julio Villareal Navarro, quien es el autor del modelo que de manera irresponsable fue adoptado por quien rinde el "informe" para justificar un inexistente daño patrimonial. En caso que nuevamente se pretenda desconocer el derecho de defensa de mis representados, este informe deberá ser tomado como prueba documental y se solicita igualmente el testimonio técnico del autor del modelo indebidamente adaptado.

Concluye el Dr. Villarreal Navarro que la cuantificación del daño carece de rigurosidad técnica y del entendimiento de los negocios al basar sus estimaciones en una comparación de dos escenarios netamente determinísticos de un proyecto que ni siquiera ha finalizado su etapa pre-operativa y que estas estimaciones se hacen a partir de dos modelos que no fueron realizados para valorar el proyecto Hidroituango y que no son comparables entre sí.

Adicional a esto, la estimación del daño descarta de tajo la posibilidad de ingresos por las pólizas contratadas para manejar el riesgo del proyecto. También, los modelos son sensibles a parámetros exógenos como WACC, ingresos de pólizas, supuestos macroeconómicos, tasa impositiva, entre otros, donde dichos parámetros no relación con las mayores inversiones o la entrada tardía del proyecto.

Ahora bien, independientemente de la inexistencia de contribución causal del Consorcio CCC Ituango en los eventos que se debaten, la CGR no toma en cuenta que los grandes proyectos de infraestructura por su complejidad y riesgo inherente presentan desviaciones razonables en cuanto a su costo y tiempo de construcción, que estas se encuentran dentro del marco estándar para los proyectos de Hidroeléctricas y que el foco central del entendimiento de los negocios no es cuánto más ha costado la inversión inicial o los

ingresos dejados de recibir, sino que los ingresos futuros permitan compensar estas inversiones e ingreso

R/: Respecto de las conclusiones a las que se refiere en este acápite el apoderado, es necesario destacar que las mismas ya fueron desvirtuadas líneas atrás, motivo por el cual el Despacho se remite a lo allí consignado.

Ahora bien, en lo que respecta a la afirmación del apoderado conforme a la cual este Delegada: *"cometió un grave error procesal, al dar al informe de la Universidad Nacional, la categoría de "prueba por informe" según lo estipulado en los artículos 275, 276 y 277 del CGP, sin que el supuesto "informe" haya sido con base en documentos que reposaban en la Universidad Nacional, sino que fue con base en los modelos de Inverlink que le remitió la misma Contraloría".*

Dicha afirmación, no resulta consistente con la realidad procesal ni con lo sostenido en múltiples oportunidades por este Despacho. Por lo que en este punto se reitera que el Informe rendido por la Universidad Nacional en desarrollo de la actuación especial adelantada por la Delegada de Minas y Energía de la Contraloría General de la República, se le dio el tratamiento de Informe Técnico de conformidad en lo establecido en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011. Distinto es que dado que dicha norma no establece de manera expresa como debe realizarse la contradicción del mismo, en virtud del reenvío normativo que permite realizar el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 en relación con los aspectos no regulados en la norma especial, se haya acudido al Código General del proceso y por analogía y acudiendo al medio probatorio que más se asemeja se concluya que en contra del mismo se pueden formular solicitudes de aclaración y complementación en los términos del artículo 277 del CGP.

Lo que demuestra que se trata de una tergiversación del apoderado, que no puede llevar a la conclusión de que el Informe debe ser ratificado por quienes lo rindieron. De otra parte, el apoderado afirma que:

"Para ratificar las ya de por sí evidentes contradicción y equivocaciones del "informe" de la Universidad Nacional, se aporta con este escrito un dictamen pericial de parte elaborado por el Doctor Julio Villareal Navarro, quien es el autor del modelo que de manera irresponsable fue adoptado por quien rinde el "informe" para justificar un inexistente daño patrimonial. En caso que nuevamente se pretenda desconocer el derecho de defensa de mis representados, este informe deberá ser tomado como prueba documental y se solicita igualmente el testimonio técnico del autor del modelo indebidamente adaptado.

Sobre esta afirmación el Despacho incorporó al plenario como prueba documental de orden técnico, el documento suscrito por el profesor Villarreal, esta prueba tal y como pudo observarse líneas atrás fue valorada por este Despacho.

Sin embargo, alega el apoderado que en caso de que "nuevamente se pretenda desconocer el Derecho de Defensa…", se trata de una afirmación infundada que radica en el hecho de que las conclusiones de este Despacho no han sido

favorables a los intereses de los miembros del consorcio contratista, pero ello en ninguna medida puede implicar que el Despacho haya obrado cercenando derechos fundamentales de los vinculados a esta causa fiscal. Por el contrario, este Despacho en todo momento ha respetado el debido proceso y derecho de defensa, pues ha permitido siempre, de conformidad con lo establecido en la Ley especial aplicable que en los momentos establecidos para ello se formulen argumentos de defensa, se soliciten y aporten pruebas, formulen nulidades, y todas las decisiones de este Despacho se han tomado dentro del marco que establece la Ley especial y teniendo como derrotero las interpretaciones jurisprudenciales pertinentes.

Ahora bien, llama la atención que el apoderado afirme que se solicita igualmente el tetimonio técnico del autor del "modelo indebidamente adaptado" y considera además que el profesor Villarreal es el autor del modelo que de manera irresponsable fue adoptado por quien rinde el "informe" para justificar un inexistente daño patrimonial.

En este punto, el apoderado quiere hacer parecer que el uso del método de valuación del Valor Presente Neto puede ser apropiado por alguien en particular[186], cuando como se demostró a lo largo de este escrito se trata de un método descrito en la literatura financiera mundial y ampliamente utilizado tanto por CIADI como por el DNP, el Consejo de Estado y la contaduría General entre otras. Así mismo, es claro que con la afirmación del apoderado no se aporta acto administrativo alguno que reconozca un derecho de propiedad industrial en favor del señor Villarreal en relación con este método de valoración de inversiones.

Ahora bien, el calificativo de "irresponsable" no obedece como mal lo quiere hacer ver el apoderado al hecho de que el informe técnico realizado por la Universidad Nacional contenga errores o imprecisiones, todo lo cual se desvirtuó líneas atrás, sino al hecho de que el apoderado no comparte las conclusiones del mismo ni el hecho de que este Despacho haya encontrado probado en los términos explicados líneas atrás, el daño al patrimonio del Estado en la presente causa fiscal, simplemente por cuanto ello no resulta favorable a los intereses de sus poderdantes.

Concluye el Dr. Villarreal Navarro que la cuantificación del daño carece de rigurosidad técnica y del entendimiento de los negocios al basar sus estimaciones en una comparación de dos escenarios netamente determinísticos de un proyecto que ni siquiera ha finalizado

[186] En este punto resulta necesario recordar el contenido del artículo 7 de la DECISIÓN 351 de 1993 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos que reza: *Artículo 7.- Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.*
No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

su etapa pre-operativa y que estas estimaciones se hacen a partir de dos modelos que no fueron realizados para valorar el proyecto Hidroituango y que no son comparables entre sí.

Como se demostró líneas atrás, los modelos sí resultan comparables

Continúa el apoderado afirmando que:

"no toma en cuenta que los grandes proyectos de infraestructura por su complejidad y riesgo inherente presentan desviaciones razonables en cuanto a su costo y tiempo de construcción, que estas se encuentran dentro del marco estándar para los proyectos de Hidroeléctricas y que el foco central del entendimiento de los negocios no es cuánto más ha costado la inversión inicial o los ingresos dejados de recibir, sino que los ingresos futuros permitan compensar estas inversiones e ingreso"

El Despacho en ningún momento desconoce que puedan existir desviaciones en un macroproyecto, pero como la misma defensa lo dice estas deben ser razonables. En el caso concreto, conforme al modelo inicial el proyecto debió costar la suma de 6. 09 billones lo que equivale sin embargo a junio de 2019 ya iba en 9.9. billones invertidos y un costo estimado de 13 billones, lo que representa una variación de 114.94% y a diciembre de 2020 ya iba en 16 billones lo que representa una variación de 162.7%
Lo anterior, tal y como se ha demostrado en la presente causa fiscal como consecuencia de las malas decisiones de administración y ejecución, establecidas de manera puntual en las conductas endilgadas a cada uno de los imputados en esta causa fiscal y no por situaciones que puedan ser catalogadas como eximentes de responsabilidad.

f) EL APODERADO DE LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS FORMULÓ LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS DE DEFENSA RELATIVOS AL DAÑO ESTABLECIDO EN ESTA CAUSA FISCAL EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

Inicia el apoderado alegando lo siguiente:

1. *Los daños que hipotéticamente el CTIFS pudiese haber causado a otros, que no existieron, como podría haber sido dañar un bien de un residente de la zona o dañar un bien de otro subcontratista o causar un daño a cualquier otra persona, entre ellas a la sociedad Hidroituango, como no habría sido en desarrollo de una "gestión fiscal", la obligación de responder derivaría de la ley y se estaría ante la responsabilidad civil extracontractual. Para administrar la obligación solidaria de reparar el daño que nacería para la sociedad Hidroituango, ésta constituyó una garantía amparando la responsabilidad civil extracontractual.*

R/: Frente a este primer argumento, es necesario precisar que, en el Auto de imputación se precisó de forma clara que a los miembros del consorcio CTIFS no

se les está atribuyendo responsabilidad como gestores fiscales sino por contribución o con ocasión de la gestión fiscal, en una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal. Este punto sin embargo por estar referido a la conducta y nexo de causalidad por lo que el Despacho se remite a lo que se sostiene más adelante sobre el particular.

De otro lado, es preciso anotar que los miembros del consorcio CTIFS también son sujetos del proceso de responsabilidad fiscal y que, en dicha medida están llamados a responder en caso de que, con su conducta, como ocurre en el caso concreto, contribuyan a generar el daño al patrimonio del Estado. Sobre la garantía que ampara la responsabilidad civil extracontractual, los miembros del consorcio no han solicitado la vinculación de ninguna póliza a esta causa fiscal, por lo que no ha habido lugar a realizar ningún análisis en relación con la misma.

2. *El Auto 1484 solo tiene como elemento de valoración del daño un informe que le atribuye a la Universidad Nacional; informe sin firma y sin identificación de los responsables de su elaboración, que mantuvo "engavetado" por catorce (14) meses, que tardíamente hizo público de manera selectiva (primero a unos y luego a otros); informe que, entre las varias falencias, no corresponde sino a una variación de un modelo financiero que se dice fue usado como planeación del proyecto, con hipótesis de impactos financieros en el desarrollo de proyectos, fundado en datos desconocidos para el CTIFS y no verificados por la universidad.*

   No es una valoración del daño real, cierto, presente y directo que sirva como elemento de la responsabilidad fiscal, sino que es un ejercicio de teoría financiera, que incorpora, sin juicios de valor y sin análisis alguno, gastos no planeados, cuyo resultado la Contralora asume como "daño", sin serlo. En términos reales y ciertos, el informe de la Universidad Nacional es una idea que la Contralora Delegada 09 asumió como "daño".

   Quien reclama el pago de una indemnización de perjuicios por algún daño sufrido, debe contar con todas las pruebas que determinen los elementos de cálculo de la indemnización y el causante del daño debe estar en capacidad de saber si el valor que se le reclama corresponde realmente al valor de la indemnización a su cargo. En la presente "causa fiscal" no tenemos la prueba del daño, ni los elementos de cálculo del valor de la indemnización, pero realmente sabemos que los miembros del CTIFS ejecutaron las obras contratadas, entregándolas a satisfacción en el plazo convenido, recibiendo a cambio un precio que no incluyó ninguna utilidad ni remuneración.

   Los miembros del CTIFS fueron a Ituango, ejecutaron unas obras por $140.688.523.729,72, cubiertos por unas pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual por el 20% de su valor, pero la Contraloría piensa -en el Auto 1484- que deben reparar al Estado colombiano en 4.1 billones de pesos. Como única prueba de la existencia de un supuesto daño y de su valor hay un informe de la Universidad Nacional, obtenido con violación al debido proceso.

En la página 81 del Auto 0945, con el que la Contralora Delegada 09 abrió el proceso de responsabilidad fiscal en su etapa de averiguación, se refiere al "informe de la Universidad Nacional" que tenía archivado de tiempo atrás (desde julio del 2019), para decir que, en desarrollo de un contrato suscrito con la Contraloría, había un informe entregado que "concluyó que como consecuencia del pago de los mayores valores atrás descritos, se dio una pérdida o destrucción de valor del proyecto"

Por la lectura de los párrafos que siguen en el auto de apertura, trascribiendo el informe de la Universidad Nacional y sin saber las condiciones de tiempo, modo y lugar del contrato celebrado entre la Universidad y la CGR, supimos que alguien de esa Universidad, hizo comparaciones de diferentes versiones de modelos financieros, que utilizó alguna planeación inicial y concluyó elaborando una tabla cuyos indicadores -dice el informe trascrito- "no son comparables".

Luego de algunas explicaciones, hipótesis, variables, etc., en el informe se adiciona el modelo financiero del proyecto con un flujo de caja, para concluir que el impacto financiero por no haber entrado el proyecto en la fecha programada, luego de otra serie de operaciones, cálculos y consideraciones, que el mismo informe dice que no son las adecuadas, asumiendo información de EPM no verificada, depurando los modelos financieros de "Inverlink" y desechando la incertidumbre de los pagos de los seguros, arroja unos datos de los "VPN".

La determinación del daño y su valor, tomado del informe de la universidad Nacional, no es más que una idea, una teoría financiera que el Auto 1484 trasforma en daño y valor. Habíamos asumido que la única prueba del daño y su valor, con independencia de que solo se trate de una idea y teoría financiera, correspondía a lo reglado por el artículo 234 del CGP, pero no es así porque el informe responde a un contrato desarrollado por la Universidad Nacional y no a una peritación decretada de oficio al interior del Proceso de Responsabilidad Fiscal, para que el Rector de la universidad designase los funcionarios que deberían rendir el dictamen.

Entonces supusimos que estábamos frente a lo reglado por el artículo 117 de la ley 1474, según el cual la CGR podría haberle pedido a la Universidad Nacional que, de manera gratuita, rindiera un informe como prueba destinada "a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso". Sin embargo, como el informe ni es gratuito ni está destinado a probar hechos, también tuvimos que desechar esta hipótesis. Mis representadas quedaron vinculadas al proceso de responsabilidad fiscal después de que había caducado la acción fiscal, sin ser "gestores fiscales", por haber incurrido en conductas que nunca se podrían calificar de culpa grave, por un daño y un valor que solo existen como ideas, teorías e hipótesis, en pruebas que no fueron legalmente producidas, con violación del debido proceso y el derecho de defensa.

R/: En relación con este segundo argumento, el apoderado plantea diferentes situaciones:

De un lado considera que el Despacho finca el daño en un informe que “le atribuye a la Universidad Nacional; informe sin firma y sin identificación de los responsables de su elaboración, que mantuvo "engavetado" por catorce (14) meses, que tardíamente hizo público de manera selectiva (primero a unos y luego a otros)”
En primer término, el informe fue realizado por la Universidad Nacional en virtud del contrato celebrado entre dicha institución educativa y este órgano de control, se trata de un informe solicitado a una institución, por lo que no implica que el mismo debiera estar firmado. En cualquier caso, las hojas de vida de quienes intervinieron en su desarrollo se encuentran a folio16848 del expediente.

En segundo término, no atiende a la realidad el hecho de que el informe hubiera estado “engavetado”, pues el mismo fue practicado en desarrollo de la actuación Especial, allegado dentro de los soportes de dicha actuación especial y ha obrado desde que se abrió el proceso en el plenario. El mismo puede consultarse en la siguiente ruta: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\4. Informes entregados por el equipo de la Universidad Nacional de Colombia.

De igual forma, al mismo se hizo alusión desde el auto de apertura del proceso de fecha 8 de noviembre de 2019.

Llama la atención que el apoderado considere que estuvo engavetado entre junio de 2019 y la fecha en que se corrió traslado del mismo (Auto 943 de 8 de septiembre de 2020), lo anterior por cuanto entre junio de 2019 y noviembre de 2019 no podría habérsele dado a conocer a los integrantes del consorcio CTIFS por la potísima razón de que no existía proceso de responsabilidad fiscal en su contra. Ahora bien, entre noviembre de 2019 y septiembre de 2020 el Informe siempre estuvo en el plenario y podría haber sido conocido desde antes por los apoderados. Este argumento de defensa más que demostrar una irregularidad del Despacho lo que muestra es el desconocimiento del profesional del Derecho de las pruebas que obran en el mismo.
Cabe recordar que el traslado se corre no para que los presuntos y apoderados conozcan el contenido del informe pues en casos como el que nos ocupa su contenido pudo haber sido conocido desde antes, sino para efectos de que desarrollen el derecho de defensa y contradicción a través de la formulación de aclaraciones y complementaciones al mismo.
De igual forma asevera el apoderado pero no lo desarrolla, que el informe adolece de errores, sobre este punto como puede apreciarse a lo largo de este escrito se trata de una afirmación infundada.
Continúa el apoderado alegando que el informe se realiza sobre “un modelo financiero que se dice fue usado como planeación del proyecto, con hipótesis de impactos financieros en el desarrollo de proyectos, fundado en datos desconocidos para el CTIFS y no verificados por la universidad”.

En relación con este punto, se encuentra demostrado que el modelo fue utilizado como planeación del proyecto, fue el modelo entregado por EPM en desarrollo de la actuación especial y es el que permite de conformidad con la visión que tenía el inversionista, aplicar el método de valoración del VPN y del análisis marginal realizado por la Universidad Nacional para establecer que el VPN es negativo, lo que valorado de cara al contexto fáctico específico y probado que permitió demostrar las circunstancias que llevaron a realizar las mayores inversiones y que permitió calificarlas como injustificadas. Así mismo, el Despacho no se limitó a observar las conclusiones del informe de la Universidad Nacional, producto de la comparación de los modelos, los cuales valga anotar año a año se actualizan con los datos ciertos de ejecución, sino que además se procedió a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales.

Adicional a lo anterior, tampoco se ajusta a la realidad la aseveración conforme a la cual el Despacho únicamente fincó el daño en el informe técnico de la Universidad Nacional. Con dicha afirmación el apoderado demuestra una comprensión sesgada del auto de imputación que pretende leer de manera separada el acápite de daño y la valoración del mismo a través del método de VPN, para hacer parecer que se trató de un ejercicio financiero abstracto desprovisto de mayores análisis.

Frente a lo anterior, cabe recordar, como se dijo en precedencia que para efectos de considerar que se trata de un daño cierto, el Despacho estableció de manera precisa cuáles fueron los hechos generadores tanto de **las mayores inversiones como de la no entrada en funcionamiento del proyecto en la fecha programada**. Así mismo y en atención a dichos hechos se procedió a identificar las conductas antieconómicas, ineficaces, ineficientes, que no se dirigieron a cumplir los fines del Estado insertos en el proyecto y que pueden ser calificadas a título de culpa grave, que los generaron concluyendo que se trata de acciones y/u omisiones concurrentes atribuibles a los imputados y que fueron idóneas y determinantes para que se diera el daño al patrimonio del Estado.

De igual manera y tal y como se ha explicado tanto a lo largo de esta providencia como en al auto 1484 de 2020, este Despacho no ha identificado situaciones que puedan constituirse como eximentes de responsabilidad o que puedan llegar a desvirtuar el daño en esta causa fiscal.

De donde para el Despacho es clara la razón de esas mayores inversiones y como las mismas tienen un nexo de causalidad con las conductas endilgadas a cada uno de los imputados.

Adicional a lo anterior, no resulta claro por qué el apoderado considera que el informe técnico obrante en el plenario se rige por lo dispuesto en el artículo 234 del CGP que se refiere a la peritación de entidades oficiales, pues ello denota un desconocimiento de la norma especial aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, siendo evidente, tal y como se ha expresado a lo largo de esta causa que se trata de un informe técnico en los términos del artículo 117 de la Ley 1474 de 2011.

Afirma además el apoderado en relación con el hecho de que se trate de un informe técnico lo siguiente: “Sin embargo, como el informe ni es gratuito ni está destinado a probar hechos, también tuvimos que desechar esta hipótesis”, pues contrario a lo sostenido por el apoderado, el informe técnico sí se relaciona con la comprensión desde la experticia financiera de las mayores inversiones y sus efectos económicos, así como de los efectos económicos de la no entrada en operación de la hidroeléctrica, lo cual sin duda interesa al proceso.

Es importante precisar que este argumento ya fue resuelto En Auto 1346 de 12 de noviembre de 2020 (Fl. 16478 y ss.), al referirse el Despacho a las solicitudes de aclaración y complementación al informe técnico. Por lo que se procede a reiterar lo allí sostenido así:

Cabe precisar que el informe de la Universidad Nacional, es un insumo que fue entregado en desarrollo de una actuación especial adelantada por la Contraloría Delegada de Minas y Energía. Dicha actuación se rige por lo previsto en la Resolución Reglamentaria Orgánica 0024 de enero 9 de 2019 por medio de la cual se reglamenta la actuación especial de fiscalización.

En dicha resolución, artículo 7 expresamente se consigna que: *"El equipo de trabajo adelantará a partir de los procedimientos previamente aprobados, la práctica de las pruebas necesarias, aplicando técnicas y herramientas, a fin de obtener la evidencia que soportará los resultados y hallazgos de la actuación especial realizada. (...)"*

De donde resulta claro, que el equipo de trabajo de la actuación podía perfectamente utilizar los servicios de la Universidad Nacional para la práctica de las pruebas necesarias, entre ellas el informe.

De igual forma en el Disco duro obrante en el plenario, Carpeta 65 obran las actas de reunión con la Universidad Nacional, en las cuales se precisan los puntos solicitados por la contraloría para la elaboración de dicho informe.

Ahora bien, cabe anotar el tratamiento procesal como informe técnico, dado por el Despacho al entregable de la Universidad nacional, surge de la Ley y responde a la naturaleza técnica del producto allegado por la Universidad Nacional, por lo que el Despacho consideró en virtud de lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 y en garantía del Derecho de defensa, que al reunir el documento presentado por la Universidad Nacional las características de un informe técnico, debía ser puesto a disposición de los sujetos procesales para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, mediante la solicitud de aclaraciones y complementaciones, en los términos del artículo 277 del C.G:P, aplicable por remisión del art 66 de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, respecto de la gratuidad del informe técnico, es necesario precisar que la gratuidad se predica del servicio, lo que no obsta para que se realicen reconocimientos económicos en relación con los gastos en que se tenga que incurrir para la elaboración del informe.

Así mismo, la norma indica que "podrá" solicitar a las entidades públicas para que de forma gratuita realicen el informe, lo que no obsta para que la entidad pública en el marco de la Ley suscriba convenios y/o contratos interadministrativos, como

ocurrió en el caso concreto y que producto de los mismos se desarrollen informes de naturaleza técnica.
Adicional a lo anterior, es preciso anotar que ni el concepto de la oficina jurídica de la Contraloría General -el cual se recuerda de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del CPACA no resulta de obligatorio cumplimiento-, ni lo sostenido en la sentencia que se cita en dicho concepto, dicen nada acerca de que se afecte la validez del informe sino que se refieren a otro tipo de consecuencia cual es el hecho de que eventualmente, se genere una responsabilidad fiscal en cabeza de quien realice el pago.
Por todo lo anterior, este argumento tampoco está llamado a prosperar.

3. La estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se hacen juicios de valor y exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido. Existe diferencia entre aquellos supuestos en que la fuente de ganancia y la ganancia existían con anterioridad al daño y la que no. Dicho lo anterior, no acierta la Contraloría en el Auto 1484, al entender por "lucro cesante" el dinero dejado de recibir por HIDROITUANGO y EPM por no tener una hidroeléctrica que no tienen y que querían tener en noviembre de 2018, calculado sobre las consecuencias por incumplir compromisos de vender lo que no tenían. El daño nace del deseo. Las anteriores premisas jurídico-legales permiten observar, sin esfuerzo alguno, las graves falencias del informe de la Universidad Nacional como prueba del daño y su valor, independientemente de que se trate de una prueba obtenida con violación del debido proceso.

R/: Sobre este punto no le asiste razón al apoderado al establecer que el daño nace del deseo, pues a diferencia de lo que puede ocurrir en otros proyectos que no han entrado en operación, en el presente caso Hidroituango contaba con una obligación de entrada en una fecha esperada y tenía unas obligaciones de energía en firme, habiéndose establecido desde la subasta de energía el costo por KW.
Alega además el apoderado que:

4. En la página 61 del Auto 1484 se dice (subrayo y resalto): "En este punto, es importante anotar que desde el año 2002, tal y como puede observarse en las actas de junta directiva, se había considerado a EPM como un contratista potencial para desarrollar el proyecto, sin embargo, en dicha fecha EPM había manifestado resistencia a participar en el provecto toda vez que consideraba que el mismo podía generar un VPN negativo" "ver Acta de junta directiva de Hidroituango No 38 en donde se lee lo siguiente:

"Finalmente, concluyeron los funcionarios de EPM: El Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango no es viable económicamente bajo ninguno de los escenarios analizados. Todos arrojan un VPN negativo que oscila entre 290 y

630 millones de dólares que con respecto a la inversión representan valores de rentabilidad del orden del 20 al 42%. No se considera conveniente adelantar estudios complementarios que eliminen las incertidumbres ya que sus resultados no mejoran ostensiblemente los índices económicos"

Sí antes de iniciar el proyecto el VPN era negativo, ¿cuál es la razón para definir el daño como el VPN negativo?.

R/: Llama la atención esta afirmación que realiza el apoderado pues la misma surge de no haber comprendido ni el contexto fáctico ni la valoración del daño en esta causa fiscal. El daño no se definió como un VPN negativo, el mismo se definió como destrucción del valor de la inversión y lucro cesante por la no entrada en operaciòn. Así mismo es necesario precisar que el contrato BOOMT se suscribió hasta 2011 y el modelo utilizado como línea base por la Universidad Nacional no mostraba en esa época un VPN negativo, los modelos que fueron corridos anualmente mostraron las inversiones realizadas y del análisis marginal, se determinó que el proyecto daba un valor del VPN negativo. Lo que valorado de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional en el contexto fáctico específico y probado que permitió demostrar las circunstancias que llevaron a realizar las mayores inversiones y que permitió calificarlas como injustificadas. Así mismo, el Despacho no se limitó a observar las conclusiones del informe de la Universidad Nacional, producto de la comparación de los modelos, los cuales valga anotar año a año se actualizan con los datos ciertos de ejecución, sino que además se procedió a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales.
Para tal fin se revisó con el apoyo técnico designado a esta causa fiscal, el contenido de estos últimos, desde el periodo 2011 a junio de 2019, tanto en la liquidada empresa EMP ITUANGO, como en EPM, encontrando que dichos costos se revelaban en la cuenta **Construcciones en Curso**, inmersa en la Cuenta Propiedad, Planta y Equipo de las referidas sociedades, estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero.
Así mismo, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, por lo que existe un retraso consolidado en la entrada en operación, que ha generado también un lucro cesante.

De todo lo anterior, el Despacho encontró que el daño era cierto y se encontraba probado y cuantificado en debida forma, por lo que el argumento planteado por el apoderado no está llamado a prosperar.
Continúa el apoderado aseverando lo siguiente

5. *- En la página 116 del Auto 1484 se dice:*

> *"Así mismo, vale la pena anotar que la Universidad Nacional utilizó como modelo de base, para realizar la comparación con los demás modelos el modelo Inverlink, lo que justificó en el hecho de que el mismo fue el que dio el cierre financiero al proyecto Como resultado de dicho informe, concluye la Universidad Nacional que en la medida en que las inversiones del proyecto fueron escalando año a año, de manera correlativa fue disminuyendo el Valor presente neto hasta generar un valor negativo. Lo que se traduce en el hecho de que los valores invertidos hasta junio de 2019 no van a ser recuperados cuando la Hidroeléctrica entre en funcionamiento, lo anterior, se repite, teniendo en cuenta la totalidad del plazo de los 50 años del contrato BOOMT."*
>
> *¿Por qué se parte del "deseo" de ingresos de un proyecto para determinar el valor del supuesto daño' ¿lo que se quiere determinar es el daño emergente o la frustración emocional? Si se suspendiera o cancelara el sorteo de una lotería, los compradores tendrían derecho a ser indemnizados por no ganarse lo que se deseaban ganar?*

6. *Por la lectura de los párrafos que siguen, trascribiendo otra vez el informe de la Universidad Nacional y sin saber las condiciones de tiempo, modo y lugar del contrato celebrado entre la Universidad y la CGR, supimos que alguien de esa Universidad, hizo comparaciones de diferentes versiones de modelos financieros, que utilizó alguna planeación inicial y concluyó elaborando una tabla cuyos indicadores -dice el informe trascrito- "no son comparables".*

   Luego de algunas explicaciones, hipótesis, variables, etc., en el informe se adiciona el modelo financiero del proyecto con un flujo de caja, para concluir que el impacto financiero por no haber entrado el proyecto en la fecha programada, luego de otra serie de operaciones, cálculos y consideraciones, que el mismo informe dice que no son las adecuadas, asumiendo información de EPM no verificada, depurando los modelos financieros de "Inverlink" y desechando la incertidumbre de los pagos de los seguros, arroja unos datos de los "VPN", que es lo que el Auto 1484 califica como "daño" por la pérdida de valor frente a algunos cálculos proyectados años atrás Luego se ocupa el Auto 0945 de liquidar el lucro cesante, entendiendo por tal el dinero dejado de recibir por no tener una hidroeléctrica que no tiene. Esta es una teoría jurídica sin fundamento.

R/: En relación con los argumentos esgrimidos en los numerales 5 y 6 anteriores, lo que plantea el apoderado, viniendo de quien representa los intereses de personas jurídicas que han sido contratistas de Estado resulta contrario al papel que la

jurisprudencia del Consejo de Estado le ha reconocido al contratista como un "colaborador de la administración para la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado.

En efecto, es preciso anotar que el modelo financiero se erige como expresión del principio de planeación pues es el que permite estimar en proyecto de largo plazo los costos y los tiempos requeridos para realizar un proyecto determinado.

En este sentido lo plasmado en el modelo no es un "deseo", en este punto, resulta necesario recordar en qué consistió el método de valuación utilizado en esta causa fiscal:

En el contexto anterior, resulta necesario recordar que el valor presente Neto es un instrumento de valoración económica ampliamente usado, *"El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad" "...representa la equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto"* (Mokate, 2003).

En este sentido, y dado que la gestión fiscal incluye también el conjunto de actividades económicas tendientes a la adecuada y correcta administración de bienes y rentas públicas dirigidos siempre a cumplir los fines esenciales del Estado, El VPN, como instrumento de valoración económica resulta adecuado para calcular el valor del daño, dando certeza de su cuantía. Es un instrumento que permite medir en grado de certeza la valoración de un proyecto, obra o negocio de tal modo que permita tomar las decisiones bien de continuidad o bien de corrección que el asunto demande. Es decir, es ante todo un mecanismo basado en la certeza par la toma de decisiones de inversión. Lo que por consiguiente coloca a los individuos que deciden o intervienen en esas decisiones en la debida diligencia de adoptar las decisiones correctivas a tiempo para preservar el patrimonio de la empresa o entidad.

En efecto, es necesario recordar que no solamente la Contraloría utiliza este método para determinar la cuantía de un daño a reparar, sino que la misma ha sido usada y avalada en distintos escenarios.

En efecto, es un método utilizado por el Departamento Nacional de Planeación para identificar, preparar y evaluar proyectos de inversión pública. Se utiliza también a efectos de determinar Plusvalías[187], es además un factor de selección de los contratistas en algunos contratos Estatales[188], el Consejo de Estado ha reconocido su validez a los efectos de determinar el valor de las acciones de una entidad

[187] Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00132-01(24591)

[188] El valor presente neto, entre otras cosas se utiliza como criterio de adjudicación, un ejemplo de ello puede verse en la sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

pública[189] y es usado además por CIADI a efectos de determinar la existencia de daños en cabeza de un inversionista[190].

Pero lo que resulta aún más contundente, es que para efectos contables es un medio que le permite a la Contaduría General de la Nación, a efectos de determinar el valor de los activos del Estado y de forma puntual, el valor de las inversiones que realiza.

En efecto, en el Plan General de Contabilidad Pública[191], expedido por el Contador General de la Nación, se lee:

> *9.NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD PÚBLICA*
> *9.1 NORMAS TÉCNICAS RELATIVAS A LAS ETAPAS DE RECONOCIMIENTO Y REVELACIÓN DE LOS HECHOS FINANCIEROS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y AMBIENTALES*
> *(…)*
> *131. Las diferentes bases de valuación que se definen a continuación, permiten reconocer y revelar las diferentes transacciones, hechos y operaciones, de la entidad contable pública, de tal forma que los resultados obtenidos se ajusten a los propósitos de control, rendición de cuentas, gestión eficiente y transparencia.*
> *(…)*
> *135. Valor Presente Neto. Corresponde al valor que resulta de descontar la totalidad de los flujos futuros que pueda generar un activo o un pasivo, empleando para el efecto una tasa de descuento.*

---

[189] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

[190] A manera de ejemplo puede verse: Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012

[191] https://www.contaduria.gov.co/plan-general-de-contabilidad-publica//document_library/Icr3IB7G0xlH/view_file/44037?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH_redirect=https%3A%2F%2Fwww.contaduria.gov.co%3A443%2Fplan-general-de-contabilidad-publica%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview

(…)

9.1.1 Normas técnicas relativas a los activos
141. Noción. Los activos son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general.
142. Las normas técnicas relativas a los activos están orientadas a definir criterios para el reconocimiento y revelación de los hechos relacionados con los bienes y derechos de la entidad contable pública, derivados del desarrollo de sus funciones de cometido estatal.
9.1.1.1 Inversiones e instrumentos derivados
143. Noción. Las inversiones representan recursos aplicados en la creación y fortalecimiento de empresas públicas y entidades de naturaleza privada, y en la adquisición de valores como títulos e instrumentos derivados, en cumplimiento de políticas financieras, económicas y sociales del Estado y que como consecuencia pueden generar utilidades. Esta norma también trata los instrumentos derivados con fines de cobertura de activos.
144. Las inversiones deben reconocerse por su costo histórico y actualizarse atendiendo la intención de realización, la disponibilidad de información en el mercado y, tratándose de inversiones patrimoniales, el grado de control o influencia que se tenga sobre el ente receptor de la inversión, ***mediante la aplicación de metodologías que aproximen su realidad económica, tales como:*** *el valor razonable,* ***el valor presente neto*** *a partir de la tasa interna de retorno, el método de participación patrimonial y el método del costo.*

Por lo anterior, si dicha metodología resulta avalada para determinar el valor de un activo, de una inversión en cabeza del Estado, resulta igualmente válido utilizarlo para determinar una pérdida en cabeza del Estado cuando dicha inversión no obtiene el resultado esperado y se cuenta con los medios de prueba para concluir que en el horizonte de tiempo del negocio no lo va a recuperar. Tal y como ocurre en el caso concreto en dónde se recuerda: después de 3 años de la fecha en que originalmente debería haber entrado en operación, aún NO se cuenta con una hidroeléctrica que genere siquiera 1 KW de energía, así mismo los costos de la Hidroeléctrica han superado con creces los costos inicialmente pactados y a la fecha ni siquiera la Autoridad ambiental ha levantado la medida cautelar sobre la licencia ambiental, por lo que únicamente puede avanzarse con las obras necesarias para reparar los daños ocasionados por la mal llamada “contingencia” del año 2018.

Así mismo, se trata de un método de valuación que ha sido avalado inclusive por el Consejo de Estado de cara precisamente a escenarios de **responsabilidad fiscal:**

> *"Tanto en el escrito de demanda como en aquel de la alzada, el recurrente señala que **la metodología de valoración de la sociedad gestora GESTAGUAS debía ser determinada a través de la metodología del flujo de caja libre, cuya importancia radica en el hecho de que "muestra la liquidez sobrante, generadas por la empresa después de hacer frente a las inversiones necesarias para su normal funcionamiento**."*[192]
>
> *No obstante ello, el análisis financiero realizado por la Contraloría de Bogotá partió de un procedimiento divergente, motivo por el que encontró diferencias económicas que le fueron atribuidas como perjuicio que debía ser reparado.*
>
> *Contrario a lo sostenido por el accionante, esta Judicatura encuentra que la valoración del negocio cuestionado, realizada por el órgano fiscal demandado, parte igualmente del método que éste echa de menos en su libelo introductorio y su apelación.*
> *Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explicó:*
>
> *"No hay discusión alguna en que la metodología más utilizada para la valoración de la compra de la participación accionaria es el flujo de caja libre descontando –FCLD–, aún cuando en algunos casos puedan evaluarse las compañías por la metodología del flujo de dividendos descontado –FDD–, en la medida en los que los nuevos accionistas aspiran a obtener una rentabilidad mínima frente al capital que ponen en riesgo para adelantar la inversión.*
>
> *Pero el modelo de valoración por el flujo de caja libre supone una proyección de los resultados del negocio en el tiempo, con fundamento en la operación de la empresa en cuestión y busca determinar cuál es la remuneración, por el capital que un inversionista pone en riesgo, para que el negocio se adelante. De esta forma el FCLD pretende establecer cuántos recursos disponibles tiene una empresa para remunerar el capital invertido a los titulares de la misma, esto es, a los accionistas y a los acreedores.*
>
> *(…)*
>
> *Entonces, si los administradores de AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP querían establecer el precio a pagar por el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A., debieron calcular el FCLD de la empresa, año a año, y descontar esos flujos programados en el tiempo proyectado a una tasa de interés de oportunidad*

[192] Folio 31 del cuaderno principal.

(20.27%) para nuestro caso, con lo cual se obtendría el valor base para negociar la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS."[193]

Por lo anterior, ***no puede admitirse que, como lo sostiene el demandante, la Contraloría haya aplicado un método distinto al del flujo de caja libre para deducir la existencia de daño patrimonial en la compra del paquete accionario de GESTAGUAS,*** *motivo que permite descartar el cuestionamiento"*[194]*.*

De donde resulta claro que no se trata de una metodología nueva, ni tampoco del hecho de que se parta de conjeturas o hipótesis que no se sepa si se van a dar o no en la realidad, sino que el Despacho hizo uso de un instrumento de valoración económica que permite determinar la realidad económica del proyecto y que por lo tanto dota de certeza el valor del daño calculado.

Ahora bien, la conclusión a la que llega el Despacho en relación con la certeza del daño, no se limita exclusivamente al ejercicio numérico, de orden financiero, sino que atiende además a las circunstancias fácticas del proyecto (descritas en el acápite de hechos de esta providencia), en que se da esta comparación de modelos financieros.

Es necesario precisar que las decisiones de inversión que se toman en un proyecto que se desarrolla con recursos públicos como el que ocupa esta causa fiscal y que tiene la finalidad de satisfacer un interés general de la importancia y dimensiones del que se estudia en el caso concreto, se encuentran enmarcadas necesariamente en la visión de negocio que tuvo el inversionista (En este Caso EPM e Hidroituango, este último como dueño y beneficiario del proyecto)

Cabe anotar, que el proyecto objeto de esta causa fiscal, tenía como propósito, nada más y nada menos que proveer al País del 17 % de la energía eléctrica. Dada su magnitud, el mismo intervino uno de los ríos más caudalosos e importantes del país como lo es el Río Cauca, tiene influencia sobre 12 Municipios estratégicos de Antioquia y se encuentra en una zona caracterizada desde antaño por profundas tensiones de orden social. Por lo que en este contexto resulta claro que todas las decisiones tomadas en el mismo debieron estar orientadas a obtener una hidroeléctrica con las especificaciones técnicas necesarias, la capacidad de generación de energía esperada, que cubra la demanda de energía pactada y aporte a la sostenibilidad del sistema eléctrico nacional; y por supuesto, en un

[193] Folio 8428 del cuaderno de pruebas.
[194] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00214-01

tiempo esperado o "razonable" respecto a las deviaciones presentadas, y en las condiciones de costos planeadas, lo anterior, en respuesta a los objetivos de política pública bajo los cuales fue gestado el proyecto. Como resulta evidente de la lectura de esta providencia dichos objetivos no se cumplieron, lo que permitió establecer con certeza que existió un daño en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Adicionalmente, es necesario reiterar que este Despacho también revisó la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM. estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero. En este sentido, y contrario a lo afirmado por el apoderado, el Despacho sí revisó a partir de la realidad económica que deben reflejar los estados financieros las transacciones y egresos específicos.

Así mismo, es necesario precisar que el ordenamiento interno no impone una limitación al uso del método de valoración de inversión, por el contrario, como se explicó líneas atrás lo avala aún para cuantificar el valor de los activos en cabeza del Estado. De igual forma, la jurisprudencia de las altas cortes tampoco ha considerado que este método no pueda ser utilizado y lo ha avalado por ejemplo para efectos de la determinación de una plusvalía y también determinar el valor de las acciones de una entidad pública[195]. De igual manera la forma como este

[195] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

Despacho ha establecido el daño atiende a todos y cada uno de los elementos que se exigen para que el mismo sea indemnizable.

Como puede verse en el caso concreto el daño no está, como mal lo afirma el apoderado, "*basado en conjeturas o hipótesis, desprovisto de las reglas aplicables en materia de responsabilidad fiscal.*" Sino que se basa en la realidad que muestra tanto el contexto fáctico como financiero que sirvió de derrotero para el proyecto. En efecto, se hizo uso de los modelos financieros del proyecto mismo, aceptados por las partes y no de ningún otro.

Cabe recordar que el modelo financiero en un proyecto de la envergadura del de Hidroituango es la concreción del principio de planeación, es aquél a través del cual debe poderse observar los costos y tiempos del proyecto, respecto de los cuales es exigible que atiendan con un alto grado de probabilidad a la realidad del negocio, más cuando el mismo se realiza con recursos públicos y por supuesto de su desarrollo depende la satisfacción del interés público. Se reitera en este punto que Hidroituango no representaba un interés solo local sino nacional pues con él se pretende surtir el 17% de la energía del país.

Prosigue el apoderado alegando que:

7. *Cuando terminamos de leer el informe de la Universidad Nacional la sorpresa fue grande, toda vez que el "informe Técnico" de la Universidad Nacional no decía lo que el Auto No. 0945 dice que dijo. Así se planteó a la Contralorea Delegada 09 en una solicitud de aclaraciones y complementaciones radicada el 16 de noviembre del 2020, junto con otros importantes puntos La respuesta a nuestra solicitud se consignó en el Auto 1484, imputándole a mis representadas una responsabilidad fiscal por conductas gravemente culposas por 4.1 billones de pesos, así (página 264): "25. Que el informe de la universidad nacional no se detuvo a estudiar las observaciones sobre los retrasos que se le habían hecho por la interventoría al CTIFS ni las explicaciones que se habían dado. El informe de la Universidad Nacional que se usó es el financiero que se encuentra en el plenario, en el que se le pidió a esa institución, que conforme a los modelos financieros de EPM, se estableciera el valor presente neto del proyecto. Bajo este contexto, son observaciones que escapan al objeto del informe pero como se demuestra, han sido analizadas por el despacho conforme al material probatorio." Es decir: Las razones usadas en el Auto 0945 por la Contralora Delegada 09 para establecer subjetivamente la conducta de culpa grave y vincular a mis representadas al proceso de responsabilidad fiscal son tomadas de un informe de la Universidad Nacional que no dice lo que ella aduce.*

   La determinación del daño y su valor, tomado del informe de la universidad Nacional, no es más que una idea, una teoría financiera que la Contralora Delegada pidió a la Universidad Nacional que proyectara para transformarla en un daño y su valor.

R/: El apoderado alega que el informe técnico no afirma lo que el Auto 945 dice. Considera que *"el informe de la Universidad Nacional no se detuvo a estudiar las observaciones sobre los retrasos que se le habían hecho por la interventoría al CTIFS ni las explicaciones que se habían dado*"; que "*se usó es el financiero que se encuentra en el plenario, en el que se le pidió a esa institución, que conforme a los modelos financieros de EPM, se estableciera el valor presente neto del proyecto. Bajo este contexto, son observaciones que escapan al objeto del informe pero como se demuestra, han sido analizadas por el despacho conforme al material probatorio. Es decir, Las razones usadas en el Auto 0945 por la Contralora Delegada 09 para establecer subjetivamente la conducta de culpa grave y vincular a mis representadas al proceso de responsabilidad fiscal son tomadas de un informe de la Universidad Nacional que no dice lo que ella aduce"*

Si bien la redacción del apoderado es bastante confusa, resulta pertinente en primer término precisar en qué consistía el objeto del informe desarrollado por la Universidad Nacional.

De conformidad con la AYUDA DE MEMORIA del COMITÉ TÉCNICO No. 1 Contrato Interadministrativo No. 211 del 8 de abril de 2019, realizado el día 5 de junio de 2019 entre la Universidad Nacional y la Contraloría General de la República-Delegada de Minas y Energía, se establecieron los puntos que debía desarrollar la Universidad Nacional así:

> *"Objetivo No. 1. Aplicar una metodología que permita evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, en el marco de un modelo de seguimiento al control fiscal.*
>
> *Actividad a desarrollar*
> *- Comparar los indicadores a través del ciclo del proyecto.*
> *- Indicadores: VPN, TIR, WACC, CAPEX.*
> *- Revisar la metodología de los modelos.*
>
> *Objetivo No 2. Estudiar el comportamiento de los principales rubros del CAPEX y OPEX ejecutado durante la construcción de la hidroeléctrica y su respectiva comparación con los inicialmente presupuestados.*
>
> *Actividad a desarrollar*
> *- Análisis comparativo de los valores emitidos en el objetivo número 1*
>
> *Objetivo No. 3. Realizar un análisis comparativo de las modificaciones frente al presupuesto inicial de los principales rubros del contrato BOOMT firmado entre Hidroituango y EPM.*
>
> *Actividad a desarrollar*

- Análisis marginal – Lucro cesante causado y proyectado.

Objetivo No. 4. Cuantificar el costo de oportunidad en el que se incurrió por el hecho de no poder poner en funcionamiento de la hidroeléctrica cuando inicialmente se había previsto. En particular, en relación a potenciales beneficios que se dejaron de percibir durante la ejecución del proyecto en plazos posteriores a los inicialmente presupuestados.

Actividad a desarrollar
- Revisión del lucro cesante desagregado en cada uno de los componentes del modelo"

Sin embargo, se repite, el análisis realizado por la Universidad Nacional y que fue tomado por Este Despacho del Informe técnico entregado en desarrollo de la actuación especial, se centró en aplicar una metodología que permitiera evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, realizar un análisis comparativo de los diferentes rubros del proyecto Capex y Opex durante el desarrollo del proyecto respecto de los inicialmente presupuestados, realizar análisis Marginal del lucro cesante y cuantificar el costo de oportunidad por el hecho de no haber puesto en funcionamiento el proyecto.

En este contexto resulta claro que la Universidad tenía la obligación de analizar conforme a una metodología idónea, todas las inversiones realizadas en razón del proyecto independientemente de las razones que hubiesen dado origen a la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior y por tratarse de puntos de derecho (existencia de un daño, conducta y nexo de causalidad) correspondió al Despacho y así se hizo en el auto de imputación, valorar el informe técnico con el resto del material probatorio obrante en el plenario, a la luz de la sana crítica y la persuasión racional, en pro de determinar las conductas que pudieran calificarse a título de culpa grave o dolo que hubieran causado las mayores inversiones y la no entrada en operación del proyecto en la fecha programada.

De igual forma es necesario recordarle al apoderado que en el Auto de apertura del proceso no ocurre como él mal lo indica que se determine la culpa grave de sus poderdantes para vincularlas. Es necesario recordar que, de conformidad con la ley especial aplicable, para efectos de poderse proferir un auto de apertura el daño debe encontrarse probado y se debe contar con indicios serios de los presuntos causantes del mismo y son esos indicios serios los que permiten la vinculación[196].

[196] Ley 610 de 2000, *ARTICULO 40. APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al*

En este sentido, como lo establece la Ley especial solo a partir del auto de imputación es que las conductas deben ser calificadas a título de culpa grave o dolo. De otro lado, respecto de la última afirmación del apoderado, la misma nuevamente revela su desconocimiento del plenario, pues este Despacho nunca le solicitó a la Universidad Nacional que realizara dicho informe. El mismo fue realizado en desarrollo de la actuación especial que sirvió como antecedente de la presente causa fiscal.
Así mismo en el plenario se encuentran tanto el contrato, como la Ayuda de memoria atrás citada.
Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES
El Apoderado de AXA COLPATRIA, mediante escrito con radicado 20202ER0139129 de 17 de diciembre de 2020 (folios 19225-19355) alegó lo siguiente:

> **5. INCERTIDUMBRE DEL DAÑO** La Contraloría pretende que los gestores fiscales garanticen una determinada rentabilidad del proyecto, sin tener en cuenta que la misma obedece a múltiples factores que escapan a la gestión fiscal y a la voluntad o el control de los administradores.
>
> En relación con la naturaleza del daño en materia de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional en Sentencia SU-620 de 1996 afirmó:
>
> "(...) *el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa.* ***Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquel ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud.*** *En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio."*

Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado, en sentencia del 16 de febrero de 2012, relacionada con el proceso de responsabilidad fiscal:

"Para que el daño sea indemnizable, debe ser cierto, *actual, real, es decir, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su existencia,* ***y que no se trate de un daño meramente hipotético o eventual, precisamente porque no es cierto y se funda en suposiciones,*** *y aunque puede tratarse de un daño futuro, deben existir los suficientes elementos de juicio que permitan considerar que así el daño no se ha producido, exista suficiente grado de certeza de que de todas maneras habrá de producirse.'" (Se destaca)*

Ahora bien, los requisitos para que el daño sea indemnizable son:

El daño debe ser cierto: el requisito de la certeza del daño se cumple cuando a los ojos del juzgador, existe razonable certeza de su efectivo acaecimiento de forma que no haya duda acerca de su ocurrencia, aun cuando el mismo pueda ser pasado, presente o futuro.

El daño meramente hipotético, o eventual, no dará lugar a reparación.

El daño debe ser personal: para que el prejuicio pueda considerarse como personal debe acreditarse la identidad entre el resarcimiento pedido y el derecho a obtenerlo. Debe quedar acreditado el título del derecho a reclamar para que las pretensiones resarcitorias puedan prosperar.

El daño debe ser directo: es decir que entre el hecho y el efecto nocivo para el afectado debe haber un vínculo de causalidad suficiente.

En el presente caso no se cumple con el requisito de la certeza del daño para que el mismo sea indemnizable, pues la línea base del proyecto está determinada por múltiples factores, de tal suerte que no existe certeza de la obtención de una específica rentabilidad. De acuerdo con la Contraloría se pretende que los responsables fiscales garanticen ab initio la rentabilidad del proyecto, cuando por definición ésta en cualquier empresa es incierta.

Además, la Contraloría cuantifica el daño a partir del informe técnico realizado por la Universidad Nacional, el cual parte de suposiciones sobre el valor de los rendimientos que el proyecto hidroeléctrico daría a futuro.

Existe en el expediente un dictamen pericial elaborado por la firma SAINT CHARLES INVESTISSEMENTS S.A.S. en el cual se llega a la conclusión que el informe técnico elaborado por la Universidad Nacional contiene varios errores que impiden que se tenga en cuenta como prueba de la cuantía del supuesto detrimento patrimonial.

En efecto en el dictamen elaborado por la firma SAINT CHARLES INVESTISSEMENTS S.A.S., se pone de presente que:

"PRINCIPALES CONCLUSIONES:
(…)

Sobre las principales variables financieras estudiadas en el Informe se presentan, además de errores metodológicos en su utilización, errores conceptuales que señalarían falta de conocimientos técnicos y de rigor del Autor. El marco teórico y técnico de utilización (o no utilización) de las variables financieras clave presenta deficiencias que hace que sobre los resultados pesen serias dudas razonables desde la perspectiva financiera.

• Un Perjuicio debe corresponder a un dato cierto que permita objetivamente afirmar un detrimento real al patrimonio público. La metodología empleada en el Informe, consistente en partir de una Línea Base inadecuada y subjetiva, y concatenar, también subjetivamente, variaciones del VPN de diferentes modelos, resulta en unas conclusiones que son absolutamente debatíbles y, en general, no permiten determinar ni cuantificar un Perjuicio cierto y real al patrimonio público.

• El Informe parece presumir que todas las decisiones de inversión adicional — que en todo caso no se identificaron ni analizaron- fueron erradas para lo cual se debería demostrar no sólo porqué, sino además que todas las decisiones contrarias, es decir no acometer las inversiones adicionales, eran acertadas desde la perspectiva financiera, lo que NO hace el Autor. Como ningún cálculo soporta dicha tesis, entonces las conclusiones del Informe no cuentan con soporte financiero alguno para demostrar errores en las decisiones de inversión, que en cualquier caso no fueron analizadas como ya se expuso.

• El Autor basa sus cálculos y conclusiones en los "modelos Inverlink" que i) no son modelos que permiten apreciar las realidades y expectativas económicas y financieras del Proyecto,
ii) no son útiles para evaluar económicamente el Proyecto, iii) no habrían servido de base para la toma de decisiones de inversión y iv) su utilidad sería en período de operación una vez finalizada la construcción, lo que a la fecha no ha ocurrido.
(...)"

Es claro entonces que en el presente caso existe incertidumbre sobre la ocurrencia del detrimento patrimonial y su cuantía, por lo cual no puede haber lugar a la declaratoria de responsabilidad fiscal contra ninguno de los presuntos responsables vinculados al proceso.

R/: En primer término, resulta necesario precisar que el Despacho no se ha referido en ningún momento a que el proyecto sea rentable o no, lo que ha determinado el Despacho es una pérdida en el valor de la inversión, lo que significa que a pesar de los ingresos que pueda llegar a generar la hidroélectrica en algún momento – se recuerda que a la fecha la hidroeléctrica aún no genera energía-, los mismos no van a permitir recuperar la inversión realizada durante el horizonte temporal del negocio

pero tampoco con posterioridad así se asuma que la hidroeléctrica va a generar recursos a perpetuidad. En este sentido cabe recordar que un proyecto puede ser rentable pero no generar valor. Por lo que el argumento planteado por el apoderado resulta impertinente para cuestionar el daño en esta causa fiscal.

Después de lo cual, prosigue el apoderado haciendo referencia al documento técnico allegado por Suramericana al plenario antes de proferirse el auto de imputación, asì

• *Sobre las principales variables financieras estudiadas en el Informe se presentan, además de errores metodológicos en su utilización, errores conceptuales que señalarían falta de conocimientos técnicos y de rigor del Autor. El marco teórico y técnico de utilización (o no utilización) de las variables financieras clave presenta deficiencias que hace que sobre los resultados pesen serias dudas razonables desde la perspectiva financiera.*

• *Un Perjuicio debe corresponder a un dato cierto que permita objetivamente afirmar un detrimento real al patrimonio público. La metodología empleada en el Informe, consistente en partir de una Línea Base inadecuada y subjetiva, y concatenar, también subjetivamente, variaciones del VPN de diferentes modelos, resulta en unas conclusiones que son absolutamente debatibles y, en general, no permiten determinar ni cuantificar un Perjuicio cierto y real al patrimonio público.*

• *El Informe parece presumir que todas las decisiones de inversión adicional — que en todo caso no se identificaron ni analizaron- fueron erradas para lo cual se debería demostrar no sólo porqué, sino además que todas las decisiones contrarias, es decir no acometer las inversiones adicionales, eran acertadas desde la perspectiva financiera, lo que NO hace el Autor. Como ningún cálculo soporta dicha tesis, entonces las conclusiones del Informe no cuentan con soporte financiero alguno para demostrar errores en las decisiones de inversión, que en cualquier caso no fueron analizadas como ya se expuso.*

• *El Autor basa sus cálculos y conclusiones en los "modelos Inverlink" que i) no son modelos que permiten apreciar las realidades y expectativas económicas y financieras del Proyecto, ii) no son útiles para evaluar económicamente el Proyecto, iii) no habrían servido de base para la toma de decisiones de inversión y iv) su utilidad sería en período de operación una vez finalizada la construcción, lo que a la fecha no ha ocurrido. (...)"*

Si bien el mismo fue valorado por el Despacho al momento de proferirse el auto de imputación, encontrando que dichas conclusiones no desvirtúan la cuantificación del daño establecida en el informe de la Universidad Nacional, nuevamente el Despacho se atiene a lo sostenido por la Universidad Nacional en dicha oportunidad:

> *"(…) en cuanto al el informe de peritazgo entregado por SURAMERICA, precisamos:*

1. *Se reitera que la Universidad Nacional realizó un análisis de los resultados registrados en los modelos entregados por la Contraloría General de la República y* ***no le correspondía hacer un juicio de valor acerca de la naturaleza o el resultado de los valores allí presentados****.*

2. ***El trabajo no contemplaba hacer operaciones para ajustar, complementar o actualizar los parámetros o cuentas contenidas en los modelos, o reflejar condiciones adicionales por decisiones propias del proyecto.*** *Lo anterior quiere decir que la Universidad Nacional no utilizó variables, índices u otro similar, para cambiar los números de los modelos financieros entregados por la Contraloría General de la República.*

3. *El trabajo buscaba* ***encontrar la mayor inversión realizada en el proyecto así como las ganancias dejadas de recibir por la no entrada en operación comercial*** *del mismo, a partir de la información contenida en las diferentes versiones de los modelos financieros que suministró la Contraloría General de la República a la Universidad Nacional.*

4. *Sobre el VPN, este sirve para encontrar la ganancia en valor presente que un inversionista obtendría por la generación de flujos de efectivo considerando los recursos económicos asociados a los ingresos del proyecto y sus erogaciones (capex, opex, capital de trabajo) considerando el costo de capital asociado a las fuentes de financiación del proyecto. La metodología de VPN evalúa la generación de valor de una inversión, luego se considera que a través de su uso se puede estimar la ganancia (spread) que genera un proyecto teniendo en cuenta las inversiones, ingresos, costos y gastos asociados a la realización de un proyecto durante todo su horizonte de planeación,* ***por lo que resulta válido que se utilice como herramienta para evaluar la bondad o viabilidad financiera.***

5. *Se aclarar frente al tema de los conceptos referidos en el informe de peritazgo, que los resultados desglosados del capex presentados en el informe final no incluyen, como debe ser, conceptos asociados a capital de trabajo. Se reitera que toda la información utilizada por la Universidad es la contenida en los modelos financieros entregados por la Contraloría General de la República y el grado de detalle está en los mismos.*

6. *Sobre el concepto WACC referido, su concepto debería entenderse en el contexto de toda fuente de financiación en el largo plazo bien sea deuda y/o patrimonio.* ***En efecto, las fuentes de financiación de corto plazo no hacen parte del WACC y si del capital del trabajo****.* ***En cualquier caso, no le correspondía a la Universidad Nacional estimar o calcular el WACC del proyecto.***

7. *Se observa de la información contenida en la información entregada por la Contraloría General de la República, que la tasa* ***WACC calculada de los***

> ***modelos es la que hace que el valor presente de los flujos de caja sea igual a cero. Conservando el principio de no ajustar, alterar, modificar o actualizar la información recibida****, así como de* ***no hacer juicios de valor sobre la metodología o forma de trabajo utilizada en los modelos financieros recibidos****, el cálculo del WACC realizado por la Universidad recogió el mismo criterio empleado en los modelos y está referido en el informe final entregado a la Contraloría General de la República.*
>
> *Realizadas las anteriores menciones el grupo de investigación de la Universidad Nacional,* ***reafirma que la metodología utilizada para la evaluación del proyecto es de amplia aceptación y uso en la práctica financiera moderna como indicador de viabilidad financiera de proyectos de inversión.***
>
> ***Por lo anterior, no sería procedente el argumento expuesto respecto a errores metodológicos/conceptuales en la evaluación del proyecto****".* (Negrilla y subrayado del Despacho)

Por todo lo anterior, no resulta ajustado a la realidad procesal que exista incertidumbre sobre la ocurrencia del detrimento patrimonial y su cuantía, por el contrario, tanto el daño como el valor del mismo, se encuentran plenamente probados en esta causa fiscal, motivo por el cual el argumento del apoderado no está llamado a prosperar.

Mediante escrito con Radicado 2020ER0139884 el apoderado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. presentó sus argumentos de descargos, los cuales fueron ratificados mediante memorial con radicado 2021ER0043018 de 12 de abril de 2021 y en relación con el daño alegó lo siguiente:

> *Por doctrina se sabe que el daño es la "razón de ser" de la responsabilidad civil o patrimonial, su "base",su "presupuesto matriz": Como lo expresa Juan Carlos Henao, replicando al maestro Fernando Hinestrosa:*
>
> *"Con independencia de la forma como se conciban en términos abstractos los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es recordar, con el rector Hinestrosa, que 'el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y del juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se puede evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará innecesario e inútil." (Subrayas ex profeso).*
>
> *Postulado que aplica a la responsabilidad fiscal, tal y como lo ha evidenciado la jurisprudencia:*

"(...) la doctrina es uniforme en conceptuar al daño como el elemento estructural de la responsabilidad civil, circunstancia que origina similares efectos cualificadores respecto de la responsabilidad fiscal".

El daño entonces es el presupuesto y elemento más importante del proceso y de la responsabilidad fiscal, respectivamente. La naturaleza esencialmente patrimonial de la responsabilidad fiscal entraña una funcionalidad restaurativa y diferencial ínsita respecto del bien jurídico normativamente catalogado (el patrimonio público-estatal, considerando los propósitos que el ordenamiento jurídico le asigna) y en tal medida la existencia real y cierta del daño condiciona incluso la apertura del proceso, y como consecuencia el ejercicio válido y legítimo de la acción fiscal:

"Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño. (...)" (Subrayas no originales)

EL SENTIDO NORMATIVO DEL DAÑO AL PATRIMONIO DEL ESTADO SEGÚN LA LEY ESPECIAL QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD FISCAL.

Ahora bien, el "daño patrimonial al Estado" que puede dar lugar a la declaración de responsabilidad fiscal, tiene una estructura y un sentido normativo propio y especial habida cuenta precisamente de los designios a los que está destinado el patrimonio público y la gestión sobre el mismo, sin perjuicio de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la responsabilidad patrimonial en general.

Así, la ley 610 tras preceptuar que el proceso de responsabilidad fiscal tiene por finalidad "determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado", lo define en los términos que siguen:

"Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.(..)"

De la anterior estipulación normativa del daño, se puede inferir, por ahora de modo sólo esquemático, su estructura jurídica adosada por el discernimiento ratio iuris de la Corte Constitucional:

i) El patrimonio público es el elemento material sobre el que recae la lesión: (...) "la norma señala cual es el objeto sobre el que recae la lesión y expresa que éste puede ser los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado"

ii) El "daño patrimonial al Estado" es entendido como una "lesión" a dicho patrimonio. "El legislador utiliza el concepto jurídico de "lesión" para precisar el concepto general de "daño" lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico".

iii) Dicha "lesión" se encuentra "representada" por "el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado". La norma "describe el contenido de la lesión, al indicar que ésta puede consistir en menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro".

iv) Pero lo anterior no es suficiente para entender que se ha producido un daño al patrimonio del Estado. Se requiere que dicha "lesión al patrimonio público" sea "producida" por una "gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías".

Conforme al sentido normativo del daño al patrimonio del Estado, véase de manera preliminar que, por ejemplo, no toda disminución de dicho patrimonio constituye daño.

Piénsese en el subsidio que de conformidad con la ley se otorga a las personas menos favorecidas con cargo al patrimonio público. Claramente hay una disminución de dicho patrimonio, un egreso sin ninguna compensación directa a cambio, pero no hay lesión porque no hay una antijuridicidad en dicha disminución patrimonial.

Piénsese en el caso de la demolición de un puente ordenada por el gestor fiscal. Dependiendo del contexto en el que se adopte la decisión y la finalidad que con ella se persiga, se estará o no enfrente de una gestión fiscal antieconómica, ineficiente e inoportuna y de una lesión al patrimonio público. Si se procedió a dicha demolición sin ninguna razón técnica o económica atendible y sin ningún propósito concreto tendiente al cumplimiento de los deberes y fines del Estado, habrá daño al patrimonio público, pero si la decisión se tomó porque v. gr., la edificación amenazaba ruina dada su antigüedad y se pretendía evitar la concreción del riesgo inminente que la edificación comportaba para la vida y la

integridad física de las personas — cuya garantía le corresponde al Estado como parte de sus fines esenciales-, no podrá afirmarse que existe un daño indemnizable en el marco de la responsabilidad fiscal.

No es admisible entonces que la determinación del daño fiscal se haga desprovista del contexto y de la realidad en la que los gestores fiscales debieron cumplir sus funciones, menos aun haciendo caso omiso de las dificultades y de los riesgos que debieron administrar. ¿Cómo calificar una gestión fiscal de antieconómica, ineficiente o ineficaz sin considerar dicho contexto y realidad?.

Menos aún resulta admisible determinar algún daño al patrimonio del Estado omitiendo considerar los fines superiores que conforme a la Constitución y a la ley debe guiar la actuación del Estado y consecuentemente la administración del patrimonio público como principal medio para alcanzarlos.

El concepto normativo de daño al patrimonio del Estado pone de presente también que no todo daño al patrimonio público habilita el adelantamiento de un proceso de responsabilidad fiscal, pues el mismo debe haberse producido por una gestión fiscal y esta a su vez ha de poderse calificar como antieconómica, ineficiente e inoportuna. Es claro entonces que la causa directa y cierta del daño al patrimonio del Estado debe ser la gestión fiscal de que se trate. O, dicho de otro modo, la causa del daño debe ser la conducta del gestor o gestores fiscales.

Se destaca entonces desde ahora el sentido normativo del daño que da lugar a la responsabilidad fiscal, y el hecho de que para afirmar su existencia deben seguirse los parámetros que el ordenamiento jurídico establece, comprobando que el suceso fáctico bajo escrutinio cumple, se tipifica y adecúa en un todo al concepto de "daño al patrimonio del Estado" que la norma establece, que se cumplen cada uno de las condiciones y requisitos que hacen parte de dicho concepto, los que no pueden ser omitidos, evadidos ni tergiversados por el juzgador y menos aún sustituidos por sus propios y subjetivos criterios, pues ello comporta una violación de la ley. Se trata nada más y nada menos que del deber de respetar el principio de legalidad a la hora de afirmar la existencia y cuantificar un daño al patrimonio del Estado.

En contraste, y como una mera aproximación inicial a los graves defectos de la configuración del daño que se endilga en el auto de imputación, valga aquí referir que muy a pesar de la inusitada extensión del auto de imputación y de las amplias referencias a variada información sobre el proyecto, cuando en el auto de imputación finalmente se aborda la determinación y cuantificación del daño — y también el análisis de la conducta de los presuntos responsables fiscales-, se omite por completo considerar todo cuanto debía según lo que se viene exponiendo. En su lugar se limita a sostener, en síntesis, que se causó daño porque se disminuyó el valor presente neto por razón de las inversiones adicionales realizadas "por encima de lo proyectado por la banca de inversión contratada" con base en el modelo financiero elaborado (cfr. página 117 del auto de imputación).

Ciertamente, al "determinar" y " cuantificar" el daño, el auto de imputación prescinde de los verdaderos y acreditados fines, intereses y propósitos superiores perseguidos por el Estado con la ejecución del proyecto, y de la realidad y contexto en el marco del cual los miembros del gobierno corporativo vinculados al proceso debieron gestionar el proyecto o actuar en relación con el mismo, así como también de que no estaban en frente de un proyecto ideal, sin riesgos ni problema alguno, sino por el contrario, delante de un megaproyecto, con riesgos, problemas y complejidades de toda índole y magnitud; en su lugar en el auto de imputación se decide afirmar la existencia de daño al patrimonio del Estado por la disminución del VPN entre el modelo financiero que se toma como línea base (LB) y el último modelo financiero considerado en el análisis de los profesionales que elaboraron el denominado informe técnico de la Universidad Nacional y que sirvió de sustento al auto de apertura y luego al auto de imputación. Si se miran bien las cosas, todo lo demás que se aduce en torno al daño tanto en el auto de apertura como en el auto de imputación, simplemente tiene por objeto intentar llegar de contenido fáctico, sin lograrlo, esa suma predeterminada y cuantificada como daño a partir de la disminución de dicho indicador financiero (VPN).

El simple contraste entre el sentido normativo del daño al patrimonio público que se viene poniendo de presente, y el daño al patrimonio del Estado aducido en el auto de imputación .- determinado y cuantificado única y exclusivamente por el comportamiento de un indicador financiero (el VPN) permite advertir prima facie la inexistencia del mismo, y la falta de razón en la imputación de responsabilidad que se ha realizado, realidad que será ampliamente confirmada en el presente escrito de defensa.

R/: Respecto de este primer argumento, es necesario precisar que este Despacho comparte el contexto teórico que esgrime el apoderado en el sentido de calificar como lo hace la doctrina ampliamente aceptada, el daño como el primer elemento y la razón de ser de la responsabilidad fiscal, lo cual como bien lo indica el apoderado es también el elemento cuya certeza se exige para efectos de poderse proferir el auto de apertura en el proceso de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, las aseveraciones que de manera general realiza el apoderado con relación con las actuaciones adelantadas por este Despacho en particular en relación con el auto de apertura y el auto de imputación y la prueba del elemento daño en las mismas, parten de una percepción subjetiva que propende por desconocer -en contravía de lo consignado en los autos- que el Despacho sí realizó un análisis completo de la realidad fáctica en la cual los vinculados a la presente causa fiscal y en particular, los miembros de la junta directiva de Hidroituango desarrollaron las conductas que les fueron endilgadas a cada uno de ellos. En efecto como lo demuestran las providencias que el apoderado ahora critica, el Despacho tuvo en cuenta el rol de cada uno de los vinculados en la causa fiscal, el marco

normativo en el cual debían desarrollar sus funciones o actividades, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debía hacerse frente a las distintas situaciones que vinieron presentándose en el proceso, así como los motivos por los cuales se presentaron las distintas vicisitudes del proyecto.

Las conclusiones del apoderado parten de un intento por escindir las distintas partes del auto de imputación e intentar entenderlas de manera separada y disconexa, aún cuando el auto es uno solo y en él se contienen todos los elementos de la responsabilidad fiscal que implican una lectura completa y armónica de sus apartes. Pretende el apoderado separar los hechos generadores del daño descritos de manera cuidadosa detallada y con sustento en el material probatorio obrante en el plenario, del acápite del daño en el cual el Despacho partiendo de los hechos generadores (es decir, teniendo claro el contexto en el cual los vinculados tomaron las diferentes determinaciones) para concluir, de manera contraria a la realidad que este Despacho *"se limita a sostener, en síntesis, que se causó daño porque se disminuyó el valor presente neto por razón de las inversiones adicionales realizadas "por encima de lo proyectado por la banca de inversión contratada"*

Obviando que las conclusiones de la Universidad Nacional, se analizaron en el contexto fáctico que fue desarrollado de manera amplia por este Despacho con base en el amplio material probatorio que se encuentra en el plenario, lo que permitió establecer que el vertiginoso aumento de las inversiones era injustificado, en los términos anteriormente descritos y que el mismo obedecía a malas decisiones de inversión y de ejecución.

Así mismo, el Despacho se sirvió también de los Estados financieros y de los diferentes documentos contables que fueron recaudados en la visita especial realizada en el mes de octubre de 2020, a efectos trascender lo plasmado en los modelos financieros procediendo a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales.

Lo anterior supuso un análisis probatorio pormenorizado que permitió concluir que: *"a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos.*

Lo que permite demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. ***En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero****".*

Igualmente, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, por lo que existe un retraso consolidado en la entrada en operación, que ha generado también un lucro cesante.

Lo anterior, se corroborará adelante al dar respuesta de manera puntual a cada uno de los argumentos que desarrolla en los títulos posteriores el apoderado.

> *c. CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO NORMATIVO DE DAÑO AL PATRIMONIO DEL ESTADO DEBE SER CIERTO Y HALLARSE OBJETIVAMENTE DEMOSTRADO EN CADA CASO CONCRETO PARA PREDICAR LA EXISTENCIA DEL DAÑO Y SU REPARABILIDAD.*
>
> *La propia normatividad especial que regula la responsabilidad fiscal contempla expresamente como condición esencial para poder afirmar la existencia del daño al patrimonio del Estado, que sea cierto. Igualmente, exige que el daño esté probado de manera objetiva, conceptos cuyo alcance trataremos más adelante. Tales exigencias las consagra precisamente al regular los requisitos, condiciones y contenido de las principales providencias del proceso, según pasa a verse.*
>
> *Ciertamente, la existencia del daño al patrimonio público y su acreditación son prerrequisitos del proceso mismo de responsabilidad fiscal, tal y como se advierte de la lectura del artículo 40 de la ley 610 de 2000, y su determinación, al mismo tiempo, hace parte de las exigencias del auto de apertura contenidas en el artículo 41 de la misma ley, por lo que dicha demostración es requisito sine qua non de la legalidad de esa providencia.*
>
> *"ARTÍCULO 40. APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso*
> *de responsabilidad fiscal. (...)" (Subrayamos)*
>
> *"ARTÍCULO 41. REQUISITOS DEL AUTO DE APERTURA. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente: (...)5. Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía. (...) (Subrayas no originales)*
>
> *Realza la importancia de aquellos prerrequisitos de legalidad del auto de apertura del proceso, el hecho de que incluso la propia ley prevé que cuando exista una precaria estructura probatoria sobre la existencia del daño para emitir*

dicho auto, la Contraloría puede ordenar una indagación preliminar, actuación pre — procesal regulada en los siguientes términos:

"Indagación preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a 61.67 (Subrayas nuestras).

Es decir que si no existe certeza de la ocurrencia del daño, lo que procede es una indagación preliminar. Contrario sensu, si hay certeza del daño porque está demostrada la existencia del mismo, la Contraloría podrá emitir válidamente el auto de apertura, dado que se ha configurado el requisito que exige la ley para expedirlo por estar "establecido" debiendo en todo caso proceder a su "determinación" en dicho auto de apertura, esto es a señalar de manera clara, precisa y concreta en qué consiste dicho daño y cuáles son las pruebas que lo soportan, todo lo cual se desprende no sólo del sentido gramatical de los verbos "establecer" y "determinar" 68, y del propósito que la ley asigna a la indagación preliminar, sino del requisito de debida motivación del acto y del principio de necesidad de la prueba como condiciones necesarias para garantizar el derecho de defensa y contradicción:

"Artículo 22. Necesidad de la prueba. Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso"

Bajo este contexto, la propia Corte Constitucional ha subrayado la radical importancia de la prueba del daño patrimonial para efectos de expedir el auto de apertura del proceso y la necesidad de sustentarlo fáctica y jurídicamente en dicha providencia:

"Por lo demás, la Corte ha destacado que la apertura del proceso de responsabilidad fiscal se surte a través de un auto de trámite que se profiere cuando se haya acreditado el daño patrimonial al Estado y se cuente con pruebas serias sobre los autores del mismo. Se trata de una providencia que da lugar al inicio del proceso de responsabilidad fiscal, la cual debe sustentarse fáctica y jurídicamente (...)".69 (Subrayas fuera de texto)

Entonces, la certeza del daño y su demostración objetiva son requisitos del daño al patrimonio del Estado, que como se viene sustentando deben concurrir desde el auto de apertura del proceso. Valga lo dicho para resaltar que justamente el objeto del proceso de responsabilidad fiscal luego de proferido

dicho auto, no es acreditar el daño al patrimonio del Estado, sino determinar quién es el responsable del mismo: ¿De cuál daño? Del daño determinado desde el propio auto de apertura, no de otro distinto.

Como se dijo, la certeza y la objetividad en la demostración del daño al patrimonio del Estado son condiciones que deben constatarse desde el propio auto de apertura, y obviamente deben mantenerse en el curso del proceso, como requisitos sine qua non para avanzar en las etapas subsiguientes del mismo. Ciertamente, el artículo 48 de la ley 610 preceptúa que procede proferir auto de imputación, cuando entre otros requisitos, "esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado" y que dicho auto debe contener "la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado". Igualmente, sin perjuicio de los demás requisitos, el "fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial" (art. 23 ley 610 de 200), o cuando en "el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación" (art. 53 de la ley 610 de 200), "daño patrimonial al Estado" que puede ser demostrado "con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos". (art. 25 ley 610 de 200).

Por lo tanto, el daño al patrimonio del Estado, debe ser cierto y hallarse objetivamente demostrado, condiciones que deben concurrir en el auto de apertura del proceso, y con mayor rigor en el auto de imputación y en el fallo con responsabilidad fiscal. Si no se cumplen tales condiciones no es procedente proferir ninguna de dichas providencias. Y, obviamente, habida cuenta de las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa, es claro que en el curso de un mismo proceso el daño por el cual se ha dispuesto su apertura no puede ser distinto a aquél por el cual se formule imputación o aquél por el cual se profiera fallo con responsabilidad fiscal. Justamente, por esa razón la ley exige que desde el auto de apertura se "determine" el daño por el cual se adelantará el proceso.

Precisado todo lo anterior a partir de la normatividad especial que regula el daño al patrimonio del Estado como elemento indispensable de la responsabilidad fiscal, hemos de indicar que además de dicha normatividad propia y especial que lo define, al mismo le son aplicables las demás condiciones y requisitos dispuestos para la configuración del daño y su cuantificación en el régimen general de la responsabilidad patrimonial. En efecto, la delineación legal especial enfatiza el carácter patrimonial de la responsabilidad fiscal, aspecto que reluce desde sus antecedentes, y lo destaca la propia jurisprudencia. Por tratarse entonces de una responsabilidad de carácter patrimonial, a más de aquella reglamentación contenida en la ley especial de la responsabilidad fiscal, le aplican también las normas generales que atañen a la responsabilidad en general y específicamente a la patrimonial (género próximo de la responsabilidad fiscal), lo que por supuesto abarca al daño, tal y como lo ha destacado la jurisprudencia, motivo por el cual al establecer la existencia de un

daño al patrimonio del Estado y cuantificarlo, debe verificarse no sólo que el mismo cumple en su integridad el concepto y sentido normativo contemplado en dicha ley especial, sino las demás condiciones y requisitos que las normas de la responsabilidad patrimonial en general exigen para afirmar su existencia y reparabilidad (la tipicidad legal del daño) .

Así lo ha precisado la Corte Constitucional, a través de precedentes judiciales que complementan el sentido normativo del daño fiscal, con obvios efectos vinculantes:

"para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad (...)" ; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. (...)"."(Resaltado y subrayas no originales)

En suma, al daño en la responsabilidad fiscal, además de las reglas previstas en la ley especial, le aplican también las reglas generales del daño en la responsabilidad civil o patrimonial, configurándose así un ámbito normativo integrador.

Procederemos entonces a exponer y verificar que ninguno de los elementos que integran el concepto normativo de daño patrimonial al Estado, concurre de manera cierta y real en el daño que es aducido en el auto de imputación, por lo que dicho daño, es inexistente, y, en consecuencia, tampoco puede cumplir con los demás requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su reparabilidad.

2. "EL DAÑO" POR EL QUE SE IMPUTA RESPONSABILIDAD FISCAL.

El auto de imputación, con base en el informe técnico elaborado por le Universidad Nacional, divide el pretendido daño patrimonial en dos conceptos: i) El daño como consecuencia de la destrucción del valor del proyecto" (págs. 115 y ss del auto de imputación), y, ii) El lucro cesante por razón de que a la fecha "el proyecto no ha comenzado a generar energía" (págs.. 168 y ss Id.).

En cuanto al primer componente, el auto de imputación señala como "prueba de la destrucción del proyecto", lo que sigue:

Partiendo de los conceptos atrás referidos, la Universidad Nacional adelantó, en ejecución del contrato suscrito con la Contraloría General de la República, la revisión del modelo financiero asociado al proyecto, en las 9 versiones, desarrollados por Inverlink y EPM entre los años 2011 a 2018, y que hacen parte del plenario87.

Es preciso anotar que cada uno de dichos modelos está elaborado de forma tal que contempla los cincuenta (50) años de plazo que tiene contemplado el contrato BOOMT

Así mismo, vale la pena anotar que la Universidad Nacional utilizó como modelo de base, para realizar la comparación con los demás modelos el modelo inverlink, lo que justificó en el hecho de que el mismo fue el que dio el cierre financiero al proyecto

Como resultado de dicho informe, concluye la Universidad Nacional que en la medida en que las inversiones del proyecto fueron escalando año a año, de manera correlativa fue disminuyendo el Valor presente neto hasta generar un valor negativo. Lo que se traduce en el hecho de que los valores invertidos hasta junio de 2019 no van a ser recuperados cuando la Hidroeléctrica entre en funcionamiento, lo anterior, se repite, teniendo en cuenta la totalidad del plazo de los 50 años del contrato BOOMT.

Es más, la Universidad Nacional en atención a una solicitud de aclaración y complementación de oficio, va más allá y concluye que para que el VPN llegue a O (es decir que el valor invertido se compense con los dineros que se van a recibir por la operación, llegando a un punto de no pérdida), suponiendo que la hidroeléctrica después de los 50 años pueda seguir generando energía88 y suponiendo que la misma y después de corrido el modelo a perpetuidad concluye que No es posible recuperar esos recursos, en los siguientes términos: (- • .)
Se encuentra probado en la presente causa fiscal que el valor de las inversiones se incrementó muy por encima de lo proyectado por la banca de inversión contratada para tal fin la cual contaba con la idoneidad para elaborar el modelo financiero, el cual además fue aceptado por EPM e Hi al ser incorporado como cierre financiero. En efecto:

De conformidad con el modelo inicial, el proyecto tenía un costo estimado de SEIS BILLONES NOVENTA MIL MILLONES DE PESOS.

Después de ocurrida la contingencia, el costo estimado del proyecto ascendía a la suma de TRECE BILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL MILLONES DE PESOS.

Ahora bien, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos atrás esbozados, así como el acervo probatorio obrante en el plenario, encuentra este Despacho probado que como consecuencia de las situaciones que se presentaron en desarrollo del proyecto, EPM se vio abocada a realizar una gran cantidad de erogaciones adicionales no justificadas, pues obedecieron, tal y como se explicó ampliamente líneas atrás, a problemas en la planeación que destruyeron las holguras con las que se había contemplado el proyecto, que llevaron a intentar cumplir con la fecha de entrada en operación a través de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, que modificaron los diseños y las especificaciones técnicas del proyecto así como defectos constructivos y de seguimiento.

En atención a lo anterior, se modificaron las condiciones inicialmente proyectadas en el modelo financiero, por lo que a medida que se fueron presentando estas mayores erogaciones, se debió ir ajustando de manera sucesiva el modelo financiero, lo que arrojó que Inverlink corriera 9 modelos diferentes (Ver Disco Duro, Carpeta 3.Modelos financieros entregados por EPM y oficios remisorios)

Este Despacho, con el fin de trascender lo plasmado en los modelos financieros procedió a verificar la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales. Para tal fin se revisó con el apoyo técnico designado a esta causa fiscal, quien tiene el perfil de contador público, el contenido de los estos últimos, desde el periodo 2011 a junio de 2019, tanto en la liquidada empresa. EMP ITUANGO, como en EPM, encontrando que dichos costos se revelaban en la cuenta Construcciones en Curso, inmersa en la Cuenta Propiedad, Planta y Equipo de las referidas sociedades, así:
(...)

Entonces, se tiene que, según la versión del Costo Presupuestado del proyecto al 31 de julio de 2019, el mismo ascendía a $15.310.061 millones, de los cuales se habían ejecutado al 31 de diciembre de 2018, $9.800.093 millones con un estimado al 31 de diciembre de 2019 de $11.540.088 millones, este valor finalmente cerró en $10.675.693 millones según la versión del costo actualizado del proyecto entregado.

El Avance del Costo interno del Proyecto, que como ya se ha explicado incluye la totalidad de las partidas asociadas al proyecto, a diciembre de 2018, era $9.000.093 millones; a junio de 2019, sumaba $10.474.934 millones, tal como fue discriminado en párrafos anteriores. Este mismo concepto a agosto de 2020, ya sumaba $12.099.521 millones, lo que de contera implica que, si el costo actualizado del proyecto estimó como valor ejecutado del costo del proyecto a 2020, un total de $12.885.676 millones, efectivamente el avance del costo interno se encuentra en consonancia o es congruente con el valor presupuestado en la última versión del costo entregada, que llevaría a un costo final de $16.171.536 millones.

En consecuencia, es claro para la Contraloría que el valor del daño fue establecido teniendo como fundamento el retorno de la inversión estimada para el proyecto Hidro Ituango a través del CAPEX aprobado o inversiones proyectadas para el mismo en cuantía de $ 15.317,31 millones, que llevarían a una pérdida de valor en cuantía de $-2.971,40 millones en manera alguna se encuentra alejada de la realidad económica del proyecto ni corresponde a especulaciones financieras ya que el valor presente neto como fue explicado en la cuantificación del daño por este concepto, está asociado no solo al monto de las inversiones como valor a recuperar sino que también tuvo en cuenta los flujos de caja proyectados.

Respecto de estos dos componentes resulta pertinente agregar lo siguiente:

En cuanto al monto de las inversiones o CAPEX aprobado para el proyecto tenido en cuenta para el análisis realizado por la Universidad Nacional, como ya se ha indicado comprendía una inversión estimada, según el modelo actualizado a 2019, de $15.317,31 millones congruente con el costo proyectado del mismo que para el mes de julio de 2019, ascendía a $15.310.061 millones, de los cuales como ya se ha indicado al mes de agosto de 2020, ya se habían ejecutado $12.099.521 millones, con avance físico de 79,4% al mes de septiembre de este mismo año.

Esto es, que definitivamente el valor de la inversión necesaria para terminar el proyecto no será nunca menor de aquel valor tenido como referente al momento de realizar los cálculos que arrojaron el valor del daño hoy reprochado. Aunado a lo anterior, el hecho que el costo-presupuestado del proyecto ya no es de $15.310.061 millones, sino de $16.171.536 millones.

En cuanto al componente asociado a los flujos de caja proyectados bajo el supuesto de la operación de la hidroeléctrica, igualmente debe decirse que estos pueden incluso verse afectados si el proyecto no entra en operación en las fechas actuales establecidas ya que sus ingresos están directamente relacionados a los compromisos de energía en firme, que de no cumplirse no solo afectarían a la sociedad por la realización de las garantías como ya sucedió con la garantía N°10090002278 de cargo por confiabilidad por USD43,153,931.00 (COP 151,400,819,981.00), sino que además la privan de los recursos que por la venta de la energía entrarían a alimentar el flujo de caja necesario para recuperar el monto de las inversiones realizadas.

Vale la pena aclarar que estos flujos de caja tampoco se encuentran alejados de la realidad económica ya que como se ha indicado, en cuanto a los ingresos, están asociados a una cantidad de Kilovatios y un valor establecidos en la subasta en la cual fueron asignados. (págs.. 116 y ss)

Respecto del lucro cesante se adujo:

Ahora bien, tal y como se explicó líneas atrás, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, se concluye que a la fecha se encuentra consolidado un lucro cesante. El cual fue calculado por la Universidad Nacional tal y como se expresó líneas atrás bajo la metodología del Valor presente neto. (pág. 168 Id).

EL DAÑO ADUCIDO EN EL AUTO DE IMPUTACIÓN NO EXISTE. NO ES CIERTO NI REAL. SU CONFIGURACIÓN NO CORRESPONDE AL CONCEPTO NORMATIVO DE DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO NI CUMPLE

LAS DEMÁS CONDICIONES Y REQUISITOS LEGALES NECESARIOS PARA DEDUCIR RESPONSABILIDAD FISCAL EN RAZÓN DEL MISMO.

Como ya se anticipó, el daño en la responsabilidad fiscal — y en la responsabilidad en general- "supone la certidumbre sobre su existencia, con independencia de su actualidad o monto (...) y se opone al daño hipotético o eventual, en el cual no es posible determinar si se producirá el evento que dará origen a la obligación de reparación" .(Subrayas fuera de texto).

De Cupis, relieva la naturaleza principal del daño cierto frente a la reacción jurídica, determinada por su "existencia concreta":

"La reacción del derecho, de hecho, estando encaminada a reprimir el daño, se realiza solamente en cuanto aparece allí el daño en sí; cierto, quees necesario que este daño derive de un hecho humano, pero lo decisivo, para que actúe la reacción jurídica, es su existencia concreta"." (Resaltado y subrayas no originales).
Existencia, gramaticalmente hablando y según el DRAE, alude al "acto de existir". Existir, como verbo intransitivo, significa según el mismo diccionario, "Dicho de una cosa: Ser real y verdadera". (Resaltado y subrayas nuestras)

La certeza entraña la efectividad del daño: el daño debe ser real y efectivo!'

La certeza del daño atañe a la "materialidad de la lesión", en términos de "real y efectiva conculcación del derecho, interés o valor protegido jurídicamente", precisa la Corte Suprema de Justicia."

Entonces, es necesario como requisito sustancial del daño patrimonial, que esté demostrada su existencia o realidad — que no es otra cosa que la certeza del daño-.

El Consejo de Estado ha destacado ese requisito de "certeza" considerando el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal, lo que lleva implícito también un juicio de lógica y de justicia pues si no hay certeza de un daño ¿cuál es el sustento para disponer que alguien debe repararlo?: El daño entonces tiene un rango jurídico constitutivo, en cuanto es el fundamento primario de la responsabilidad (criterio normativo objetivo de imputación). Sin daño — cierto y real, se da por entendido- no hay fundamento para ordenar su reparación en un régimen de responsabilidad que tiene un propósito netamente resarcitorio del patrimonio lesionado, como es el de responsabilidad fiscal:

(....) debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo, es decir, establecerlo en cifras concretas y en su real magnitud" (Resaltado y paréntesis no original).

Pero además de ello, en el plano de la responsabilidad fiscal la certeza debe ser absoluta:

"Para la Sala, como ya se ha explicado, es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable".81 (Resaltado ex profeso)

Entonces, debemos concluir en esa perspectiva normativa que la "certeza" es una "condición necesaria"' exigida por el ordenamiento jurídico para prefigurar el daño antijurídico en la responsabilidad fiscal.

"Un daño incierto no resulta indemnizable, porque el derecho no indemniza ilusiones sino realidades".83

En consecuencia, cada uno de los elementos que integran el concepto normativo de daño al patrimonio del Estado para efectos de la responsabilidad fiscal, tratados al inicio de esta exposición, deben concurrir con certeza, y no cualquier certeza, sino con certeza absoluta.

Como pasa a explicarse, ninguno de dichos elementos existen o concurren con certeza en el daño que es "determinado" y "cuantificado" por la Contraloría.

a. INEXISTENCIA DE UNA LESIÓN CIERTA AL PATRIMONIO DEL ESTADO

Importante es mencionar de entrada que la justificación expuesta en el auto de imputación para acudir al VPN como regla para la determinación y cuantificación del daño constituye por sí sóla un reconocimiento de la falta de certeza y consecuente inexistencia del mismo.

En el auto de imputación la señora Delegada reconoce que acudió a la determinación y cuantificación del daño como lo hizo, a partir del VPN, por la dificultad de verificar — y acreditar- de manera precisa, detallada y específica, la eficiencia, o no, de cada costo en que se incurrió en el proyecto, todo ello copiando acríticamente el informe de la Universidad Nacional.

Pues bien, de lo afirmado en el auto de imputación, se deja ver, entre otras cosas, la pretensión de poder abarcar todos los eventuales costos ineficientes del proyecto y deducir responsabilidad por ellos, para lo cual se decidió usar el VPN como regla para determinar y medir dicha ineficiencia y a partir de allí afirmar y cuantificar el supuesto daño fiscal que ha decidido imputar.

Entonces, en lugar de haber verificado y acreditado en qué transacciones, contratos, subcontratos y egresos en concreto se incurrió en costos ineficientes, porqué lo fueron y en qué medida y cuantía, y si los mismos eran constitutivos de daño — no basta que un costo sea ineficiente para que sea constitutivo de

daño-, para -a partir de todo ello- determinar, si era el caso, daños ciertos y reales al patrimonio del Estado, y en lugar de identificar uno a uno, - y para cada costo o egreso ineficiente que pudiera ser constitutivo de daño-, los presuntos responsables fiscales, decidió, con un criterio facilista, no riguroso y apartado por completo de las condiciones que la ley exige para afirmar la existencia de un daño al patrimonio del Estado y para tenerlo por objetivamente demostrado, echar mano del VPN, y sostener, sin más, que las inversiones que hicieron que el mismo resulte menor que cero (O) fueron ineficientes y que todas ellas son constitutivas de daño fiscal, cuando por demás, existieron también otras razones de fuerza mayor, o no controlables, y otros factores de tipo socioeconómico propios de la zona o de la geografía, que no pueden atribuirse a una gestión ineficiente, ineficaz o antieconómica, y menos aún en lo que a los directivos de EPM respecta

Semejante modo de proceder resulta extravagante y descuidado, por decir lo menos, si se contrasta con todo lo requerido por el sistema normativo interno para tener por establecido un daño al patrimonio del Estado, pero además deja claro que en este proceso más allá de la formulación del genérico "daño" que se hace a partir del VPN, utilizando una metodología creada ex profeso, sin ningún fundamento en la práctica y la ciencia financiera, subjetiva, improvisada, incoherente y sesgada, no se imputa responsabilidad por daños concretos, referidos a transacciones y egresos específicos, objetivamente verificables y acreditados, lo que se confirma al constatar que ningún daño de esas condiciones es siquiera citado en el contenido del auto de imputación destinado a la referida determinación y cuantificación del daño.

Como puede verse ab initio, para la determinación y cuantificación del daño, básicamente se acudió a un planteamiento conceptual y subjetivo — no real- del mismo y a unos cálculos ideados y realizados a partir del modelo financiero inicial y del último modelo que se consideró en el informe de la Universidad Nacional, no a hechos que den cuenta de daños concretos y reales, referidos a transacciones, costos y egresos específicos.

R/: En este punto y después de hacer alusión a la certeza del daño desde el punto de lo definido como tal por la doctrina y la jurisprudencia, procede el apoderado a considerar que el uso del VPN como regla para la determinación y cuantificación del daño constituye por sí sola un reconocimiento de la falta de certeza y consecuente inexistencia del mismo.

Sobre esta primera aseveración, la misma es contraria al hecho de que el el valor presente Neto **es un instrumento de valoración económica** ampliamente usado, *"El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad" "...representa la equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto"* (Mokate, 2003).

En este sentido, y dado que la gestión fiscal incluye también el conjunto de actividades económicas tendientes a la adecuada y correcta administración de bienes y rentas públicas dirigidos siempre a cumplir los fines esenciales del Estado, el VPN, como instrumento de valoración económica resulta adecuado para calcular el valor del daño, dando certeza de su cuantía.

Es un instrumento que permite medir en grado de certeza la valoración de un proyecto, obra o negocio de tal modo que permita tomar las decisiones bien de continuidad o bien de corrección que el asunto demande. Es decir, es ante todo un mecanismo basado en la certeza par la toma de decisiones de inversión. Lo que por consiguiente coloca a los individuos que deciden o intervienen en esas decisiones en la debida diligencia de adoptar las decisiones correctivas a tiempo para preservar el patrimonio de la empresa o entidad.

En efecto, es necesario recordar que no solamente la Contraloría utiliza este método para determinar la cuantía de un daño a reparar, sino que la misma ha sido usada y avalada en distintos escenarios.

En efecto, es un método utilizado por el Departamento Nacional de Planeación para identificar, preparar y evaluar proyectos de inversión pública. Se utiliza también a efectos de determinar Plusvalías[197], el Consejo de Estado ha reconocido su validez a los efectos de determinar el valor de las acciones de una entidad pública[198] ,es además un factor de selección de los contratistas en algunos contratos Estatales[199]

---

[197] Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00132-01(24591)

[198] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

[199] El valor presente neto, entre otras cosas se utiliza como criterio de adjudicación, un ejemplo de ello puede verse en la sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA

y es usado además por CIADI a efectos de determinar la existencia de daños en cabeza de un inversionista[200].

Pero lo que resulta aún más contundente, es que para efectos contables es un medio que le permite a la Contaduría General de la Nación, a efectos de determinar el valor de los activos del Estado y de forma puntual, el valor de las inversiones que realiza.

En efecto, en el Plan General de Contabilidad Pública[201], expedido por el Contador General de la Nación, se lee:

> *9.NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD PÚBLICA*
> *9.1 NORMAS TÉCNICAS RELATIVAS A LAS ETAPAS DE RECONOCIMIENTO Y REVELACIÓN DE LOS HECHOS FINANCIEROS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y AMBIENTALES*
> *(…)*
> *131. Las diferentes bases de valuación que se definen a continuación, permiten reconocer y revelar las diferentes transacciones, hechos y operaciones, de la entidad contable pública, de tal forma que los resultados obtenidos se ajusten a los propósitos de control, rendición de cuentas, gestión eficiente y transparencia.*
> *(…)*
> *135. Valor Presente Neto. Corresponde al valor que resulta de descontar la totalidad de los flujos futuros que pueda generar un activo o un pasivo, empleando para el efecto una tasa de descuento.*
> *(…)*
>
> *9.1.1 Normas técnicas relativas a los activos*
> *141. Noción. Los activos son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de*

CORREA PALACIO Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

[200] A manera de ejemplo puede verse: Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012

[201] https://www.contaduria.gov.co/plan-general-de-contabilidad-publica//document_library/Icr3IB7G0xlH/view_file/44037?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH_redirect=https%3A%2F%2Fwww.contaduria.gov.co%3A443%2Fplan-general-de-contabilidad-publica%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_Icr3IB7G0xlH%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview

> *transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general.*
> *142. Las normas técnicas relativas a los activos están orientadas a definir criterios para el reconocimiento y revelación de los hechos relacionados con los bienes y derechos de la entidad contable pública, derivados del desarrollo de sus funciones de cometido estatal.*
> *9.1.1.1 Inversiones e instrumentos derivados*
> *143. Noción. Las inversiones representan recursos aplicados en la creación y fortalecimiento de empresas públicas y entidades de naturaleza privada, y en la adquisición de valores como títulos e instrumentos derivados, en cumplimiento de políticas financieras, económicas y sociales del Estado y que como consecuencia pueden generar utilidades. Esta norma también trata los instrumentos derivados con fines de cobertura de activos.*
> *144. Las inversiones deben reconocerse por su costo histórico y actualizarse atendiendo la intención de realización, la disponibilidad de información en el mercado y, tratándose de inversiones patrimoniales, el grado de control o influencia que se tenga sobre el ente receptor de la inversión,* ***mediante la aplicación de metodologías que aproximen su realidad económica, tales como:*** *el valor razonable,* ***el valor presente neto*** *a partir de la tasa interna de retorno, el método de participación patrimonial y el método del costo.*

Por lo anterior, si dicho método de valuación resulta avalado para determinar el valor de un activo, de una inversión en cabeza del Estado, resulta igualmente válido utilizarlo para determinar una pérdida en cabeza del Estado cuando dicha inversión no obtiene el resultado esperado y se cuenta con los medios de prueba para concluir que en el horizonte de tiempo del negocio no lo va a recuperar. Tal y como ocurre en el caso concreto en dónde se recuerda: después de 3 años de la fecha en que originalmente debería haber entrado en operación, aún NO se cuenta con una hidroeléctrica que genere siquiera 1 KW de energía, así mismo los costos de la Hidroeléctrica han superado con creces los costos inicialmente pactados y a la fecha ni siquiera la Autoridad ambiental ha levantado la medida cautelar sobre la licencia ambiental, por lo que únicamente puede avanzarse con las obras necesarias para reparar los daños ocasionados por la mal llamada “contingencia” del año 2018.

Así mismo, se trata de un método de valuación que ha sido avalado inclusive por el Consejo de Estado de cara precisamente a fallos con responsabilidad fiscal:

> *“Tanto en el escrito de demanda como en aquel de la alzada, el recurrente señala que* ***la metodología de valoración de la sociedad gestora GESTAGUAS debía ser determinada a través de la metodología del flujo de caja libre, cuya importancia radica en el hecho de que “muestra la***

liquidez sobrante, generadas por la empresa después de hacer frente a las inversiones necesarias para su normal funcionamiento.*"*[202]

No obstante ello, el análisis financiero realizado por la Contraloría de Bogotá partió de un procedimiento divergente, motivo por el que encontró diferencias económicas que le fueron atribuidas como perjuicio que debía ser reparado.

Contrario a lo sostenido por el accionante, esta Judicatura encuentra que la valoración del negocio cuestionado, realizada por el órgano fiscal demandado, parte igualmente del método que éste echa de menos en su libelo introductorio y su apelación.
Al respecto, el Auto 003 de 29 de marzo de 2010 explicó:

"No hay discusión alguna en que la metodología más utilizada para la valoración de la compra de la participación accionaria es el flujo de caja libre descontando –FCLD–, aún cuando en algunos casos puedan evaluarse las compañías por la metodología del flujo de dividendos descontado –FDD–, en la medida en los que los nuevos accionistas aspiran a obtener una rentabilidad mínima frente al capital que ponen en riesgo para adelantar la inversión.

Pero el modelo de valoración por el flujo de caja libre supone una proyección de los resultados del negocio en el tiempo, con fundamento en la operación de la empresa en cuestión y busca determinar cuál es la remuneración, por el capital que un inversionista pone en riesgo, para que el negocio se adelante. De esta forma el FCLD pretende establecer cuántos recursos disponibles tiene una empresa para remunerar el capital invertido a los titulares de la misma, esto es, a los accionistas y a los acreedores.

(…)

Entonces, si los administradores de AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP querían establecer el precio a pagar por el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A., debieron calcular el FCLD de la empresa, año a año, y descontar esos flujos programados en el tiempo proyectado a una tasa de interés de oportunidad (20.27%) para nuestro caso, con lo cual se obtendría el valor base para negociar la participación accionaria en la empresa GESTAGUAS."[203]

Por lo anterior, ***no puede admitirse que, como lo sostiene el demandante, la Contraloría haya aplicado un método distinto al del flujo de caja libre para deducir la existencia de daño patrimonial en la compra del paquete***

[202] Folio 31 del cuaderno principal.
[203] Folio 8428 del cuaderno de pruebas.

> ***accionario de GESTAGUAS,*** *motivo que permite descartar el cuestionamiento"*[204]*.*

De donde resulta claro que no se trata de una metodología nueva, ni tampoco que la misma no sea adecuada para la determinación del daño, pues se repite, es un instrumento de valoración económica que permite determinar la realidad económica del proyecto y que por lo tanto dota de certeza el valor del daño calculado.

Es más es una metodología adecuada para valorar una inversión que se da en un plazo tan largo como el que supone el Proyecto hidroeléctrico, pues permite tener en cuenta todos los flujos presentes y futuros de forma tal que permite un análisis completo de todo el horizonte del negocio, de donde se demuestra que en el contexto del proyecto objeto de la presente causa fiscal que el Despacho hizo uso del método que resulta **más adecuado para cuantificar el daño desde la lógica de la valoración de la inversión**.

Lo anterior, permite demostrar que no es cierta la aseveración del apoderado cuando indica que: "*reconoce que acudió a la determinación y cuantificación del daño como lo hizo, a partir del VPN, por la dificultad de verificar — y acreditar- de manera precisa, detallada y específica, la eficiencia, o no, de cada costo en que se incurrió en el proyecto, todo ello copiando acríticamente el informe de la Universidad Nacional*
Entonces, en lugar de haber verificado y acreditado en qué transacciones, contratos, subcontratos y egresos en concreto se incurrió en costos ineficientes, porqué lo fueron y en qué medida y cuantía, y si los mismos eran constitutivos de daño — no basta que un costo sea ineficiente para que sea constitutivo de daño-, para -a partir de todo ello- determinar, si era el caso, daños ciertos y reales al patrimonio del Estado, y en lugar de identificar uno a uno, - y para cada costo o egreso ineficiente que pudiera ser constitutivo de daño-, los presuntos responsables fiscales, decidió, con un criterio facilista, no riguroso y apartado por completo de las condiciones que la ley exige para afirmar la existencia de un daño al patrimonio del Estado y para tenerlo por objetivamente demostrado, echar mano del VPN, y sostener, sin más, que las inversiones que hicieron que el mismo resulte menor que cero (O) fueron ineficientes y que todas ellas son constitutivas de daño fiscal, cuando por demás, existieron también otras razones de fuerza mayor, o no controlables, y otros factores de tipo socioeconómico propios de la zona o de la geografía, que no pueden atribuirse a una gestión ineficiente, ineficaz o antieconómica, y menos aún en lo que a los directivos de EPM respecta
Semejante modo de proceder resulta extravagante y descuidado, por decir lo menos, si se contrasta con todo lo requerido por el sistema normativo interno para tener por establecido un daño al patrimonio del Estado, pero además deja claro que en este proceso más allá de la formulación del genérico "daño" que se hace a partir del VPN, utilizando una metodología

[204] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00214-01

creada ex profeso, sin ningún fundamento en la práctica y la ciencia financiera, subjetiva, improvisada, incoherente y sesgada, no se imputa responsabilidad por daños concretos, referidos a transacciones y egresos específicos, objetivamente verificables y acreditados, lo que se confirma al constatar que ningún daño de esas condiciones es siquiera citado en el contenido del auto de imputación destinado a la referida determinación y cuantificación del daño.

En efecto, como se explicó líneas atrás no se trata de una postura facilista del Despacho ni mucho menos descuidada sino del método que este organismo de control encontró como el más adecuado a efectos de comprender todo el proyecto en el horizonte de tiempo del mismo.

Así mismo aduce el apoderado que simplemente no se tuvieron en cuenta otros factores otras razones de fuerza mayor, o no controlables, y otros factores de tipo socioeconómico propios de la zona o de la geografía.

Dicha afirmación no resulta cierta, pues en efecto, del análisis cuidadoso del material probatorio no se encontró que las situaciones relacionadas con problemas geológicos, o situaciones socioeconómicas hubieran sido las que realmente generaron los retrasos en la entrada en operación ni las mayores inversiones, que ocasionaron la destrucción del valor de la inversión y el lucro cesante.

Lo anterior se explicó en la imputación, y será abordado más adelante por este Despacho al hacer referencia a los argumentos planteados en relación con la conducta y el nexo de causalidad, por lo que el Despacho se remite a lo que allí se diga, precisando que el daño en la presente causa fiscal sí tiene como origen determinante las conductas que fueron precisadas desde el auto de imputación y, así mismo, se reitera que en la presente causa no se configuró ninguna causal eximente de responsabilidad.

De otro lado, no le asiste razón al apoderado cuando asevera que no se imputa responsabilidad por daños concretos. El daño en este caso es concreto. Distinto es que el apoderado pretenda simplemente atendiendo a su querer subjetivo, que este Despacho no revise el proyecto y sus inversiones de manera integral sino que revise de manera aislada cada transacción y egreso específico uno a uno, lo cual en cambio sí resulta inadecuado de cara a las condiciones concretas del daño en estudio.

Adicionalmente, es necesario reiterar que este Despacho también revisó la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM. estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo

que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero. En este sentido, y contrario a lo afirmado por el apoderado, el Despacho sí revisó a partir de la realidad económica que deben reflejar los estados financieros las transacciones y egresos específicos.

Así mismo, es necesario precisar que el ordenamiento interno no impone una limitación al uso del método de valoración de inversión, por el contrario, como se explicó líneas atrás lo avala aún para cuantificar el valor de los activos en cabeza del Estado. De igual forma, la jurisprudencia de las altas cortes tampoco ha considerado que este método no pueda ser utilizado y lo ha avalado por ejemplo para efectos de la determinación de una plusvalía y también determinar el valor de las acciones de una entidad pública[205]. De igual manera la forma como este Despacho ha establecido el daño atiende a todos y cada uno de los elementos que se exigen para que el mismo sea indemnizable.

Como puede verse en el caso concreto el daño no parte, como mal lo afirma el apoderado, de un "planteamiento conceptual y subjetivo" sino de la realidad que muestra tanto el contexto fáctico como financiero que sirvió de derrotero para el proyecto. En efecto, se hizo uso de los modelos financieros del proyecto mismo, aceptados por las partes y no de ningún otro.

Cabe recordar que el modelo financiero en un proyecto de la envergadura del de Hidroituango es la concreción del principio de planeación, es aquél a través del cual debe poderse observar los costos y tiempos del proyecto, respecto de los cuales es

[205] En relación con la venta que realizó el Estado de las Acciones de ISAGEN, el Consejo de Estado al analizar si se había cumplido con el requisito establecido en el artículo 7 de l Ley 226, conforme al cual, la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción.(…). Concluyó que se habia cumplido en debida forma con tal exigencia por cuanto:

"En otras palabras, al disponer la enajenación de las acciones de Isagén, previo los estudios técnicos a que alude la Ley 226, se protegió el patrimonio público porque con base en esos estudios el Gobierno Nacional estableció el precio fijo por acción para la primera etapa en el tope máximo recomendado por la Unión Temporal Credit Suisse – Inverlink y ratificado por Valfinazas".

Es preciso anotar que ambas empresas hicieron uso para la valoración de la acción de la metodología del flujo de caja libre descontado.

exigible que atiendan con un alto grado de probabilidad a la realidad del negocio, más cuando el mismo se realiza con recursos públicos y por supuesto de su desarrollo depende la satisfacción del interés público.

Se recuerda en este punto que Hidroituango no representaba un interés solo local sino nacional pues con él se pretende surtir el 17% de la energía del país.

Por todo lo anterior el argumento planteado por el apoderado no está llamado a prosperar.

> *b. EL DAÑO DETERMINADO Y CUANTIFICADO EN EL AUTO DE IMPUTACIÓN SE ESTRUCTURA SOBRE SUPUESTOS NO SOBRE HECHOS Y DATOS REALES.*
>
> *Como ha quedado visto, el daño fiscal aducido en el auto de imputación corresponde a la variación del VPN entre el modelo denominado de línea base (LB) y el último modelo considerado en el informe de la Universidad Nacional.*
>
> *Siendo entonces los egresos e ingresos del modelo financiero inicial, supuestos e hipotéticos, el cálculo del VPN con base en dicho modelo, es también y obviamente, un valor proyectado, estimado, supuesto e hipotético. Igualmente, en cada modelo posterior al de linea base, todo es estimado y supuesto, salvo lo que ya había ocurrido en la etapa de inversión para el momento en que el modelo se actualizaba.*
>
> *La falta de idoneidad del VPN del proyecto como regla para determinar un daño cierto al patrimonio del Estado, por lo menos del modo en que es usada en este caso por la Contraloría, puede confirmarse sin dificultad a partir de la verificación de la función de la modelación financiera y del carácter supuesto e hipotético de los flujos de caja a los que se les determina su Valor Presente Neto, en contraposición al hecho de que "el daño indemnizable debe tener bases ciertas de apreciación, y no intentar ser deducido de meras hipótesis o suposiciones'.*
>
> *Ciertamente, la modelación financiera busca predecir la futura interacción de los flujos de caja de un proyecto mediante la determinación de supuestos macroeconómicos, de inversión y operación, entre otros.*
>
> *El objetivo del modelo financiero radica en la construcción de indicadores que permitan analizar la conveniencia financiera de realizar un proyecto, y una vez adoptada la decisión de realizarlo, suele usarse como herramienta de seguimiento con el fin de verificar qué tanto la realidad del proyecto se está comportando según lo estimado.*
>
> *Los indicadores más comúnmente evaluados en un proyecto a través de la modelación financiera son i) Valor Presente Neto (VPN); ii) Tasa Interna de Retorno (TIR) y iii) Periodo de recuperación de la inversión (PRI).*

Como se mencionó, un modelo financiero está construido de supuestos que interactúan entre sí de manera razonable bajo escenarios a los cuales se les asignan rangos de sensibilidad. El resultado del modelo financiero de un proyecto, expresado en indicadores como los ya mencionados, no es otra cosa que la mera estimación del cálculo de un único set de variables supuestas que en síntesis es una abstracción de las expectativas.

Un modelo financiero sirve como una plataforma de experimentación en la cual los administradores pueden probar el efecto de diferentes decisiones antes de su implementación. La intención del modelo financiero es utilizar una serie de supuestos para obtener un resultado que valide sus decisiones'

Pero además de lo anterior, en tanto se trata de supuestos, en la definición de los mismos es común incurrir en estimaciones sobredimensionadas o subestimadas, a más de que los modelos no permiten incluir apropiadamente el contexto y riesgos del negocio, así como tampoco las consideraciones estratégicas del inversionista y la flexibilidad con la que debe actuarse en cada momento según las circunstancias:

"Cualquier modelo de toma de decisiones está sujeto a: suposiciones inapropiadas, procedimientos de estimación deficientes, falta de incorporación de los efectos de la competencia y de las fortalezas y debilidades de la empresa en todos los aspectos de la oportunidad de inversión, recolección ineficaz de información de sistemas de desempeño y medición, énfasis inapropiado en metas y resultados a corto plazo, o en conservadurismo u optimismo excesivos ... "86

"El VPN se basa en un conjunto de supuestos fijos relacionados con el pago del proyecto (un enfoque determinista), mientras que el pago es incierto y probabilístico. DCF [siglas en inglés de flujos de fondos descontados] no toma en consideración las decisiones contingentes disponibles y la flexibilidad gerencia! para actuar en esas decisiones. Por ejemplo, el valor de la flexibilidad futura para expandir, contraer o abandonar no es capturado por DCF.

Además, el análisis DCF solo representa la desventaja del riesgo sin considerar las recompensas. Este sesgo inherente lleva al rechazo de proyectos altamente prometedores debido a su incertidumbre. Muchos de los proyectos tecnológicos actuales exhiben tales características; por lo tanto, las limitaciones de DCF son de enorme importancia en su valoración."

Entonces, quienes van a tomar una decisión de inversión deben hacerlo mirando al futuro, pero como justamente no se sabe a ciencia cierta qué ocurrirá en el futuro, deben acudir a multiplicidad de supuestos e hipótesis sobre el comportamiento de las variables más significativas en el negocio, y sobre esa base proyectan flujos de ingresos y egresos en un horizonte de tiempo, y la interacción entre ellos, y contando así con los flujos netos proyectados, los

descuentan a valor presente usando la tasa de descuento seleccionada que, como se verá más adelante, igualmente representa una expectativa de rentabilidad. Todo entonces es supuesto en el modelo financiero elaborado como herramienta de apoyo en la toma de la decisión de realizar el proyecto, y cada vez que durante la ejecución del mismo se realice un cambio, como en el CAPEX o el cronograma de inversiones, sólo lo que ha ocurrido hasta el momento no será proyectado, pues normalmente en la modelación se incluye esa realidad ya acontecida, pero de ahí en adelante todos siguen siendo supuestos e hipótesis.

En contraposición a todo lo anterior, el daño debe ser cierto y real y por lo mismo, no puede estar estructurado sobre datos supuestos e hipotéticos:

7...1 tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia'.

"De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio."88 —Subraya fuera del texto

La falta de idoneidad del VPN del proyecto del modo que es usado por la Contraloría para determinar y cuantificar el daño, lo confirma la doctrina financiera y las normas de carácter contable, pues una y otras explican las funciones de dicho indicador como herramienta para la toma de decisiones de inversión, para la valoración de Empresas, para proyectar hasta qué punto un activo producirá los flujos necesarios para cubrir su valor en libros, etc, pero ninguna de ellas siquiera sugieren que el VPN estimado para el proyecto al momento de acometerlo y su declinación puede ser usado como fundamento, regla y medida para determinar un daño cierto al dueño de un proyecto o a los accionistas del dueño por las mayores inversiones realizadas en el mismo, menos aun cuando se trata de un proyecto en construcción.

Véase que no es posible predecir con algún grado de certeza, y menos con certeza absoluta, cuáles serán los flujos de caja durante el periodo de operación. Ninguna prueba existe en el proceso que demuestre que el VPN del proyecto luego de la operación va a ser negativo y menos aún en qué monto.

Aun en el evento en que durante el periodo de inversión no hubiera sido necesaria ninguna adición al CAPEX estimado en dicho modelo financiero, no era ni es posible predecir con certeza, y ni siquiera con un alto grado de certeza, que el VPN del proyecto será positivo o negativo, y menos aún en qué monto, al final del periodo de operación contemplado. Todo depende de lo que ocurra en la operación.

En definitiva, la posibilidad de especular en el sentido de que el VPN del proyecto resultará, en la realidad y al final del periodo de operación considerado en los modelos financieros, menor (<) que cero (0), es igual a la posibilidad de especular que dicho VPN resultará igual (---) o mayor (>) a cero. La incertidumbre entonces es lo único cierto.

En todo caso, insistimos en ello, que el VPN estimado en el modelo de la línea base es un supuesto, y en tal medida su declinación o no, y en qué monto, por razón del mayor CAPEX que ha sido necesario con respecto al tenido en cuenta en aquél modelo, son también hipótesis, luego de ninguna manera puede servir de sustento para determinar y cuantificar un daño cierto y real, máxime si se tiene en cuenta la función del referido modelo que no es otra que la de servir de herramienta para calcular la remuneración de Hidroituango S.A. E.S.P. en la etapa de operación. A la fecha sólo se conoce el CAPEX real ejecutado, pero todos los flujos netos en la etapa de operación, son sólo supuestos, y por lo mismo pueden o no ocurrir, luego la declinación del referido VPN de la línea base por razón del mayor CAPEX es también supuesta e hipotética, cualquiera sea su valor.

Pero además de los anteriores insuperables defectos en punto de la demostración cierta y objetiva de un daño patrimonial, derivado del mal uso que se le da a la herramienta VPN, se omite considerar que sólo en la medida en que exista certeza de la rentabilidad de una inversión, esta será libre de riesgo. En contraste, un activo o proyecto con riesgo se caracteriza porque la rentabilidad seguramente será mayor o menor a la esperada. La desviación que ocurre respecto del valor esperado corresponde al riesgo del proyecto. Y precisamente, dentro de los principales riesgos que pueden afectar un proyecto como el que nos ocupa está el riesgo de construcción, los riesgos de la naturaleza, los riesgos sociales, operacionales, etc.

En el presente caso, la Contraloría pretende que el proyecto de Hidroituango es un proyecto de renta fija libre de riesgo, y pretende trasladar las consecuencias de ese mal entendimiento a los directivos de EPM, entre otros investigados. . El planteamiento es absurdo por decir lo menos. En parte alguna del ordenamiento jurídico se encuentra previsto que los directores y administradores de un proyecto de tales dimensiones — y en general de cualquier proyecto de similar naturaleza y régimen- garantizan la obtención de la rentabilidad mínima esperada y que responden por ella con su patrimonio en caso de que no la consigan. Pero, y en todo caso, - nuevamente- aun cuando, contrariando manifiesta y ostensiblemnte la ley, se afirmara semejante obligación de resultado, también en tal caso habría que esperar los resultados de la operación del proyecto para conocer la desviación efectiva de los flujos reales respecto de la expectativa de rentabilidad.

En suma, el daño, estructurado a apartir del VPN estimado en el modelo que se usa como linea base y su diferencia con el estimado en el último modelo considerado, no reune los requisitos de certeza y objetividad.

El modelo financiero es, además, dinámico, y sus perspectivas varían constantemente dependiendo del comportamiento (la mayoría de veces impredecible), de las distintas variables allí incluidas.

Por último, aceptando la existencia del daño en simple gracia de discusión —que no se acepta de ninguna manera-, también la Delegada incumplió en el auto de imputación la regla jurídica - según la cual el daño tiene que estar acotado a su "real magnitud" y en todo caso deben descontarse los beneficios obtenidos. En efecto, el precedente jurisprudencial plasmado en la sentencia "fundadora de línea" 89 SU- 620 de 1996,9° indica:

"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio". (Subrayas no originales)

En el presente caso para la Contraloría cualquier y todo mayor valor de la inversión por encima del CAPEX estimado en el modelo que utiliza como línea base, es constitutiva de daño, lo que resulta absolutamente equivocado y absurdo no sólo porque de ninguna manera las partes del BOOMT dispusieron que el proyecto tendría ese valor, como si de un precio fijo se tratara, sino porque claramente, y por el contrario, lo que acordaron, en concordancia con el hecho de que aquél era solo una aproximación muy preliminar, es que el valor del proyecto sería el que al final de la construcción se certificara por el auditor de costos. Esta circunstancia deja en evidencia que i) pretender deducir responsabilidad por la totalidad de las inversiones mayores realizadas con respecto a aquélla cifra preliminar estimada en 2009, pues un solo dólar invertido de más hace disminuir el VPN =0 estimado en dicho modelo, constituye un acto desprovisto no sólo de legalidad sino de cualquier racionalidad y razonabilidad. Por la vía del daño afirmado e imputado a los investigados, se pretende que las mayores inversiones en el proyecto, todas, sean asumidas por éstos. Lo anterior viola flagrantemente las disposiciones legales que regulan el daño y la responsabilidad fiscal, así como los precedentes judiciales invocados.

Por lo tanto —reitero-, el imperativo de considerar los beneficios obtenidos al momento de determinar un daño, confirma la falta de idoneidad del VPN para ese propósito, más del modo en el que es usado por la Contraloría, y en un caso

con las caracteristicas del que nos ocupa dadas las reglas y condiciones contractuales del BOOMT y en general del proyecto.

En otra palabras, la certeza del daño incluye el cumplimiento no sólo de la obligación de establecer su dimensión "real y objetiva" —según ya se ha señalado-, sino además de verificar los eventuales beneficios producidos a favor del Estado, pues no hacerlo constituiría un enriquecimiento sin causa para la Administración,' tal y como lo tiene por sentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya citada.

R/: Respecto del argumento del apoderado, conforme al cual en la presente causa fiscal el daño se estructura sobre supuestos no sobre hechos y datos reales.

En este contexto considera que el modelo financiero es una plataforma de experimentación en la cual los administradores pueden probar el efecto de diferentes decisiones antes de su implementación. La intención del modelo financiero es utilizar una serie de supuestos para obtener un resultado que valide sus decisiones.

Entonces, quienes van a tomar una decisión de inversión deben hacerlo mirando al futuro, pero como justamente no se sabe a ciencia cierta qué ocurrirá en el futuro, deben acudir a multiplicidad de supuestos e hipótesis sobre el comportamiento de las variables más significativas en el negocio, y sobre esa base proyectan flujos de ingresos y egresos en un horizonte de tiempo, y la interacción entre ellos, y contando así con los flujos netos proyectados, los descuentan a valor presente usando la tasa de descuento seleccionada que, como se verá más adelante, igualmente representa una expectativa de rentabilidad. Todo entonces es supuesto en el modelo financiero elaborado como herramienta de apoyo en la toma de la decisión de realizar el proyecto, y cada vez que durante la ejecución del mismo se realice un cambio, como en el CAPEX o el cronograma de inversiones, sólo lo que ha ocurrido hasta el momento no será proyectado, pues normalmente en la modelación se incluye esa realidad ya acontecida, pero de ahí en adelante todos siguen siendo supuestos e hipótesis.

Respecto de este argumento, el Despacho se remite en primer término a la respuesta anterior, reafirmando que el uso del método de valuación del valor presente neto a través de la metodología de flujos de caja descontados, se aplica de manera amplia a efectos de valorar activos y determinar daños tanto en cabeza de inversionistas como para efectos de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, dado que en todo caso dado que se parte de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que

estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

Así mismo, desde la perspectiva jurídica son la concreción del principio de planeación, de manera particular en lo que se refiere a proyectos de largo plazo que se realizan con recursos públicos como el caso que nos ocupa, lo que impone que dichos modelos atiendan a un grado razonable de certeza que permita un manejo cuidadoso y probo del recurso público y que se dirija al cumplimiento de los fines del Estado insertos en el proyecto.

Ahora bien, es muy importante precisar que el hecho de que para efectos de valorar el daño, se haga uso de modelos financieros, ello no implica que el daño pueda catalogarse como incierto o eventual.

La certeza del daño, al margen de su cuantificación o valoración, para efectos fiscales implica que exista una lesión al patrimonio del Estado, en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

En este sentido, en el caso concreto, está demostrado con datos reales, producto no sólo del análisis realizado por la Universidad Nacional de los modelos financieros (los cuales se recuerda que se corren anualmente y por lo tanto incluyen datos reales de los años inmediatamente anteriores) sino además se revisó la evolución física del Proyecto en comparación con los costos registrados contablemente y revelados en los Estados Financieros anuales de EPM. estableciéndose de tal ejercicio que a junio de 2019 y sin contar aún con una fecha cierta de entrada en operación, se habían invertido más de 9.9 billones de pesos, lo que permitió demostrar que el aumento de las inversiones en los modelos financieros es consistente con el aumento de las inversiones reflejadas en los estados financieros. En este sentido **se encuentran probadas las mayores inversiones realizadas en el proyecto**, las cuales exceden significativamente las planteadas en el modelo que sirvió como cierre financiero.

De igual forma, de cara al lucro cesante está ampliamente probado en el plenario, que la hidroeléctrica **no entró en funcionamiento en noviembre de 2018, por lo que NO comenzó a percibir los ingresos que debía recibir.**

Ambas situaciones son ciertas y generan una pérdida o merma para el Estado.

Ahora bien, el daño al patrimonio del Estado en el escenario de la responsabilidad fiscal, implica que el mismo derive ya sea de una gestión fiscal o una conducta por contribución o con ocasión de la gestión fiscal y en todo caso en una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal, antieconómica, ineficaz e ineficiente que no se dirija al cumplimiento de los fines del Estado, debiéndose tener en cuenta además si a pesar de ello se deriva o no un beneficio para el Estado.

En este sentido, el Despacho, tal y como puede observarse desde los fundamentos fácticos ampliamente explicados y demostrados con el material probatorio obrante en el plenario, estableció de manera precisa cuáles fueron los hechos generadores tanto de las mayores inversiones como de la no entrada en funcionamiento del proyecto en la fecha programada. Así mismo y en atención a dichos hechos se procedió a identificar las conductas antieconómicas, ineficaces, ineficientes, que no se dirigieron a cumplir los fines del Estado insertos en el proyecto y que pueden ser calificadas a título de culpa grave, que los generaron concluyendo que se trata de acciones y/u omisiones concurrentes atribuibles a los imputados y que fueron idóneas y determinantes para que se diera el daño al patrimonio del Estado.

De igual manera y tal y como se ha explicado tanto a lo largo de esta providencia como en al auto 1484 de 2020, este Despacho no ha identificado situaciones que puedan constituirse como eximentes de responsabilidad o que puedan llegar a desvirtuar el daño en esta causa fiscal.

Ahora bien, frente a la valoración del daño, se optó desde la actuación especial adelantada por este órgano de control, por el uso de una metodología que "*permita evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, en el marco de un modelo de seguimiento al control fiscal*"[206].

Frente a lo cual, en virtud del contrato suscrito con la Universidad Nacional, esta institución, produjo el informe técnico que obra en el plenario, en el cual se hace uso del método de valuación del Valor presente neto de la inversión.

[206] AYUDA DE MEMORIA del COMITÉ TÉCNICO No. 1 Contrato Interadministrativo No. 211 del 8 de abril de 2019, realizado el día 5 de junio de 2019 entre la Universidad Nacional y la Contraloría General de la República-Delegada de Minas y Energía.

El cual, fue valorado por este Despacho al momento de recibir el antecedente y para efectos de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. De dicha valoración, teniendo en cuenta todo lo sostenido en este punto y de manera particular el hecho de que se trata de un megaproyecto de muy largo plazo, se consideró que el método de valuación empleado era el más correcto, completo y justo, en la medida en que permite tener en cuenta todos los ingresos y egresos en todo el horizonte del negocio e inclusive después de dicho horizonte, lo que permite concluir si los recursos calificados como daño se van a poder recuperar o no, lo que sin duda, dota de certeza el daño.

En este contexto, llama la atención, la opinión del apoderado en el sentido de afirmar que: "*Ninguna prueba existe en el proceso que demuestre que el VPN del proyecto luego de la operación va a ser negativo y menos aún en qué monto".*

Pues precisamente lo que permite determinar el método de valuación utilizado es si la inversión se va a recuperar o no durante todo el horizonte temporal, el cual sin duda incluye la etapa de operación de la Hidroeléctrica.

El razonamiento que propone el apoderado, lleva al absurdo de pensar que en ningún proyecto de largo plazo puede establecerse daño alguno sino hasta que finalice la operación, lo cual es un intento por demás vano de impedir el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara al precisar que el control fiscal puede y debe ejercerse aún respecto de proyectos que no se encuentran finalizados. Sobre el particular cabe recordar lo sostenido por este órgano de control en Concepto jurídico 104182 de Septiembre 20 de 2013:

> *"Desde la sentencia C- 623 de 1999, cuando la Corte se pronunció sobre las consecuencias normativas del artículo 65 de la ley 80 de 1993 y en reiteradas oportunidades, la línea jurisprudencial reconoce de modo indubitable la competencia de los órganos de control fiscal, en el contexto del control posterior y selectivo, para ejercer los distintos sistemas de control fiscal e incoar las acciones correspondientes. En el texto de la citada providencia, sostuvo la Corte:*
>
> *"En el artículo 65 de la ley 80/93, materia de acusación parcial, se prescribe en el primer inciso, la intervención de las autoridades fiscales "una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos", y el control posterior de las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, con el fin de verificar si éstos se ajustaron a las disposiciones legales. En el segundo inciso se establece que una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En el tercero se asigna el control previo administrativo de los contratos a las oficinas de control interno, y en el cuarto se*

autoriza a las autoridades de control fiscal para exigir informes a los servidores públicos, de cualquier orden, sobre su gestión contractual, siendo el aparte subrayado el que se demanda, por las razones que se resumieron en el acápite III de esta providencia. "Pues bien: el control fiscal sobre la actividad contractual de la administración pública, según la disposición acusada, tiene lugar en dos momentos distintos: 1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y 2. una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. (…) De acuerdo con los resultados de este examen, y en caso de existir fundamento para hacerlo, las autoridades fiscales deberán iniciar las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. (…) Así las cosas, el aparte acusado del artículo 65 de la ley 80/93 al establecer el control fiscal sobre los contratos liquidados y terminados, no infringe los artículos citados por el actor, pues ella misma ordena que se realice en forma posterior y selectiva, y que además de la vigilancia de la gestión fiscal se evalúen los resultados obtenidos con el gasto o la inversión. Dicha disposición tampoco desconoce los principios de eficacia y eficiencia ni constituye impedimento para que las Contralorías inicien los juicios de responsabilidad fiscal y cumplan con el deber de promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. Para concluir procede la Corte a responder las preguntas planteadas al inicio de estas consideraciones. - ***El control fiscal sobre los contratos estatales debe ejercerse después de que se han cumplido los trámites administrativos de legalización de los contratos, esto es, cuando han quedado perfeccionados, durante su ejecución y después de terminados o liquidados.*** *(…) - El control fiscal sobre los contratos estatales liquidados o terminados, como lo consagra la norma demandada, no viola la Constitución. Por el contrario, se ajusta a sus preceptos, concretamente, a lo consagrado en el artículo 267" (negrilla fuera de texto).*

(…)

Ahora bien, en cuanto a la materia que nos ocupa, resulta para la Corte Constitucional, inequívoco que los sistemas de control fiscal pueden aplicarse sobre los contratos estatales que hayan cumplido sus condiciones de perfeccionamiento y sus condiciones de ejecución, actividades que son a las que se alude con la expresión "legalización" del contrato, esto es, que es plausible catalogar como control posterior, el que en ejercicio de sus

competencias misionales, pueden ejercer los órganos de control fiscal, a partir del inicio de la etapa de ejecución de las obligaciones que integran el objeto contractual. En concreto, la Corte considera como legítimo desplegar los sistemas de control fiscal, sobre las cuentas y pagos derivados de la ejecución, lo que comprende establecer control posterior al cotejo entre lo realmente ejecutado y los pagos realizados, así como entre las acreencias recíprocas, para verificar su sometimiento a las disposiciones legales.

*Por otra parte, de lo transcrito, puede inferirse que la calidad de control posterior en el marco anteriormente expuesto, impone el deber de las contralorías para iniciar los juicios de responsabilidad fiscal y cumplir con el deber de promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, lo cual resulta coherente con los deberes que la ley les impone ante la aparición de un daño al patrimonio del Estado, que surja como actual y cierto con ocasión de la gestión fiscal**, incluso, derivada de la ejecución contractual, y que se manifiesta en el ejercicio de la acción fiscal.** No es en vano, que la sentencia que se analiza, recabe en que los mandatos del artículo 65 de la Ley 80 de 1993, no impiden, ni son obstáculo para adelantar los procesos fiscales, cuando quiera que se configuren los presupuestos previstos en el régimen de la responsabilidad fiscal, **es decir la configuración cierta y consolidada de los elementos contemplados en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000.***

Ahora bien, con el objeto de determinar hasta qué punto resulta viable hacer exigible la responsabilidad fiscal, cuando el daño se produce en el curso de la ejecución contractual, antes de la terminación y/o liquidación del contrato, se deben traer a colación los alcances de la Sentencia C-648 de 2002, emitida con motivo de la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000, y en cuyo texto, entre otros, se presentaban , por parte de la demanda como argumentos centrales: i) que los contratistas o a sus garantes, sólo pueden ser juzgados por las jurisdicciones administrativa o arbitral; y ii) que las contralorías no pueden intervenir durante la ejecución de los contratos. Argumentos desechados por la Corte Constitucional, de la siguiente manera: "5. Estiman los demandantes que las normas acusadas desconocen el esquema constitucional sobre vigilancia de la gestión fiscal (C.P., arts. 119 y 268 numerales 5 y 6) al extender la intervención de la contraloría a los contratos estatales en ejecución, a los contratistas y a los garantes de obligaciones meramente contractuales. Agregan que el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 prohíbe la intervención de las contralorías en la contratación. Sobre el particular debe señalarse, como ya lo ha expresado la Corte, que efectivamente las Contralorías no pueden participar en el proceso de contratación, puesto que su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones. Tampoco pueden interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora, lo cual está prohibido expresamente por la Carta Política al señalar en el artículo 267 que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su

propia organización. De esta forma, al excluir la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, se evita que se incurra en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración. ***Sin embargo, esta circunstancia no sirve de argumento para alegar la improcedencia del control fiscal sobre los contratos estatales, el cual, por el contrario, bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación"*** *(negrilla fuera de texto).*

La propia normativa reguladora del proceso de responsabilidad fiscal, en disposición declarada exequible por la Sentencia que se acaba de mencionar, cuenta con la posibilidad de hacer exigible la responsabilidad fiscal por daños ocasionados en la ejecución contractual, incluso, antes de la liquidación del contrato estatal. En efecto, a tal conclusión se puede arribar cuando la Ley 610 de 2000, en su artículo 61, dispone que "Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado". Una preceptiva como la que se acaba de referir, no estaría en el ordenamiento jurídico, ni la Corte la habría declarado exequible, si no se concibiera, conforme a la Constitución y a la razonabilidad de la responsabilidad fiscal, que en el ejercicio de sus funciones las contralorías tienen conferida la atribución de verificar la existencia cierta y actual de un daño fiscal, con ocasión de la ejecución de un contrato, y de adelantar la acción dirigida a su resarcimiento, sin esperar a su liquidación, ni menos a la extinción de las acciones contencioso administrativas. Tanto es así, que el legislador, les asigna competencia para solicitar, a la entidad contratante, en hipótesis de esa naturaleza, que se declare la caducidad del contrato en cuya ejecución se causó el daño objeto de resarcimiento fiscal. Lo anterior, ***claro está, bajo la condición de que si y solo sí, durante la ejecución del contrato se acrediten las evidencias de certeza de un daño fiscal cierto y consolidado, esto es con la configuración de los elementos previstos en los artículos 5° y 6° de la Ley 610 de 2000"****.*

Adicional a lo anterior, el apoderado retoma el cuestionamiento en relación con el modelo de línea base, considera que el VPN estimado en el modelo de línea base es un supuesto y que dicho modelo tiene una función específica cual es la de calcular la remuneración de Hidroituango en la etapa de operación por lo que de la comparación con el mismo no puede derivarse un daño cierto.

Sobre este punto se reitera lo que se ha venido diciendo por parte de la Universidad Nacional al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación, relacionada con los motivos que justificaron la utilización del modelo de Iverlink como línea base, a folio 17450 del expediente afirmó: *"Se considera que el presupuesto de inversión estipulado en el contrato BOOMT corresponde al modelo de cierre financiero del proyecto y que a partir de este se planearon los desarrollos y los resultados iniciales que se pretendían alcanzar con su ejecución y realización, por lo que considerar esta versión como línea base es relevante y totalmente válido como referencia para cualquier evaluación financiera del proyecto"*

Así mismo, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta comercial, no tiene por qué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.

En este punto, resulta necesario recordar que el cierre financiero es un momento clave que debe darse previo al inicio de la ejecución del contrato, pues en efecto, este cierre es el que permite concluir que existe viabilidad económica para el logro de los objetivos previstos, más si se tiene en cuenta que se trata de un proyecto que debe acometerse con recursos públicos.

En este sentido, el Consejo de Estado se ha referido al Principio de Planeación en los siguientes términos:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[207]*.*

[207] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

A este deber no escapa el proyecto Hidroeléctrico objeto de esta causa fiscal, por lo que se reitera que aún desde la perspectiva jurídica, el modelo con el cual se decidió la viabilidad necesaria para iniciar la ejecución del proyecto fue el modelo de Inverlink, se reitera la conclusión de que es válido utilizar el mismo como línea base, para desarrollar la comparación con los modelos corridos con posterioridad.

De otra parte, de cara al hecho de que en opinión del apoderado *"sólo en la medida en que exista certeza de la rentabilidad de una inversión, esta será libre de riesgo".*

Se trata de una afirmación que no atiende al contexto de lo demostrado en esta causa fiscal. De un lado tal y como se ha reiterado, el modelo financiero, como concreción del principio de planeación, debe incluir los imprevistos y los riesgos, a efectos de poder determinar con un grado de probabilidad aceptable los costos reales de un proyecto. Sobre este punto, cabe recordar lo dicho por la Universidad Nacional al resolver las solicitudes de aclaración y complementación formuladas por SURAMERICANA(ver folio 17450 y 17450 vto)::

"Se considera que los proyectos se conciben de manera integral y no por partes, por lo tanto, la evaluación de estos se debe hacer de ***manera integral y debe tener en cuenta todos los valores de inversión, ingresos costos y gastos estimados y proyectados que permitieron se lograra el cierre financiero del proyecto****"* (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Tal y como se explicaba líneas atrás si bien los modelos financieros pueden variar, dicha variación debe atender a márgenes razonables. Así mismo, tal y como se precisó líneas atrás, en el caso concreto no se dieron situaciones que puedan ser calificadas como caso fortuito o fuerza mayor ni otras eximentes de responsabilidad que permitan aceptar al Despacho que excedieron lo que debía haber estado y estaba previsto por los imputados en esta causa fiscal.

De donde no es cierto que este Despacho pretenda que Hidroituango fuera un proyecto de renta fija y libre de riesgo. Por lo que este proceso no parte de un entendimiento errado por parte del Despacho con el que se quieran trasladar unas consecuencias a los directivos de EPM y a los demás imputados.

El apoderado en cambio, sí parte de un mal entendimiento al querer hacer parecer que el Despacho lo que le exige a sus asegurados es que garanticen la obtención de una rentabilidad mínima esperada. Lo que sí se le exige a los directivos de EPM y EPM I (ya liquidada), es que como gestores fiscales hubieran cumplido con el principio-derecho-deber de la buena administración[208], que hubieran desarrollado

[208] *"A los principios anteriores debe agregarse el de la buena administración, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio*

sus funciones de conformidad con los roles que desempeñaban conforme al marco normativo compuesto por la Constitución, la Ley, los estatutos y el contrato entre otros a efectos de que invirtieran los recursos públicos de forma tal que se obtuviera una hidroeléctrica en las condiciones de costos, tiempos y condiciones pactadas, lo cual a la fecha no se ha logrado, pues 3 años después de la fecha en la que debió entrar en funcionamiento la hidroeléctrica, y después de haberse invertido más de 16 Billones de pesos[209] (Corte a diciembre de 2020) todavía la misma no produce 1 solo KW de energía, esto en perjuicio tanto de Hidroituango como de EPM pero también de Medellín, Antioquia y el País pues no se satisface con dicha inversión el interés general, es más, resulta necesario recordar que de conformidad con la Resolución 820 de 2018, la ANLA suspendió la Licencia Ambiental y permitió únicamente el desarrollo de las obras para la atención de la emergencia, lo cual se encuentra supeditado a la entrega y estudio del Informe sobre estabilidad que está siendo adelantado por la empresa POYRY[210].

Adicional a lo anterior, considera la apoderada que este despacho no acotó el daño en su "real magnitud" y que en todo caso deben descontarse los beneficios obtenidos.

Lo anterior lo estructura con base en que "*cualquier y todo mayor valor de la inversión por encima del CAPEX estimado en el modelo que utiliza como línea base, es constitutiva de daño, lo que resulta absolutamente equivocado y absurdo no sólo porque de ninguna manera las partes del BOOMT dispusieron que el proyecto tendría ese valor, como si de un precio fijo se tratara, sino porque claramente, y por el contrario, lo que acordaron, en concordancia con el hecho de que aquél era solo una aproximación muy preliminar, es que*

---

o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano, de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

[209] En Testimonio de fecha 16 de junio de 2021, rendido por el señor JAIRO HERNÁN RAMÍREZ GÓMEZ quien se desempeñó como director Administrativo de Hidroituango entre 2009 y 2020, el testigo afirmó: *"En lo financiero si creo que tengo algunos datos de indicadores, si quiere si me permite voy y miro si de pronto tengo alguno de esos, pero más o menos el presupuesto del proyecto estábamos a 2020, tenía un presupuesto de 16.3 billones frente a un presupuesto original de 11.2 billones"*

[210] *"El estudio contratado con PÖYRY, para el levantamiento de la medida preventiva interpuesta por la ANLA, a través del contrato CT-2018-001241 y cuyo objeto es ""Emitir un dictamen claro, preciso, detallado y objetivo, sobre las condiciones actuales de estabilidad (bajo el escenario de contingencia) y futura (bajo el escenario de operación) del Proyecto Hidroeléctrico Ituango" tiene como fecha para la entrega el mes de diciembre de 2020, de acuerdo al acta de modificación bilateral N° 5 (AMB5). Lo anterior con el fin de garantizar que el consultor tenga acceso a las obras del proyecto y a los estudios adelantados para su recuperación". Ver Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 75\FOLIO 15951 REFERENCIA CRUZADA EPM ER00111912\NUEVA\Acta 70*

el valor del proyecto sería el que al final de la construcción se certificara por el auditor de costos.

Esta circunstancia deja en evidencia que i) pretender deducir responsabilidad por la totalidad de las inversiones mayores realizadas con respecto a aquélla cifra preliminar estimada en 2009, pues un solo dólar invertido de más hace disminuir el VPN =0 estimado en dicho modelo, constituye un acto desprovisto no sólo de legalidad sino de cualquier racionalidad y razonabilidad. Por la vía del daño afirmado e imputado a los investigados, se pretende que las mayores inversiones en el proyecto, todas, sean asumidas por éstos. Lo anterior viola flagrantemente las disposiciones legales que regulan el daño y la responsabilidad fiscal, así como los precedentes judiciales invocados.
Por lo tanto —reitero-, el imperativo de considerar los beneficios obtenidos al momento de determinar un daño, confirma la falta de idoneidad del VPN para ese propósito, más del modo en el que es usado por la Contraloría, y en un caso con las características del que nos ocupa dadas las reglas y condiciones contractuales del BOOMT y en general del proyecto.

En otra palabras, la certeza del daño incluye el cumplimiento no sólo de la obligación de establecer su dimensión "real y objetiva" —según ya se ha señalado-, sino además de verificar los eventuales beneficios producidos a favor del Estado, pues no hacerlo constituiría un enriquecimiento sin causa para la Administración,' tal y como lo tiene por sentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya citada."

Respecto de este argumento, llama la atención que nuevamente el apoderado insiste en cercenar la comprensión del auto de imputación leyendo de manera separada el acápite de daño y la valoración del mismo a través del método de VPN, para hacer parecer que se trato de un ejercicio financiero abstracto desprovisto de mayores análisis.

Frente a lo anterior, cabe recordar, como se dijo en precedencia que para efectos de considerar que se trata de un daño cierto, el Despacho estableció de manera precisa cuáles fueron los hechos generadores tanto de **las mayores inversiones como de la no entrada en funcionamiento del proyecto en la fecha programada**. Así mismo y en atención a dichos hechos se procedió a identificar las conductas antieconómicas, ineficaces, ineficientes, que no se dirigieron a cumplir los fines del Estado insertos en el proyecto y que pueden ser calificadas a título de culpa grave, que los generaron concluyendo que se trata de acciones y/u omisiones concurrentes atribuibles a los imputados y que fueron idóneas y determinantes para que se diera el daño al patrimonio del Estado.

De igual manera y tal y como se ha explicado tanto a lo largo de esta providencia como en al auto 1484 de 2020, este Despacho no ha identificado situaciones que puedan constituirse como eximentes de responsabilidad o que puedan llegar a desvirtuar el daño en esta causa fiscal.

De donde para el Despacho es clara la razón de esas mayores inversiones y como las mismas tienen un nexo de causalidad con las conductas endilgadas a cada uno de los imputados. Ahora bien, el apoderado se refiere a unos supuestos beneficios, los cuales no hace explícitos, pero sí exige que sean tenidos en cuenta por el Despacho.

Del análisis del material probatorio obrante en el plenario, el Despacho como consecuencia de las mayores inversiones realizadas en la obra y como consecuencia de la entrada tardía de la misma que generó un lucro cesante no encuentra cómo el apoderado puede entender que hay un beneficio en favor del Estado menos aún si se tiene en cuenta que a la fecha y después de los cuantiosos recursos invertidos, no se cuenta con una hidroeléctrica funcional que satisfaga el interés general.

Por todo lo anterior, se concluye que este argumento no está llamado a prosperar.

> *c. LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO COMO GUÍA SUPREMA DE LA ACTUACIÓN DE LOS GESTORES FISCALES Y FUNDAMENTO Y CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO PATRIMONIAL EN VIRTUD DE QUEBRANTAMIENTOS DE LOS PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN FISCAL.*
>
> *Desde la propia definición de la gestión fiscal que consagra la ley 610 de 2000 se advierte que cualquiera sea la calidad de quien maneja o administra patrimonio público (servidor público o particular) y el tipo de actividad y función que se esté llamado a ejercer, la misma siempre debe hallarse dirigida al cumplimiento de los fines esenciales del Estado:*
>
> *"Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales". (Resaltado y subrayas nuestras).*
>
> *La misma norma permite ver además que la eficiencia, la eficacia, la economía y demás principios que rigen la gestión fiscal, no son un fin en sí mismo, sino parámetros que guían dicha gestión. El propósito de la gestión fiscal es la consecución de los fines esenciales del Estado, mientras que dichos principios*

son mandatos que orientan la actuación del agente que administra el patrimonio público.

Los fines esenciales del Estado son definidos en el artículo 2° de la Constitución Política, así:

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que los fines esenciales del Estado son un parámetro de control y responsabilidad, y guían y determinan la acción de sus agentes, incluso en concurrencia con el rol de los particulares:

"De esta manera, esta norma constitucional guía la actividad pública en todas sus manifestaciones y determina, por consiguiente, un parámetro de control de la misma, al establecer un criterio constitucional para la identificación del desvío del poder público. También, la determinación constitucional de los fines esenciales del Estado es, al mismo tiempo, razón de ser de la responsabilidad de los agentes públicos y criterio para su determinación, aunque la consecución de los fines esenciales del Estado no sea responsabilidad exclusiva de los servidores públicos, ya que la Constitución también radica responsabilidades respecto de su logro en cabeza de los particulares que ejercen funciones públicas, del contratista del Estado, en tanto que colaborador de la administración pública, del prestador de servicios públicos, de la sociedad y de la familia. Esto confirma que la Constitución no estableció responsabilidades exclusivas y excluyentes en la consecución de
dichos fines respecto de determinada rama del poder público o de determinada autoridad, sino que confió su logro en las distintas ramas y órganos del Estado, en colaboración armónica e incluso en los particulares en cumplimiento de sus responsabilidades y deberes constitucionales".92 (Resaltado añadido)

Y en otra ocasión, precisó: "En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducira perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación

y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. (...) Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes "completos" pero inertes". 93 (Subrayas y resaltado ex profeso)

Pues bien, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "el control posterior de la gestión fiscal comprende dos actividades o momentos diferenciados que sin embargo se encuentran entre sí claramente vinculados: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal", "el primero de los cuales resulta necesario y obligado, mientras que el segundo tiene un carácter derivado". 94

Tal visión normativa integradora tanto en el enfoque como en el contenido del control fiscal posterior, parte de la visión constitucional de que dicha "vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye (....) el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales" (art. 267, inc. 3° C.P., modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019), visión que primero la ley 42 desarrolló y hoy el Decreto 403 de 2020, bajo aquellas estructuras de principios. Así, la referida Ley 42, vigente para la época de los hechos objeto de este proceso, dispuso:

"La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados [eficiencia]; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo [economía]; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas [eficacia]. Así mismo, que permita identificarlos receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos". (art. 8° de la ley 42). (Resaltado añadido).

Por su parte, la propia ley 42, insistimos, vigente para la época de ocurrencia de los hechos materia del proceso, en ese entorno precisaba que el control de gestión examina precisamente "la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad

pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad" (art. 12 de la ley 42 de 1993, cuya materia está hoy regulada en el artículo 48 del D. 403/20). (Resaltado nuestro).

El artículo 13 de la precitada ley 42, a su vez definía el control de resultados como "el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado" 95

Según ya se ha enunciado, la ley 610 de 2000, por su parte, al reglamentar el "segundo momento" 96 del control fiscal posterior -el proceso de responsabilidad fiscal-, estructura el concepto del "daño" al patrimonio del Estado siguiendo los mismos parámetros evaluativos y principalistas del control fiscal en su primer momento, y, a través de ellos, configurando un concepto jurídico del daño para efectos de la responsabilidad fiscal más allá de su entidad fenoménica y exige como se viene señalando que la lesión al patrimonio público sea "producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías".

Entonces, no basta sólo la afectación fenoménica del patrimonio público (el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, que ya se vio tampoco concurre en el pretendido daño determinado y cuantificado que es objeto de imputación en el auto 1484, sino que además se requiere que tal afectación sea antijurídica, que se haya producido en virtud del quebrantamiento de los principios de la gestión fiscal.

Como se puede apreciar, entonces, subsiste una plena correspondencia conceptual entre los principios que orientan el control sobre la gestión fiscal y los parámetros jurídicos que integran el concepto de daño patrimonial al Estado, y que a su vez determinan la existencia o no del mismo en cada caso concreto.

Pero además tal perspectiva jurídica de la "lesión al patrimonio público" es holística, precisamente porque la gestión fiscal tiene esa dimensión. Esto quiere decir que los principios orientadores de dicha gestión pública deben ser vistos en forma global (la eficacia, la eficiencia, le economía, etc.), y con base en un análisis objetivo. Es decir, no puede verificarse el cumplimiento o no de tales principios en forma aislada, disociada y por fuera del contexto integral de los supuesto fácticos, ni menos aún de manera subjetiva y con una simple vista ex post.

Así las cosas, y en primer lugar, para verificar si en efecto se trató de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, no aplicada a la consecución de los fines estatales, entre otras situaciones, es imprescindible

acudir al específico entorno de realidad en que operó la concreta gestión fiscal, pues de lo contrario se puede arribar a conclusiones absurdas e injustas — como en el caso que nos ocupa-

Para relievar lo que se quiere significar: una misma conducta puede tener significado distinto según el contexto en el que se produzca, por lo que prescindir de dicho contexto en la determinación del daño es verdaderamente un error mayúsculo y estructural. Piénsese en la incisión realizada en la piel de una persona. Si no se verifica el contexto en el que tiene lugar, podría calificarse de dañina sin serlo. Claramente, no es lo mismo una incisión en la piel de una persona realizada por un profesional de la medicina para salvar la vida de un ser humano o para curar una herida previa, que la que produce un delincuente para arrebatar sus pertenencias a la víctima. Estamos frente al mismo hecho - la incisión en la piel- pero en contextos distintos, y que el hecho sea constitutivo de daño o no es un asunto que sólo puede determinarse considerando el contexto, la realidad en la que tiene lugar, entre otras circunstancias imprescindibles

"La antijuridicidad -subraya la doctrina- es un juicio de realidad" 97, lo que es aplicable no sólo cuando se trata de analizar la responsabilidad penal o disciplinaria sino en general cuando se trata de contrastar la conducta del agente con las normas y principios que la rigen.

En suma, ponderación y racionalidad gerencial (el "rational choice" y la "realidad empírica", referida por el autorizado doctrinante Eduardo Wiesner)98, como parámetros de valoración objetiva de las decisiones en la determinación de la "juridicidad" de las mismas en el terreno normativo del daño.

En segundo lugar, la valoración que se haga sobre el cumplimiento o no de dichos principios debe ser objetiva, lo que comporta i) atenerse a los criterios que la propia ley establece sobre qué se entiende por eficiencia, eficacia y economía y en general por los demás principios que rigen la gestión fiscal; hacer un análisis integral, fiable, y neutral de dichas decisiones gerenciales, -en el contexto situacional mismo, según se dijo ya-.

Por el primer aspecto (i), no son admisibles criterios subjetivos y ex post que no existían de manera "previa, cierta y objetiva" a los hechos tal y como la Corte Constitucional lo señaló en la ratio de la sentencia que declaró inexequible el concepto "inequitativo" precisamente por alterar dicha objetividad en términos de los principios de legalidad y tipicidad que integran el debido proceso. En efecto, dijo la Corte:

"No cabe decir lo mismo de la expresión "inequitativa", pues ella remite a una multiplicidad de acepciones cuyo contenido quedaría librado a la determinación del funcionario que adelanta el juicio de responsabilidad fiscal. Al disponer la norma que la responsabilidad fiscal puede ser producto de una gestión fiscal inequitativa no está dando parámetros que permitan establecer de manera

previa, cierta y objetiva, cuándo una conducta puede considerarse inequitativa y, por esa razón, determinante de que un daño patrimonial al Estado pueda ser atribuido al agente a título de dolo o de culpa. Esa indeterminación resulta violatoria de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución y que resultan aplicables en todos aquellos eventos en los que se pretenda establecer la responsabilidad de una persona".

Entonces, los conceptos de eficiencia, eficacia, economía, entre otros, son los que define la ley, no los que en cada caso se le ocurra adoptar al juzgador, como en el presente caso en que la Delegada entiende por eficiencia que el VPN del proyecto sea cuando menos igual a cero con base en un inamovible, y escrito en piedra para ella, modelo financiero inicial, y para quien, en consecuencia, todos los mayores valores de las inversiones con respecto al CAPEX allí incluido, son ineficientes, con independencia de si fueron o no necesarias, o cual fue su causa y en qué medida contribuyen a la terminación del proyecto. Claro es advertir que semejante planteamiento llena el contenido de lo que la ley entiende por dicho principio (que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados) para efectos de configurar el daño al patrimonio del Estado en el proceso de responsabilidad fiscal.

Que las mayores inversiones fueron las decisiones más eficientes que podían adoptarse visto el contexto en que tuvieron lugar, es un asunto que no sólo no se desvirtúo conforme a la ley por la Delegada, sino que se encuentra claramente acreditado en el proceso, entre otros con el dictámenes pericia) financiero aportado por nosotros, no desvirtuado, dicho sea de paso, a pesar del sesgado e incompleto pronunciamiento de la Universidad Nacional al respecto, y a cuyo contenido nos remitimos para no incurrir en transcripciones innecesarias.

En contravía de todo lo que se desprende de la ley, el auto de imputación efectúa un planteamiento del principio de la gestión fiscal de la eficiencia, a partir de un "análisis" micro-financiero focalizado, subjetivo y ex-post (un mero "eficientismo" per se), y evade por completo la valoración integral con los demás principios en juego que impone la ley, dentro de los parámetros de la gestión fiscal y como condición para verificar la antijuridicidad prevista en el citado artículo 6°.

La sesgada visión limitada exclusivamente a la verificación de la pretendida eficiencia financiera del mayor CAPEX (errada en sí misma, según ya se demostró), restringida erróneamente en el sesgo de la sola existencia de la "rentabilidad del capital", decae por lo tanto en subjetivismo y parcialidad mayor en el contexto de la evaluación propia del control fiscal, olvidando de paso que, aun admitiendo ese reduccionismo al VPN, la "eficiencia debe estar subordinada a la eficacia",100 según lo subraya la literatura gerencial especializada.

Así las cosas, la actividad del control posterior que ejerce la Contraloría, como lo destaca la jurisprudencia, le permite, "que más allá de un mero examen de legalidad, se evalúen los resultados globales de la gestión, sobre la base de la eficacia, eficiencia y economía".101 (Resaltado no original), y no un mero indicador financiero como el VPN.

La misma lógica constitucional aplica al principio de economía, el cual no puede ser solamente visto en términos de "calidad de bienes y servicios" o de "menores costos",102 sino al mejor aprovechamiento de los recursos públicos para lograr los resultados predeterminados por la administración. Resalto la visión de la jurisprudencia que por precisión conclusiva nos dispensa de mayores comentarios:

"Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo.

En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en sí mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado (...)" 1°3 (Resaltado original en la sentencia).

Y en otra ocasión:
"La Corte en cuanto al principio de economía, ha enfatizado que constituye una orientación, una pauta, para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo, sin que ello lo convierta en un fin en sí n-ilsmo."104 (Subrayas no originales).

Entonces, en el auto de imputación se ignoró por completo aquel marco de la gestión fiscal y del control fiscal que privilegia la ley, y de ninguna manera se demostró la antijuridicidad del pretendido daño, pues no consideró los principios de la gestión fiscal en su integridad, ni el contexto en que la misma tuvo lugar, ni se acreditó la vulneración de dichos principios como condición sine qua non para afirmar la existencia de un daño al patrimonio del Estado en el marco del proceso de responsabilidad fiscal. De igual modo confundió la eficiencia como la obtención de un VPN= o >0, con el fin del proyecto y de la inversión en él realizada, cuando ni dicho indicador corresponde a lo que la ley entiende por el principio de eficiencia, ni la eficiencia constituye en sí misma un fin, sino una orientación en el cumplimiento de las funciones con miras a la obtención de los fines esenciales del Estado por los que debe propender la inversión pública.

De este modo, pues, se omitió por completo valorar, en la perspectiva de la antijuridicidad del daño citada, los efectos macroeconómicos del componente energético (cuando comience a operar la central cubrirá el 17% de la demanda de energía eléctrica del país), los efectos competitivos y de productividad asociados, los efectos de contribución socioeconómica regional en términos de infraestructura, ambientales, económicos, sociales, institucionales, etc., entre tantos componentes asociados a aquellas finalidades esenciales del Estado.

En suma, queda absolutamente sustentado que el daño al patrimonio del Estado aducido en el auto de imputación no es tal.

De ninguna manera fue acreditado conforme al sentido normativo del mismo, todo lo cual se complementa y demuestra en lo pertinente con el primer dictamen pericial elaborado por SAINT CHARLES INVESTISSEMENTS S.A.S., [y de ninguna manera desvirtuado por esa Delegada, sino más bien confirmado y destacado por ese Despacho, al haberlo evadido, en lugar de haber dispuesto lo pertinente para revisar rigurosa y juiciosamente su contenido antes de emitir auto de imputación], y con el segundo dictamen o alcance al primero, rendido por este mismo experto que se aporta con estos argumentos de defensa.

Dichos dictámenes además de acreditar la inexistencia del daño aducido en los autos de apertura e imputación y desvirtuar el informe de la Univesidad Nacional que aquellas providencias usaron como su fundamentamento estructural, deja establecido que a ninguna decisión de los directivos, representantes y administradores de EPM vinculados al proceso, se le puede atribuir el daño porque simplemente la manera como fue determinado no permite establecer una relación de causalidad con alguna conducta concreta a la cual pueda atribuírsele.

R/: El apoderado plantea un último argumento referido a la antijuridicidad del daño y al hecho de que la misma dependerá del contexto fáctico en el cual se analizan las conductas.

En este caso afirma el apoderado que:

"en el presente caso en que la Delegada entiende por eficiencia que el VPN del proyecto sea cuando menos igual a cero con base en un inamovible, y escrito en piedra para ella, modelo financiero inicial, y para quien, en consecuencia, todos los mayores valores de las inversiones con respecto al CAPEX allí incluido, son ineficientes, con independencia de si fueron o no necesarias, o cual fue su causa y en qué medida contribuyen a la terminación del proyecto.

(…)

Que las mayores inversiones fueron las decisiones más eficientes que podían adoptarse visto el contexto en que tuvieron lugar, es un asunto que no sólo no

se desvirtúo conforme a la ley por la Delegada, sino que se encuentra claramente acreditado en el proceso, entre otros con el dictámenes pericia) financiero aportado por nosotros, no desvirtuado, dicho sea de paso, a pesar del sesgado e incompleto pronunciamiento de la Universidad Nacional al respecto, y a cuyo contenido nos remitimos para no incurrir en transcripciones innecesarias.

En contravía de todo lo que se desprende de la ley, el auto de imputación efectúa un planteamiento del principio de la gestión fiscal de la eficiencia, a partir de un "análisis" micro-financiero focalizado, subjetivo y ex-post (un mero "eficientismo" per se), y evade por completo la valoración integral con los demás principios en juego que impone la ley, dentro de los parámetros de la gestión fiscal y como condición para verificar la antijuridicidad prevista en el citado artículo 6°.

La sesgada visión limitada exclusivamente a la verificación de la pretendida eficiencia financiera del mayor CAPEX (errada en sí misma, según ya se demostró), restringida erróneamente en el sesgo de la sola existencia de la "rentabilidad del capital", decae por lo tanto en subjetivismo y parcialidad mayor en el contexto de la evaluación propia del control fiscal, olvidando de paso que, aun admitiendo ese reduccionismo al VPN, la "eficiencia debe estar subordinada a la eficacia",100 según lo subraya la literatura gerencial especializada.

Así las cosas, la actividad del control posterior que ejerce la Contraloría, como lo destaca la jurisprudencia, le permite, "que más allá de un mero examen de legalidad, se evalúen los resultados globales de la gestión, sobre la base de la eficacia, eficiencia y economía".101 (Resaltado no original), y no un mero indicador financiero como el VPN.
(…)
Entonces, en el auto de imputación se ignoró por completo aquel marco de la gestión fiscal y del control fiscal que privilegia la ley, y de ninguna manera se demostró la antijuridicidad del pretendido daño, pues no consideró los principios de la gestión fiscal en su integridad, ni el contexto en que la misma tuvo lugar, ni se acreditó la vulneración de dichos principios como condición sine qua non para afirmar la existencia de un daño al patrimonio del Estado en el marco del proceso de responsabilidad fiscal. De igual modo confundió la eficiencia como la obtención de un VPN= o >0, con el fin del proyecto y de la inversión en él realizada, cuando ni dicho indicador corresponde a lo que la ley entiende por el principio de eficiencia, ni la eficiencia constituye en sí misma un fin, sino una orientación en el cumplimiento de las funciones con miras a la obtención de los fines esenciales del Estado por los que debe propender la inversión pública".

Sobre este punto, tal y como se ha venido precisando a lo largo de esta providencia, si bien es cierto que los modelos financieros pueden variar, se espera que dichos cambios atiendan a rangos razonables, pues se recuerda que los modelos

financieros son la concreción del principio de planeación que resulta esencial para la protección de los recursos públicos.

En este sentido y dado que dichos modelos deben contener las variables necesarias que permitan establecer con la mayor precisión posible los tiempos y costos planeados, las mismas deben incluir los imprevistos y los riesgos inherentes al proyecto.

De otro lado, en este caso como ha venido demostrándose no resulta cierto el hecho de que se haya realizado un juicio ex- post, pues el Despacho para determinar las conductas endilgadas en el Auto de imputación sí tuvo en cuenta el rol que desempeñó cada uno de los imputados en cada uno de los momentos en que se verificaron los hechos generadores, se tuvo en cuenta toda la información con la que contaban al momento de desplegar las conductas que se les atribuyeron.

En este sentido cabe recordar que el daño antijurídico es aquél que no se está en deber de soportar[211], en el caso concreto, el Estado no está en deber de soportar los daños que sean producto de gestiones fiscales antieconómicas, ineficaces e ineficientes y que no se dirijan al cumplimiento de los fines del Estado, que sean producto de conductas que en los términos del artículo 63 del Código civil puedan ser calificadas a título de culpa grave

Por lo que resulta claro que este argumento no está llamado a prosperar.

De otro lado afirma el apoderado que:

> *De ninguna manera fue acreditado conforme al sentido normativo del mismo, todo lo cual se complementa y demuestra en lo pertinente con el primer dictamen pericial elaborado por SAINT CHARLES INVESTISSEMENTS S.A.S., [y de ninguna manera desvirtuado por esa Delegada, sino más bien confirmado y destacado por ese Despacho, al haberlo evadido, en lugar de haber dispuesto lo pertinente para revisar rigurosa y juiciosamente su contenido antes de emitir auto de imputación], y con el segundo dictamen o alcance al primero, rendido por este mismo experto que se aporta con estos argumentos de defensa.*
>
> *Dichos dictámenes además de acreditar la inexistencia del daño aducido en los autos de apertura e imputación y desvirtuar el informe de la Univesidad Nacional que aquellas providencias usaron como su fundamentamento estructural, deja establecido que a ninguna decisión de los directivos, representantes y administradores de EPM vinculados al proceso, se le puede atribuir el daño porque simplemente la manera como fue determinado no permite establecer*

[211] "Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no esta en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio". Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 2000.

una relación de causalidad con alguna conducta concreta a la cual pueda atribuírsele.

Respecto del primer "peritazgo" el cual valga recordar fue incorporado a esta causa fiscal como prueba documental de orden técnico, es preciso anotar que el mismo sí fue objeto de análisis por parte de los funcionarios de la Universidad Nacional, distinto es que las conclusiones a las que arribaron y que el Despacho acogió hayan sido contrarias a los intereses de la aseguradora.

Ahora bien, de cara al Segundo Informe rendido por Saint Charles Investments, este Despacho procederá a valorarlo con el apoyo técnico a efectos de establecer si las conclusiones a las que llega logran desvirtuar el daño en el caso concreto.

En primer término, es necesario precisar que este 2º informe retoma lo dicho en el primer informe, adicionando algunos aspectos nuevos.

En primer lugar, es necesario anotar que el informe se pronuncia sobre el Auto 1346 en el cual el Despacho tomó determinaciones sobre la pertinencia de las solicitudes de aclaración y complementación, en el título se refiere a una "revisión financiera" de dicho auto, la cual no es posible admitir en la medida en que se trata de una decisión de competencia de este Despacho que versa sobre la pertinencia de las mismas en razón de la prueba solicitada y que por lo tanto atiende a un punto de derecho y no a un asunto técnico.

Después de lo cual proceden los profesionales que suscriben el documento, a realizar críticas a las respuestas de aclaración y complementación dadas en su oportunidad por los funcionarios de la Universidad Nacional, específicamente en relación con:

- La interpretación de la expresión " perjuicio económico" y definición de "lucro cesante"
- Utilización del múltiplo de EBITDA
- VPN <0 frente TIR Positivas
- Metodología del cálculo el WACC
- Cálculos del daño errados por utilizar el WACC
- Cálculos de homogenización.- pesos corrientes y precios constantes
- Valor de las pólizas pagadas a la Hidroeléctrica.

Finalmente, parafraseando las afirmaciones allí contenidas por los autores, concluye que las respuestas a las solicitudes de aclaración y complementación fueron: *insuficientes,* evasivas, no *corresponden a pronunciamiento de fondo alguno*, carecen de sustancia, son erradas. Son reticentes a *aclarar lo solicitado y aportar elementos diferentes al sentido de las solicitudes; la falta de respuesta y el*

sesgo del equipo de la UNAL es evidente frente a lo que esquivamente señalaron los miembros del equipo de la UNAL a unas solicitudes claras y pertinentes, se rehúsa a *profundizar en el significado de los resultados que presenta* y por ende, este dictamen concluye que: *"La respuesta de la UNAL a esa solicitud confirma que el trabajo realizado no es más que un simple ejercicio matemático sesgado del cual no puede concluirse ningún perjuicio económico."*

Sobre estas conclusiones, es necesario anotar que las mismas no obedecen a la realidad de lo que fue contestado por la Universidad Nacional. Los puntos que en opinión de los profesionales fueron evadidos, realmente fueron contestado de manera concreta.

De igual forma, es necesario precisar que la determinación de un daño en el proceso de responsabilidad fiscal es de competencia exclusiva del Despacho de conocimiento y constituye un punto de derecho.

Continúan los profesionales refiriéndose al auto de imputación, se extraen algunos apartes que agregan las principales ideas de los Autores.

" (…) el Auto carece de individualización en la evaluación de las decisiones y en la asignación del daño. Nunca en el documento se evalúan, de manera individualizada, las decisiones de inversión, y para la CGR toda inversión adicional es dañina independientemente de las causas o las razones.".
"(…)no se analizaron las decisiones individuales de inversiones adicionales(…)"
"La CGR no establece nexo de causalidad entre las decisiones de inversión y la contingencia por lo que éstas no podrían ser hecho generadores del Daño."
"En el Primer Dictamen se demostraron las falencias del presupuesto LB (que además ni es un presupuesto ni tiene relación con ningún "cierre financiero")."
"La disminución del VPN de un proyecto, incluso hasta volverse negativo no es una medida de un daño al patrimonio del Estado y, por lo tanto, todos los cálculos basados en estimar un daño con base en variaciones del VPN no son pertinentes para el fin buscado."
"Modelo LB es incompleto, no comparable, preliminar, subjetivo y que su elaboración no tenía como propósito reflejar las condiciones económicas esperadas del Proyecto."
"(…) el modelo LB no corresponde al de cierre financiero pues al ser EPM el encargado de la financiación entonces no existió, ex ante, el cierre financiero con el modelo LB. En la jerga de financiación de proyectos de infraestructura, el cierre financiero es la consecución de un monto mínimo de Recursos de Deuda para el Proyecto de la misma manera que para una persona que busca comprar vivienda el cierre sería tener el capital de la cuota inicial y el préstamo aprobado por el remanente."
"Tomando los modelos de Inverlink utilizados por la UNAL, se analiza a continuación el Flujo de Caja Libre Acumulado del proyecto en el Modelo Final donde indiscutiblemente se demuestra que TODOS los recursos de inversión, tanto los ejecutados a junio de 2019 como los proyectados, se recuperan EN SÓLO 11 AÑOS DE LA ETAPA DE OPERACIÓN, es decir, en el año 2031."pág 25-26

"(…) el Modelo LB, que como se explicó tiene un VPN = 0 en un período de 50 años, recupera la inversión en valor presente el último año de operación como se demuestra (…) y como dicta la lógica matemática."
"Entendemos que los datos del Capex fueron estimados y provistos por Integral y expresados en USD constantes de 2009, lo que los hace no comparables con los demás modelos en USD corrientes, error capital de los cálculos de la Universidad Nacional y de la CGR."
" La herramienta de VPN marginal, que parte los VPN de todos los flujos del proyecto en cada modelo NO ES PERTINENTE para evaluar daños al patrimonio del Estado."

Finalmente concluye:
"En cualquier caso, lo anteriormente transcrito no corresponde a ningún pronunciamiento de fondo sobre las serias deficiencias metodológicas y conceptuales por nosotros advertidas y el no pronunciamiento de fondo sobre ellas, confirma que nuestras opiniones son acertadas y que la CGR decidió expedir el Auto con base en unos cálculos matemática, metodológica y conceptualmente errados(…)".

De nuevo en este punto los profesionales elevan críticas que escapan a la esfera de sus competencias e invaden la esfera propia de este órgano de control. Apreciaciones que se refieren en particular a la descripción de las conductas y el nexo de causalidad. Dado que estos puntos son abordados por el Despacho al dar respuesta a los argumentos de defensa presentados por los apoderados en el acápite de conducta y nexo de causalidad este Despacho se remite a lo allí resuelto.

De otro lado, frente al hecho de que en el primer dictamen se demostró la falencia del presupuesto de Línea Base, se trata de una opinión de los profesionales, que fue desvirtuada por la Universidad Nacional y retomada a lo largo de este escrito en múltiples oportunidades expresando las razones por las cuales esa conclusión no resulta fundada ni tienen la virtualidad de desvirtuar el daño en esta causa fiscal.

Frente al hecho de que un VPN negativo en sí no genera un daño al patrimonio del estado, es necesario precisar de nuevo que se trata de un punto de derecho, pues la determinación del daño es una competencia exclusiva de este Despacho, el mismo no se deriva como mal pretenden insinuarlo de la conclusión del informe técnico pues como se le dijo líneas atrás al apoderado, El Despacho concluyó la existencia de un daño después de analizar y encontrar probados los hechos generadores, valorar en ese contexto el informe rendido por la Universidad Nacional y trascender esas conclusiones valorando los avances físicos del proyecto de cara a los Estados financieros, encontrando probadas las mayores inversiones y el hecho de que el proyecto no entró en operación en la fecha esperada.

Ahora bien, de cara a la supuesta recuperación de todos los recursos en 11 años de operación, los profesionales que suscriben el documento técnico plantean un

argumento falaz que parte de sumar linealmente los recursos que debería producir el proyecto tomando como fecha inicial 2021.

Lo anterior resulta impropio y contrario a la metodología del VPN que implica tener en cuenta todos los flujos presentes y futuros, traídos al valor presente. Adicional a lo anterior se parte de una fecha que no corresponde con la realidad de los hechos pues a hoy 3 de septiembre de 2021, la Hidroeléctrica no ha entrado en funcionamiento y no se cuenta aún con una fecha cierta para ello.

Por lo que este argumento tampoco resulta adecuado para cuestionar el daño probado en la presente causa fiscal.

En la sección que denomina "PERSISTENTES DEFICIENCIAS DEL INFORME RETOMADAS EN EL AUTO" plantea quince (15) subtemas o literales en los cuales centra sus análisis, haciendo referencia al "Informe Pericial" entregado en fecha del 14 de octubre de 2020, realizada por los mismos autores del este dictamen. Reiteran que las observaciones de este documento y sus conclusiones presentadas, se mantienen y son expuestas nuevamente en estos 15 subtemas, así:

> *"Reiteramos que las conclusiones del Informe, retomadas tal cual, en el Auto, son ampliamente debatibles y, en general, no permiten sostener un Perjuicio cierto y real, y menos aún ser susceptible de atribución a los directivos, representantes y demás administradores de EPM. También reiteramos que en el Informe se aprecia falta de rigor en los análisis que, del mismo modo, desvirtúa los cálculos y las conclusiones en él contenidos, retomados sin modificación en el Auto."*

Los literales presentados son las siguientes:

A. Sobre los conceptos.
B. Sobre las inconsistencias del Informe.
C. Sobre la utilización de los Modelos Inverlink.
D. Sobre la denominada Línea Base.
E. Sobre la comparación de los diferentes modelos.
F. Sobre la "homogenización" de los diferentes modelos.
G. Sobre el "análisis marginal".
H. Sobre los comparables bursátiles del Informe.
I. Sobre los comparables de construcción del Informe.
J. Sobre las Conclusiones del Informe.
K. Sobre los Cálculos del Informe.
L. Sobre la perspectiva de los directivos, representantes y demás administradores de EPM
M. Sobre una revisión de la utilización de Comparables.
N. Sobre la perspectiva del análisis de proyectos de inversión en Marcha.

O. Sobre la perspectiva de los precedentes para proyectos de infraestructura en Colombia.

El Despacho procederá a pronunciarse sobre los partes más relevantes del mismo como sigue a continuación:

> Literal A.
> "(…)si *no hay claridad sobre los conceptos elementales, difícilmente podría darse credibilidad a los cálculos que se realizan con base en dichos conceptos."*
> (se refiere a los conceptos de WACC y pesos corrientes y constantes)

Respecto de este punto llama la atención que en el informe se repita esto toda vez que fue objeto de aclaración por parte de la Universidad Nacional, lo que denota que se insiste en una supuesta falta de claridad que no es tal y ya fue desvirtuada. En efecto, en este punto al dar respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación y pronunciándose específicamente en relación con la determinación del WACC, textualmente, la Universidad Nacional afirmó lo siguiente: la tasa WACC calculada de los modelos es la que hace que el valor presente de los flujos de caja sea igual a cero. Conservando el principio de no ajustar, alterar, modificar o actualizar la información recibida, así como de no hacer juicios de valor sobre la metodología o forma de trabajo utilizada en los modelos financieros recibidos, **el cálculo del WACC realizado por la Universidad <u>recogió el mismo criterio empleado en los modelos</u>** y está referido en el informe final entregado a la Contraloría General de la República.

En este sentido es claro que la Universidad Nacional no calculó motu proprio el WACC, sino que tomó el criterio establecido en los modelos objeto de análisis de donde resulta evidente que las críticas sobre este punto resultan infundadas.

De igual forma en lo que se refiere al uso de pesos constantes o corrientes la Universidad Nacional en todo momento ha sostenido que tanto los valores de los modelos como del WACC se encuentran expresados en corrientes. Por lo que se concluye que a lo que hace alusión el profesional puede constituir un error nominal más no de fondo, por lo que este argumento tampoco está llamado a prosperar.

> *Literal B.*
> *"(…) los cálculos desarrollados por el Autor evalúan el impacto de las inversiones y los retrasos en la entrada en operación sobre las métricas económicas y financieras del proyecto y NO el impacto de las decisiones de estrategia corporativa y alta gerencia como asegura el Informe en su introducción."*
>
> *"Informe no analiza la evolución de las variables financieras del Proyecto para determinar la posible existencia de un perjuicio económico, sino que asume que*

éste existe, sin la correspondiente demostración, y los cálculos se realizan con el único fin de cuantificar algo cuya existencia no se prueba."
" (…) el perjuicio económico no corresponde a un hecho cierto verificable objetivamente, sino que se trata de variaciones entre el VPN de dos modelos, que en tanto estimaciones estructuradas sobre supuestos y proyecciones, no hacen parte del patrimonio del Estado ni acreditan un detrimento o menoscabo del mismo."

En este punto se reitera lo dicho en múltiples oportunidades a lo largo de este escrito, en el sentido que no le correspondía a la Universidad Nacional pronunciarse sobre impacto de las decisiones de estrategia corporativa, pues eso no se le solicitó por parte de Este ente de control y por cuanto se trata de puntos de derecho que son de competencia exclusiva del Despacho a saber: determinación de la conducta y nexo de causalidad que son elementos de la responsabilidad fiscal.

Literal C
"(…) en el "modelo Inverlink", utilizado por el Autor en sus análisis no corresponde al modelo financiero asociado al Proyecto, sino que su propósito es servir de herramienta para calcular, en la etapa de operación, la remuneración de Hidroituango. (…) se diseñó como herramienta para aplicar, en la etapa de operación, las reglas económicas y financieras establecidas para calcular la remuneración de Hidroituango, pero no refleja la realidad del Proyecto. Queda igualmente claro que las variables no guardan observancia con la evolución de las variables económicas del Proyecto."
"Así, este modelo no pudo servir para el proceso de toma de decisiones de inversión en el Proyecto por parte de, por ejemplo, los directivos, representantes y demás administradores de EPM, porque como sus variables representaban sólo algunos acuerdos contractuales para los efectos ya señalados, alejados de las expectativas económicas del Proyecto en los diferentes momentos de modelación, entonces mal harían en tomar decisiones de inversión con base en proyecciones distintas a las esperadas para el Proyecto."
"(…) no consta en el Informe cuando fueron, o incluso si fueron, presentados estos modelos a los directivos, representantes y demás administradores de EPM o a cualquier otra persona que debiera decidir sobre las inversiones del proyecto."
"Queda así demostrado que los "modelos Inverlink" i) no son modelos que permiten apreciar las realidades y expectativas económicas y financieras del Proyecto, ii) no son útiles para evaluar económicamente el Proyecto, iii) no habrían servido de base para la toma de decisiones de inversión y iv) su utilidad sería en el período de operación una vez finalizada la construcción."
Esto ya se le contestó a SURAMERICANA por lo que se remite el Despacho a lo allí dicho

La afirmación de los profesionales no atiende a lo que se encuentra probado en el plenario.

Cabe recordar que, como se dijo líneas atrás, la Universidad nacional al justificar el uso del modelo Iverlink como línea base, a folio 17450 del expediente se lee : *"Se considera que el presupuesto de inversión estipulado en el contrato BOOMT corresponde al modelo de cierre financiero del proyecto y que a partir de este se planearon los desarrollos y los resultados iniciales que se pretendían alcanzar con su ejecución y realización, por lo que considerar esta versión como línea base es relevante y totalmente válido como referencia para cualquier evaluación financiera del proyecto"*

Así mismo, independientemente del fin con el que hubiera sido elaborado el modelo financiero, un modelo de valoración de inversiones para acceder a una oferta comercial, no tiene porqué ser distante del modelo que incluya las características de un flujo de caja de un negocio o proyecto a realizarse que garantice que sea exitoso. De lo contrario, si fueran modelos muy distantes en sus variables, no podría aceptarse la oferta comercial, puesto que no podría garantizarse la recuperación y viabilidad de un proyecto con diferentes variables.

Ahora bien, dado que en todo caso se trata de modelos financieros, los mismos son valores o estimaciones que tienen y representan una posible aproximación de las bondades del panorama de inversión esperado, por lo cual, son susceptibles de desviaciones y variaciones en el largo plazo, también es cierto que estos modelos o valores contenidos en ellos deben permitir predecir con una cierta probabilidad los valores de dichos parámetros a futuro, dado que estos modelos se presentan para orientar las decisiones de inversión, basados en una probabilidad de ocurrencia.

Es claro que toda estimación de modelos ex -ante, va casi con seguridad a ser alterado o modificado una vez se compare con el proyecto ex -post o terminado. Es decir, todo modelo inicial al ser comparado con la ejecución final o los resultados posteriores, nunca será igual o "determinístico". No obstante, la variabilidad esperada debe tener unos límites aceptables que permitan tener certeza de la recuperación de los recursos invertidos, pues estos modelos sirven para tomar decisiones de inversión.

Así mismo, es necesario precisar que el modelo que se tomó como línea base fue el que le dio vía libre al inicio del proyecto, en este contexto, tal y como se ha sostenido a lo largo de este escrito, cabe recordar que el modelo financiero en un proyecto de la envergadura del de Hidroituango es la concreción del principio de planeación, es aquél a través del cual debe poderse observar los costos y tiempos del proyecto, respecto de los cuales es exigible que atiendan con un alto grado de probabilidad a la realidad del negocio, más cuando el mismo se realiza con recursos públicos y por supuesto de su desarrollo depende la satisfacción del interés público.

Se reitera en este punto que Hidroituango no representaba un interés solo local sino nacional pues con él se pretende surtir el 17% de la energía del país.

Lo anterior justifica, también desde la perspectiva jurídica la selección del modelo de línea base pues era dicho modelo el que existía al momento de suscribirse el contrato BOOMT y no otro.

> *Literal D.*
> *"Ese modelo LB constituye el punto de partida de todos los cálculos del Informe. Sin embargo, no se encontró en este último ninguna justificación para la selección de ese modelo como la LB más allá de la afirmación que a continuación se reproduce: "Considerando que la planeación inicial del proyecto concibe entre otros el alcance, tiempo, recursos y las expectativas esperadas por el desarrollo de este, se establece que la línea base del proyecto corresponde a la versión denominada "P6.1 – Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsm"*
> *"En el Auto se suma otro argumento nuevo, que nunca fue utilizado en el cuerpo de Informe de los expertos de la UNAL y es que fue el modelo "que se utilizó para el cierre financiero" para justificar la utilización del modelo LB como punto de partida. Como se analizó en el Literal C de la Sección I, el cierre financiero no ocurrió en septiembre de 2010 y por lo tanto el modelo LB no podría ser el "que se utilizó para el cierre financiero".*
> *"Además de estos contratos, esenciales para tener una mejor aproximación del costo de las inversiones, otros sucesos impactaron las variables financieras como por ejemplo la negación de solicitud de zona franca en diciembre de 2012 (mientras que la tasa de impuesto de renta del modelo LB es de 15%, desde el modelo "P6.3- Anexo 2_ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2014-2017" dicha tasa es del 33%, o más del doble)."*
> *"Conviene aquí aclarar que la eventualidad de que un VPN se vuelva negativo durante la vida del proyecto, una vez se ha iniciado, NO es indicio de pérdidas, NO es indicio de daño patrimonial y por lo tanto NO genera per se un Perjuicio. Conviene aclarar también, que si para un proyecto cuyo VPN se vuelve negativo durante su vida (construcción u operación) y la TIR es positiva, esto es indicio inequívoco de que se recuperará la inversión y se lograrán excedentes. La tasa de retorno es positiva, aunque menor a la inicialmente esperada, pero ganar menos de lo inicialmente proyectado a partir de variables cuyo comportamiento es incierto, además de ser inherente al mundo de los negocios, no comporta per se un daño patrimonial."*

Sobre este punto, se reitera lo sostenido en el punto anterior. Ahora bien en lo que se refiere al hecho de que la zona franca fue negada, es importante precisar que la misma al momento de elaborarse el modelo financiero era una mera expectativa que implicaba un riesgo en su obtención, lo cual se encuentra demostrado en el acápite de hechos de esta providencia y puede observarse claramente en las actas de Junta directiva en las cuales se trató el tema. En este sentido, el modelo debió

contemplar esta situación en la elaboración ya sea dentro de los imprevistos u otros que permitiera mantener en términos razonables las desviaciones que pudieran suceder con ocasión de esta situación.

Por último, se recuerda que la determinación del daño

> *Literal E*
> *"El promedio de variación de toda la muestra es de 8,5% (línea gris) entre un modelo y su anterior. Si se excluyen las variaciones del Modelo 1 frente a la LB y del Modelo Final, que incluye la contingencia, frente al Modelo 7 el promedio sería de 3% (línea azul claro). De lo anterior es posible concluir que la LB presentaría una estimación del Capex artificialmente baja frente a los demás modelos (del 1 al 7), posiblemente por ser construido con estimaciones muy preliminares de costos futuros para una construcción que como vimos empezaría casi 2 años después en sus principales obras. Igualmente, es posible concluir que el Capex no varió sustancialmente entre los modelos 1 y 7."*
> *"(…) existen, por su alta complejidad técnica, importantes incertidumbres sobre el desarrollo del proyecto con variadas implicaciones sobre proyecciones financieras que se realizan en largos horizontes de tiempo y por lo tanto procede incluir en los modelos importantes rubros para imprevistos (particularmente al principio) de costos y tiempos, aquí, el modelo LB no contempla dicho rubro. "*
> *"Del gráfico anterior se deduce que por ejemplo un tornillo especializado o un equipo cuyo costo de referencia se encuentra expresado en USD comprado en el 2016 en USD 500 está en el Capex del modelo LB en COP 1.031.379 y en el Modelo Final en COP 1.537.545. Así, el Capex por este concepto aumentaría en 49% entre un modelo y otro, no por una decisión de estrategia corporativa y alta gerencia, sino por cambios en una variable macroeconómica no controlable por los directivos, representantes y demás administradores de EPM. Como parte del aumento del Capex tendría como explicación la depreciación del COP entonces es claro que los cálculos del Perjuicio en el Informe incorporan un efecto tasa de cambio que no tiene que ver con las decisiones supuestamente analizadas ni es imputable a los directivos, representantes y demás administradores de EPM. Respecto del Perjuicio por no entrada en operación, es importante resaltar que los modelos tampoco son comparables o concatenables para efectos de apreciar el impacto de decisiones de estrategia corporativa y alta gerencia pues muchos elementos exógenos y no controlables no fueron aislados en los cálculos del Autor como por ejemplo variaciones por cambios regulatorios entre un modelo y otro, lo que evidentemente afecta los ingresos pero no corresponde a una decisión de estrategia corporativa y alta gerencia."*

Se reitera que el modelo escogido como línea base por parte de la Universidad Nacional es el correcto, lo que demuestra es que los profesionales que suscriben el informe proponen que se haga otro tipo de ejercicio, pero ello no demuestra errores o imprecisiones que tengan la entidad para llevar al Despacho a desconocer o quitarle validez a las conclusiones del informe de la Universidad Nacional.

Literal F
"(…) existe un error conceptual en las afirmaciones transcritas pues una vez se expresan cantidades monetarias en unidades de una misma fecha específica, no procede afirmar que son "pesos corrientes" o nominales sino pesos constantes o reales. Así, la expresión "precios corrientes a junio de 2019" es un contrasentido y el efecto de los cálculos es re-expresar los flujos en precios constantes de junio de 2019 a una tasa igual al WACC. Ahora bien, lo usual para expresar monedas de diferentes períodos en unidades de un periodo específico corresponde a corregir el efecto de la inflación sobre el valor adquisitivo de la moneda en el tiempo para lo cual se utiliza el IPC."
"En este caso, el Autor no utiliza el IPC sino el WACC para actualizar, o traer a valor actual, los flujos anteriores a junio de 2019 y para descontar, o traer a valor presente, los flujos posteriores a junio de 2019. De esta manera, por ejemplo, COP 100 de junio de 2013 valen COP 202 de junio de 2019 y COP 100 de junio de 2022 valen COP 50 de junio de 2019. Esto corresponde al valor actual de COP 100 de junio de 2013 a una tasa de 12,422065% en junio de 2019 y al valor presente de COP 100 de junio de 2022 a una tasa de 12,422065% en junio de 2019. El resultado evidentemente infla o sobrevalora los flujos negativos de inversión que ocurren antes de junio de 2019 y minimizan o subvaloran los flujos positivos de operación que ocurren después de junio de 2019."
"El hecho de que EPM no incluya el valor terminal para efectos de sus cálculos resultaría de la forma en que ellos prefieren estudiar sus modelos para determinar sus métricas de gestión, o seguimiento o evaluación de proyectos, pero esto en ningún caso implica que el Autor deba omitirlo en sus cálculos cuyo propósito no es servir al comité de seguimiento de un proyecto al interior de una compañía sino el cálculo de un perjuicio económico al patrimonio del Estado con consecuencias pecuniarias para terceros y ii) que el resultado podrá ser considerado marginal por el Autor pero según cálculos sobre los mismos modelos y con los mismos supuestos del Informe, este valor estaría alrededor de entre COP 335.000 millones y COP 373.000 millones lo que equivale a entre el 8,2% y el 9,2% del llamado perjuicio "histórico" (COP 4bn) como se muestra a continuación."

La Universidad Nacional en todo momento ha sostenido que tanto los valores de los modelos como del WACC se encuentran expresados en corrientes. Por lo que se concluye que a lo que hace alusión el profesional puede constituir un error nominal más no de fondo, por lo que este argumento tampoco está llamado a prosperar.

En relación con el valor terminal, este Despacho ya se pronunció líneas atrás y se atiene a lo allí sostenido, recordando que no es cierto que el informe de la Universidad Nacional haya obviado este punto. Precisamente el hecho de tenerlo en cuenta fue lo que le permitió concluir que así se reconociera que el proyecto puede generar ingresos a perpetuidad ni siquiera en ese escenario pueden llegar a recuperarse los valores invertidos en el mismo.

Literal G
"El concepto de VPN Marginal utilizado en lo que el Autor llama "Análisis Marginal" NI es de normal usanza en la práctica financiera, NI se encuentra definido por la misma, NI está fundamentado estimar un eventual Perjuicio al "acumular" estos VPN pues cada uno es una foto en un momento dado y no procede crear una acumulación de estos. Más allá de lo anterior, su utilización es a todas luces errada frente a la evaluación del proceso de toma de decisiones de estrategia corporativa y alta gerencia, que, en todo caso, aun cuando se mencionaron al inicio del Informe, luego en el resto de su contenido en modo alguno fueron identificadas y de ninguna manera evaluadas."
"(…)el VPN trata de la "viabilidad financiera" es decir, si un proyecto es viable o no y por ende si se debe acometer o no, pero no es pertinente para evaluar proyectos en marcha, decisiones de inversión adicional, y mucho menos para afirmar, como lo hace el Informe, un Perjuicio."
"(…) el llamado "análisis marginal", aunque estéticamente atractivo, es inane para efectos del análisis que el Autor pretende hacer. En efecto, los resultados del Informe se limitan a la comparación entre la LB y el Modelo Final sin ser afectados en nada por todo lo ocurrido entre ambos."
"(…) el Informe y el Auto carecen de un análisis de causalidad entre las decisiones de estrategia corporativa y alta gerencia supuestamente evaluadas y los cálculos del Perjuicio y los resultados numéricos carecen de nexo causal con las diferentes decisiones, que en todo caso no se identificaron".
"Dictamen se ha mostrado que el WACC calculado por la UNAL muy posiblemente esté errado y se ha demostrado que ese WACC es simplemente el resultado de una metodología subjetiva y debatible de la UNAL pero que sobre todo no sería la adecuada pues no está calculada según los preceptos de la teoría financiera, es decir, la ponderación del costo de las diferentes fuentes de financiación sino como aquella que hace nulo el VPN del modelo LB. Así, no podría el WACC utilizado por la UNAL para sus cálculos retomados por la CGR ser un WACC "adecuado" y, por lo tanto, por este elemento, entre muchos otros del Dictamen, la cuantificación del daño sería errada en el Auto."
No lo calculó la UN fue el que usó inverlink en el modelo de línea base.
" (…) otro error conceptual entre el resultado de los cálculos del Informe retomados en el Auto y su utilización para tasar un perjuicio económico. Al partir del modelo LB y calcular un perjuicio con base en las variaciones de VPN entre éste y el Modelo Final, el Informe asume que las condiciones financieras plasmadas en la LB corresponden a un retorno garantizado o una promesa de valor inamovible en el tiempo."
No es cierto, eso es una interpretación del profesional que realizó el documento
"Recordemos además que el modelo LB está construido de manera que WACC = TIR por lo que cualquier costo adicional implica un VPN negativo del proyecto."
"(…) según el informe llevaron a un perjuicio económico por las mayores inversiones y la entrada tardía en operación correspondería evaluar i) la racionalidad financiera de acometer dichas inversiones y ii) las consecuencias financieras de no haber tomado tales decisiones, ambas, únicamente con la

información disponible en el momento de tomar la decisión y sin ningún poder de clarividencia."
Todas las decisiones han sido analizadas a la luz del contexto las funciones las herramientas con las que conrtaba c a . esto no es parte de un tema finacnicoero es una opinión sobre puntos de derceho y no ser refiera a la metodología del VPN, la cual como se explicó líneas atrás …
"Del Informe se echa de menos que se utilice únicamente la herramienta VPN para evaluar la bondad del proyecto y no que se complemente con análisis construidos con la herramienta TIR. A continuación, se muestra la evolución de este indicador a lo largo de los diferentes modelos que permite inequívocamente probar que en ningún momento se mostraron pérdidas en el Proyecto."
"Las TIR de la tabla anterior son prueba inequívoca que el proyecto nunca mostró pérdida."

R/: Frente a análisis de causalidad que en opinión del profesional debería contener el informe de la Universidad Nacional este Despacho reitera que se trata de un punto de derecho que no resulta de competencia del apoyo técnico

Los demás argumentos son reiterativos por lo que el Despacho se atiene a lo resuelto líneas atrás

Literal H
"Únicamente desde la perspectiva de los cálculos, y obviando toda consideración sobre los errores teóricos, conceptuales y metodológicos del Informe, procedería resaltar que los modelos utilizados ni son comparables ni permiten apreciar el impacto de decisiones de estrategia corporativa y alta gerencia. Se debería corregir, para empezar, las diferencias en el rubro de imprevistos y ajustarse las variables ajenas al control de los decisores como la tasa de cambio, la tasa impositiva, los supuestos regulatorios, los precios de mercado, entre otros."
"Adicionalmente, las variables que son contractuales y no económicas deberían ajustarse como la proporción Deuda / Equity, el costo del Equity, los supuestos contractuales de ingresos, costos y gastos. Por lo aquí descrito es claro que las conclusiones que de los cálculos del Informe se desprenden no pueden ser tomadas como ciertas y objetivas ni reflejar el impacto económico de decisiones de inversión, pero más aún, que no son aplicables a los directivos, representantes y demás administradores de EPM."

R/: Se trata de argumentos reiterativos por lo que el Depsacho se está a lo resuelto líneas atrás y se reitera que la Universidad Nacional partió de los modelos como los elaboró el inversionista ni la Universidad ni este Despacho alteraron o modificaron ninguna de las variables o datos contenidos en ellos.

Literal G

" (…) desde la perspectiva de los cálculos, y obviando toda consideración sobre los errores teóricos, conceptuales y metodológicos del Informe, procedería resaltar que los modelos utilizados ni son comparables ni permiten apreciar el impacto de decisiones de estrategia corporativa y alta gerencia. Se debería corregir, para empezar, las diferencias en el rubro de imprevistos y ajustarse las variables ajenas al control de los decisores como la tasa de cambio, la tasa impositiva, los supuestos regulatorios, los precios de mercado, entre otros."
"Adicionalmente, las variables que son contractuales y no económicas deberían ajustarse como la proporción Deuda / Equity, el costo del Equity, los supuestos contractuales de ingresos, costos y gastos. Por lo aquí descrito es claro que las conclusiones que de los cálculos del Informe se desprenden no pueden ser tomadas como ciertas y objetivas ni reflejar el impacto económico de decisiones de inversión, pero más aún, que no son aplicables a los directivos, representantes y demás administradores de EPM."

R/: Sobre este argumento, resulta necesario recordar de conformidad con la AYUDA DE MEMORIA del COMITÉ TÉCNICO No. 1 Contrato Interadministrativo No. 211 del 8 de abril de 2019, realizado el día 5 de junio de 2019 entre la Universidad Nacional y la Contraloría General de la República-Delegada de Minas y Energía, se establecieron los puntos que debía desarrollar la Universidad Nacional así:

"Objetivo No. 1. Aplicar una metodología que permita evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, en el marco de un modelo de seguimiento al control fiscal.

Actividad a desarrollar
- Comparar los indicadores a través del ciclo del proyecto.
- Indicadores: VPN, TIR, WACC, CAPEX.
- Revisar la metodología de los modelos.

Objetivo No 2. Estudiar el comportamiento de los principales rubros del CAPEX y OPEX ejecutado durante la construcción de la hidroeléctrica y su respectiva comparación con los inicialmente presupuestados.

Actividad a desarrollar
- Análisis comparativo de los valores emitidos en el objetivo número 1

Objetivo No. 3. Realizar un análisis comparativo de las modificaciones frente al presupuesto inicial de los principales rubros del contrato BOOMT firmado entre Hidroituango y EPM.

Actividad a desarrollar
- Análisis marginal – Lucro cesante causado y proyectado.

Objetivo No. 4. Cuantificar el costo de oportunidad en el que se incurrió por el hecho de no poder poner en funcionamiento de la hidroeléctrica cuando inicialmente se había previsto. En particular, en relación a potenciales beneficios que se dejaron de percibir durante la ejecución del proyecto en plazos posteriores a los inicialmente presupuestados.

Actividad a desarrollar
- Revisión del lucro cesante desagregado en cada uno de los componentes del modelo"

De lo anterior, resulta claro que la actividad desarrollada por la Universidad Nacional se enmarcó en el contexto financiero y no en el hecho de evaluar las decisiones de estrategia corporativa. Ahora bien, lo cierto es que los resultados que se reflejan en el análisis financiero también son producto de conductas humanas, por lo que haber hecho una referencia en tal sentido no resulta equivocado. Sin embargo, se repite, el análisis realizado por la Universidad Nacional y que fue tomado por Este Despacho del Informe técnico entregado en desarrollo de la actuación especial, se centró en aplicar una metodología que permitiera evaluar desde el punto de vista económico y financiero las inversiones de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, realizar un análisis comparativo de los diferentes rubros del proyecto Capex y Opex durante el desarrollo del proyecto respecto de los inicialmente presupuestados, realizar análisis Marginal del lucro cesante y cuantificar el costo de oportunidad por el hecho de no haber puesto en funcionamiento el proyecto.

Así mismo, es claro que la Universidad Nacional no se habría podido pronunciar de manera específica sobre las conductas desplegadas y su incidencia respecto del daño, toda vez que eso es un punto de Derecho, que se refiere específicamente a los elementos de la responsabilidad a saber: conducta y nexo de causalidad que son de competencia exclusiva de este Despacho en desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal.

En este sentido, se reitera que el informe de la Universidad Nacional realizó un ejercicio financiero que fue valorado desde el Auto de Apertura por el Despacho y fue tomado como uno de los elementos probatorios para determinar el daño y su cuantía.

Ahora bien, se repite la determinación de las decisiones y su impacto frente a la pérdida del valor presente neto, son puntos de Derecho de competencia exclusiva de este Despacho, pues los mismos se refieren a la determinación de elementos de la responsabilidad fiscal como son la conducta y el nexo de causalidad.

Nuevamente los ajustes que indica el profesional "debieron hacerse" no corresponden a errores o defectos en la aplicación del método de valuación por

parte de la Universidad Nacional sino a la opinión de los profesionales quienes consideran que el ejercicio no se debió haber hecho con los modelos como los presentó EPM a este Despacho sino con otras variables que los profesionales consideran.

En este punto es importante precisar que la aplicación del método de valuación que debe realizar este despacho debe partir necesariamente de la idea de negocio plasmada por el inversionista en el modelo con el que se consideró que era viable dar inicio al proyecto y en los modelos que se corrieron anualmente con posterioridad a ello ya en desarrollo del mismo proyecto y no de otros modelos modificados o ajustados como lo pretenden los profesionales. En este sentido, es preciso anotar que la información contenida en dichos modelos, muestra el comportamiento del proyecto según los supuestos elaborados por quienes participaron en la estructuración de los mismos

Por lo anterior, es que la Universidad Nacional insiste en que

> *Literal M*
> *"Como resultado de lo expuesto en relación con el ejercicio de valoración del proyecto por múltiplos bursátiles presentado por el Autor, consideramos que los resultados obtenidos por este método son deficientes, lo que ya se demostró anteriormente. Se procede entonces a resaltar únicamente las conclusiones de nuestro Primer Dictamen."*
> *"Según el mismo artículo es fundamental aplicar el método de opciones reales en los siguientes escenarios:*
> *• Cuando existen actualizaciones y/o nuevas configuraciones sobre el proyecto.*
> *• Cuando existen contingencias.*
> *• Cuando el nivel de incertidumbre es muy alto y esperar más información puede ser beneficioso para evitar realizar una inversión.*
> *• Cuando se pueden capturar sinergias de posibles escenarios que no se pueden cuantificar con exactitud en los flujos de caja actuales."*

Dentro de las técnicas de valoración de empresas se encuentra el Método de Múltiplos en sus variantes o diferentes enfoques. Los de *Direct Comparison Approach* (comparación directa) o el de *Stock and Debt Approach* (enfoque de acciones y deuda) , que deducen al valor de las empresas *"valor buscado y desconocido de una empresa del valor conocido de otras empresas comparables." (*García Estévez, 2006, 73p) .

Para el caso del informe de U. Nacional, utiliza el primer enfoque para seleccionar el grupo de empresas comparables como aquellas que cotizan en bolsa y pertenecen al mismo sector, con el fin de establecer y comparar el valor de mercado de Hidroituango y se dividen entre las que pertenecen a mercados eficientes y el

resto. Posteriormente, compara el valor del múltiplo de EBITDA seleccionado[212] (Valor de la Empresa / EBITDA) del proyecto de Hidroituango y lo asocia con los múltiplos identificados como valores máximos, mínimos y promedio de los grupos de compañías seleccionados. Concluyendo que el valor se encuentra sobrevalorado, *" por fuera de los parámetros de mercado aplicables*" (39p).

La valoración del proyecto por múltiplos si bien le dio un contexto al Despacho no fue utilizado para determinar y valorar el daño al patrimonio del Estado, para el efecto, tal y como se demuestra con el auto de imputación, este Despacho únicamente transcribió lo relativo al uso del método de Valuación del Valor Presente Neto, por lo que estos argumentos no resultan pertinentes para desvirtuar el daño probado en la causa fiscal.

> *Literal N Sobre la perspectiva del análisis de proyectos de inversión en Marcha*
> *Literal O*
> *"La CGR al adoptar el Informe y con el Auto establece como rasero para los proyectos de inversión que las métricas financieras esperadas al inicio del proyecto constituyen una promesa de retorno o rentabilidad garantizada. De esta manera, cualquier desviación negativa frente a las métricas financieras iniciales constituye un daño al patrimonio del Estado.".*

Respecto de los Literales N y O, se trata de una mera percepción de los profesionales que suscriben el informe, la cual no contiene ningún punto de orden técnico que sea de su competencia sino un mero intento de hacer futurología y de generalizar la decisión que en el caso concreto toma este despacho intentando reducir al absurdo el asunto, desconociendo el hecho de que el daño en la presente causa fiscal no parte exclusivamente del informe técnico de la Universidad Nacional ni del simple hecho de que el VPN tenga un valor negativo. Como se ha reiterado, el Despacho analizó el Informe presentado por la Universidad Nacional en un preciso contexto fáctico que le permitió establecer que las mayores inversiones eran injustificadas y que de las mismas se derivaba un daño al patrimonio del Estado, trascendiendo además lo plasmado en el informe técnico al comparar el avance físico de obra con los Estados Financieros.

Por último, en lo que se refiere al nexo de causalidad este Despacho se remite a las respuestas dadas sobre el particular en el acápite de conducta y nexo de causalidad de esta providencia

Visto lo anterior, resulta claro para el Despacho que ni los argumentos planteados por el apoderado ni las conclusiones a las cuales llega el documento de contenido

[212] El EBITDA es un indicador de la rentabilidad de la empresa (beneficios antes de intereses, impuestos, deprecaciones y amortizaciones). En la valoración por múltiplos se suele utilizar el ratio denominado valor de la empresa/EBITDA o EV/EBITDA.

técnico realizado por los profesionales de Saint Charles Investments logran desvirtuar el daño probado en esta causa fiscal.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por los vinculados a la presente causa fiscal resulta suficiente para desvirtuar el daño probado ni su cuantía en la presente causa fiscal, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000[213].

C. INDEXACIÓN DE LA CUANTÍA DEL DAÑO:

En el auto de imputación se estableció la cuantía del daño así:

Destrucción del valor de la inversión por mayores valores injustificados: DOS BILLONES NOVESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.971.400.000.000) M/Cte sin indexar.

Lucro cesante: UN BILLON CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($1.104.280.000.000) M/Cte sin indexar

Total: CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEICIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) M/Cte sin indexar

Teniendo en cuenta que los valores anteriores, son resultado del cálculo del valor presente neto a junio de 2019, encuentra este Despacho que lo correspondiente es proceder a indexarlos desde dicha fecha y hasta 31 de julio de 2021, tal y como se muestra a continuación:

CONCEPTO	VALOR	FECHA DAÑO	FORMULA	IPC INICIAL *	IPC FINAL **	DAÑO INDEXADO
Destrucción del valor de la inversión	**2.971.400.000.000,00**	jun.-19	V/R DAÑO*(IPC Final / IPC Inicial)	102,71	109,14	**3.157.419.881.218,97**

[213] *ARTICULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. (…)*
Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

CONCEPTO	VALOR	FECHA DAÑO	FORMULA	IPC INICIAL *	IPC FINAL **	DAÑO INDEXADO
Lucro cesante	**1.104.280.000.000,00**	jun.-19	V/R DAÑO*(IPC Final / IPC Inicial)	102,71	109,14	**1.173.411.734.008,37**

INDEXACION PARA DAÑO POR:		**4.075.680.000.000,00**				
CONCEPTO	**VALOR**	**FECHA DAÑO**	**FORMULA**	**IPC INICIAL ***	**IPC FINAL ****	**DAÑO INDEXADO**
Daño Total	**4.075.680.000.000,00**	jun.-19	V/R DAÑO*(IPC Final / IPC Inicial)	102,71	109,14	**4.330.831.615.227,34**
Fuente. Página del DANE (Colombia, Indice de Precios al Consumidor (IPC) - Indices - Serie de empalme - 2003 - 2021)						
* **IPC INICIAL.** Se tuvo en cuenta el IPC del mes de junio de 2019						
****IPC FINAL**, se tuvo en cuenta el correspondiente al mes de julio de 2021						

De donde se concluye que el valor total indexado del daño corresponde a la suma de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.,** discriminados así:

Destrucción del valor de la inversión por mayores valores injustificados: TRES BILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS ($3.157.419.881.218,97) M/Cte.
Lucro cesante: UN BILLON CIENTO SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS ONCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHO PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($1.173.411.734.008,37) M/Cte.

Establecido lo anterior, el Despacho procederá a pronunciarse sobre la conducta y el nexo de causalidad.

D. CONDUCTA Y NEXO DE CAUSALIDAD

Se pronunciará el Despacho sobre los descargos presentados por el apoderado de los señores Luis Javier Vélez Duque y Juan Esteban Calle Restrepo, no sin antes recordar las conductas por las que se les imputó responsabilidad fiscal, así:

LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, con cédula de ciudadanía 70.123.774, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

> "(…) se reprocha fiscalmente al señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, en su calidad de Gerente de EPM-I, por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:
>
> - A pesar de conocer la naturaleza de las obligaciones que el contrato BOOMT acarrearía para la entidad que representaba, LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE suscribió el Contrato BOOMT aún con las salvedades hechas al mismo por EPM, salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaron la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango y se establecieron en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

Adicionalmente, se reprocha fiscalmente al señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, en su calidad de vicepresidente Proyectos Generación de Energía de EPM, por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. La suscripción del AMB No. 19 al Contrato de obras principales, la cual se tradujo en una importante señal de alarma sobre la manera como EPM reconocía pagos de obras extra al Contratista.

JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, con cédula de ciudadanía 70.566.038, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) , a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

> "(…) se reprocha fiscalmente al señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.

2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de apremio que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Adicionalmente, se reprocha fiscalmente al señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, en su calidad Gerente General de EPM por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto:

1. Haber suscrito la AMB 15 de 22 de diciembre de 2015 al contrato de obras principales la cual formalizó la construcción del Sistema Auxiliar SAD, debiendo saber que con ella se estaba modificando características inmodificables del contrato y a sabiendas o debiendo saber que el BOARD de Expertos no había avalado esta modificación.

1. ARGUMENTOS EN RELACIÓN A LA CONDUCTA Y VALORACIÓN PROBATORIA:

El Dr. Gustavo Quintero Navas, apoderado de los señores LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE y JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, arrimó a la presente causa fiscal los escritos contentivos de descargos y solicitud de pruebas de sus prohijados con radicados i) ER0043676 ER0043677 (Fl. 23955-2403), y ii) ER0043680- respectivamente (Fl. 24104-24183), del 13 de abril de 2021. Una vez analizados, ésta Delegada encontró en los mismos, argumentos comunes, que pasarán a ser resueltos a continuación, previo al pronunciamiento respectivo que merece cada una de las manifestaciones individuales.

Tras reseñar los cargos imputados a cada uno de sus prohijados, sostiene el apoderado:

> ***DEFECTOS TÉCNICOS DEL AUTO DE IMPUTACIÓN QUE AFECTAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA DE MI CLIENTE***
>
> ***3.1. INCONGRUENCIA ENTRE LO INVESTIGADO EN EL AUTO NRO. 945 DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 2019 Y LO REPROCHADO EN EL AUTO DE IMPUTACION.***
>
> *El Auto 945 del 8 de noviembre del 2019 abrió proceso de responsabilidad fiscal en contra de mi cliente en razón de su calidad de representante legal de EPM ITUANGO S.A. por suscribir la AMB 3 BOOMT el 21 de diciembre de 2012 en el que se modificó el hito 1, 2 y 6 Aunado a ello, el mencionado auto señaló vagamente que el hecho generador del daño consistió en la construcción de la Galería Auxiliar de Desviación y la ejecución del Plan de Aceleración En razón de lo dispuesto, mi cliente dirigió todos los esfuerzos en defenderse en calidad de ex Gerente General de EPM-I Así las cosas, el 9 de septiembre de 2020, el señor VÉLEZ DUQUE presentó versión libre atendiendo el objetivo de demostrar por qué no se le podía atribuir la*

supuesta destrucción del valor del Proyecto por la suscripción de la AMB 3 al Contrato BOOMT Lo anterior, por cuanto la decisión de posponer el cumplimiento de los hitos contractuales 1,2 y 6 obedeció a causas externas e inimputables a su calidad de representante legal Así mismo, buscó evidenciar que esa era la determinación prudente -desde las aristas técnica, financiera y jurídica que hubiese adoptado un hombre diligente. Ahora bien, el artículo 42 de la Ley 610 del 2000 establece, como garantía de defensa de los implicados en procesos de responsabilidad fiscal, que estos podrán solicitar rendir versión libre y espontánea hasta antes de que se formule auto de imputación de responsabilidad Lo anterior, implica que si los hechos (incluida su condición o cargo) del auto de apertura difieren con aquellos objeto de reproche en el auto de imputación, el investigado no tendrá oportunidad dentro del proceso para rendir versión libre sobre los últimos, afectando así una garantía de defensa establecida por la ley.

El Auto No 1484 del 2 de diciembre de 2020 reprocha dos presuntas conductas de mi cliente, la primera, en su calidad de representante legal de EPM ITUANGO y, la segunda, en calidad de Vicepresidente de Proyectos de Generación de Energía de EPM (que además no fue objeto de investigación según el Auto de Apertura) Así mismo, señala cinco hechos generadores del daño, que vale la pena resaltar, no fueron establecidos en el Auto de Apertura:

"1 Atraso en los diseños y la construcción de las vías de acceso al proyecto, así como en los diseños de las obras principales, que llevaron desde el principio a que se idearan e implementaran planes de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos, lo anterior como consecuencia de falta de planeación, de desordenes administrativos de Hidroituango, del hecho de que la junta directiva no conminara al gerente a cumplir en tiempo las decisiones que se adoptaban, y de decisiones Improvisadas que introdujeron modificaciones sustanciales a las características del proyecto.
2 Inclusión de salvedades en el contrato BOOMT que operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio - aminorando de esta forma la responsabilidad de EPM-, y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de Hidroituango.
3 Atraso en la suscripción del contrato de construcción de los túneles de desviación como consecuencia de problemas de planeación que se manifestaron en decisiones administrativas y presupuestales inoportunas.
4 Atrasos y defectos en la ejecución del contrato de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS que supuso la implementación de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, todo lo anterior como consecuencia de situaciones atribuibles fundamentalmente al contratista, las cuales no fueron mitigadas a tiempo por epm ni por Hidroituango desde su rol de vigilancia y control establecido en el contrato BOOMT
5 Terminación de las obras de desviación por parte de CCCI - contratista de las obras principales- bajo un plan de aceleración lo que aunado a problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuertas para los túneles de desviación y la decisión de no ponerlas por falta de

tiempo, en contravía de lo aconsejado por el board de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas v específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la
ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación Ituango como asesor, de epm como contratante y de Hidroituango desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato boomt como dueño del proyecto "

Para evidenciar el desconocimiento del principio de congruencia, basta con hacer un paralelo de la conducta que se atribuyó a mi representado en el Auto de Apertura, respecto de la que rindió su versión libre y ejerció su derecho de defensa, con las conductas que se le atribuyeron en el Auto de Imputación.

(…)

En consecuencia, con los nuevos reproches y hechos generadores establecidos por la CGR, se le estaría negando la posibilidad a mi cliente de rendir versión libre frente a cada una de las conductas que son objeto de imputación dentro del proceso, especialmente, sobre la suscripción de BOOMT, la inclusión de salvedades y el AMB No 19 al Contrato de Obras Principales. Este hecho, además de sorpresivo para la defensa, repercutió sobre los derechos de mi cliente como se explicará a continuación. Es necesario mencionar que el debido proceso implica una serie de principios que se deben cumplir para entender que fue garantizado, entre ellos, se encuentra el principio de congruencia Al respecto, la Contraloría General de la República se ha pronunciado en el siguiente sentido:

"El auto de apertura, aún cuando contenga una parte motiva y una resolutiva, no deja de ser un solo acto procesal, objeto de interpretación armónica y sistemática, en observancia del principio de congruencia. Por ende, lo relevante para su validez, en cuanto a la garantía del derecho de contradicción de los presuntos responsables fiscales, es que en su texto se encuentren clara y suficientemente establecidos los hechos generadores del daño al patrimonio del Estado, junto con sus respectivos fundamentos de derecho, como marco fáctico y jurídicos sobre el cual deberá versar la exposición libre y espontánea regulada en el artículo 42 de la Ley 610 de 2000, a la que tienen derecho los sujetos implicados, relacionados en dicha providencia, en ejercicio del derecho de defensa "

El principio de congruencia Implica entonces mantener coherencia entre los hechos que dieron lugar a determinada actuación administrativa y las decisiones que finalmente se adopten Lo anterior, con el objeto de garantizar el derecho a la defensa de aquellos que pudieran verse afectados Por otro lado, las autoridades deben ser congruentes en sus actuaciones en virtud del principio de buena fe, tal como lo establece el numeral 4 del artículo 3 del CPACA que dispone- "En virtud del principio de buena fe- , lar

autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes"

Ahora bien, en el caso concreto encontrarnos que la Contraloría inició la investigación por unos hechos generadores específicos haciendo creer a mi representado que ese sería el objeto de reproche, por lo que en ese sentido se concentró su defensa Sin embargo, en el auto de imputación modificó por completo su acusación haciendo inocuo lo sostenido en versión libre dentro de la etapa de investigación El comportamiento de la Contraloría resulta arbitrario y contrario a la lealtad procesal y confianza legítima que debería existo. en las relaciones entre las autoridades y los particulares, pues sorprendió a los Investigados quienes debieron a último momento adaptar su defensa a nuevos hechos que nunca fueron mencionados durante la etapa de Investigación Sobre este punto, la Corte Constitucional ha precisado la importancia de que en el auto de apertura se conozcan los hechos objeto de investigación y la relevancia que tiene la participación de los investigados dentro de dicha etapa Al respecto se ha dicho:

"Es de anotar, que la etapa de investigación sólo tiene cabida cuando los funcionarios de los organismos de control fiscal que realicen funciones de investigación fiscal, quienes se encuentran investidos de las atribuciones previstas en el Código de Procedimiento Penal y las especiales que señala el artículo 76, han adelantado oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra Intereses patrimoniales contra el Estado", y determinado, mediante el acopio de las informaciones y pruebas correspondientes, la ocurrencia del hecho y su posible incidencia en la gestión y en la responsabilidad fiscal, la identificación de los autores o partícipes y de sus bienes Es decir, que cuando el resultado de las diligencias preliminares amerite la apertura de investigación, se procederá a ello mediante la expedición de un auto del investigador, en el que se "ordenarán las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de 30 días, prorrogables hasta por otro tanto" Es deber del investigador ordenar y practicar las pruebas que le sean solicitadas, y las que considere procedentes decretar y practicar en relación con los hechos investigados, como se deduce de los artículos 72 y 75, según los cuales, en las actuaciones relacionadas con el proceso de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso, y que durante la etapa de investigación, "se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad fiscal".

Partiendo de los anteriores criterios y de la doctrina constitucional establecida acerca de la garantía del derecho de defensa en la etapa de la investigación dentro del proceso penal, en el disciplinario y en el mismo fiscal la Sala encuentra que cuando el articulo 77 de la Ley 42 de 1993 prescribe que "los órganos de control fiscal dictarán el auto de apertura de investigación, y dentro del mismo ordenará las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de treinta (30) días, prorrogables hasta poi otro tanto " (subraya la Sala), éstas deben

cobijar la notificación de dicha providencia a los presuntos responsables, una vez se hayan determinado los hechos configurativos de posibles irregularidades que afecten los bienes y recursos de la Nación y exista certeza acerca de la identidad de los implicados.

Una actuación en dirección contraria resulta abiertamente inconstitucional, pues pone en peligro los derechos al debido proceso, a la defensa, a la administración de justicia, así como los principios relacionados con la presunción de inocencia, la imparcialidad, publicidad y la igualdad en el trámite de las distintas investigaciones (C P , art, 13, 29 y 229) En este mismo sentido se pronunció la Corte al señalar que "No sólo razones de justicia avalan la solución propuesta, sino la de garantizar adecuadamente el derecho de defensa en una actuación administrativa que puede conducir a una afectación grave del patrimonio económico de una persona y a sus derechos fundamentales, e igualmente, la necesidad de preservar los principios de igualdad, celeridad, economía, eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas, en el sentido de que en forma rápida y oportuna se defina si hay lugar o no a iniciar el respectivo juicio de responsabilidad fiscal, porque sin habérsele dado oportunidad al posible imputado de exponer su versión de los hechos y de producir la prueba de descargo, únicamente se cuenta con una verdad unilateral. La participación del presunto imputado en la etapa de investigación permite asegurar no sólo el derecho de defensa sino que contribuye a dar certeza a aquella y a garantizar su eficiencia y eficacia, porque es posible determinar en forma pronta y oportuna que no hay lugar a exigirle la responsabilidad fiscal a aquél, o que por el contrario, se requiere adelantar el trámite del juicio para establecer si hay lugar a declarada o no.

De conformidad con lo anterior, si la Contraloría requería de certeza para determinar si era procedente iniciar la investigación, debió agotar dicho asunto en la indagación preliminar y sólo cuando tuviera convicción de los hechos que debían ser revisados abrir la etapa de investigación Por el contrario, en este caso el ente de control se guardó los hechos que serían objeto de imputación volviendo inocua la defensa de mi representado en su versión libre, lo que resulta una clara violación al debido proceso y al derecho a la defensa porque bien pudo haberse defendido de los hechos que ahora se le reprochan desde la etapa de investigación.

En conclusión, el Despacho incurrió en un defecto técnico al establecer, como hechos objeto de reproche a VÉLEZ DUQUE, conductas que no fueron señaladas dentro del Auto de Apertura Lo anterior, toda vez que no permitió que mi defendido rindiera versión libre sobre cada uno de estos puntos, limitando así una garantía legal y vulnerando su derecho a la defensa Aunado a ello, si se llegare a sancionar por las conductas establecidas dentro del Auto de Imputación, no existiría relación entre lo investigado y lo sancionado, quebrantando así el principio de congruencia que enviste todos los procedimientos administrativos, el debido proceso y el derecho a la defensa de mi cliente.

Por su parte, en el escrito de descargos del señor Juan Esteban Calle Restrepo (Fl.24104- 24183), tras una introducción idéntica a la anterior, señala el apoderado, refiriéndose a las conductas reprochadas a su prohijado y la presunta incongruencia entre los autos de apertura e imputación:

> *"En consecuencia, con los nuevos reproches y hechos generadores establecidos por la CGR, se le estaría negando la posibilidad a mi cliente de rendir versión libre frente a cada una de las conductas que son objeto de imputación dentro del proceso, especialmente, sobre el informe PENTA, su diligencia en el seguimiento de la ejecución de obras a EPM, su actuación en cuanto a la imposición de cláusulas de apremio, entre otros puntos que le son endilgados en su calidad de miembro directivo de la junta directiva de HI. Así mismo, sobre los atrasos en la ejecución del contrato de los túneles y la terminación de obras de desviación. Vale la pena resaltar, que todas estas conductas le están siendo reprochadas como miembro de la junta directiva de HI, calidad que nunca fue mencionada en el Auto de Apertura y por la que se le vinculó a la actuación fiscal. Este hecho, además de sorpresivo para la defensa, repercutió sobre los derechos de mi cliente como se explicará a continuación.*
>
> *(…)*
>
> *Ahora bien, en el caso concreto encontramos que la Contraloría inició la investigación por unos hechos generadores específicos haciendo creer a mi representado que ese sería el objeto de reproche, por lo que en ese sentido se concentró su defensa. Sin embargo, en el auto de imputación modificó por completo su acusación haciendo inocuo lo sostenido en versión libre dentro de la etapa de investigación. El comportamiento de la Contraloría resulta arbitrario y contrario a la lealtad procesal y confianza legítima que debería existir en las relaciones entre las autoridades y los particulares, pues sorprendió a los investigados quienes debieron a último momento adaptar su defensa a nuevos hechos que nunca fueron mencionados durante la etapa de investigación.*
>
> *(…)*
>
> *En conclusión, el Despacho incurrió en un defecto técnico en el Auto de Imputación al establecer: (i) como hechos objeto de reproche al señor CALLE RESTREPO, conductas que no fueron señaladas dentro del Auto de Apertura; y (u) imputarle responsabilidad como miembro de la Junta Directiva de HI cuando su vinculación a la actuación no fue por dicha calidad. Lo anterior, toda vez que no permitió que mi prohijado rindiera versión libre sobre cada uno de estos puntos, limitando así una garantía legal y vulnerando su derecho a la defensa Aunado a ello, si se llegare a sancionar por las conductas establecidas dentro del Auto de Imputación, no existiría relación entre lo investigado y lo sancionado, quebrantando así el principio de congruencia que enviste todos los procedimientos administrativos, el debido proceso y el derecho a la defensa de mi cliente.*

R:/ Sea lo primero aclarar, que esta delegada, ha dado respuesta en más de una ocasión al argumento de defensa invocado, tanto directamente por el apoderado, como a los demás defensores[214], así las cosas, procede esta Delegada a aclarar de nuevo las razones por las cuales el argumento del apoderado carece de validez.

En primer término, es necesario anotar que el apoderado confunde las conductas con los hechos, cuando se trata de elementos sustancialmente diferentes, los cuales fueron precisados y diferenciados en el auto de imputación y desarrollados en acápites diferentes. Los hechos del proceso de responsabilidad fiscal No. UCC-PRF-014-2019, han guardado identidad entre la apertura y la imputación, **los indicios serios requeridos para la apertura del proceso no constituyen en sí mismos conductas reprochables, pues la etapa procesal oportuna para realizar tal reproche en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal es la imputación**, y la decisión definitiva del proceso es el fallo con o sin responsabilidad, según corresponda.

Aunque de conformidad con la metodología adoptada por la Corte Constitucional para esta clase de análisis se encuentra descartada una afectación al derecho a la igualdad, de la cual el accionante derivaba una afectación al derecho fundamental al debido proceso, es necesario precisar lo siguiente:

El primero de los puntos sobre los cuales se pronunciará el Despacho, se encuentra relacionado con la descontextualizada afirmación que realiza el apoderado de que el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 modificó los hechos objeto de investigación, respecto de los hechos expuestos en la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Al respecto es necesario recordar que los hechos expuestos en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 (folios 5 a 41 de tal providencia), por medio del cual se avocó conocimiento y abrió el proceso de responsabilidad fiscal UCC-PRF-014-2019, fueron retomados por el Auto1484 del 02 de diciembre de 2020 y para efectos metodológicos describió de manera general cinco hechos generadores de daño, y que resaltó:

> *"Tal y como se explicó al inicio de este acápite,* ***se trata de una serie de hechos sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal.* ***Estos hechos se dividen e identifican única y exclusivamente a efectos metodológicos para simplificar la realización más delante de las imputaciones individuales de responsabilidad"*** *(negrilla fuera de texto)****.***

[214] Ver: 1. Auto 617 del 6/04/21; 2. Auto 757 del 26/04721; Auto 879 de 21/05/21.

En tal sentido, los fundamentos de hecho del proceso de responsabilidad fiscal han respetado la congruencia necesaria entre el acto de apertura y el de imputación; respecto de la *congruencia se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar que:*

> *"De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una [atadura irreductible]. Con lo cual, en la sentencia el juez puede, dentro de ciertos límites, [degradar la responsabilidad sin desconocer la consonancia]"*[215]*.*

De lo anterior resulta claro que la congruencia entre el auto de apertura y el de imputación se predica de los hechos y no de las conductas, las cuales como se pasará a explicar en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal se desarrollan de manera diferente en la apertura y la imputación, pues en la primera únicamente se exige la determinación de indicios serios mientras que en la segunda se exige determinar de manera precisa las acciones y omisiones que se le atribuyen a un sujeto, así como la calificación de las mismas a título de culpa grave o dolo y el nexo de causalidad entre estas y el daño.

Dicha claridad conduce a establecer las diferentes etapas procesales de apertura e imputación en el proceso de responsabilidad fiscal. En este punto, conviene recordar los elementos que para cada una de estas decisiones exige la ley:

> "***Artículo 40.*** *Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno.*
> ***Parágrafo.*** *Si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojaren dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal.*
>
> (…)

[215] Corte Constitucional. Sentencia C-025 del 27 de enero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

> ***Artículo 48.*** *Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener:*
> *1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.*
> *2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.*
> *3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado".*

Entonces, del análisis de las anteriores disposiciones se encuentra que para proferir la decisión de apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal es necesario acreditar la existencia de un daño al patrimonio del Estado e indicios serios sobre la responsabilidad de su presuntos autores, tal como se desarrolló en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2020, que en el literal A de sus consideraciones demostró la existencia del daño al patrimonio del Estado y respecto de la responsabilidad de los señores Juan Esteban Calle Restrepo y Luis Javier Vélez Duque, estableció como indicios serios de su responsabilidad los siguientes (página 89 y 94 del referido proveído, respectivamente):

> *"2. JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO C.C. 70.566.038 Representante legal de EPM, facultado para contratar de acuerdo al manual de delegación de funciones. Actúa en nombre de EPM para garantizar las obligaciones establecidas en el contrato BOOMT, y de conocer y tomar acciones frente a las inversiones de recursos de EPM y obrar de manera eficiente frente a las inversiones asociadas al proyecto. En calidad de representante legal de EPM suscribe el AMB 4 BOOMT, modifican el contrato BOOMT para establecer a EPM como contratista*
>
> *(…)*
>
> *18. LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUEC.C. 70.123.774 En calidad de Representante Legal de la Sociedad EPM ITUANGO suscribió la AMB 3 BOOMT, el 21 de diciembre de 2012 en el que modifican hito 1, 2 y 6"*

Respecto del **concepto de indicios serios**, la Auditoría General de la República en el Concepto No. 20181100033261 del 30 de octubre del 2018 estableció:

> En consecuencia, la diferencia entre los indicios serios de que trata el artículo 40 y los indicios graves del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, es que los primeros apuntan a identificar los posibles autores del daño patrimonial, en tanto los segundos apuntan a comprometer la responsabilidad fiscal de los implicados previamente identificados, todo ello dentro de la sana lógica de evolución y avance del proceso.
>
> Es claro entonces que la diferencia no se enmarca necesariamente en el calificativo de serios o graves, sino que se trata primordialmente de indicios e inferencias diferentes en tanto su finalidad es claramente distinta.
>
> El calificativo de indicio serio o grave, tal como se explicó anteriormente, tendrá que ver con el grado de vehemencia del indicio que la norma reclama para el momento procesal y finalidad correspondiente, con el propósito de ir afianzando el acervo probatorio que conduzca a un óptimo grado de certeza en las conclusiones y decisiones que fundadamente se deban tomar dentro del proceso.

En tales términos resulta claro que el reproche a la conducta de los presuntos responsables en el proceso de responsabilidad fiscal se realiza en el acto de imputación, con base en todo el material probatorio recaudado y no exclusivamente en los indicios serios que permiten su vinculación a la causa fiscal, sin que tal situación implique una vulneración al debido proceso administrativo, pues se trata de la naturaleza de las etapas que la ley ha previsto para esta clase de procesos.

En ese orden de ideas, el argumento no ostenta vocación de prosperidad.

Continúa el apoderado argumentando:

> ***3.2. AUSENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE MI PODERDANTE QUE PERMITA DEDUCIR A CUÁNTO ASCENDIÓ ECONÓMICAMENTE SU RESPONSABILIDAD.***
>
> *A lo largo del Auto de Imputación, la Delegada manifiesta que existe responsabilidad fiscal solidaria entre los imputados Sobre mi cliente señaló "Corno conclusión de lo anterior, encuentra este Despacho que los argumentos de defensa planteados por el presunto responsable, no son suficientes para desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal, motivo por el cual, en la parte resolutiva de esta providencia, procederá el Despacho a imputar responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4 075 680 000 000) M/CTE "*
>
> *Ahora bien, en la actualidad sería impreciso abordar el estudio de la solidaridad en responsabilidad fiscal de manera aislada a los preceptos y disposiciones consagrados en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, los artículos 1568 y siguientes y el artículo 2344 del Código Civil Colombiano, así como la sentencia C-055 de 2016. El artículo 119 del Estatuto Anticorrupción, establece que: "En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares responderán solidariamente el*

ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial". (Énfasis añadido)

Bajo la anterior disposición, si bien es posible predicar la solidaridad de varios responsables fiscales, esta debe hacer referencia a cuál es la participación de cada uno en la causación del daño Aceptar una responsabilidad fiscal solidaria sin que se determine a cuánto asciende la participación del gestor en la causación del detrimento patrimonial al Estado, significaría habilitar que los entes de control fiscal desechen el tener que acreditar uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad el nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal y el daño patrimonial al Estado.

Entonces, sería incorrecto aseverar que no es necesario precisar la participación de cada gestor fiscal investigado y en cuánto incidió la misma en la producción del menoscabo al erario porque bastaría con endilgar responsabilidad solidaria a uno solo de los presuntos responsables, para que así se garantice el pago efectivo del daño en favor del Estado lo anterior carece de sustento jurídico por las siguientes razones:

El artículo 2344 del Código Civil como norma que cruenta la solidaridad, significa una tergiversación de la intención del legislador al momento de incluir dicha regla en nuestro ordenamiento ello, porque esa disposición está consagrada para asegurar, en los civilmente responsables, la reparación total del daño. Sin embargo, en la órbita del derecho público ocurre algo diferente, pues es distinta la solidaridad que existe en la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de terceros y la que se presenta entre gestores fiscales y aquel En el primer evento, para esas víctimas, el hecho de que la administración pública y las demás personas que halan concurrido a la causación del perjuicio sean solidariamente responsables, es una garantía de reparación del daño antijurídico que han soportado. Pero, tratándose del segundo estadio, indistintamente si se trata de responsabilidad patrimonial o fiscal, no puede predicarse, en ningún caso, la solidaridad frente al pago a la Nación sin que se determine a cuanto ascendió la participación del responsable Esto, porque la solidaridad en la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos para con el Estado es de procedencia excepcional y sólo ocurre, por disposición legal expresa, cuando cada uno de los presuntos responsables del daño concurre a su causación con su propia conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones, en los casos explícitamente previstos en las normas. La solidaridad en la responsabilidad fiscal, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1582 del Código Civil, no implica la indivisibilidad de la obligación de indemnizar el detrimento patrimonial del Estado Por el contrario, Implica que a pesar de que a los responsables puede cobrárseles, a uno o a todos, el monto de la reparación, en todo caso cada uno tiene el derecho de conocer cuál fue su participación causal en el daño fiscal.
b. En este sentido, si la Contraloría General de la República, como efectivamente sucedió en el Auto de Imputación, no precisa a cuánto

asciende el detrimento al erario producto de la participación de mi prohijado en la causación del mismo, así, si alguno de los implicados llegase a pagar la totalidad de la condena, en una eventual repetición, ninguno de ellos tendría la posibilidad de conocer con exactitud, el valor que debe repetir contra los que nada aportaron pata asumo la indemnización, como si de una obligación conjunta se tratase No hacerlo, implicaría alelarse de lo preceptuado por el artículo 1582 del Código Civil que establece que las obligaciones, por el solo hecho de ser solidarias, no son indivisibles, y que, entonces, debe determinarse en qué medida contribuyó uno u otro a la causación del daño Lo anterior, para que, en caso de tener que pagar uno de ellos la obligación conjunta, pueda repetir en contra de los demás por aquello en que haya excedido su propia participación causal en la generación del perjuicio.

c. También, aceptar la solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal sin que se precise la proporción de la concurrencia del gestor fiscal en la causación del daño, sería abrirle la puerta a la omisión del deber probatorio que tiene la Contraloría General de la República de determinar dicha participación en el perjuicio Esta carga probatoria reside en el ejercicio mismo de la acción de responsabilidad fiscal, mediante el procedimiento administrativo de esa misma índole, que tienen los entes de control fiscal. Este les impone, con independencia de que investiguen, sustancien y juzguen la actuación, en cumplimiento de funciones administrativas, que al esgrimir la pretensión de declaración de responsabilidad fiscal y de consecuente condena pecuniaria al resarcimiento del daño patrimonial del Estado, prueben el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ésta persigue Antes, cuando no haya prueba que conduzca a la certeza de uno de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, en concreto, de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, lo que procede, en lugar de decretar la responsabilidad fiscal solidaria, es el fallo sin ella

d. Por último, aceptar dicha tesis implica, que por muy mínima que haya sido la concurrencia de un investigado en la causación del daño, siempre pesará sobre sí la amenaza de tener que asumir la posición de último garante sobre cifras que, por lo general, son asumibles por su elevada cuantía para una persona común En suma, no se puede situar al particular sancionado fiscalmente en la posición dominante que ocupa el Estado -último garante respecto de sus administrados, en lo que a la garantía de reparación de las obligaciones se refiere De su parte, en reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

"Al igual que los cargos anteriores, la Sala considera que los planteamientos que exponen los demandantes incumplen el requisito de certeza, por cuanto se apoyan en un contenido normativo que no se desprende del texto de la disposición censurada Por el contrario, corresponde a una interpretación subjetiva según la cual, el inciso 4del artículo 140 del CPACA establece la obligación de reparar a la víctima de forma conjunta según la proporción fijada por el juez en su sentencia cuando existe concausalidad en la comisión del daño entre una entidad pública v un particular, situación que en criterio de aquellos implica un retroceso porque abandona la aplicación de

la solidaridad en perjuicio de la víctima o afectado. Como se ha indicado la interpretación histórica v literal del mencionado inciso permite a la Sala señalar que éste no fija una cláusula de exclusión de la responsabilidad solidaria que podría surgir entre el Estado y en particular con causantes de un daño indica la forma cómo la obligación de re arar se hará exigible frente a la víctima. De su contenido se desprende el deber que tiene el juez de realizar en su sentencia el juicio de proporción teniendo en cuenta la influencia causal en el hecho o la omisión en la ocurrencia del daño es decir analizando los elementos fácticos, probatorios y jurídicos necesarios para definir la responsabilidad extracontractual y la consecuente obligación de reparar como lo afirman los actores, definir una obligación conjunta de resarcimiento del daño en detrimento de los intereses y la efectiva reparación integral al perjudicado"

Como se observa, tal Corporación respalda la aplicación del artículo 2344 del Código Civil para fundamentar la solidaridad, siempre y cuando el juez - en este caso el operador fiscal- en su decisión realice un juicio de proporción teniendo en cuenta la influencia causal en el hecho o la omisión en la ocurrencia del daño, es decir, analizando los elementos tácticos, probatorios y jurídicos necesarios para definir la responsabilidad extracontractual v la consecuente obligación de reparar pues, tal juicio lo que regula es la división de la condena entre los codeudores llamados a resarcir el daño ocasionado Adicionalmente, en virtud de esta norma, culpa tuvo que haber sido cometida por dos o más personas, quienes serán responsables de todo el perjuicio causado En este sentido, cl daño tendría ser cometido por una misma culpa Por otro lado, el Tribunal Constitucional manifestó en sentencia C - 338 de 2014, que la finalidad de la solidaridad es la facultad del acreedor de cobrar la obligación a cualquiera de los involucrados, no significando esto que el juzgador no tenga la obligación de determinar el monto de la participación en la causación del daño de cada uno de los causantes.

"La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico que se sea responsable en materia fiscal Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposo, hayan sido encontrados responsables " (Énfasis añadido)

En ese sentido, la aplicación de la responsabilidad solidaria debe garantizar que el que pague la deuda, pueda luego dar aplicación a la subrogación efectivamente, es decir, pueda obtener el pago de lo que no le correspondía, esto solo se logia si hay una discriminación del daño que cada uno de los investigados ha producido Sobre esta figura, cl diccionario de la Real Academia de la Lengua la define corno "suplantar o poner a alguien o algo en lugar de otra perdona o cosa"

A su vez el artículo 1667 del Código Civil la define como la posibilidad que un tercero se subrogue en los derechos del acreedor, en virtud de una convención o por ministerio de la ley, y para los efectos del caso particular

en el numeral 3 del artículo 1668, consagra que se puede dar aplicación de la misma en el siguiente evento "3o) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente". Así las cosas, el operador jurídico debe asegurar, al tiempo que salvaguarda los derechos patrimoniales del Estado, que quien se haga caigo de la deuda pueda cobrar efectivamente a los demás, lo que para ello significa que se deba individualizar el valor al que asciende el daño de cada uno de los responsables.
Es importante resaltar que, cuando el Estado reclama a los gestores fiscales el pago de la compensación por el daño fiscal experimentado por el tesoro público, por medio de sus autoridades administrativas, mediante un procedimiento administrativo, lo hace en ejercicio de función pública -en concreto, de función administrativa- y como poder público y soberano Siendo esto así, al Estado no le interesa tener garantías de reparación en la responsabilidad fiscal, como lo sería una eventual solidaridad residida en la indivisibilidad de la obligación de indemnizar, a diferencia de lo que ocurre con las víctimas en la responsabilidad civil extracontractual El Estado tiene a su disposición todas las facultades exorbitantes de vincularlo a la actuación, de imponerle limitaciones a sus derechos y bienes mediante la tutela cautela,. de los mismos, de atribuirle e imputarle el deber de resarcir de forma unilateral, entre otras.

En virtud de tal razón, a la Nación le basta incluso con cobrarle la deuda de resarcimiento del erario a cada gestor fiscal con cargo a su incidencia personal en la causación del daño, si no lo hace de forma solidaria, pero señalando la participación causal de cada uno de los coautores en la generación del perjuicio. Tan así es, que a pesar de que el fallo con responsabilidad fiscal en firme tiene control jurisdiccional de su legalidad y puede ser objeto de revocatoria directa, como cualquier acto administrativo, dicho control o revocatoria no suspenden los efectos jurídicos de la decisión adoptada, porque ésta tiene mérito ejecutivo, según el artículo 58 de la Ley 610 de 2000 Tales potestades no las tiene el ciudadano común respecto de los deudores de la de indemnizarle un daño que haya sufrido cuando acude a los estrados judiciales para que se le reconozca y se le pague la respectiva reparación. Éste tendría el riesgo de obtener una sentencia de ejecución civil para poder cobrar, a prorrata, la deuda de manos de los coautores Podría ocurrir que alguno le pagan su cuota parte del daño y los demás no, impidiendo la Indemnización integral de que habla el artículo 16 de la Ley 446 de 19984.

Es esta la razón de ser de que la responsabilidad patrimonial extracontractual -tanto la civil como la del Estado-, en estos casos, sea solidaria la víctima, para obtener la indemnización del perjuicio causado, puede escoger, cómodamente, demandar a todos los coautores del mismo para que lo resarzan o sólo a aquel que esté en mejores condiciones económicas de resarcido. Para concluir, el Estado, en virtud de las atribuciones inherentes al ejercicio del poder público propias de la soberanía de su mandato popular cuenta con todas las facultades necesarias y eficaces para obtener el pago de la compensación dinerario de manos de los fiscalmente responsables, e incluso, de prevenir que éstos sigan

causando detrimento a los recursos públicos en el futuro. Por consiguiente, la solidaridad en la responsabilidad fiscal en la que se cree que los coautores del daño fiscal tienen una misma deuda de naturaleza indivisible carece de toda justificación desde el punto de vista de la teoría jurídica, pues como se indicó, se haría mane la obligación de probar por el juzgador la modalidad de la conducta con la que actuaron los responsables, esto es, dolo o culpa gravísima.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo expresado, resultaba imperativo que la Contraloría General de la República estableciera en el Auto a cuánto ascendía líquidamente la Imputación de responsabilidad fiscal de cada una de las personas implicadas en su participación causal, y no, corno hizo con mi cliente, que se limitó a afirmar que se le imputaba responsabilidad fiscal manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4 075 680 000 000) M/CTE. Lo anterior, con el fin de respetar su derecho al debido proceso y a defenderse frente a los hechos que se le predican causaron un supuesto detrimento patrimonial, esto es, la posibilidad de sustentar que no existe un nexo de causalidad entre las conductas y el daño deprecado.

*En este sentido, la Delegada al Imputar solidariamente responsabilidad impide ejecutar una debida defensa de mi cliente, toda vez que no existe claridad frente a cuánto asciende el presunto detrimento y qué presunta conducta de **mi prohijado**[216] causó el daño Resulta poco lógico que tantas conductas endilgadas no sólo a mi cliente, sino a todos los imputados, cometidas en tiempos distintos, con impactos y efectos de diferente índole, tengan corno resultado el mismo presunto daño que de lugar a solidaridad Corno se explicó, para que exista responsabilidad solidaria tendría que existir un único daño derivado de una única culpa y, en este caso, la Contraloría da cuenta de que los imputados cometieron culpas distintas y, por lo mismo, tuvieron que haber ocasionado perjuicios distintos Al respecto, vale la pena mencionar diversas incongruencias dentro del estudio del daño que hace la CGR dentro del Auto, que deberían repercutir en el monto imputable a mi prohijado.*

En primer lugar, resulta contradictorio que la CGR afirme que por retrasos no imputables a mi cliente se sabía que no se iba a generar energía en la fecha programada, lo cual, dicho sea de paso, no es cierto, como se demostrará más adelante, y, aun así, se le endilgue una responsabilidad por el lucro cesante No puede entonces, esta Delegada, pretender imputar ambos hechos al tiempo bajo tal argumentación poco lógica e incongruente Si ya se sabía que no se iba a operar en el 2018 por qué se cobraría entonces lucro cesante por la no entrada en operación dentro de la fecha.?

En segundo lugar, la Delegada le reprocha a mi cliente haber suscrito el Contrato BOOMT con salvedades en perjuicio de HI, aspecto que resulta

216 En este punto, el apoderado refiere el nombre de cada uno de sus prohijados, pero el argumento es idéntico en ambos escritos.

ilógico, pues dentro de sus funciones estaba precisamente velar por los Intereses de EPM 'mango En este sentido, si sus decisiones afectaban o no a Hidroituango no eran imputables a él Por el contrario, lo relevante era determinar si posiblemente afectaban a la Sociedad de la cual era representante legal Así las cosas, resultaría contradictorio que mi cliente tuviese que responder por conductas que no iban en contra de la Sociedad que representaba Ahora, se resalta que tampoco iban en contra de HI, ni del Proyecto, pues eran necesarias para advertir oportunamente que, corno ocurre en cualquier proyecto complejo de esta naturaleza, el cronograma presentaba riesgos que podrían retrasar el Proyecto en caso de que se materializaran.
Finalmente, en tercer lugar, no es cierto que la AMB 19 al Contrato de Obras Principales reconociera pagos de obras extras al contratista de obras principales Como se desarrollará más adelante, dicho documento planteaba un mecanismo para el pago provisional de obras extras ya ejecutadas, asegurando que la ejecución del Proyecto no se paralizara. En todo caso no reconocía valores que implicaran el pago de obras extras, ni autorizaba su ejecución pago indiscriminado.

Ahora, para efectos de este capítulo, resulta imperioso preguntarse si la comisión de esta conducta que no resulta reprochable Implicaría entonces una disminución en la cuantía de daño patrimonial endilgado a mi prohijado Lo conecto sería afamar que sí, toda vez que su responsabilidad debe ser individualizada frente a la participación que tuvo en el supuesto daño patrimonial. Sin embargo, como se puede evidenciar, la Delegada omitió señalar cuál fue el nexo de causalidad frente a las conductas y el daño que permitieran individualizar la participación y deducir, de cada una de ellas, a cuánto asciende su responsabilidad En este sentido, si se llegare a considerar que no hubo lucro cesante o que la introducción de salvedades al BOOMT no resultaba inadecuado, de todas formas mi representado tendría que responder por la misma cuantía imputada en el pliego de cargos, sin posibilidades de cobrar a los demás imputados por aquellas conductas que presuntamente fueron su responsabilidad y no de mi prohijado Lo anterior, por la falta de individualización de la participación que se presenta dentro del Auto de Imputación.

En conclusión, la CGR incurrió en un defecto técnico al no individualizar la participación de mi prohijado m establecer a cuánto ascendía líquidamente la imputación de responsabilidad fiscal de cada una de las personas implicadas. Así las cosas, se vulneró su derecho al debido proceso y a defenderse frente a los hechos que supuestamente causaron un detrimento patrimonial.

***3.3. FALTA DE COMPETENCIA POR HABER OPERADO EL FENÓMENO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL**.*

Sobre las conductas imputadas a mi cliente operó la caducidad, con fundamento en el artículo 9 de la Ley 610 de 2020, a cuyo tenor dice:

"La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto." (Énfasis añadido.

Sin embargo, la Delegada afirmó que no ha operado la caducidad por el siguiente motivo: "( ) el cómputo de la caducidad de la acción está ligada a la naturaleza de los hechos (de ejecución instantánea o de tracto sucesivo) y no a las acciones desplegadas por los presuntos responsables, por ejemplo "la suscripción del AMB 4 al contrato BOOMT" (Énfasis añadido)

Sin embargo, no se entiende por qué considera la Delegada que es distinto hablar de "la naturaleza de los hechos" y "las acciones desplegadas por los presuntos responsables". Si bien los hechos pueden ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, ello no quiere decir que las acciones de los supuestos responsables no se enmarquen en una u otra clasificación.

De lo anterior, se evidencia una interpretación errada del artículo 9 de la Ley 610 de 2000 por parte de la Delegada al considerar una distinción que no existe en la norma para fundamentar la no caducidad de la acción El Consejo de Estados ha sostenido que el artículo 9 de la mencionada Ley es suficiente para comprender su contenido, así: "De la claridad de la norma transcrita, se puede concluir que la acción fiscal caduca si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, (a) el citado término se empieza a contar a) para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, mientras que, b) para los hechos o actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, desde el último hecho o acto." (Énfasis añadido)

En el mismo sentido, resulta relevante señalar qué son hechos instantáneos y hechos de tracto sucesivo Sobre este punto, se trae a colación lo indicado por la Corte Constitucional respecto a faltas disciplinaras, que nos sirve para ilustrar los conceptos mencionados, así: "( ) Instantáneas cuando la realización del comportamiento descrito como ilícito se agota en un solo momento, es decir cuando se exterioriza la acción o la omisión y, tv) Permanente o continuada, cuando el comportamiento se prolonga en el tiempo, de manera que la consumación de la falta se prolonga o perdura entre tanto dure la conducta" (Énfasis añadido).

En este punto, continúa el apoderado exponiendo las razones por las que considera, ha operado el fenómeno de la caducidad, con respecto a los reproches endilgados a sus prohijados, se pondrán de presente en primer lugar los consignados en el escrito de descargos de Luis Javier Vélez Duque, así:

Seguidamente explicaré por qué operó la caducidad de la acción frente al primer reproche endilgado a mi cliente: "Inclusión de salvedades en el contrato BOOMT que operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio -aminorando de esta forma la responsabilidad de EPM- , y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de Hidroituango" (Énfasis del texto).

El hecho de suscribir el contrato BOOMT con salvedades, es un acto de ejecución instantánea que se agotó en un mismo momento, cuando se firmó el contrato, ¿momento en el que exteriorizó la acción conforme a la definición brindada por la Corte Constitucional en la citada sentencia? Por consiguiente, no es un hecho que se prolongue en un lapso de tiempo, sino que se culminó una vez se ejecutó. A pesar de ello, la posición de la Delegada es que no ha operado la caducidad en cuanto los hechos objeto de reproche son de tracto sucesivo y están ligados a un proyecto que no ha finalizado, así: "Ahora bien, en el caso concreto, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho y ha sido establecido claramente desde el Auto de apertura, se está en presencia de hechos de tracto sucesivo En efecto, el daño al patrimonio del Estado se concretó como consecuencia de una serie de hechos consecutivos y concatenados, lo cuales además se encuentran ligados a un proyecto que a la fecha no ha finalizado. Por lo anterior es claro que para la fecha en la cual se profirió el Auto 945, es decir, 8 de Sobre el particular, no se encuentra fundamento para que el ente de control fiscal considera que la suscripción de un contrato es un hecho cuya ejecución se mantiene en un periodo de tiempo, pues sin un mal or análisis se puede evidenciar que la suscripción de cualquier documento es una acción que termina en el mismo momento en que se ejecuta. De ahí que el término de caducidad del hecho reprochado a mi representado empezó a contar, en palabras del Consejo de Estado "para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización"8. Es decir, desde la firma del contrato.

En este sentido, el Contrato BOOMT con salvedades fue suscrito el día 30 de marzo de 2011 y el Auto de apertura del proceso fiscal data del día 8 de noviembre de 2019, es decir, cuando habían trascurrido más de 8 años desde la ocurrencia del hecho, evidenciándose que operó la caducidad de la acción fiscal y, en consecuencia, la Delegada carece de competencia para reprochar dicho acontecimiento.

a) En lo referente a JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, señala el apoderado (Fl. 24104-24183):

“PRIMER REPROCHE: "Haber desechado el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del Contrato BOOMT (...)"

Es preciso indicar que la decisión de no adoptar la figura del BI fue tomada el día 31 de octubre de 2012, en la sesión de Junta Directiva No. 134 de Hi. El Auto de apertura del proceso fiscal data del 8 de noviembre de 2019, es

decir, cuando habían transcurrido aproximadamente 7 años desde la ocurrencia del supuesto hecho generador del daño, evidenciándose que operó la caducidad tras transcurrir 5 años desde la ocurrencia del hecho y la emisión del auto de apertura del proceso fiscal.

Contrario sensu, la Delegada afirma que no ha operado la caducidad, en cuanto la imputación de responsabilidad fiscal se fundamenta en hechos de tracto sucesivo, a cuyo tenor sostuvo: "Ahora bien, en el caso concreto, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho y ha sido establecido claramente desde el Auto de apertura, se está en presencia de hechos de tracto sucesivo. En efecto, el daño al patrimonio del Estado se concretó como consecuencia de una serie de hechos consecutivos y concatenados, lo cuales además se encuentran ligados a un proyecto que a la fecha no ha finalizado. Por lo anterior es claro que para la fecha en la cual se profirió el Auto 945, es decir, 8 de noviembre de 2019, no había comenzado siquiera a correr el término de caducidad."

No obstante, en el presente cargo se le reprocha a mi representado concretamente incurrir en un hecho de ejecución instantánea, que es la no aprobación en la Junta Directiva del modelo de "Business Intelligence". No se entiende por qué la Delegada considera que la aprobación de un acta es un acto de ejecución sucesiva, siendo este un hecho que se agota en un solo momento y no se prolonga en el tiempo. Ahora, si bien es cierto que el Provecto no ha terminado, lo que si culminó y se agotó en un solo momento fue el supuesto hecho generador del daño que se le imputa a mi cliente, en la misma fecha en que se tomó la decisión de la Junta Directiva.

En consecuencia, no existe duda alguna en afirmar que operó la caducidad sobre el reproche realizado a mi cliente, en cuanto es un hecho de ejecución instantánea cuyo término de caducidad empieza a contar desde el mismo momento en que se ejecutó la acción, es decir, el 31 de octubre de 2012

SEGUNDO REPROCHE: Se afirma que mi cliente "omitió hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos al contratista de túneles de desviación. Es importante destacar que el incumplimiento del contratista CTIFS unció en septiembre de 2011, conforme al primer informe de interventorías, y su contrato terminó el 15 de noviembre de 20139.

El Auto de apertura del proceso fiscal data del 8 de noviembre de 2019, es decir, cuando habían transcurrido aproximadamente 6 años desde que se finalizó el contrato, evidenciándose que operó la caducidad tras transcurrir más de 5 años desde la culminación del hecho y la emisión del auto de apertura del proceso fiscal. No obstante, la Delegada afirma que no ha operado la caducidad, en cuanto la imputación de responsabilidad fiscal se fundamenta en hechos de tracto sucesivo, en los siguientes términos:

"Ahora bien, en el caso concreto, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho y ha sido establecido claramente desde el Auto de apertura, se

está en presencia de hechos de tracto sucesivo. En efecto, el daño al patrimonio del Estado se concretó como consecuencia de una serie de hechos consecutivos y concatenados, lo cuales además se encuentran ligados a un proyecto que a la fecha no ha finalizado. Por lo anterior es claro que para la fecha en la cual se profirió el Auto 945, es decir, 8 de noviembre de 2019, no había comenzado siquiera a correr el término de caducidad."

Vale recalcar que, en el presente cargo, se le reprocha a mi representado concretamente incurrir en un hecho de ejecución instantánea, que es la omisión de usar mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT contra el contratista CHES. En este sentido, se cae por su mismo peso el argumento de la Delegada, al considerar que la omisión de ejercer un mecanismo de apremio es un acto de ejecución sucesiva, siendo un hecho que se agotó en un solo momento, esto es, cuando se omitió la acción, sin que ello implique que se prolongue en el tiempo. Por consiguiente, si se tiene que el hecho reprochado es de ejecución instantánea y se agotó el día el 15 de noviembre de 2013, al contar los 5 años posteriores a la ocurrencia del hecho y compararlo con la fecha del auto de apertura del proceso fiscal, se evidencia la operación de la caducidad.

TERCER REPROCHE: "No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018".

Sobre la naturaleza del hecho reprochado a mi representado, concretamente se le imputa la supuesta falta diligencia en el control del mecanismo de seguimiento del Contrato en su calidad de miembro de la Junta Directiva de Hidroituango. Si bien, la conducta reprochada solo pudo ser ejercida por el señor CALLE RESTREPO durante su permanencia en la Junta Directiva, se tiene que hasta el 9 de junio de 2014 mi representado participó como miembro en dicho organismo, fecha en la que ejerció el último hecho o acto en tal calidad. Por consiguiente, el día en que se agotó o culminó la conducta reprochada a mi cliente coincide con la última reunión en la que participó como miembro de la Junta Directiva de HI, es decir, el 9 de junio de 2014, tal y como consta en el Acta No. 148 de la mencionada fecha.

En este sentido, la acción fiscal por la conducta supuestamente reprochable al señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, en calidad de miembro de la Junta Directiva de HI, debió haberse iniciado hasta la fecha límite del 9 de junio de 2019 Sin embargo, se tiene que el Auto de apertura del proceso fiscal data del 8 de noviembre de 2019, es decir, cuando habían transcurrido 5 años desde la ocurrencia del supuesto hecho generador del daño. Así las cosas, se evidencia con claridad que operó la caducidad de la acción fiscal y mal podría afirmarse que, después de transcurrir el término de caducidad, se podría seguir juzgando a mi representado como miembro de la Junta Directiva de HI.

Del mismo modo, se descarta completamente la posición de la Delegada respecto a que no ha operado la caducidad en cuanto los hechos objeto de reproche están ligados a un proyecto que no ha finalizado. "En efecto, el daño al patrimonio del Estado se concretó como consecuencia de una serie de hechos consecutivos y concatenados, lo cuales además se encuentran ligados a un proyecto que a la fecha no ha finalizado. Por lo anterior es claro que para la fecha en la cual se profirió el Auto 945, es decir, 8 de noviembre de 2019, no había comenzado siquiera a correr el término de caducidad."
Dicho razonamiento a simple vista es errado, pues no existe razón para considerar que, tras finalizar una conducta como lo es ser miembro de junta directiva y tras haber trascurrido más de 5 años desde que se ejecutó la última labor en dicha calidad, aún se mantenga el término de caducidad y se prolongue hasta la finalización de un proyecto que ha sido visualizado para ser ejecutado en más de 50 años.
Si se avalara dicho entendimiento, los miembros de la Junta Directiva o cualquier persona que participe en cl proyecto y haya culminado su labor, continuaría vinculado y siendo responsable hasta que trascurran los 50 años o incluso más hasta que finalice el Proyecto. De manera que, se evidencia que la acción fiscal caducó sobre la conducta reprochada a mi cliente.

CUARTO REPROCHE: "haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento". En primer lugar, es importante identificar la fecha en que la ocurrieron los hechos que son reprochados a mi representado. Sobre la primera conducta, se nene que la decisión avalar la reconfiguración de los hitos 1,2 y 6 fue tomada en la reunión de Junta Directiva del 13 de diciembre de 2012, que consta en el Acta No. 136 de la mencionada fecha.

Nuevamente se recuerda que el Auto de apertura del proceso fiscal data del 8 de noviembre de 2019, es decir, cuando habían transcurrido casi 7 años desde la ocurrencia del supuesto hecho generador del daño. Evidenciándose que operó la caducidad tras transcurrir más de 5 años desde la ocurrencia del hecho y la emisión del auto de apertura del proceso fiscal.

La segunda conducta, consiste en la aprobación del plan de aceleramiento por parte de mi cliente, justificados este y los demás reproches en las actas de seguimiento del Contrato BOOMT y actas de la Junta Directiva de Hi. Así mismo, el acta que, según la Delegada, refiere al plan de aceleramiento es: "En el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013, se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos. Sin embargo, se trata de un acta del Comité de seguimiento del Contrato BOOMT en la que no participó mi representado ni refiere al plan de aceleramiento, así como tampoco la Delegada en su escrito menciona otra prueba que indique que el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO aprobó el plan de aceleramiento. Por tanto, no se entiende la razón que le asiste a la Delegada para considerar la mencionada acta como una prueba en contra de mi representado.

En gracia de discusión, se nene que el acta que nene como prueba la Delegada data del 3 de diciembre de 2013 y el auto de apertura del proceso fiscal nene fecha del 8 de noviembre de 2019, es decir, habían trascurrido casi 6 años desde la ocurrencia del hecho. Por tanto, se evidencia que había operado el término de caducidad de la acción fiscal.

En cuanto al argumento de la Delegada que refiere a que "se trata de hechos de tracto sucesivo", se tiene que los presuntos hechos generadores del daño Fueron: "haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento", hechos que evidentemente son de ejecución instantánea, pues se equivocaría completamente al decir que avalar y aprobar una situación determinada son conductas que se prolongan en un lapso de tiempo, todo lo contrario, se agotan en el mismo momento en que se avaló o aprobó la situación determinada. De lo anterior, queda claro que operó la caducidad sobre los hechos objeto de reproche, tras haber transcurrido más de 5 años desde la ocurrencia del supuesto hecho generador del daño y el auto de apertura del proceso.

QUINTO REPROCHE: "Haber suscrito el Acta de Modificación Bilateral 15 de 22 de diciembre de 2015 al contrato de obras principales" Se reprocha a mi representado suscribir el AMB 15 del 22 de diciembre de 2015, sobre el particular lo único que se debe recalcar que al revisar el documento se evidencia que el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO no firmó el mencionado AMB. Por tanto, no hay motivo alguno para referirme a un cargo que no nene fundamento fáctico ni jurídico.

En definitiva, la Delegada carece de competencia para imputar a mi cliente los hechos presuntamente nocivos que están contemplados en el Auto de Imputación de fecha 2 de diciembre de 2020, porque sobre ellos operó el fenómeno de la caducidad.

R:/ Respecto de este argumento, es necesario recordar que tal y como se explicó tanto en la imputación como en la presente providencia, el daño es uno solo consistente en la pérdida de los recursos invertidos en la Hidroeléctrica, como consecuencia de la destrucción del valor presente neto del proyecto y la merma en los recursos del Estado, como consecuencia del lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, a raíz de una sucesión de **hechos concatenados**, producidos por conductas concurrentes que contribuyeron de manera determinante a que se generara el referido daño.

Así mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 2344 del código civil y a partir de la entrada en vigencia del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen en la causación de un daño, en este caso al patrimonio del Estado, deberán responder de manera solidaria por el mismo, lo anterior implica que por la obligación reparatoria que surge como consecuencia de dicha situación todos se encuentren obligados a responder por la totalidad del daño. En este sentido se ha considerado que la solidaridad se erige como una garantía en favor del

acreedor, gracias a la cual podrá dirigirse por el total de la deuda en su favor en contra de uno, algunos o todos los causantes a su elección.
En relación con el contenido del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, se pronunció la Corte Constitucional, en Sentencia C-336 de 2014[217][1], y sobre el particular precisó que:

> *"En consecuencia, **la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal**, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.*
>
> ***La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal.** Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, **con base en su actuar doloso o gravemente culposo**, hayan sido encontrados responsables.*
>
> *Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución.*
>
> *Son estos los fundamentos por los cuales la Corte Constitucional declarará EXEQUIBLE el precepto acusado".*

De donde resulta evidente que el único presupuesto jurídico que se requiere para que se establezca la solidaridad es ser encontrado responsable fiscal.

De igual modo, el Consejo de Estado ha dicho sobre el particular lo siguiente:

> *"Luego el **artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 establece la existencia de solidaridad pasiva en los fallos de responsabilidad fiscal**, de acciones populares y acciones de repetición. (…) La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-338 del 4 de junio de 2014, (…) sostuvo que el criterio de la imputación en el proceso de responsabilidad fiscal es siempre subjetivo, pues se basa en el dolo o la culpa grave del procesado. (…) [L]a Corte Constitucional se ocupó de la solidaridad pasiva instituida por el artículo 119 de la citada Ley 1474 de 2011. (…) [L]a Corte Constitucional **es clara en señalar que frente a la solidaridad pasiva contemplada por el citado artículo 119, lo procedente es cobrar el valor total de la suma objeto del fallo a cualquiera de los responsables fiscales comprendidos en el mismo.** La Corte es categórica*

*en expresar que "**lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores**"[218[2]].*

Establecido lo anterior, y teniendo claro que la solidaridad es una garantía en favor del acreedor, que le permite solicitar el pago de su deuda de uno, varios o todos los causantes del daño, no resulta claro por qué razón en opinión del apoderado, el hecho de no indicar el porcentaje de participación en el daño causado afectaría en alguna medida la cuantificación del daño.
El mismo se halla cuantificado desde el auto de apertura, valor que fue ratificado en el auto de imputación y que deberá ser indexado en este fallo.
Así mismo, no existe ninguna disposición en las normas especiales aplicables al proceso de responsabilidad fiscal que obliguen al operador fiscal a realizar dicha división. En efecto ni el artículo 41 de la Ley 610 respecto del auto de apertura, ni en el artículo 48 de la Ley 610 que relaciona el contenido del Auto de imputación ni en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, que se refiere al contenido del fallo con responsabilidad fiscal, establecen la obligación de individualizar la cuantía de la responsabilidad de cada uno de los implicados. Por el contrario, dicha normatividad, guardando congruencia con el hecho de que las obligaciones que surgen de la declaratoria de responsabilidad fiscal cuando 2 o más personas concurran a la producción de un daño, de manera expresa se refieren a "**LA cuantía** del daño" entendiendo por tal **una sola** y únicamente utiliza la palabra "individualizar", en relación con las conductas desplegadas por los vinculados a la causa fiscal.
Por lo que se concluye que este argumento no está llamado a prosperar.

Por otro lado, sobre la configuración de la caducidad es preciso desatacar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015, reiterada por el Consejo de Estado:

*"…esta Corporación se pronunció **sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales**, al declarar exequible un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará "una vez liquidados o terminados los contratos". La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución; (ii) **el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes**.*

*La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales "se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, **y después de su liquidación o terminación**". Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: "1. una vez concluidos los trámites administrativos de*

> *legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente,* ***se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato****, y 2.* ***una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero****, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales"*[219] *(negrilla fuera de texto).*

Con ocasión de ello, el Consejo de Estado ha indicado que incluso cuando se desconozcan las fechas de terminación, liquidación o entrega resulta *"innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió,* ***bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas****"*[220]*.*(negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Con base en lo anterior, este Despacho ha decidido solicitudes de cesación de la acción fiscal presentadas por otros presuntos responsables bajo el mismo fundamento, indicando que como los hechos reprochados mediante el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, es evidente que se trata de hechos de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto, de conformidad con las anteriores consideraciones.

Por otro lado, aduce el apoderado que:

> "*resulta contradictorio que la CGR afirme que por retrasos no imputables a mi cliente se sabía que no se iba a generar energía en la fecha programada, lo cual, dicho sea de paso, no es cierto, como se demostrará más adelante, y, aun así, se le endilgue una responsabilidad por el lucro cesante No puede entonces, esta Delegada, pretender imputar ambos hechos al tiempo bajo tal argumentación poco lógica e incongruente Si ya se sabía que no se iba a operar en el 2018 por qué se cobraría entonces lucro cesante por la no entrada en operación dentro de la fecha*".

Ante tal aseveración, resulta imperativo indicar en primer término, que todas las afirmaciones del Despacho, se encuentran sustentadas en el material probatorio obrante en el expediente, así las cosas en las actas No. 16 y 17 de Seguimiento al Contrato BOOMT de septiembre y octubre de 2012 respectivamente, se advirtió

---

[219] Corte Constitucional. Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa reiterada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

[220] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

sobre el hecho de que era altamente probable que la Hidroeléctrica no comenzara a generar energía en noviembre de 2018, así:

El Acta 16 del comité de seguimiento del contrato BOOMT de 20 de septiembre de 2012, da cuenta de que debido a los retrasos acumulados, la desviación del río Cauca no podría realizarse en la fecha pactada, ante lo cual- nuevamente- no se instó al contratista de ninguna manera:

- **Modificación hitos BOOMT**

Ante la solicitud de modificar los hitos intermedios del BOOMT, EPMI explica que con el diseñador se están analizando todas las opciones para determinar si es posible desviar en junio de 2013. EPMI, con la ayuda de un plano de los túneles de desviación, expuso los rendimientos que se están alcanzando y los avances actuales.

Igualmente, EPMI se refirió a la solicitud hecha al contratista de la desviación de ceder voluntariamente al contratista de las obras principales algunas frentes de obra. Explicó que la secuencia de construcción del proyecto contemplaba

hacer las vías primero; luego, al salir este contratista, haría las obras de desviación, y al terminar estas, comenzaría las obras principales. Pero todo esto se juntó, por las circunstancias conocidas, y por eso se está buscando la cesión de algunos frentes, para evitar las interferencias

EPMI aclaró, que una de las razone principales del retraso del inicio de las obras de desviación, con las consecuencias que hoy se viven, es el retraso en la ejecución de las vías sustitutivas y de acceso a los frentes de obra.

Ante la pregunta de HI sobre con que actividades iniciaría el contratista de obras principales, EPMI explicó que iniciaría con excavaciones en el vertedero, galerías de drenaje, manejo de aguas superficiales, túnel vial, etc.

EPMI explicó que se hizo una simulación del cronograma con fechas reales; el resultado que se obtuvo es que se desplazaría la entrada en operación de la primera máquina en 9 meses.

Por lo la anterior EPMI propone modificar los hitos del BOOMT, aunque se compromete, en un esfuerzo de medios, a poner todos los recursos y todos los esfuerzos para lograr entrar en operación una unidad en el 2018. Se hizo la observación de que aunque con una sola unidad se cumpla con las OEF de 1.085 Gw- h/año para el 2018, la CREG exige que se debe cumplir con la entrada en operación de las 4 unidades.

El cronograma del BOOMT se aprobó con la entrada en operación de dos unidades en el 2018 y las otras dos en el 2019-

HI pregunta sobre entre quién más se firmó el cronograma BOOMT, se le explicó que solamente entre EPMI e HI con la firma del BOOMT. Para la CREG se tiene otro cronograma, que contempla la entrada de cuatro unidades en el 2018, el cual, como se sabía al firmar el BOOMT, no es cumplible.

EPMI hace la aclaración de que es diferente una obligación de medios a una de resultados. Si se mueve 9 meses el cronograma seguiría siendo un contrato de resultados. Si HI no acepta mover los hitos, la obligación de EPMI no podría ser mas que de medios, puesto que las causas de los retrasos no son imputables a EPMI

EPMI dice que según el cronograma aprobado, la licitación de las obras principales debió haber sido abierta en enero de 2011, para poder cumplir con las entradas en operación concebidas en el programa de diseño. Este hecho sucedió en otras fechas.

EPMI solicita llevar este tema del cronograma, acordado entre las partes, a la próxima junta de HI

El Acta 17 del comité de seguimiento del contrato BOOMT, de 25 de octubre de 2012, establece como hecho cierto no solo la imposibilidad de desviación del río en

la fecha inicialmente establecida, sino el desplazamiento de la entrada en operación de la central:

- **Modificación hitos del BOOMT**

HI expuso que se realizaron reuniones con miembros de la JD de HI en donde se les explicó sobre la evolución del proyecto con la Curva S. Asimismo, se les informó sobre el desplazamiento de la entrada en operación, sus implicaciones en la CREG y adicionalmente el impacto que produce en el flujo de caja el hecho de correr 9 meses el proyecto.

HI considera como un hecho a favor, que en el cronograma de la CREG la desviación está propuesta para el 2014. Propuso que se podría enfocar el cronograma a cumplir con la fecha de entrada en el 2018, al menos con una unidad. Lo de las cuatro unidades en el 2018 según CREG, se podría negociar mas adelante.

HI propone entonces, que los hitos del BOOMT se podrían mover, pero conservando las fechas de entrada en operación. EPM manifiesta que el cronograma, alimentado con las novedades de vías de acceso y depósitos, arroja que las unidades no entran en el 2018, razón por la cual, no es posible garantizar que una unidad entre en el 2018. EPM se compromete a hacer todo lo posible, pero no garantiza que se cumpla.

EPM manifiesta que una de las premisas del cronograma pactado en el BOOMT era que la adjudicación del contrato de la desviación bajo responsabilidad de HI, antes de la creación de EPMI. Esto no se alcanzó a hacer y, por lo tanto, correspondió a EPM mitigar los atrasos y adjudicar el contrato con la normatividad propia de la empresa; además, dice, que cuando se firmó el BOOMT, las partes (HI y EPMI) de hecho aceptaron que era necesario ajustar el cronograma, porque al compararlo con el de la CREG, se demostró que este no era cumplible.

EPMI explica que ha implementado con el contratista de la desviación todos los planes de recuperación posibles, con lo que ya no hay holguras; asimismo, se le solicitó al contratista de obras principales una propuesta de ejecución y precio de los frentes de obra que actualmente tiene el consorcio FAS, en el supuesto de que éste los cedería, y la respuesta que se obtuvo fue que terminarían las obras de desviación en mayo de 2014, a unos costos superiores. Es decir, además de costar más, ya la desviación ni siquiera se haría a principios de 2014.
HI considera que puede ser prematuro decirle a la JD que se va desplazar el proyecto, considerando que apenas se van a iniciar las obras principales. EPM dice que el cronograma de hitos modificados que se sometió a consideración, obedece a la realidad de la obra y a la materialización de excepciones y salvedades que quedaron expresamente convenidas en los acuerdos previos y en el propio contrato BOOMT, en lo referente al programa de referencia.
Se definió que la propuesta a llevar a la JD deberá hacerse así: Cambiar los 3 hitos más inmediatos, según la propuesta programática de EPM, dejando claro el efecto que estos traerían en los demás hitos, lo cual será acordado por las partes y plasmado en una AMB oportunamente. EPM propondrá el texto y se enviará a HI

Resulta claro entonces, que las personas con posición decisoria sobre el Proyecto, debían conocer -y, de hecho, conocían-la realidad del mismo, y continuaron con su ejecución, implementando planes de aceleración con decisiones no avaladas técnicamente, lo que lo puso en una inminente vulnerabilidad que desembocó en la contingencia del 2018, y que a la fecha hace que el proyecto sea incapaz de generar 1Kw de energía. Lo que resultaría "poco lógico", seria obviar que como consecuencia de las decisiones de los involucrados- entre estos los prohijados del apoderado- el proyecto no entró en operación en la fecha prevista, esto es en el 2018, situación fáctica, que por supuesto, fue determinante en la causación del daño endilgado en la presente causa fiscal, daño- dicho sea de paso- que no depende de si "*se sabía que no iba a entrar a generar en 2018*", sino del hecho de que a día de hoy, no suple las necesidades para las cuales fue ideado, ni le genera beneficio económico alguno a HI, a EPM, al municipio, ni al país.

Así las cosas, el proyecto no comenzó a generar energía en la fecha programada ni, 3 años después de la misma ha comenzado a generarla. Adicional a lo anterior, resulta necesario recordar que de conformidad con la Resolución 820 de 2018, la

ANLA[221] suspendió la Licencia Ambiental y permitió únicamente el desarrollo de las obras para la atención de la emergencia, lo cual se encuentra supeditado a la entrega y estudio del Informe sobre estabilidad que está siendo adelantado por la empresa POYRY[222].

Por lo anterior, estos argumentos no están llamados a prosperar, en primer término, porque la normativa fiscal no consagra la obligación del operador fiscal de individualizar la cuantía de la responsabilidad de cada uno de los implicados, pues -se insiste- la solidaridad tiene como fin último, la recuperación de la totalidad del patrimonio Estatal y, en segundo lugar, porque está claro que, contrario al planteamiento del apoderado, las conductas desplegadas por sus prohijados, no pueden tenerse como hechos aislados, de ejecución instantánea, consumados en exclusividad y no relacionados entre sí, pues ha quedado demostrado en la presente causa fiscal, que se trata de hechos concatenados, cuyas consecuencias se mantienen a la fecha, pues- como se verá más adelante- el proyecto aún no produce 1Kw de energía.

A renglón seguido indica el apoderado:

> ***"4. DE LOS DEFECTOS FÁCTICOS QUE AQUEJAN LA VERACIDAD DE LOS CARGOS IMPUTADOS .***
> ***4.1. INEXISTENCIA DEL SUPUESTO DAÑO QUE ORIGINÓ EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL***

RTA: Este argumento fue respondido en el acápite de daño, por lo que el Despacho se remite en su integridad a lo allí sostenido.

Continua el apoderado:

> ***"A. EL DAÑO IMPUTADO NO REÚNE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA TENERSE COMO CONFIGURADO****.*
>
> *Para la configuración la responsabilidad fiscal, conforme a la normatividad vigente, se requiere la existencia de un detrimento o daño patrimonial, originado por una conducta dolosa o gravemente culposa de quienes detentan la calidad de gestores fiscales, sean servidores públicos o particulares y que tengan relación con la generación de este. Al respecto, el*

[221] CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AI-\Contrato y modificaciones\Actas de modificación al contrato\Actos Advos. motivadores de ajustes al contrato
[222] *"El estudio contratado con PÖYRY, para el levantamiento de la medida preventiva interpuesta por la ANLA, a través del contrato CT-2018-001241 y cuyo objeto es ""Emitir un dictamen claro, preciso, detallado y objetivo, sobre las condiciones actuales de estabilidad (bajo el escenario de contingencia) y futura (bajo el escenario de operación) del Proyecto Hidroeléctrico Ituango" tiene como fecha para la entrega el mes de diciembre de 2020, de acuerdo al acta de modificación bilateral N° 5 (AMB5). Lo anterior con el fin de garantizar que el consultor tenga acceso a las obras del proyecto y a los estudios adelantados para su recuperación". Ver Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 75\FOLIO 15951 REFERENCIA CRUZADA EPM ER00111912\NUEVA\Acta 70*

artículo 6 de la Ley 610 de 2000 define el daño en los siguientes términos "( ) la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo "

Adicionalmente, el máximo tribunal administrativo ha sostenido en amplia jurisprudencia que debe existir certeza en la causación del daño, así "Es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.9" (Énfasis añadido)

Así las cosas, para la existencia de responsabilidad fiscal es imperativo la existencia de un daño cierto y verificable, pues de lo contrario no sería dable predicar la existencia de un daño al patrimonio del Estado Al respecto la Corte Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, así: "Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio m" (Énfasis añadido)

La anterior Jurisprudencia enuncia otro elemento, que tiene relación directa con la certeza del daño, esto es, la cuantificación del mismo La característica referida no es otra sino que el daño debe valorarse económicamente y establecerse la cuantía a la que asciende Sobre este aspecto la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que "4 2 ( ) De manera general puede decirse que el ob1eto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la Jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre

otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo, no obstante al amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado. En virtud de los requisitos previamente mencionados, se expresarán a continuación los fundamentos fácticos y jurídicos por los que el supuesto daño patrimonial imputado a mi representado no cumple con los requisitos de ley.

El presunto daño no es cuantificable:

En la citada jurisprudencia se evidencia que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han reconocido ampliamente que un requisito del daño es que debe ser cuantificable. Ahora bien, la Delegada indicó que el supuesto daño corresponde a los siguientes valores "(.) se encuentra probado que se generó un daño al patrimonio del Estado, en la modalidad de pérdida de los recursos invertidos en la Hidroeléctrica, como consecuencia de la destrucción del valor presente neto del proyecto en cuantía de DOS BILLONES NOVESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.971.400.000.000) M/Cte sin indexar y que también generó una merma en los recursos del Estado, como consecuencia del lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, en cuantía de UN BILLON CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS($1.104.280.000.000) M/Cte sin indexar " (Énfasis añadido)

Las mencionadas cifras provienen del estudio realizado por la Universidad Nacional, en ejecución del contrato suscrito con la Contraloría General, en el que se indicó "En resumen, a partir de la información entregada por EPM en el modelo P 6 Modelo Inverlink, el proyecto -1 junio de 2019 sin haber entrado en operación ya ha realizado mayores inversiones por valor de 2.971,40 Miles de MM COPS " (Énfasis añadido)

En este sentido, la delegada manifestó que el lucro cesante proviene igualmente del mencionado estudio, en los siguientes términos "Ahora bien, tal y como se explicó líneas atrás, se encuentra probado que a la fecha el proyecto no ha comenzado a generar energía, de hecho aún no se ha siquiera levantado la medida impuesta por el ANLA, en virtud de lo cual las únicas obras que pueden adelantarse son aquellas asociadas a la atención de la contingencia, y aun no se cuenta con una fecha cierta de inicio de las operaciones, se concluye que a la fecha se encuentra consolidado un lucro cesante. El cual fue calculado por la Universidad Nacional tal y como se expresó lineas atrás bajo la metodología del Valor presente neto " (Énfasis añadido). Sin embargo, el supuesto daño no fue discriminado e individualizado para cada supuesto responsable del daño fiscal, sino que la Delegada opto por sumar el valor del daño supuestamente ocasionado y el lucro cesante, dando como resultado un total del daño que fue imputado a cada uno de los supuestos responsables sin distinción alguna, de la

siguiente manera: ESTIMACIÓN DE LA CUANTÍA DEL DAÑO: Destrucción del valor de la inversión por mayores valores injustificados: DOS BILLONES NOVESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2.971 400 000 000) MfCte sin indexar.

Lucro cesante' UN BILLON CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($1 104 280.000 000) MiCte sin indexar Total' CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEICIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075 680.000 000) M/Cte sin indexar Como conclusión de lo anterior, encuentra este Despacho que los argumentos de defensa planteados por el presunto responsable, no son suficientes para desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal, motivo por el cual en la parte resolutiva de esta providencia, procederá el Despacho a imputar responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4:076S80.000.000) M/Cte sin indexar, corno gestor fiscal y a titulo de culpa grave en contra de LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE.

Lo anterior evidencia que, si bien el supuesto daño tiene una cifra, este valor no corresponde realmente a la cuantificación del daño ocasionado por mi representado Pues no existe la mínima descripción de por qué mi cliente debe cancelar el valor total de supuesto daño, ni especificación de la cuantía determinada que debería asuma por el supuesto daño conforme a sus presuntas conductas nocivas.

Además, la supuesta cuantificación del daño no cumple con los requisitos Jurisprudenciales, donde se ha indicado que el daño debe ser "cuantificable con arreglo a su real magnitud" y evidentemente en el ejercicio de la Delegada no se consideró la magnitud real del supuesto daño según la conducto de cada presunto responsable.

En efecto, a mi representado se le reprocha (1) suscribir el contrato BOOMT con salvedades, en calidad de Gerente de PPM I, y (n) suscribir la AMB 19 del 6 de diciembre de 2017 al Contrato de obras principales, en calidad de Vicepresidente de Proyectos de Generación de Energía Sin embargo, la Delegada en la descripción del supuesto daño no cuantifica en ningún sentido la implicación de las conductas reprochadas a mi cliente en relación con el supuesto daño generado.

De otra parte, la Delegada está incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa con la atribución del supuesto daño en su totalidad a cada uno de los presuntos responsables sin distinción alguna, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional: "De otra parte destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien nene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado

> *quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite." Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante) A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610 " (Énfasis añadido)*
> *En definitiva, el supuesto daño no cumple con el requisito de ser cuantificable, debido a que la Delegada no especificó a cuánto equivale la incidencia de mi representado en el presunto daño, sino que se limitó a indicar un valor de daño global, sin tener la mínima consideración de las supuestas conductas reprochadas a mi cliente y su relación con el daño*

R:*/* El descontento del apoderado, se basa en el supuesto erróneo de que la normativa fiscal exige al ente de control fiscal estimar la razón porcentual del daño atribuible a cada uno de los responsables fiscales como consecuencia de las acciones desplegadas.

Está claro que el argumento del apoderado, además de obviar el concepto de solidaridad expuesto en precedencia, carece de sustento legal, veamos:

Por un lado, el artículo 6 de la Ley 610, a cuyo tenor se lee:

> ***Artículo 6°.*** *Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.*

A su vez, el Consejo de Estado ha señalado:

> *"[E]s indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es,* ***que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable*** *y ha manifestado en diferentes oportunidades que la*

responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona. En el presente caso, no existe duda, ni siquiera por parte de la actora de que en efecto hubo un daño patrimonial al Estado [...]."[223] *(Negrillas por fuera del texto)*

Tal como se demostró en el Auto de imputación, y como lo reconoce el apoderado, este ente de control fiscal demostró la magnitud del daño, para lo cual empleó toda la información financiera del proyecto, sumando- como es lógico- la cuantía arrojada por el concepto de "Destrucción de Valor de la Inversión" y "Lucro Cesante". No es cierto que corresponda a esta delegada establecer el valor exacto del daño generado con ocasión a la conducta de uno, u otro implicado, pues ese ejercicio desdibujaría de manera primigenia el concepto de solidaridad, que la Ley y la jurisprudencia han indicado, aplica en procesos como el que nos ocupa, máxime en casos como éste, en el que el daño es el resultado de una cadena de acciones y/u omisiones, que desplegadas en conjunto derivaron en la exposición del proyecto a una situación de vulnerabilidad inminente, tal como se demostró en la imputación, y como se desarrollará en líneas siguientes.

Por lo anterior, el argumento del apoderado no es de recibo.

Prosigue el apoderado señalando los defectos de los que, a su juicio, carece el proceso, así:

"El presunto daño no es cierto
En primera instancia, se debe traer a colación las entidades afectadas con el presunto daño y la calidad en la que es juzgado mi representado Sobre el particular, la Delegada señaló que el supuesto daño patrimonial fue ocasionado a HI y EPM por la pérdida de los recursos Invertidos en la Hidroeléctrica. En segundo lugar, se juzga al señor LUIS JAVIER VELÉZ DUQUE en calidad de Gerente de EMP I y Vicepresidente de Proyectos de Generación de Energía de EPM. Sobre las entidades afectadas por el presunto daño, la Delegada indicó en el Auto de Imputación que son

[223] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Marzo 16 de 2017. Rad. 68001-23-31-000-2010-00706-01, M.P. Dra. María Elizabeth García González.

ENTIDAD AFECTADA	**HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. (HIDROITUANGO S.A. E.S.P.)** **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.** **SOCIOS PÚBLICOS DE HIDROITUANGO S.A. E.S.P.:** Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) Empresas Públicas de Medellín E.S P. Departamento de Antioquia Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. (CHEC) La Nación Financiera Energética Nacional (FEN)

(…)

Cabe destacar que las entidades afectadas son públicas, así como la entidad en la que mi representado actuó corno Gerente y Vicepresidente Por consiguiente, estamos frente a un proceso fiscal donde se supone que una entidad pública generó un daño a otra entidad de la misma naturaleza, evento que se ha conocido como una manifestación del principio de unidad de caja.

Respecto a la posibilidad de que exista un daño patrimonial en el supuesto anterior, en principio la postura de la Contraloría fue que no existía este, en cuanto se trataba de una transferencia de fondos de una entidad pública a otra Posteriormente, el Consejo de Estadol4 indicó que es posible que exista un daño cuando se cancelan multas, sanciones o uncieses de mora a favor de otra entidad pública, en los siguientes términos "El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma15, lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos "

Después, se realizó una nueva consulta para conocer el alcance del concepto mencionado sobre otras transacciones distintas al pago de sanciones, multas e intereses de mora entre entidades públicas Al respecto, el Consejo de Estado, indicó que cuando se actúa conforme al procedimiento legal no se extiende el concepto a otro tipo de transacciones, así: "El alcance del Concepto No.1852 del 15 de noviembre de 2007, el cual considera que se produce un daño patrimonial al Estado, cuando una entidad pública paga a otra multas, sanciones o intereses de mora, no se extiende a otro tipo de transacciones, como la compra de activos que realiza Central de Inversiones S A - CISA a otras entidades públicas, si se actúa conforme al procedimiento legal No obstante, si uno o varios de los servidores públicos intervinientes en la negociación, como en cualquier operación administrativa, se apartan del procedimiento c causan un daño patrimonial al Estado, originado en su dolo o en su culpa grave, éstos deberán responder fiscalmente "

> *Por consiguiente, sobre los hechos reprochados a mi representado no existe un daño patrimonial cierto, debido a la unión de caja entre las entidades públicas implicadas en el proceso fiscal, donde HI y EPM se encuentran mutuamente vinculadas tanto al Proyecto de la Hidroeléctrica como a este proceso En efecto, no podría considerarse que existe un daño entre dos entidades públicas que han trabajado mutuamente por un provecto en común Además, teniendo en cuenta que mi representado obro conforme a la ley en ejercicio de su calidad como Gerente de EPM I y Vicepresidente de Proyectos de Generación de Energía, tal y como se expondrá en el desarrollo de este escrito, no habría lugar a un reproche por cuanto no existe daño imputable, ni actuación dolosa o gravemente culposa.*
>
> *Por las razones anteriormente expuestas no existe un daño cierto ni cuantificable que pueda ser reprochado a mi representado Por tanto, no se cumple con uno de los requisitos necesarios para que exista responsabilidad fiscal, conforme a la Ley*

R:/ Sea lo primero indicar que, de la lectura de los principios presupuestales contenidos en el Decreto 111 de 1996, se desprende que estos, se traducen en reglas o "preceptos generales", que establece dicha norma en desarrollo de un precepto constitucional[224], para una adecuada programación, ejecución y control del presupuesto público. Estos principios son: planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, inembargabilidad, coherencia macroeconómica y homeóstasis.

Así las cosas, el principio de Unidad de Caja, hace referencia a que con el recaudo de todos los ingresos se conforma un fondo común con el cual se atienden todas las erogaciones que demande el funcionamiento del Estado. También hacen parte de ese fondo el superávit fiscal de los establecimientos públicos en la cuantía que determine el CONPES, y los rendimientos financieros que obtengan esas entidades por inversión de recursos de la Nación.

En el caso particular, se tiene que, tanto HI, como EPM, son ENTIDADES AFECTADAS, es decir ambas se vieron afectadas con lo ocurrido en el proyecto, no se trata de la afectación de un "fondo común", ni como lo quiere hacer ver el apoderado de la misma bolsa de dinero de origen público. En el caso que nos ocupa, el detrimento fiscal impacta negativamente las arcas de cada una de las afectadas, lo que se traduce en la imposibilidad de otorgar validez a lo aducido por el apoderado, por cuanto no se predica un problema entre entidades.

Al respecto, se ha pronunciado el Consejo de Estado[225] en los siguientes términos:

---

[224] Artículo 359 de la Constitución Política de 1991.
[225] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Noviembre 15 de 2007. Rad. 11001-03-06-000-2007-00077-00. C.P. Gustavo Aponte Santos.

"En resumen, daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal.
En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto.[11]Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración.[12] Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto. Como se verá más adelante, la Constitución de 1991, la ley orgánica de presupuesto y otras, deslindan los presupuestos nacional, departamental, municipal y el de los demás organismos y entidades del Estado.
En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-340 de 2007, al referirse al objeto sobre el que recae la lesión o el daño, señaló que el concepto "intereses patrimoniales del Estado" contenido en el artículo 6º de la ley 610 de 2000, es de carácter indeterminado pero determinable y se aplica a los bienes o fondos cuya titularidad esté en cabeza de una entidad pública. Sostuvo la Corte:
*"(…) la expresión "intereses patrimoniales" es una referencia al objeto sobre el que recae el daño. De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo**, no obstante la amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado**, **el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado**. Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2001, los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, **se limita a una simple definición del daño**, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del **Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública**, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución." (Negrilla fuera del texto original).*
*Así las cosas, a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y, de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, **el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con los recursos que específicamente estuvieron a su***

disposición en razón de sus funciones y no en abstracto frente a los recursos que conforman el patrimonio del Estado*." (Resaltado propio).*

(…)

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, define el principio de unidad de caja como sigue:
*"**Artículo 16.- Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación** (…)*
***"Parágrafo. 1º. Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son propiedad de la Nación**. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la dirección del tesoro nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones parafiscales.*
*"**Parágrafo. 2º.** Los rendimientos financieros de los establecimientos públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la dirección del tesoro nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley".(Negrilla fuera del texto original).*
Al considerar la formulación del principio de unidad de caja, que en últimas conduce a decir que todos los recursos de la Nación van a una bolsa común para responder con ella por los gastos decretados en el presupuesto, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:
a. La autonomía constitucionalmente conferida a los entes territoriales y a las entidades descentralizadas por servicios, se traduce, entre otras, en la facultad para administrar los recursos y los bienes a ellos asignados dentro de los límites que fija la Constitución, la ley y en particular, los del Estatuto Orgánico del presupuesto.
*b. El artículo 352 de la Constitución Política reconoce la existencia de presupuestos separados en los diferentes órdenes: **el nacional, los territoriales y los de las entidades descentralizadas de cualquier nivel**.*
*c. El hecho cierto de que por mandato de la ley orgánica, los entes territoriales deban regirse por el principio de unidad de caja y que las entidades descentralizadas territorialmente en su ejecución presupuestal deban ajustarse a las políticas fiscales del Estado como un todo, **no implica que los recursos de este tipo de entes deban hacer unidad de caja con los de la Nación**, pues se trata de presupuestos y patrimonios independientes en razón de la autonomía constitucional y legal conferida a ellos.*
d. En relación con los demás entes que forman parte del presupuesto de la Nación, la Sala considera importante enfatizar, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, los órganos que son una sección del presupuesto general de la Nación tienen "(…)capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar gasto en desarrollo de las

apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley".
En concordancia con lo anterior, la ley 80 de 1993, al definir qué se entiende por entidad estatal incluyó tanto a la Nación, como a las entidades territoriales, al Senado de la República, la Cámara de Representantes, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, unidades administrativas especiales y, "en general los ***organismos o dependencias*** *del Estado a los que la ley otorgue capacidad de celebrar contratos"[14].*
Siendo el presupuesto y la contratación instrumentos centrales en el manejo de los recursos públicos y una expresión de la autonomía administrativa y financiera que la ley les confiere a las entidades estatales definidas en la ley 80 de 1993, encuentra plena justificación que el legislador al definir cuál es el objeto de la responsabilidad en el artículo 4º de la ley 610 de 2000, haya señalado que éste es el resarcimiento del "perjuicio sufrido por la ***entidad estatal****".*
Conforme con lo anterior, el Decreto 111 de 1996, dispone:
"Artículo 44.- *Los jefes de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación asignarán en sus anteproyectos de presupuesto y girarán oportunamente los recursos apropiados para servir la deuda pública y atender el pago de los servicios públicos domiciliarios, incluidos los de agua, luz, teléfono,* ***a quienes no cumplan con esta obligación se les iniciará un juicio fiscal de cuentas por parte de la Contraloría General de la República****, en el que se podrán imponer las multas que se estimen necesarias hasta que se garantice su cumplimiento. Esta disposición se aplicará a las entidades territoriales (ley 38 de 1989, art.88. Ley 179 de 1994 art.50)"* ***"Artículo. 45.-*** *Los créditos judicialmente reconocidos, los laudos arbitrales y las conciliaciones se presupuestarán en cada sección presupuestal a la que corresponda el negocio respectivo y con cargo a sus apropiaciones se pagarán las obligaciones que se deriven de éstos.*
*"****Será responsabilidad de cada órgano defender*** *los intereses el Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el Jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes.*
"En caso de ***negligencia de algún servidor publico*** *en la defensa de estos intereses y en el cumplimiento de estas actuaciones, el juez que le correspondió fallar el proceso contra el Estado, de oficio, o cualquier ciudadano, deberá hacerlo conocer del órgano respectivo para que se inicien las investigaciones administrativas****, fiscales*** *y/o penales del caso. Además,* ***los servidores públicos responderán patrimonialmente por los intereses y demás perjuicios*** *que se causen para el Tesoro Público como consecuencia del incumplimiento, imputables a ellos, en el pago de éstas obligaciones". (Negrilla fuera del texto original).*
"Artículo. 112.- *Además de la responsabilidad penal a que haya lugar,* ***Serán fiscalmente responsables****: a) Los ordenadores de gasto y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la Ley, o que expidan giros para pagos de las mismas; b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las*

> *mismas; c) El Ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal. d) Los Pagadores y el Auditor Fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente Estatuto y en las demás normas que regulan la materia.* ***Parágrafo. Los ordenadores, pagadores, auditores y demás funcionarios responsables que estando disponibles los fondos y legalizados los compromisos demoren sin justa causa su cancelación o pago, incurrirán en causal de mala conducta"****. (Ley 38 de 1989, Art. 89, Ley 179 de 1994, Art. 55, incisos 3 y 16, Art. 71). (Negrilla fuera del texto original).*
>
> *El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma[15], lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos.*
>
> ***Así las cosas, el principio de unidad de caja no puede tenerse como eximente de responsabilidad fiscal.***
>
> *En concordancia con lo expuesto, esta Sala en el concepto 1637 de 2005, al analizar los efectos que pueden producirse a raíz del incumplimiento de la obligación de transferir recursos entre entidades u organismos públicos, consideró que eventualmente los servidores públicos podrían ser responsables patrimonialmente por "los intereses y demás perjuicios que puedan causarse por la* ***demora injustificada en la cancelación de los compromisos adquiridos****".*
>
> *Por último, considera esta Sala que el pago de sumas por concepto de intereses de mora, sanciones o multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, no puede calificarse contable, ni presupuestalmente como una mera transferencia de recursos,[16]sino como un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones de dicho gestor fiscal. En consecuencia, tiene razón un sector de la doctrina cuando afirma que en estos casos no puede hablarse simplemente de que el dinero público pasa de un bolsillo a otro de la misma persona.*

Finalmente indica el tribunal[226], que el principio de Unidad de Caja-cuando es aplicable, no es eximente de responsabilidad Fiscal, en los siguientes términos:

> *"El principio presupuestal de unidad de caja no exime de responsabilidad fiscal al gestor fiscal que con su conducta dolosa o gravemente culposa genere gasto ,injustificados con cargo a la entidad u organismo, como sería el caso del pago de intereses de mora, multas o sanciones."*

[226] Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil- noviembre 15 de 2007. Rad 11001-03-06-000-2007-00077-00. C.P. Gustavo Aponte Santos.

Así las cosas, no le asiste la razón al apoderado al argumentar la supuesta inexistencia del daño apelando al principio de unidad de caja, por lo que sus argumentos no ostentan vocación de prosperidad.

Continúa su exposición el apoderado, refiriéndose a las inversiones injustificadas realizadas en el marco de proyecto. Se hace necesario precisar que parte de este punto fue tratado en el acápite del daño, por lo que el Despacho se remite a lo arriba expuesto, y responderá a continuación los siguientes argumentos planteados,

> ***"B. AUSENCIA DE INVERSIONES INJUSTIFICADAS QUE SUPUESTAMENTE DESTRUYERON EL VALOR DEL PROYECTO.***
>
> *Uno de los componentes del supuesto daño por el que se le imputa responsabilidad solidaria a mi defendido es la destrucción del valor del Proyecto Sobre este aspecto, la CGR sostiene que el presunto detrimento asciende a una cuantía de DOS BILLONES NOVESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS ($2 971 400 000 000)*
>
> *En el Auto de Imputación se sustentó la supuesta destrucción de valor en la realización de inversiones catalogadas como injustificadas Ahora, esta calificación la hace aduciendo que las fallas en la planeación de la obra condujeron a retrasos que "llevaron a implementar planes continuos de aceleración, contingencia y/ o recuperación de tiempos" En la misma línea, frente a la prueba de la presunta destrucción del valor del Proyecto, aduce que la comporta lo concluido por el equipo designado por la Universidad Nacional en el Informe Técnico en cuanto a que las inversiones fueron escalonando año a año y el valor final se incrementó muy por encima de lo proyectado Sin embargo, dicha prueba es ilegal por no haberse permitido su contradicción en los términos que dispone las normas que la reglamentan*
> *En el contexto planteado - previo a abordar el presente subtítulo — es pertinente concluir sobre la inexistencia de inversiones injustificadas que presuntamente destruyeron el valor del Proyecto, lo siguiente:*
>
> *(i) Las presuntas fallas en la planeación que refiere el ente de control se materialización en la estructuración del Proyecto, esto es, antes de la suscripción del Contrato BOOMT por parte del señor VÉLEZ DUQUE, la planeación y estructuración del proyecto, la contratación y comienzo de la construcción de las vías de acceso a las obras de desviación y obras principales fueron realizadas por HI cuando ni siquiera existía EPM-I El señor VÉLEZ DUQUE no tuvo ninguna participación en dichas actividades. Sobre este aspecto el mismo despacho hizo un recuento de los hechos y la responsabilidad*
> *(ii) Las inversiones que se realizaran para hacer posible la entrada en operación de la hidroeléctrica en noviembre de 2018 y conjurar los efectos negativos que supusieron los atrasos iniciales no pueden endilgarse a quien no incidió en la causación de las mismas.*
> *(iii) No pueden catalogarse como injustificadas unas inversiones que eran necesarias si se tiene en cuenta el contexto de la obra al*

momento de su adopción Se cuestiona el suscrito Cuáles fueron las inversiones injustificadas) Por qué se catalogaron de esta manera? Cuál es el sustento técnica y financiera para que la Contraloría arribara a esta conclusión? Estos interrogantes obedecen a que el órgano de control fiscal no los respondió en el Auto de Imputación y solamente acudió a realizar Interpretaciones y manifestaciones subjetivas sin soporte alguno.

(iv) No puede deducirse la existencia de un presunto daño por la destrucción del valor del proyecto" haciendo un elemental ejercicio de restar el costo final del proyecto al supuesto presupuesto inicial - contenido en el modelo financiero de Inverlink - para concluir que se sobrepasó este último Así, la Universidad Nacional al incluir dentro del "costo final el costo adicional derivado de la contingencia caen en el absurdo de considerar la contingencia como si fuera una decisión de inversión, es de mi que mi cliente decidió causar la contingencia y esa fue una decisión injustificada Lo anterior, porque para predicar tal consecuencia es necesario analizar las particularidades de cada una de las decisiones adoptadas y la necesidad de ellas.

(v) No hay lugar a concluir que el incremento de las inversiones supone un daño patrimonial al Estado cuando dicha conclusión no tiene en cuenta que el aumento obedeció, entre otras, a situaciones establecidas en el Contrato BOOMT y que el mismo negocio dispone que se computarían al finalizar la etapa de construcción de la hidroeléctrica Así las cosas, enseguida se procederá a estudiar las decisiones que, según el operador de control fiscal, supusieron inversiones injustificadas con el propósito de demostrar que las mismas eran necesarias Esto último, porque se constituían en imprescindibles para efectos de conjurar y evitar que los retrasos consumados antes de la suscripción del BOOMT por el señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE como Gerente de EPM-I irradiaran sus consecuencias hasta el punto de presuntamente impedir la entrada en operación de la hidroeléctrica en noviembre de 2018.

En consecuencia, se constituían en las soluciones técnicas - recomendadas por los expertos - que mayores beneficios implicaban entre las distintas alternativas evaluadas, por consiguiente, no pueden catalogarse corno inversiones necesarias, caprichosas y que supusieron un detrimento para el Proyecto.

R:/ Previo a ahondar en los argumentos de defensa tendientes a explicar las razones por las que el apoderado considera que no existieron inversiones injustificadas, es necesario aclarar que el Informe Técnico de la Universidad Nacional NO se constituye en una prueba ilegal, tal como asevera el apoderado de manera temeraria.

La Corte Constitucional ha sido clara en lo que se entiende cómo prueba ilegal, al respecto ha señalado:

> *"La dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso. Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal,* ***es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio****, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales."*[227]

Se tiene entonces que, una prueba ilegal, es aquella obtenida con violación a derechos y garantías fundamentales, mismos que no han sido jamás obviados por esta delegada, prueba de lo anterior es que el informe en pugna fue debidamente trasladado a cada uno de los implicados fiscales y/o a sus apoderados, a través del Auto 943 del 8 de septiembre de 2020, ante lo cual cada uno tuvo la oportunidad de controvertirlo y de solicitar ampliaciones, aclaraciones y complementaciones a sus autores.

Aduce el apoderado:

> ***1) La Galería Auxiliar de Desviación no se concibió ni se adoptó como medida para que el Provecto generara energía "a toda costa".***
>
> *En noviembre de 2018, sino como solución técnica y financiera para minga las dificultades geológicas encontradas en el área en donde se construía La Contraloría General de la República sostiene que la Galería Auxiliar de Desviación (en adelanta, la "GAD") es una de las inversiones injustificadas en la concreción del daño, debido a que - presuntamente - incrementó los costos del Proyecto, así como los riesgos de este sin que su construcción fuese necesaria. Al respecto, señala que constituyó una de las supuestas decisiones improvisadas que introdujeron modificaciones sustanciales a las características de la obra y que se ejecutaron para intentar generar "a toda costa" en noviembre de 2018.*
>
> *Ahora, a pesar de las consideraciones del órgano de control fiscal enseguida demostraré que no tienen sustento, pues la construcción de la GAD supuso la decisión más favorable pata el Proyecto desde el punto de vista técnico y financiero y su ejecución estaba debidamente justificada Por consiguiente, no existía el supuesto incremento de riesgos, ni de costos, muy diferente a lo que implicaba continuar con la construcción de los diseños originales. La GAD se concibió como una alternativa con la finalidad de menguar los efectos negativos generados por las condiciones geológicas y geotérmicas diferentes a las que se habían presupuestado conforme a los estudios originales entregados por la Sociedad Es importante resaltar que esta circunstancia constituía una complejidad técnica impredecible antes de*

[227] Corte Constitucional Colombiana, T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

ruciarse la construcción del Proyecto y que, en todo caso, no obedeció a decisiones de mi mandante.

Para comprender el contexto y la necesidad de la GAD, es pertinente abordar y delimitar cuál fue el problema geológico presentado Al respecto, se tiene que en el sitio de las obras se presentaron unas disconformidades entre las condiciones geológicas y geotécnicas presupuestadas en los estudios originales y las existentes en el terreno donde debían tener lugar las obras requeridas para la instalación de las estructuras de cierre, contempladas para los túneles de desviación (Derecho e izquierdo) Esta diferencia complejizaba gravemente la instalación de las compuertas e incrementaba el riesgo para su ejecución. En esa línea, las disconformidades entre las condiciones geológicas y geotérmicas presupuestadas conforme a los estudios originales y las existentes en el terreno en donde irían alojadas las estructuras de cierre suponían la necesidad de efectuar un tratamiento complejo y que no auguraba mayor éxito en el cronograma y en la disminución de riesgos Esto quedó detallado en el documento denominado "Proyecto Hidroeléctrico Ituango Sistema Auxiliar de Desviación (SAD).

Documento de Acuerdo para Incorporar las Obras de dicho Sistema a los Parámetros Técnicos del Proyecto", en los siguientes términos "Conforme a lo establecido en el programa director del Proyecto Hidroeléctrico Ituango que fue incorporado al contrato BOOMT, el río Cauca debía desviarse por el contratista de obras civiles principales a principios del año 2013, no obstante debido a una serie de dificultades primordialmente técnicas, problemas de adquisición de predios y afectaciones de orden público que ocasionaron inconvenientes para terminar oportunamente las vías de acceso, así como problemas geológico geotécnicos en el sitio de construcción del portal entrada de los túneles de desviación originales; no fue posible terminar todas las obras civiles consideradas en el alcance del contrato de construcción a cargo del Consorcio CTIFS para el primer verano de 2014, especialmente las relacionadas con la construcción de las estructuras e instalación de elementos metálicos que permitirían alojar las compuertas que en el 2018 clausurarían los túneles dando inicio al llenado del embalse"

Esta situación también fue constatada por la Autoridad Ambiental, en su rol de seguimiento y control a la licencia ambiental que había otorgado al Proyecto Al respecto aludieron lo siguiente 'Que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales —ANLA, una vez revisada, analizada y evaluada la información presentada por HIDROITUANGO S A ESP, obrante en el expediente LAM2233 y realizada la visita técnica de evaluación ambiental al proyecto, expidió el CONCEPTO TECNICO 4962 del 27 de septiembre de 2016.
( )
Sobre la DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, en el Concepto Técnico 4962 del 27 de septiembre de 2016, se considera lo siguiente Con fundamento en la evaluación del estudio con el cual se solicita la modificación de la Licencia Ambiental y la visita técnica realizada durante los días 31 de julio al 2 de

agosto de 2016, la ANLA se permite señalar lo siguiente. Los túneles de desviación autorizados mediante Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009, se encuentran en operación desde febrero de 2014. No fue posible la instalación de las compuertas por la inestabilidad de las rocas en este sitio, lo que hubiese permitido el llenado del embalse luego de la culminación de la presa En la visita se observó el paso del lío Cauca por el portal de enriada de los túneles de desviación sin que se presente ninguna interrupción en su flujo igualmente se observó el estado de meteorización y fracturamiento de la formación rocosa metamórfica en la cual no fue posible instalar las compuertas

En ese contexto, solamente era viable la ejecución de los diseños originales para la desviación del río Cauca si se desarrollaban previamente las actividades necesarias para la estabilización del terreno previo a la instalación de las compuertas No obstante, no existía certeza del éxito de estos trabajos, lo que implicaba decidir si se asumían riesgos inconcebibles durante la operación de los túneles. Ahora, insistir en los diseños originales de ningún modo garantizaba que, una vez efectuados los tratamientos a la roca, se hubiera podido instalar las compuertas en los túneles de desviación Lo anterior, en razón a la deficiente calidad geológica del suelo del sitio donde debían llevarse a cabo las obras, referida con precedencia De modo que, existía una alta incertidumbre sobre el éxito de las obras porque podía ocurra que una vez realizadas cuantiosas inversiones para el fin mencionado y llegado el 2015 no se pudiera desviar el río con las estructuras de cierre, o desviado, se presentaran movimientos de nena que hicieran colapsar los portales y ocasionaran el taponamiento de los túneles Todo lo anterior, generando una avalancha que hubiese afectado trágicamente a las comunidades aguas debajo de la construcción Sobre este aspecto da cuenta la "Solicitud de Modificación de Licencia Ambiental para la Construcción de un Sistema Auxiliar de Desviación (SAD) Proyecto Hidroeléctrico Ituango Documento Aclaratorio sobre los Avances en los Diseños" de febrero de 2016.

"A continuación se presentan algunas aclaraciones sobre la estabilidad del macizo rocoso en la zona del portal de entrada de los túneles de desviación originales, que obligaron a tomar la decisión de desviar sin la instalación de compuertas en dos de los ramales de los túneles de desviación originales, y que se suman a las ya anunciadas justificaciones de tema predial, vial y de ejecución contractual anunciada en el documento de solicitud de Modificación de Licencia Ambiental presentado en el mes de diciembre pasado Las características geológicas del sector donde se emplaza el portal original de los túneles de desviación corresponden a una ladera donde se aprecia, en la parte superior, un depósito de vertiente suprayaciendo sobre un horizonte de meteorización IC-IIA, y hacia la parte inferior y en la mayoría del afloramiento un horizonte IIA, de roca gnéisica cuarzo feldespática. Dentro de las características de la roca, se diferencian áreas con roca poc fracturada y masiva, RQD: 80%-90%, GSI: 70-80 y áreas con afectación por la presencia de delgadas cizallas, disminuyendo las características geotécnicas. RQD :40%-50%, GSI: 55-65.

En conclusión, las condiciones geológicas y geotécnicas del Portal de Entrada de la desviación presentaban desafíos considerables para la conformación de las obras que ameritaban planeación y recursos específicos para cumplir con las metas de tiempo definidas en el programa, con la garantía que requería la estabilidad de esta zona dado que un deslizamiento podría taponar las estructuras de entrada del sistema de desviación situación esta inadmisible"

En el mismo sentido, conceptuaron los asesores externos que contrató el Consorcio CCCI para la evaluación de las alternativas en el informe denominado" Análisis de las obras y etapas para el desvío del no" de DMBB Projetos Ltda. EGA Engenharia "Las principales conclusiones son
- El manejo del no según el proyecto original es adecuado para este tipo de obra
- La decisión de hacer, o no, los cortes y tratamiento de la ladera derecha encima de la cota 260m (previstos en la solución original) es decisiva en cualquier alternativa Los riesgos asociados a estas excavaciones en el contexto topográfico y geológico son muy grandes pudiendo comprometer el cierre futuro de las estructuras de desviación 6 1 2 Excavación de la ladera de la margen derecha arriba de la cota 260m
La ladera de la margen derecha, en el local donde están siendo implantado los emboques de los túneles, presenta características geométricas, geológico-estructurales y cinemáticas desfavorables en relación con la estabilidad de la ladera Existen riesgos de inestabilidad local (caída de bloques) e inestabilidad global (rupturas planas con movilización de grandes masas de roca) que son amplificados por las vibraciones y el inevitable relajamiento que el desmonte con explosivos deberá provocar".

Además del riesgo en la seguridad física de la obra que suponía continuar con la construcción de los diseños originales, implicaba que el Proyecto acumulara más retrasos que derivarían en (i) imposibilidad de iniciar la construcción de las obras principales, es decir, la construcción de la presa, de la casa de máquinas, entre otras, y 00 la existencia de un incumplimiento grave e insalvable certificado por el Auditor Externo de la CREG, Deloitte, por tener un retraso mayor a un año Sobre el particular, se tiene que lo pretendido por el ente de control — esto es, la construcción de los diseños originales — hubiese significado asumir perjuicios económicos tasados en aproximadamente SETECIENTOS TREINTA MIL MILLONES DE PESOS (COPS 730 000 000) La concreción de esta situación — que el despacho omitió analizar al momento de definir el supuesto daño — hubiese destruido el valor presente del Provecto De Igual forma, otra alternativa – que insinúa la CGR debió adoptarse - era abandonar la construcción de la hidroeléctrica, sin embargo, omite manifestar que dicha determinación sí hubiese causado un perjuicio al erario, toda vez que nunca se hubiera logrado obtener el retorno de las inversiones y lo gastado nunca se recuperaría En ese sentido, cualquier decisión que se hubiera adoptado hubiese supuesto el inicio de una actuación de esta naturaleza, porque ninguna decisión hubiese satisfecho al órgano de control fiscal.

En el "Informe sobre la Alternativa de Encomendar parte de las Obras de Desviación al Consorcio CCC Ituango", de septiembre del año 2013, se señalaron las consecuencias económicas de aplazar la desviación del río Cauca para el 2015, en los siguientes términos:

"4. CONSECUENCIAS DE APLAZAR LA DESVIACIÓN PARA ENERO DE 2015:

Teniendo presente que la desviación del no Cauca no es viable después de pasado el segundo verano de 2014, dadas las condiciones hidrológicas que históricamente presenta el río en este período, no desviar en junio de dicho año implica aplazar la desviación hasta el primer verano de 2015, periodo en el cual las condiciones hidrológicas vuelven a ser favorables para realizar la desviación.
Este escenario conlleva a renunciar a la posibilidad de entrar la primera unidad de generación en noviembre de 2018, con las siguientes consecuencias:
• Le ejecutan a EPM la garantía de cargo por confiabilidad Costo aproximado COPS 28 145 Millones, a ser ejecutadas en el año 2014 Dicho valor de garantías no considera la posibilidad de que el auditor, exija el aumento de la misma hasta en un 200% antes de ser ejecutada. Si dicha exigencia se llegara a presentar, el valor de la garantía ejecutada ascendería a COP$ 84 434 Millones.
• Se le aplican a ÉPM las multas de apremio establecidas en el contrato BOOMT Costo aproximado COPS 10 462 Millones, a ser ejecutadas en el año 2020
• Se pierden los ingresos por venta de energía en un período de seis Meses Costo aproximado COP$ 478 127 Millones
• Se pierde la asignación del cargo por energía firme que tiene asignado el proyecto Costo aproximado Por efecto de la pérdida del cargo por confiabilidad, la disminución en los ingresos sería de COPS 156 214 Millones

De acuerdo con lo anterior, el impacto económico de postergar la desviación del rio Cauca, de junio de 2014 al primer verano de 2015, asciende a la suma aproximada de COP$ 730.000 Millones". (Énfasis añadido)

Bajo el escenario planteado, la construcción de la GAD era la alternativa que mayores beneficios traía para la seguridad física y económica del Proyecto Adicionalmente, pero no menos Importante, no Implicaba una inversión Injustificada, sino necesaria e imperativa para asegurar la fiabilidad de la hidroeléctrica Además, para efectos de lo estudiado en este título, era la decisión que no impactaba de manera negativa el valor del Proyecto. En contraste a los perjuicios enunciados - que sí implicaban la destrucción del valor del Proyecto - la construcción de la GAD valía 55 mil millones De ahí que, se erigiera como la alternativa necesaria y debidamente justificada

Así las cosas, no puede tenerse la GAD corno una Inversión injustificada Todo lo contrario, con precedencia se demostró que esta galería se concibió

para mitigar los efectos negativos que significaron las diferencias entre las condiciones geológicas y geotécnicas presupuestadas en los estudios originales y las encontradas en el sitio de las obras En esa línea, era imperativa su construcción. De igual forma, al tener un costo menor frente a los perjuicios que se generaban por su no ejecución, no destruía el valor del Proyecto Esto último desvirtúa lo aseverado por el ente de control fiscal, que dicho sea de paso, no evaluó el escenario en el que no se ejecutaba la GAD y se continuaba la obra en las condiciones iniciales. En conclusión, la GAD no quedaba en ruta crítica y permitía resolver todos los problemas que se tenían (geológicos, cronograma etc.) En valor presente, los costos de aplazar por un año la entrada en servicio del proyecto ascendían a cerca de 730 mil millones de pesos, mientras que el costo de la GAD fue estimado en ese momento por los asesores e interventores en 55 mil millones Esta fue una decisión diligente y fundamentada que evitaba una pérdida apreciable de valor del proyecto Es absurdo atribuir a la decisión de construir la GAD una demora en la entrada en operación, cuando realmente, y está demostrado, evitó un retraso adicional de por lo menos un año La tesis de la CGR de que la causa del derrumbe en la GAD fue su construcción es insostenible. De otro lado, es errada la afirmación de la CGR respecto a que la desviación del río no se efectuó con las estructuras de cierre porque al 31 de diciembre de 2013 no se encontraban contratadas'6 De ahí que, en su criterio errado, esta también haya sido la razón para realizar la desviación sin las estructuras de cierre. Este argumento desconoce las dificultades geológicas y los retrasos señalados, razones que se constituyeron en los motivos para que hayan tomado la determinación de construir la GAD.

Al respecto, no es corriente, porque no es necesario, que en un Proyecto de esta magnitud se compren esas compuertas con tanta anticipación, porque ello implica una des optimización de las inversiones, de los riesgos y de los seguros, por comprar un equipo pata tenerlo guardado por vanos años en un patio, además del deterioro técnico que inevitablemente sufren los sellos de esas compuertas con el paso del tiempo. Lo que se requiere es comprar e instalar las guías de esas compuertas en la estructura civil antes de la desviación, para que, cuando sea el momento de embalsar, años después, se puedan instalar las compuertas y cerrarlas Para eso hay ya suficiente experiencia y protocolos técnicos que garantizan la precisión dimensional y el buen funcionamiento.

En el caso concreto de 'Mango, las compuertas de la desviación se necesitaban solamente para cuando la presa estuviera en la cota 320, es decir, más de dos años después del desvío del tío, porque en ese momento había que cenar el túnel izquierdo para poder construir la descarga de fondo, situada en el interior del mismo. Por otra parte, dado que la construcción de la descarga de fondo se tomaría aproximadamente 10 meses a partir del cierre del túnel izquierdo, entonces sus guías y compuertas se necesitaban unos 3 años después del desvío. En el Proyecto Ituango, la fabricación, suministro y montaje de las guías de las compuertas de la desviación hacían parte del objeto y alcance del Contrato de los Túneles de Desviación suscrito

con el consorcio Ferrovial, Este consorcio las contrató con la empresa local Industrias Ceno, firma que las fabricó y las entregó, así:
• Elementos empotrados en primario febrero 2013
• By pass y sistema de aireación julio-agosto 2013
• Guías, blindajes y asientos, sept-octubre 2013

Es decir, desde febrero del 2013 se empezaron a reciba componentes, en coherencia con la secuencia de montaje, y en octubre estaba todo en obra Lo que ocurrió es que, a pesar de tenerlas disponibles, no se instalaron en los túneles de desviación originales, por las razones geológicas y de nesgo que aunque ya fueron ampliamente explicadas, se reiteran En el lugar donde debían construirse las obras civiles para instalar las compuertas de cierre de los túneles de desviación cuando llegara el momento de llenado del embalse se encontrar condiciones geológicas y geotécnicas diferentes a las identificadas en los estudios previos Se trata de compuertas de 285 toneladas de peso cada una, lo que implica que las obras civiles que deben soportarlas son de gran magnitud y su estabilidad en el tiempo nene que estar garantizada Debido a las condiciones geológicas adversas encontradas en el lugar de instalación de las compuertas, se incrementaron significativamente la dificultad y complejidad de mantener este sino y surgieron incertidumbres sobre las condiciones de estabilidad que se requerían Abordar este problema implicaba la ejecución de obras civiles más grandes, más complejas y más demoradas que las previstas inicialmente Aun así, la inestabilidad del terreno encontrado hacia surgir el riesgo del eventual derrumbe de la estructura allí construida, ocasionando el taponamiento incontrolado de los túneles de desviación y el llenado incontrolado del embalse, en una etapa temprana o intermedia de las obras, con consecuencias inevitablemente catastróficas Por otra parte, la mayor demora en la construcción de esta estructura Civil para las compuertas implicaba que la desviación del río debía aplazarse al primer trimestre de 2015, comprometiendo la entrada en operación comercial prevista para diciembre de 2018, con todas las consecuencias económicas derivadas de la ejecución de garantías CREG, perdida de cargos de confiabilidad, entre otras Por estas razones ERNI, bajo recomendación del diseñador, no disponía de ninguna alternativa distinta a descartar la instalación de las compuertas de cierre en el sitio inicial y más bien construir la GAD en un sitio aguas arriba que ofreciera las garantías de estabilidad que eran imperativas Con esta decisión, se resolvió el problema del riesgo de derrumbe, que era el principal riesgo y era inaceptable, y al mismo tempo se evitó retrasar el proyecto por un tiempo de mínimo un año y quizás mayor En síntesis, la presunta "contratación tardía" de las compuertas de desviación, afirmación que es claramente incorrecta porque todas las compuertas y equipos hidromecánicos se compraron y recibieron en bodegas del Proyecto con holgura adecuada respecto al cronograma, no tiene nada que ver con la decisión de la GAD.

Finalmente, aunque no nene que ver con el elemento del daño, es importante desvirtuar lo afirmado en el Auto de Imputación consistente en que la GAD hacía parte de las estrategias de aceleración Al respecto, se

tiene que ésta no tiene nada que ver con ningún plan de aceleración, porque su construcción no estaba en la ruta crítica La decisión de construir la GAD se tomó en el 2013, dos años antes de la otra estrategia que cumplía y atendía propósitos muy diferentes a los de la referida galería Es decir, la GAD, que luego se denominó SAD, no cumplía la función de independizar obras subterráneas de obras exteriores En todo caso, no perjudicaba el valor presente del Proyecto frente a las demás alternativas

***2) El Plan de Aceleración - al igual que la GAD - no supuso una inversión Injustificada**.*

En el Auto de Imputación de forma insistente refiere que el Plan de Aceleración se ejecutó con el único propósito de que la hidroeléctrica entrara en operación en noviembre de 2018 De ahí que, en su concepto, no estuviera justificada y se constituyera en una inversión que presuntamente destruyó el valor del Proyecto. Sin embargo, al igual que con la GAD, omitió efectuar un análisis del contexto en el que se optó por su ejecución y, convenientemente, analizar y reconocer las pruebas de que dicha estrategia fue efectiva porque volvió a meter al proyecto dentro del cronograma, tal como fue certificado por Debute (el auditor de la CREG) y por la reaseguradora ZURICH Es decir, no evaluó las consecuencias que tenía para el valor presente neto del Proyecto el no dar vía libre al Plan de Aceleración Se tiene que el Proyecto enfrentaba un retraso aproximado de 20 meses, cuya causa principal obedecía a las condiciones geológicas y geotécnicas diferentes a las que se habían presupuestado conforme a los estudios originales Concretamente, los desprendimientos en la casa de máquinas Estos acontecimientos significaron un retraso, no atribuible a la gestión de EPM, de aproximadamente ocho (8) meses Lo manifestado se puede verificar en el Anexo 16 del Acta de Junta Directiva de EPM Nro 1595 del 16 de mayo de 2015

(…)

En el mismo sentido, en el "Informe de Justificación de Implementación de Estrategias de Aceleración de Obras del Proyecto" de diciembre de 2015 constan las situaciones que =pactaron el programa, así se han presentado diversas situaciones de carácter primordialmente técnico, de orden público y otras circunstancias que han afectado el cronograma de obras originalmente considerado, tanto para el contrato de construcción de obras de desviación como para el contrato de construcción de obras civiles, las cuales se definen a continuación:

- Retraso en la entrega de las vías de acceso al proyecto. materialización de condiciones geológicas y geotécnicas más complejas que las estimadas en las etapas de exploración preliminar y diseño, ocasionaron que las vías de acceso a los principales frentes de obra no estuvieran disponibles con lo inicialmente planeado, situación ésta que a su vez, finalmente resultó impactando la adjudicación de los contratos de desviación y obras civiles principalmente, así como el cronograma del proyecto.

- Adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación Para poder cumplir con la fecha de desviación del río Cauca originalmente considerada por I II, es decir, la primera quincena del año 2013, y teniendo en cuenta el tiempo considerado por el Diseñador (90 días calendario) para demoler los tabiques de protección contra el no, ubicados en los portales de entrada y salida de los túneles de desviación por parte del Contratista de obras civiles principales, la orden de inicio del contrato de construcción de obras de desviación debió haberse dado por tardar en el mes de febrero de 2011 Lo anterior, dado que el plazo considerado por FII para ejecutar dicho contrato era de 610 días

Finalmente, luego de suplir todas las etapas necesarias en EPM Ituango se adjudica el contrato de construcción de obras de desviación, túnel de acceso v construcción de galería superior norte al Consorcio CHES y se imparte la orden de inicio anticipada del contrato el 11 de agosto de 2011 Como consecuencia de todo lo anterior, el Contratista de la desviación no logra entregar oportunamente el túnel de desviación y el túnel de acceso a la central, situaciones estas que impactan el programa de construcción de obras, tanto del contrato de desviación como del contrato de obras civiles principales, retrasando el cronograma de obras del Proyecto, Ituango en 13 meses, dado que la desviación del rio Cauca solo pudo realizarse el 14 de febrero de 2014.

- Problemas presentados durante la ejecución del contrato de obras civiles principales Luego de adjudicado el contrato de obras civiles principales del Proyecto al Consorcio CCC Ituango e impartida la orden de micro el 1° de octubre de 2012, se presentaron afectaciones de carácter geológico en el complejo de cavernas que impactaron el cronograma de construcción de obras principales en aproximadamente 7 meses adicionales.

De manera resumida, las dos situaciones imprevistas más relevantes de carácter geológico que hasta la fecha han afectado el oportuno desarrollo de las excavaciones del complejo de cavernas, son;

1. Desprendimiento de roca desde la bóveda de la culata sur de la caverna de transformadores a mediados del mes de febrero de 2014.

2. Desprendimiento de roca desde la bóveda de la culata norte de la caverna de máquinas a principios del mes de enero de 2015.

Así mismo, durante el desarrollo de las excavaciones exteriores se presentaron condiciones geológicas desfavorables en la zona de pozos de compuertas y captación, así como en la parte alta de las excavaciones para el núcleo de la presa en la margen izquierda." (Énfasis añadido)

En este escenario, lo prudente, diligente y eficiente pala con el Proyecto era buscar y evaluar estrategias con mitas a recuperar el tiempo del atraso - sin que la ejecución de estas implicara sacrificar la calidad de las obras y las buenas prácticas de la ingeniería - y permitir la entrada en operación en diciembre de 2018 Lo contrario, esto es, continuar la construcción de la I Hidroeléctrica sin desarrollar ninguna estrategia pata ubicarlo dentro del

Cronograma Director, significaba asumir las consecuencias económicas de no entregar energía en noviembre de 2018 Sobre el particular, en el mismo Informe se relacionan los perjuicios de no adoptar ninguna determinación, así:

"De no pactarse oportunamente esta propuesta de aceleración y en consecuencia no lograr la entrada en operación comercial en diciembre 1 de 2018, se presentarían estas consecuencias Dejar de recibir los ingresos por ventas de energía en el MEM, tanto por contratos como por bolsa de energía (estimado anual de 300 millones de USD) Perder la asignación de obligaciones de energía en firme por 1085 GWh por 20 años valoradas a un precio de 13,998 L'SD/MWh (dólares de 2008). Ejecución de la garantía de entrada en operación comercial de las cuatro unidades por un monto de 41 383 938 dólares Ampliación del plazo de la garantía de conexión cuyo monto actual es de 272 370 987 024 pesos Cada mes de atraso en la entrada del proyecto acarrea pago de cargos de operación al transmisor (ISA), correspondiente a COPS 6.637 Millones mensuales (Corrientes 2014) " (Énfasis añadido)

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que no adoptar ninguna estrategia para reducir el tiempo de retraso del Proyecto, implicaba que el Auditor Externo de la Colisión de Regulación de Energía y Gas — CREG — en su informe semestral declarara la existencia de un incumplimiento grave e insalvable, que según el parágrafo del artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007 se configuraba cuando "la puesta en operación de la planta o unidad de generación tendrá un atraco mayor a un ario, contado a partir de la pina de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación", supuesto que se cumplía en el caso objeto de estudio, toda vez que el atraso era de aproximadamente 24 meses Esta declaratoria suponía que el Proceso perdiera todos los beneficios económicos recibidos en la subasta que le asignó las obligaciones de energía en firma y, además, ejecutara las garantías Esta situación no la evaluó la CGR, solamente dedujo que la implementación del Plan de Aceleración suponía una inversión injustificada sin argumentar razón alguna para catalogarla así En esa línea, dejó de lado que no haber optado por ninguna estrategia — teniendo en cuenta el contexto de ese momento — sí suponía la destrucción del valor del Proyecto Lo anterior, por cuanto se hubiese aceptado que la Hidroeléctrica no entraría en operación en la fecha pactada y aceptado los perjuicios que se generaban y que afectaban negativamente el valor de la obra En el sentido de lo manifestado, en contaste con los perjuicios económicos de no ejecutar ninguna estrategia, los costos del plan de recuperación de tiempo (Plan de Aceleración) eran significativamente bajos frente a lo que implicaba no hacer nada Veamos "Por todo lo anterior, EPM propone este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 más $70.000.000.000 (máximo) por utilidad."

De igual forma, el beneficio del Plan de Aceleración se veía reflejado en el Valor Presente Neto, como se ve en el "Informe de Justificación de Implementación de estrategias de Aceleración de obras del Proyecto en el beneficio en Valor Presente Neto (VPN) del proyecto para diferentes escenarios de recuperación de atraso, incluyendo el esquema. En este escenario, se aprobó un plan que implicaba lo siguiente (i) la construcción de galerías y accesos para desligar las obras subterráneas de las de superficie, con el propósito de acceder más rápido a los frentes de obra, (u) el incremento de la productividad implementando más turnos, y (ni) la adquisición de equipos especializados adicionales para obtener mayores rendimientos con menos riesgos.

Vemos que no se encontraba la GAD como una actividad de la estrategia, contrario a lo sostenido por la CGR. Lo anterior, porque el Plan de Aceleración tenía un propósito distinto al de la GAD Sobre esto, en el informe citado hac referencia a las "Acciones a realizar" en los siguientes términos• "Teniendo en cuenta que, en el cumplimiento del programa de obras del contrato de obras civiles y principales, el Contratista laboraba en dos turnos diarios de 11 horas, uno diurno y otro nocturno durante 12 días, para luego descansar 2 días completos (un fin de semana) ello generaba una suspensión real en la producción de la obra cada 12 días del orden de 4 días considerando los desplazamientos a la obra y los tiempos de empalme y rotación de las jornadas diurna y nocturna Con el propósito de acelerar las obras del proyecto, se implementarán tres (3) turnos de 14 días, que rotan de tal forma que la obra permanentemente está en actividad días y noche durante los 7 días de la semana.

Así mismo, esta estrategia involucra la inclusión de equipos adicionales para suplir la actividad permanente de obra, estrategia esta, que, aunada al incremento de un turno adicional, permite incrementar la productividad de la obra y recuperar atrasos:

- Equipos especializados adicionales para implementar cambios en procedimientos constructivos de algunos frentes con el fin de viabilizar mayores rendimientos con menos riesgos, buscando holguras en actividades con alta vulnerabilidad geológica y geotécnica. Además, dentro de esta línea de acción se usarán metodologías constructivas y recursos adicionales tales como formaletas, pórticos y otras medidas complementarlas que permitan optimizar los tiempos de construcción y, a la vez, garanticen altos rendimientos en actividades ejecutadas de manera simultánea, tales como excavación de pozos, formaletas adicionales para vaciados de concreto en el completo de cavernas, etc " (Énfasis añadido) En definitiva, el Plan de Aceleración era una estrategia que permitía recuperar el tiempo perdido en el desarrollo de las obras y posibilitaba que entrara en operación en noviembre de 2018 De ahí que, si se comparaba las implicaciones que tenía la ejecución del Plan de Aceleración con los perjuicios de las alternativas restantes, esto es 0) no ejecutar ninguna acción y continuar con los retrasos, y en gracia de discusión, abandonar el

Proyecto, alternativa que, no sobra decirlo, no existía, porque el Proyecto Ituango era de Interés nacional estratégico y social (PINES), como pieza fundamental e indispensable pata garantizar el abastecimiento energético del país, la estrategia de recuperación de atrasos no afectaba, m destruía el valor presente del Proyecto Por el contrario, lo viabilizaba y permitía su conclusión dentro de los términos presupuestados Ahora, la prueba de que el "Plan de Aceleración" cumplió su objetivo, es decir, recuperó el tiempo perdido y ubicó el Proyecto dentro del Cronograma Director, es que días antes de la contingencia el programa presentaba un cumplimiento aproximado del 100% respecto de lo proyectado Por consiguiente, se constituyó en una decisión acertada Sobre este asunto en el "Informe de Interventoría del primer trimestre de 2018", el Consorcio Interventor sostuvo. "De acuerdo a la tabla anterior para el mes de marzo de 2018, se tenía programado ejecutar el 1,45% del avance según programa con aceleración y se ejecutó el 1,64%, lo que indica que se cumplió en un 113% Para un programado acumulado de 92,11%, se obtuvo un ejecutado acumulado del 90,95%, cumpliendo en un 99% con el programado acumulado.

Esta situación fue evidencia en la Junta Directiva de 141, así:
- Acta Nro 177 del 21 de noviembre de 2017
La Administración de la Sociedad (Gerente y funcionarios de HI presentó el informe del avance financiero y de la obra civil del Proyecto que daba cuenta de una recuperación de los atrasos y que las estrategias implementadas eran acertadas y daban los resultados esperados y no se advertía alarma de que la Hidroeléctrica no entraría en operación en diciembre de 2018 En esta reunión también se evidencia que el "Plan de Recuperación de Atrasos" (Plan de Aceleración) implementado estaba cumpliendo su objetivo, pues se apreciaban los avances proyectados y la recuperación del equivalente a 20 meses de atraso Igualmente, en misma sesión se aprovechó para comparar los resultados del plan de aceleración con el Cronograma Directo' del Contrato BOOMT Lo anterior arrojó como resultado del ejercicio, un avance del 75%, con lo que se cumplió con la meta propuesta posibilitando la entrada en operación en diciembre de 2018
- Acta Nro 179 del 23 de enero de 2018
En esta sesión nuevamente la Administración de la Sociedad (Gerente y funcionarios de HI) presentó el informe del avance financiero y de la obra civil del Proyecto que daba cuenta de una recuperación de los atrasos y que las estrategias implementadas eran acertadas y daban los resultados esperados Sobre este último, la Gerencia General expuso que había un buen comportamiento de costos Frente al primer punto, se verificaron lo adelantos significativos en obra, para este momento el avance era del 85,72% El cumplimiento de los objetivos propuestos con el Plan de Recuperación de Atrasos ("Plan de Aceleración") daba tranquilidad a la junta
- Acta Nro 180 del 20 de febrero de 2018
En esta oportunidad, la Administración de la Sociedad (Gerente y funcionarios de HI) presentó el informe del avance financiero y de la obra civil del Proyecto Frente a este último aspecto, se constata que se estaba dentro de los términos esperados para una obra de esta magnitud y que se había cumplido el objetivo del Plan de Recuperación de atrasos Al Este

mismo aspecto lo cotejó el inspector del Reasegurador Zurich, Dr Nigel Leggel Sobre el particular en el documento "Project Risk Engineering 2017/2018 Update" de fecha 26 de abril de 2018, sostuvo que estaba probado que las medidas de aceleración fueron ampliamente efectivas, asegurando un progreso de la obra de 81,4% comparado con el 82,5% programado Dice, además, que la operación comercial de la unidad 4 (esta es la primera unidad programada para operar) está programada para noviembre del 2018 y esta meta podrá ser lograda. Adicionalmente, señala que la gerencia y desarrollo del Proyecto se consideran buenos y consistentes con las mejores prácticas internacionales, así:

(…)

"Después de demoras en la construcción en las primeras etapas del proyecto, principalmente relacionadas con problemas de geología deficiente e inestabilidad del terreno, se desarrollaron estrategias para acelerar las obras v en 2015 EPM acordó un programa de línea base acelerado revisado con el contratista principal CCC Las medidas de aceleración han demostrado su eficacia en gran medida y el avance general del proyecto es del 81,4% frente al 82,5% programado. La operación comercial de la Unidad 4 está programada para comenzar en noviembre de 2018 y este hito debe lograrse Según el programa actual, la Unidad 8 final estará operativa en marzo de 2021
( )
Se ha avanzado considerablemente en los últimos 12 meses tanto en las obras civiles como en las electromecánicas, y la gestión y ejecución del proyecto se considera buena y, en general, coherente con las mejores prácticas internacionales. El asegurado continúa involucrándose positivamente con el proceso de gestión de riesgos de las aseguradoras, respondiendo a las recomendaciones Y proporcionando información."

En consecuencia, la puesta en marcha del Plan de recuperación del cronograma (Plan de Aceleración) se constituyó en la medida más eficiente que se podía adoptar para garantizar el futuro del Proyecto, pues implicó su recuperación en términos de tiempo y ahorros, como se vio con precedencia Todo lo contrario a lo afirmado por el ente de control fiscal consistente en que esta estrategia constituyó una inversión injustificada Lo expuesto hasta aquí demuestra que no destruyó el valor del Proyecto, lo contrario si hubiese propiciado el daño endilgado Por último, también desvirtúa la naturaleza de "inversión injustificada" y, por lo tanto, de innecesaria, que la misma junta de Asesores — que cita insistentemente el Despacho — era quien recomendaba este tipo de estrategias Sobre el particular en el Informe Nro 3 el Board sostuvo que para recuperar atrasos podría implementarse planes de aceleración, así y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa .. " Así, esta clase de estrategias estaba ampliamente avaladas por las buenas prácticas de la ingeniería.

Frente a la afirmación del órgano de control sobre la supuesta ausencia de

aprobación de la junta de asesores a la construcción de la GAD La realidad es la siguiente:

En el Informe 3, de la visita de noviembre del 2013 los asesores manifiestan que no apoyan la idea de desviar sin las estructuras de las compuertas y construir un tercer túnel pero también sugieren este mismo informe varios procedimientos técnicos según ellos factibles pata ejecutar la propuesta que involucra la construcción de la GAD los cuales explican incluso con e~os de otras centrales Es decir, no la apoyan pero dicen que sí se puede hacer v que hay varias formas de lograrlo Adicionalmente plantean también la posibilidad de recuperar tiempos (una aceleración) en la construcción de la presa Esta opción no resultaba viable porque se trata de una presa de enrocado con núcleo de arcilla siendo este último el que determina y controla los avances en esta estructura Debido a que la zona del proyecto es muy lluviosa, y por razones de diseño y calidad en el núcleo no se podía trabajar mientras estuviera lloviendo e incluso luego de las lluvias era necesario retirar las últimas capas colocadas resultaba poco probable que se pudiera incrementar el ritmo de colocación del núcleo por encima de los rendimientos planeados en el cronograma La realidad documentada en los Informes de construcción de la interventoría demostró a la postre que hubiese sido imposible recuperar tiempo en la construcción de la presa.

Igualmente acelerar la construcción de la presa implicaba necesariamente acelerar las excavaciones del vertedero, que era la fuente de materiales para el enrocado de la presa La secuencia de excavación del vertedero estaba estructurada de manera consistente con la del enrocado de la presa, considerando vías industriales internas que garantizaran el flujo seguro y sin interferencias de las volquetas y fi entes de voladura que no generaran riesgos para los trabajadores e interferencias de maquinarias y equipos En este aspecto era muy poco lo que se podía acelerar sin incrementar riesgos interferencias y con unos costos adicionales apreciables Acelerar la construcción de la presa también implicaba disponer de zonas de depósito provisional adicionales a las que se tenían que estaban adecuadamente ajustadas a la planeación de los trabajos Por la topografía de la zona no se veía factible conseguir depósitos provisionales adicionales cercanos a la presa por lo cual habría que recorrer grandes distancias para llevar v guardar materiales del vertedero y luego traerlos a la presa Esto impactaba la eficacia de la medida y tener también costos adicionales a recia les En resumen la posibilidad de acelerar la presa como estrategia para recuperar retrasos del provecto no se consideraba viable.

Posteriormente, en abril de 2014 la Junta Asesora en su Informe 4 da alcance y precisa el concepto que había manifestado en el Informe 3, en relación con el desvío del río por los túneles originales sin tener las obras civiles para la instalación de las compuertas quedó en evidencia en la soga declaración de la junta Asesora que no objetaba la solución de la GAD, sino que había recomendado definir en detalle el procedimiento para redirigir el flujo del río desde los túneles de desviación hacia la GAD cuando llegara el

momento de hacerlo Luego, en su Informe 6 de diciembre de 2014 la Junta Asesora expresa textualmente:

"La Alternativa A [GAD] es la más sencilla entre todas y tiene la ventaja de no necesitar intervenciones en los túneles de desviación existentes Como depende exclusivamente de obras y acciones comunes en construcciones de obras de este tipo su viabilidad puede ser garantizada desde ahora" Lo anterior prueba que los asesores apoyaron la alternativa de la GAD como una solución viable tanto de ingeniería como financiera para sortear los enormes desafíos geológicos encontrados en el sitio donde inicialmente iban a estar emplazadas las compuertas de desviación y al mismo tiempo evitar un retraso adicional de mínimo un año en la entrada en operación de la central Nótese que, en este informe la Junta de Asesores afirma que la solución de la GAD depende exclusivamente de obras y acciones comunes en este tipo de obras que es exactamente una de las consideraciones que se tenían cuando los diseñadores del proyecto concluyeron que la alternativa era viable Esto es así, porque, en estricto sentido, la GAD es un túnel hidráulico como cualquier otro que se debía construir en el provecto y redirigir el flujo del río desde los túneles 1 y 2 hacia la GAD cuando llegara el momento era básicamente la misma operación que se hace cuando se desvía el curso del río en un proyecto hidroeléctrico De hecho esta actividad se realizó tal como se había planeado sin Inconveniente alguno.

R:/ En primer término, aduce el apoderado que la GAD, resultó ser la "*solución técnica y financiera para afrontar las dificultades geológicas encontradas en el área en donde se construía (…)"*, afirmación que no es cierta, pues basta con analizar el material probatorio obrante, para sostener que, desde finales del año 2012, la probabilidad de no entrada en operación del proyecto en las fechas estipuladas era alta, pues desde el Acta de seguimiento al BOOMT No. 16 del 20 de septiembre de 2012, se dejó más que claro que el cronograma presentaba atrasos críticos y que la fecha de entrada en operación estipulada estaba lejos de cumplirse:

EPMI explicó que se hizo una simulación del cronograma con fechas reales; el resultado que se obtuvo es que se desplazaría la entrada en operación de la primera máquina en 9 meses.

Por lo la anterior EPMI propone modificar los hitos del BOOMT, aunque se compromete, en un esfuerzo de medios, a poner todos los recursos y todos los esfuerzos para lograr entrar en operación una unidad en el 2018. Se hizo la observación de que aunque con una sola unidad se cumpla con las OEF de 1.085 Gw- h/año para el 2018, la CREG exige que se debe cumplir con la entrada en operación de las 4 unidades.

El cronograma del BOOMT se aprobó con la entrada en operación de dos unidades en el 2018 y las otras dos en el 2019-

Debido a lo anterior, en el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013, se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos, así:

> 3. **Desarrollo Comité**
>
> EPM expuso los temas tratados en la visita número 3 de la Junta de Asesores del proyecto Ituango. Esta junta está conformada por los especialistas Bayardo Materón, Nelson Pinto, Gabriel Fernández, Juan David Quintero y Helmut F. Miller.
>
> A manera meramente enunciativa, se pone en conocimiento de Hidroituango los temas de la visita, se hizo énfasis en lo relacionado con la desviación, en especial al cumplimiento del hito N° 1 en la fecha prevista.
>
> EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvio para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.
>
> EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones. Asimismo, la Junta de Asesores planteó las siguientes tres alternativas para la segunda desviación:
>
> 1. Taponamiento del portal de los túneles colocando mallas
> 2. Construcción por voladura dirigida
> 3. Sistema combinado

Así mismo, en el Seno del comité, se advirtió que desde finales de 2012 se planteaba una probabilidad alta de que el proyecto no pudiera entrar en operación en 2018, información que tampoco fue incluida en ninguno de los informes de gerencia del señor Maya, lo que habría generado una alerta tal que le permitiera a los miembros de la junta repensar la manera como se estaba desarrollando el proyecto y tomar las mejores determinaciones para evitar seguir desarrollando planes consecutivos de aceleración e incrementando de manera significativa los gastos en perjuicio del proyecto.

Así mismo, las actas de seguimiento al BOOMT, dieron cuenta de las diferentes irregularidades presentadas en el proyecto así:

En Acta de seguimiento de BOOMT de 21 del 15 de mayo de 2013, el señor Maya planteó que teniendo en cuenta los rendimiento bajos de los túneles de desviación, le inquietó si era viable desviar el río en la fecha indicada, lo anterior se expresó en los siguientes términos:

3.3 Avance del Proyecto

El Dr. Maya Salazar plantea que dado que en túneles de desviación los rendimientos son tan bajos le inquieta si se podrá desviar el río en la fecha prevista.

EPM manifiesta que con el consorcio CTIFS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer de las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originados por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resumen, el nuevo programa pactado mediante la AMB3, que sanea todas las situaciones no

En el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013, se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos, así:

3. Desarrollo Comité

EPM expuso los temas tratados en la visita número 3 de la Junta de Asesores del proyecto Ituango. Esta junta está conformada por los especialistas Bayardo Materón, Nelson Pinto, Gabriel Fernández, Juan David Quintero y Helmut F. Miller.

A manera meramente enunciativa, se pone en conocimiento de Hidroituango los temas de la visita, se hizo énfasis en lo relacionado con la desviación, en especial al cumplimiento del hito N° 1 en la fecha prevista.

EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.

EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones. Asimismo, la Junta de Asesores planteó las siguientes tres alternativas para la segunda desviación:

1. Taponamiento del portal de los túneles colocando mallas
2. Construcción por voladura dirigida
3. Sistema combinado

En suma, la construcción de la GAD no obedeció exclusivamente al hecho de que las condiciones geológicas de la zona no fuesen óptimas, sino a que la intervención adecuada al terreno tomaría tiempo, un tiempo con el que no se contaba, puesto que era necesario que el proyecto entrara a en operación en 2018, afirmación que secunda el apoderado, al poner de presente el documento titulado "*Consecuencias de la no entrada en operación".*

Por otro lado, indica el apoderado que el Board de expertos: "sostuvo que para recuperar atrasos podría implementarse planes de aceleración, así y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa. " Así, esta clase de estrategias estaba ampliamente avaladas por las buenas prácticas de la ingeniería", y continúa:

> *"Frente a la afirmación del órgano de control sobre la supuesta ausencia de*
> *aprobación de la junta de asesores a la construcción de la GAD La realidad es la siguiente:*
>
> *En el Informe 3, de la visita de noviembre del 2013 los asesores manifiestan que no apoyan la idea de desviar sin las estructuras de las compuertas y construir un tercer túnel pero también sugieren en este mismo informe varios procedimientos técnicos según ellos factibles pata ejecutar la propuesta que involucra la construcción de la GAD los cuales explican incluso de otras centrales Es decir, no la apoyan pero dicen que sí se puede hacer v que hay varias formas de lograrlo Adicionalmente plantean también la posibilidad de recuperar tiempos (una aceleración) en la construcción de la presa Esta opción no resultaba viable porque se trata de una presa de enrocado con núcleo de arcilla siendo este último el que determina y controla los avances en esta estructura Debido a que la zona del proyecto es muy lluviosa, y por razones de diseño y calidad en el núcleo no se podía trabajar mientras estuviera lloviendo e incluso luego de las lluvias era necesario retirar las últimas capas colocadas resultaba poco probable que se pudiera incrementar el ritmo de colocación del núcleo por encima de los rendimientos planeados en el cronograma La realidad documentada en los Informes de construcción de la interventoría demostró a la postre que hubiese sido imposible recuperar tiempo en la construcción."*

La anterior afirmación, nace de la lectura descontextualizada del aparte citado del informe[228], claro que se estaban refiriendo al cierre de las estructuras, pero de la lectura integral del mismo se extrae que el descontento de los expertos, obedeció

[228] Informe No. 3 de la Junta de Asesores del BOOMT del 29 de noviembre de 2013.

a la sorpresiva imposición de una decisión ya tomada por EPM (haciendo referencia a la GAD), y de las alternativas que estaban siendo planteadas para su ejecución, en ese orden de ideas, las propuestas presentadas por los asesores, obedecieron a la necesidad de mitigar al máximo los riesgos advertidos, no al beneplácito del comité, en el informe se lee:

> En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el Contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y complementar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta. Además, la alternativa de desviar el río sin las estructuras de cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío, para garantizar el mantenimiento de la fecha de enero 2014, no fue apoyada. La Junta, se manifestó a este respecto en las conclusiones de su informe como se transcribe abajo:
>
> "La Junta de Asesores considera que los riesgos técnicos inherentes a la aceleración del desvío del río no son aceptables y recomienda ejecutar el diseño original optimizado con el contratista principal CCC.
> El desvío del río debe ser efectuado después del término de las excavaciones y del concreto de las estructuras incluso la instalación de las guías de las compuertas".
>
> Incluso se procuró demostrar que, en caso de retraso en el cierre mismo, las fechas finales de generación podrían ser mantenidas, con el desvío del río en el verano de julio-septiembre siguiente y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa, que en el cronograma estaba prevista con mucha holgura.
> En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra.

Lo anterior es prueba suficiente de que, en efecto la alternativa de desviación del río que contemplaba un tercer túnel de desviación (GAD), nunca fue avalada por el BOARD de expertos, quienes- insiste esta Delegada- plantearon las alternativas expresadas por EPM, como respuesta a una decisión ya tomada, con miras a minimizar los riesgos en el proceso constructivo.

Aunado a lo anterior, aduce el apoderado que el Plan de Aceleración, no supuso la realización de inversiones injustificadas, y que días antes de presentarse la

contingencia, había evidencia suficiente de su efectividad, pues los retrasos habían sido recuperados.

Pues bien, resulta necesario precisar qué significa la palabra "efectivo", de conformidad con el diccionario de la real academia de la lengua, en su primera acepción es real y verdadero y en su segunda acepción eficaz.

A su vez la palabra eficacia, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa "Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera".
En este mismo sentido el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (el cual fue derogado por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020), consagraba lo siguiente:

> *ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía,* ***la eficacia****, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo;* ***que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas****. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*
> *La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración".*

En el mismo sentido, cabe recordar que la eficacia está consagrada dentro de los principios de la vigilancia y control fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 403 de 2020, en los siguientes términos:

> ***b) Eficacia:*** *En virtud de este principio,* ***los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos***

Bajo esta definición, los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada, no obedece a la realidad, por cuanto, por definición, la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino en que dichas determinaciones permitan reconducir de manera oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de

energía, lo que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación, tal y como se demostró en líneas precedentes, gracias a lo consignado en los informes de interventoría del año 2020.[229]

En el caso particular, la efectividad de las decisiones tomadas está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.
En este sentido, la efectividad de las decisiones, en un proyecto de largo plazo como el que nos ocupa, no puede verse como mal lo pretende hacer la apoderada, como el simple hecho de que en una circunstancia puntual se tenía un avance significativo, pues dicho avance se realizó a costa de decisiones que pusieron en un punto de vulnerabilidad el proyecto que llevó a la mal llamada contingencia del año 2018.

Es necesario precisar frente a las aseveraciones del apoderado, relacionadas con los informes de Legge, Deloitte y la interventoría que según él son prueba de la efectividad del plan de aceleración, que los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino cuando dichas determinaciones permiten reconducir de manera efectiva de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación lo cual se encuentra probado con los siguientes documentos**:

- **Informe de interventoría 2020** (Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O- CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020 (septiembre de 2020), en el cual se estableció:

> ***"****Observaciones generales al programa de trabajo*
>
> *Como resultado de las mesas de trabajo para programa con aceleración, el Contratista por medio de la comunicación CI-04657 entregó el 16 de octubre de 2015 el programa con aceleración para revisión final de EPM y de la Interventoría. Este programa, fue aprobado por las partes (EPM y Contratista) con la AMB 16 el 23 de diciembre de 2015.*

[229] Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O-CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020

> *Hasta el mes de abril de 2018, se realizó el seguimiento y control al avance de las obras contando con este programa.* ***De acuerdo a dicho programa, el ejercicio de seguimiento indicaba que, con una buena dinámica de trabajo, era posible terminar las obras necesarias para el inicio de llenado del embalse a partir del 1 de julio de 2018.***
>
> *El programa firmado con la AMB 16, perdió vigencia a raíz de la contingencia del proyecto desde finales de abril de 2018, por lo tanto, los comentarios que se presentan a continuación, se encaminan a indicar las acciones emprendidas en cada uno de los frentes de trabajo desde el momento de la presentación de la contingencia con el objeto de minimizar los efectos sobre las comunidades, la protección del proyecto y además el avance del mismo en la medida de lo posible.*
>
> *Bajo el marco de la AMB-36, para la estabilización del proyecto se vienen realizando mesas de trabajo, donde se analizan alternativas de diseño y metodologías constructivas en la medida que se va determinando el alcance de las obras a ejecutar. En base a esto y en los compromisos adquiridos en los comités de obra, el Contratista con la comunicación CI-13046 del 6 de febrero de 2020, presentó un programa preliminar PHI-PTV-GEN-001-R0 para las obras que se están ejecutando en los diferentes frentes, en las cuales se tienen definidos los diseños.* ***La Interventoría realiza el seguimiento y control a las obras en base a este programa, sin embargo, en la medida en que se realizan ajustes de diseño y se solicitan obras nuevas que obedecen a la atención de la contingencia, el programa pierde vigencia****. Por tal motivo es prioritario definir un programa general que permita realizar el adecuado control y seguimiento a todas las obras del Proyecto".*

Como conclusiones de la interventoría se estableció en el mismo documento, que *"a pesar de contar con avances importantes en la limpieza y retiro de materiales de la central, a la fecha, no es posible determinar en su totalidad las afectaciones en la misma, porque aún no se ha tenido acceso a todos los sitios",* así se plasmó en el mismo:

> *"(…) y además debido a que el grupo de expertos de EPM y la Asesoría continúan realizando inspecciones y analizando los trabajos necesarios para la recuperación de las cavernas y galerías, que estuvieron sometidas al paso de agua durante nueve meses, entre mayo de 2018 y febrero de 2019.* ***En la medida en que se realizan las inspecciones se determinan los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no ha permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto.***

Las obras actuales están encaminadas al taponamiento definitivo de la galería auxiliar de desviación GAD, que ya cuenta con el pre tapón terminado, el taponamiento del túnel de desviación derecho, la estabilización de los distintos sitios afectados, como las galerías en la central y el talud de la parte alta de la plazoleta de compuertas, además el retiro de escombros de la central y los tratamientos de estabilización al interior de las cavernas, el retiro de equipos afectados en la central y la limpieza de los túneles de descarga. Todas estas obras están enfocadas a mitigar y prevenir los riesgos, proteger las comunidades, conservar el medio ambiente y el avance de las obras de estabilización del proyecto en la medida de lo posible.

Con la situación presentada a raíz de la pandemia actual generada por el Covid-19, se evidencian afectaciones en la ejecución de las obras, desde el mes de marzo de 2020 hasta la fecha*, debido a que el Contratista de las Obras Principales debió aislar parte del personal que realizaba labores operativas y de supervisión de las obras por contagio y por nexos, lo que afecta los rendimientos.*

Además, desde mediados de junio comenzó el retiro del personal y el 5 de julio de 2020, se suspendieron casi todas las actividades de producción, por la salida de personal en atención a los protocolos para manejo del Covid-19. Solo hasta mediados del mes de agosto de 2020, las actividades prioritarias se empezaron a reactivar, sin completar las cuadrillas de trabajo (…)".

Del informe de interventoría se deduce que a septiembre de 2020, en la medida en que se realizaban las inspecciones se determinaban los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no había permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto, lo que aunado a la situación generada por el Covid-19, afectó la ejecución de las obras desde el mes de marzo de 2020.

- **En el informe gerencial – estado actual del proyecto a octubre de 2020 – (**Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A **–** presentación Asamblea Departamental – Sociedad Hidroituango S.A.- Estado actual del proyecto), se indicó:

"Ituango – características de energía y potencia

Características

Potencia nominal de la central (MW)	*2.400*
Unidades de generación	*8*

Potencia por unidad (MW)	*300*
Salto neto de diseño (m)	*197.6*
Salto mínimo normal (m)	*186.6*
Salto máximo normal (m)	*201.2*
Nivel del embalse máximo normal (msnm)	*420*
Nivel del embalse mínimo de operación (msnm)	*390*
Caudal medio de río (m3/s)	*1.010*
Caudal de diseño (m3/s)	*1.350*
Caudal por unidad m3/s)	*169*

Hitos representativos realizados:

- *Terminación de la presa y obras anexas (galerías, inyecciones, instrumentación, vías).*
- *Recuperación del túnel de acceso a la casa de máquinas.*
- *Lleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2 (60.000 m3 de concreto).*
- *Cierre y reforzamiento de las compuertas de la Galería Auxiliar de Desviación – GAD-*
- *Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%).*
- *Recuperación de bóveda de casa de máquinas unidades de la 3 a la 6 (Avance del 100%).*
- *Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%).***
- *Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%).***
- *Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).***
- *Colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento de las obras.*

Obras Generales por realizar para la generación:

- *Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2.*
- *Recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6.*
- *Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8.*
- *Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1.*
- *Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2.*

- *Continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho.*
- *Continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción.*
- *Continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto.*
- *Iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8.*
- ***Iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.***

Informe legal:

- *Desde 1998, cuando la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó la constitución de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. como promotora del proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango el Departamento de Antioquia ha contribuido con sus decisiones a que éste sea realidad.*
- *Con su participación como accionista de Hidroituango, tanto directa como a través del IDEA, el Departamento ha sido relevante en la toma de las determinaciones que se han requerido para poner en marcha la iniciación de su construcción, lo que se logró sin que se comprometieran recursos económicos de nivel departamental, y sin necesidad de incurrir en endeudamiento que lo hubiera afectado a futuro.*
- *Fue así como se llegó a la celebración del contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, filial de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN que fue su garante, como Casa Matriz, para que se hiciera cargo del desarrollo del Proyecto. De dicho contrato es titular EPM desde enero de 2013, cuando previa autorización de la Asamblea de Accionista de Hidroituango, EPM Ituango se lo cedió a EPM, empresa que hoy es su titular como parte Contratista del mismo.*
- *El contrato, como es conocido, comprende la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Central hidroeléctrica, que EPM tiene derecho de poseer y explotar comercialmente durante la vigencia del contrato, con la obligación de restituir a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. al vencimiento de dicho plazo tanto los inmuebles del Proyecto que hoy tiene en usufructo, como la Central Hidroeléctrica. La inversión, como es conocido, le es compensada a EPM de manera periódica según se estipuló en el contrato, luego de lo cual y adicionalmente EPM le debe transferir a la sociedad, también de manera periódica, la llamada "Remuneración", que está distribuirá entre sus accionistas, según decidan sus órganos de dirección y administración, en el momento es que se perciban tales ingresos.*

- ***Recibir ingresos depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.*
- *La puesta en marcha de la Central, que estaba prevista para el 28 de noviembre de 2018, no fue cumplida, por causa de los eventos ocurridos en el proyecto desde el 28 de abril de 2018 cuando se inició el taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación del río Cauca, hecho ampliamente conocido.*
- *Dichos eventos produjeron la primera consecuencia en el contrato en relación con el Hito 7, "Cierre de Compuertas e inicio de llenado del embalse" que debía haberse cumplido el 1º de julio de 2018, y no se logró.*
- ***El incumplimiento de este Hito dio lugar a que la sociedad, a través de su Junta Directiva, decidiera iniciar un procedimiento judicial para el cobro de la cláusula penal de Apremio correspondiente al hito 7, por valor de $117.825.423.750, proceso que fue fallado de manera negativa por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 12 de noviembre de 2019, la cual, tras ser apelada por Hidroituango, fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia radicada en el sistema de consultas el 24 de septiembre de 2020, pero aun no ha sido notificada a las partes.***
- *Como resultado de dicha situación, se hará la solicitud formal de la convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín, de acuerdo a lo estipulado en el contrato BOOMT, según está estipulado en su cláusula 8.02. A ello se procederá en los próximos días, con el fin de precaver la caducidad de acciones.*

Para Hidroituango es fundamental:

1. *Que el proyecto se termine de manera eficaz y segura en el menor plazo posible, para lo que se requiere la continuidad y fluidez en las relaciones entre las partes involucradas.*
2. *Salvaguardar los derechos de la sociedad y de los accionistas.*

- *Por tales razones, desde antes de conocerse la providencia que negó en segunda instancia las pretensiones de Hidroituango, y aún con anterioridad a conocerse las solicitudes de Conciliación Prejudicial que EPM presentó contra sus contratistas principales, la sociedad Hidroituango se ha venido preparando para ejercer los derechos que le confiere el contrato BOOMT, acudiendo a los procedimientos establecidos en su clausulado como mecanismos de solución de disputas entre las partes del Contrato.*

- *En efecto, para el análisis de la contingencia organizó en su interior un equipo de profesionales con la suficiente formación profesional, conocimiento y experiencia en el manejo del contrato BOOMT, que se encarga del análisis de los hechos ocurridos desde el inicio de la construcción de las obras del proyecto. El trabajo de este equipo hace énfasis en los hechos acaecidos a lo largo del proyecto y muy especialmente de los sucesos de abril de 2018 y las consecuencias que ello ha acarreado al proyecto y a la sociedad, para de ahí generar las recomendaciones de las acciones que correspondan por parte de los Asesores externos que la sociedad ha contratado para el efecto.*

- *Estas acciones se han iniciado con los acercamientos a EPM con el objeto de dar comienzo a la negociación de sus diferencias mediante el arreglo directo, para lo cual sus directivos, con el Gerente a la cabeza, se reunieron el pasado 7 de octubre con el Gerente de EPM y sus asesores a fin de comunicarle su propósito de generar puentes de diálogo para la solución de sus diferencias en torno al contrato BOOMT.*

- *Como resultado de dicha reunión, se dará inicio formal a un procedimiento de arreglo directo, sin perjuicio de la radicación de convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín por el hito 7, antes mencionado, con el fin de evitar la caducidad de acciones.*

- *Todas estas actividades han sido conocidas por la Junta Directiva y por el señor Gobernador, quien como su presidente, ha solicitado reuniones ordinarias y extraordinarias con la finalidad de analizar todos y cada uno de las acciones a realizar, incluyendo el acercamiento con EPM y su propósito de iniciar el procedimiento de arreglo directo así como la solicitud de demanda arbitral, acciones que le fueron comunicadas a la Junta Directiva en sesión del 6 de octubre pasado**, con el beneplácito de la misma.***

En el informe Gerencial a octubre de 2020, se deduce que los hitos representativos realizados dentro del proyecto no alcanzan un avance del 100%, tales como: Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%), Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%),** Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%),** Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).**, lo que demuestra que el proyecto no se encontraba con las condiciones de su operación y puesta en marcha para la generación de energía.

Así mismo se estableció que las **Obras Generales por realizar para la generación, para esa fecha (octubre de 2020), se indicaron entre otras: c**ontinuar con la

recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2., recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8, continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2, continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho, continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto, iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8 e **iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.**

De otro lado, se dejó establecido que para recibir ingresos **depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.

- **En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del mes de agosto de 2020 HI 113** (carpeta 75 – referencia cruzada ER0110943 – Folio 15973-01- informes de avance EPM-BOOMT -2020), **se estableció sobre el estado actual del proyecto, lo siguiente**:

  "*Premisas programa – contingencia, recuperación y puesta en servicio – Proyecto Ituango – Cronograma versión 20200415:*

  Se presenta la versión del cronograma para la contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto Hidroeléctrico Ituango. Para dicho producto el Asesor reúne información suministrada por EP, General Electric (GE), ATB Riva Calzoni, GH Cranes & Components y CCCI, el cual se ajustó bajo las siguientes premisas:

- *Premisas generales:*

- *La estabilización, recuperación y puesta en servicio del Proyecto Ituango está sujeta a la superación de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial.*
- *Para ejecutar las actividades previstas en el presente cronograma se consideró la comunicación del 2 de marzo de 2020 y Radicación: 2020033433-2-000, donde la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA aclara que EPM tiene facultad para realizar las obras o actividades que de acuerdo con el criterio técnico se requieran, con el propósito de disipar de manera óptima la energía del agua embalsada, garantizar la integridad del vertedero y, en ese sentido, mitigar y reducir*

el riesgo asociado a la operación continua del mismo. Por tanto, esta aclaración por parte de la Autoridad Ambiental habilita la continuidad de las obras necesarias para la estabilización del proyecto.

- *Premisas particulares:*

- *Puente grúa: En el presente programa base, los hitos que represente la necesidad del puente grúa en el proyecto son ajustados a los requerimientos para el montaje de las unidades generadoras, los cuales deben estar en obra para iniciar su montaje, en su orden, las vigas carrileras a mediados de agosto de 2020 y los equipos de la viga-puente a mediados de septiembre de 2020, lo anterior está basado en información entregada por el fabricante GH indicando **que los equipos llegarían a FOB a mediados del mes de junio de 2020**, para así cumplir con el hito de pruebas y liberación del puente grúa para finales de noviembre de 2020; en comparación con el programa original anterior a la emergencia sanitaria originada por el COVID19, se evidencia un desplazamiento cronológico de 90 días aproximadamente.*
- *Blindajes pozos de presión: ATB en su comunicación fechada el 25 de marzo de 2020, **manifestó que podría presentar unas afectaciones en la importación, fabricación y montaje de los blindajes para los pozos de presión en 150 días aproximadamente**. A partir de esta premisa se programó la fabricación y montaje de los blindajes de los primeros cuatro pozos de presión secuencialmente, a partir del mes de septiembre de 2020. Es de resaltar, que la fabricación y montaje no se encontraba en la ruta crítica para el programa base anterior a la emergencia sanitaria y contaba con una holgura de 140 aproximadamente, por lo tanto, no afecta la puesta en generación.*

- *Unidades de generación*

- *A partir de esta simulación de programa base, GE realizará el montaje del tubo de aspiración como estaba establecido originalmente, es decir con el ingreso por la casa de máquinas y almenara, el cual se estima sea instalado en dos fases, el tramo recto del tubo aspirador se instala en sitio y el codo del tubo aspirador será pre ensamblado en la sala montajes en paralelo con las actividades de obras civiles de CCCI, para posteriormente sea trasladado al sitio y conectado al tramo recto.*
- *Dado que se cuenta con un tuno de aspiración en obra, el presenta programa base se ajustó según el cronograma de fabricación y suministro de 3 tubos de aspiración adicionales por parte del proveedor.*
- *Para agosto de 2020 se requiere las obras civiles necesarias para el montaje del tubo aspirador de la primera unidad generadora, las cuales están a cargo de CCCI, las anteriores actividades se simularon programáticamente teniendo en cuenta las experiencias aprendidas por*

el contratista en actividades similares ya realizadas y principalmente en programa preliminar el cual fue el producto de los acercamientos por medio de mesas técnicas de trabajo adelantadas en conjunto.

- *Con el fin de cumplir a cabalidad con tiempos previstos en el presente programa base, se requiere del compromiso total todos los participantes, buscando la optimización de los procesos de toma de decisiones, construcción, montaje y puesta en generación donde se incluyen los acuerdos que permitan el trabajo en paralelo de ensamble de piezas empotradas y obras civiles.*

- *Conducciones superiores*

- *Para realizar los trabajos en seco de las conducciones superiores se consideró por lo menos adquisición de dos tapones mecánicos, alternativa que está en proceso de contratación, la cual se estima iniciar mediados del mes de junio del 2020. No obstante, la fecha de instalación del tapón en conducción 2,* ***para facilitar la terminación del revestimiento, está prevista para septiembre de 2021.***
- *Con base en inspecciones sub acuáticas realizadas por medio de video a las estructuras de captación,* ***se estima en este programa base la ejecución del mantenimiento a la estructura de captación y la limpieza de las rejas coladeras de la conducción 1, para iniciar a más tardar en septiembre de 2021****, actividad indispensable para realizar las pruebas con agua de la unidad generadora.*

- ***Conclusiones:***

- ***Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión incluye un retraso de 100 días aproximadamente.***
- *Es importante resaltar que para que el presente programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.*

En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del **mes de agosto de 2020 HI 113** (informes de avance EPM-BOOMT -2020), se estableció sobre el estado actual del proyecto que Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y

servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión **incluye un retraso de 100 días aproximadamente.**

De otro lado, resaltó que para que el programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.

- En visita especial realizada por el Despacho a EPM, se solicitó que se explicara el Estado actual del proyecto, frente a lo cual, con corte a septiembre de 2020, se explicó lo siguiente:

"El avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango a 30 de septiembre de 2020, medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, es del 79.4%.

(…)

Se han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del río y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.

Además, se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto, tales como:

- *La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD.*
- *Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m3 de concreto colocados.*
- *Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas.*
- *Bombeo y retiro de residuos en las cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas (…)"*[230].

No obstante los avances atrás referidos, se tiene probado que a hoy, no se ha puesto en marcha ni siquiera la primera unidad, por lo que resulta evidente que **el proyecto no ha comenzado a generar energía**.

Los anteriores informes, demuestran que no pude hablarse de efectividad, cuando el proyecto no ha entrado en operación y en consecuencia no produce

[230] Z:\PRF 2019-01104_UCC PRF 014-2019 – HIDROITUANGO - \EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No.74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E H\Nueva carpeta\AC

siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación. Lo que evidencia cada uno de los informes mencionados anteriormente, es que no existe una fecha cierta y determinada para su operación y en consecuencia la generación de energía.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que los argumentos del apoderado no están llamados a prosperar.

Continúa el apoderado,

> ***3) El Incremento en el presupuesto del "modelo línea base" por concepto de imprevistos reajustes cambios re 'nos itu en in iones injustificadas***
>
> *Por otro lado, no hay lugar a catalogar como daño patrimonial los incrementos que sufriera el presupuesto contenido en el modelo inicial elaborado por Inverlink por concepto de reajustes, imprevistos, cambios regulatorios, entre otros, toda vez que los mismos no estaban contemplados en el mismo y se dispuso en el negocio jurídico que una vez concluida la etapa de construcción se computarían.*
> *Para reflejar el valor final del Proyecto De conformidad con lo anterior, este tipo de aumentos no pueden atribuirse a inversiones injustificadas De igual forma, tampoco hay lugar a predicar que dicho valor era el costo del Proyecto Veamos El modelo de Inverlink se incorpora al contrato BOOMT con un único propósito, esto es, determinar la remuneración periódica que debería recibir la sociedad Hidroituango S A. una vez la hidroeléctrica entrara en operación Lo anterior se comprueba a partir de las siguientes definiciones y textos contenidos en el Contrato BOOMT*
>
> *(…)*
>
> *En consecuencia, el modelo Inverlink no tenía como propósito estimar la*
> *rentabilidad del Proyecto en el Mercado de Energía Mayorista, ni la rentabilidad del Proyecto y no es atinado, en modo alguno, utilizarlo para este fin Como ya se dijo, el modelo de Inverlink era una herramienta desarrollada y acordada con el único y exclusivo propósito de disponer de una regla de juego, de un criterio objetivo para la distribución entre las partes de los réditos futuros de la central de generación de energía De ahí que cualquier incremento que sufriera el valor "línea base" no constituye per se un incremento injustificado.*

Ello es así, porque desde el Contrato BOOMT se prefijaron algunos parámetros comerciales y de operación y mantenimiento que no necesariamente tienen que coincidir y de hecho no lo hacen, con las condiciones reales del mercado y de la operación de la planta A continuación, unos ejemplos;

a) el precio de la energía en contratos se fija según el precio de venta en bolsa más una prima del 50/a, cuando claramente esta prima ha sido diferente en la historia del mercado y diferente a las primas que define EPM para sus contratos,
b) se fija un esquema de venta de la energía del 65°/a en contratos y el 35% en bolsa, cuando la estrategia comercial de EPM es contratarse en una proporción diferente,
c) a parar del año 2021 se asume un costo marginal de la energía de 45 USS/NINXI, valor que difiere del supuesto de precio que considera EPM en el modelo financiero EPM,
d) se fijó un costo de administración, operación y mantenimiento de 11,5 US$/KW cuando el costo real de EPM es diferente,
e) la base de inversiones y gastos pre-operativos tiene ciertas depuraciones
contractualmente definidas (como son los gastos financieros, las inversiones iniciales realizadas por HI y el pago de la posición contractual de EPM a EPM Ituango, entre otras), lo que genera una diferencia frente a las erogaciones leales que EPM realiza como contratista para la construcción del proyecto, y
t) las condiciones tributarias pactadas contractualmente para el cálculo de la remuneración, que establecen el aprovechamiento de la deducción especial de activo productor de renta que efectivamente logre EPM en la construcción, pero utilizadas como si dicho beneficio ocurriera en un vehículo de propósito especial, lo que no ocurre propiamente en la realidad
porque EPM, debido a su abundante renta líquida, aprovecha dicho beneficio de forma inmediata

Por consiguiente, es desatinado utilizar el modelo Inverlink para determinar la rentabilidad del Proyecto Ahora bien, si, en gracia de discusión, se insistiera en incurrir en el profundo error conceptual de utilizar este modelo con el fin y en la forma como lo hizo el grupo asesor de la Universidad Nacional, sería imperativo introduce una serie de ajustes al modelo denominado "línea base" y que se describen enseguida Ajustes que de ningún modo constituyen incrementos injustificados
(i) El Contrato BOOMT con claridad establece que la información de costos e inversión que debe incorporarse al modelo financiero de Inverlink corresponde a los valores que certifique la Fama Auditora,

tal como lo establece la definición del parámetro "Variables Etapa de Construcción".

(ii) El Contrato BOOMT establece que al momento de usar el modelo financiero de Inverlink es necesario realizar los ajustes regulatorios requeridos para adaptar el modelo a los cambios que el regulador haya introducido después de la firma del Contrato BOOMT A manera de ilustración el Contrato BOOMT señala.

El esta basado en la regulación vigente en el momento de elaboración del mismo, en especial lo establecido en la Resolución CREG 071 de 2006. De todas formas_ el Asesor Comercial y Regulatorio deberá asegurarse de
aplicar la normatividad vigente al momento del analizar y suministrar los datos de entrada para que la Banca de Inversión alimente el modelo constantemente.

Teniendo en cuenta que la ENFICC del Proyecto inicialmente considerada en el modelo línea base fue de 8563 GWH-año, pelo debido a un ajuste regulatorio posterior ésta se redujo dramáticamente llegando a cerca de 5800 GWH-año Este incremento no puede constituirse como daño patrimonial.

Lo anterior era imperativo de acuerdo con lo pactado en el Contrato BOOMT siguientes dos párrafos - y que demandaba que la asignación de OEF y el ingreso por este concepto debía de ajustarse en el modelo línea base

(iii)De emplearse el modelo Inverlink "línea base", los valores relacionados con el Proyecto y condiciones de mercado deben actualizarse el CAPEX debe ajustarse considerando el rubro de imprevistos, las obras adicionales
y extras que han sido necesario ejecutar para atender los cambios de diseño, tal como lo indica el BOOMT.

Así las cosas, lo que se Incrementó por los conceptos señalados con precedencia no son constitutivos de daño patrimonial objeto de reproche fiscal.

(iv) En el Contrato BOOMT se contempla que las cifras en dólares se deben actualizar con CPI y en pesos con IPC Sin embargo, los contratos de construcción y de compraventa de bienes y servicios para desarrollas el objeto del Contrato BOOMT contemplan y se actualizan con fórmulas de reajuste propias De ahí que los

incrementos que se generen por este concepto no constituyen daño patrimonial, como erradamente lo concluye la CGR.

(v) El Contrato BOOMT prescribe que deben incluirse los costos de funcionamiento de la Sociedad, así Por consiguiente, el costo de funcionamiento de la Sociedad no puede calificarse o dársele la entidad - como erradamente lo hace la CGR - de daño patrimonial

(vi) El Contrato BOOMT contempla que se deben incluir las inversiones en activos de capital y los gastos preacuerdos:

Por consiguiente, el costo de funcionamiento de la Sociedad no puede calificarse o dársele la entidad — como erradamente lo hace la CGR — de daño patrimonial. El Contrato BOOMT contempla que los valores OCV considerados en el modelo línea base son relevantes para la formación del precio de la energía en bolsa.
(…)
Por consiguiente, el costo de funcionamiento de la Sociedad no puede calificarse o dársele la entidad — como erradamente lo hace la CGR — de daño patrimonial.

(viii) En el Contrato BOOMT dispone que se debe considerar el pago por la compra de acciones y el contrato de usufructo de acciones, así, Por consiguiente, el costo de funcionamiento de la Sociedad no puede calificarse
o dársele la entidad — como erradamente lo hace la CGR — de daño patrimonial.

(ix) El BOOMT establece claramente que el presupuesto de 3049 millones de dólares (constantes) es un Presupuesto de Referencia, una estimación
preliminar del costo Precisamente por esto se denomina "Presupuesto de
Referencia" En consecuencia, no corresponde al costo definitivo del Proyecto, pues claramente no incorpora el rubro de imprevistos — contrario a lo que afirma la CGR sin sustento alguno -, ni obras adicionales y extras, propias de todo proyecto de infraestructura, que resultan por cambios o ajustes a los diseños. En consecuencia, este valor no debe interpretarse ni utilizarse como el costo del cierre financiero, porque claramente todo cierre financiero debe incorporar el monto de imprevistos dentro del costo del Proyecto, los ajustes de precios en los contratos por las fórmulas de reajuste, y todas las demás inversiones y gastos preoperativos necesarios para desarrollar el objeto del contrato BOOMT Sería inconcebible que un cierre

financiero incorpore como costo del Proyecto un valor que no incluya estos rubros.

Respecto al presupuesto de referencia, EPM solicitó que se incluyeran y sumaran en éste unas cifras estimadas para imprevistos y reajustes contractuales. Los imprevistos, con base en el escenario medio estimado por la firma internacional Hatch Engineering, contratada por EPM para que hiciera la debida diligencia técnica, y los reajustes, con base en la reciente experiencia (en ese momento) del proyecto Porce III Ambas cosas fueron rechazadas por HI Entre las razones dadas para esta negativa, se mencionó que no podían pactar unas cifras concretas para esta dos líneas debido a que las mismas eran indeterminadas en ese momento, pero serían determinables en el futuro, en la medida en el proyecto fuera avanzando La solución que se dio, propuesta en conjunto por III y EPM, fue dejar una nota al pie del presupuesto de referencia, indicando que éste no incluía imprevistos ni reajustes Por consiguiente, no es cierta la afirmación de la CGR que el presupuesto del "modelo base" incluía el concepto de Imprevistos. Tampoco incluía este presupuesto de referencia ni los costos preoperativos ni los gastos financieros En esas condiciones, el costo estimado del proyecto calculado por EPM en el momento de la suscripción del contrato BOOMT y considerado para efectos de planeación de recursos propios y apalancamiento financiero, seguimiento, control y modelación financiera, incluyó en el costo de referencia las cifras que tenía estimadas y soportadas para reajustes e imprevistos, dejando pendientes los costos preoperativos y los gastos financieros Así las cosas, el costo total estimado del proyecto.

(…)

El anterior presupuesto fue el entregado a mi cliente para su seguimiento y
cumplimiento. Así, durante su gestión se observó y acató, de ahí que, no haya lugar a predicar que con su gestión propició su incremento injustificado, pues esto no ocurrió De hecho, como lo comprueban las cifras anteriores, certificadas por EPM, en cl momento de la contingencia, cuando el proyecto registraba un avance cercano al 90%, el costo real del Proyecto Ituango estaba por debajo del presupuesto asignado por EPM.

Lo expuesto, esto es, la ausencia de inversiones injustificadas que supuestamente destruyeron el valor del Proyecto, fueron descartadas por el peritaje aportado por Suramericana a la actuación fiscal y que analiza el informe de la Universidad Nacional Veamos:

"Un Perjuicio debe corresponder a un dato cierto que perruna objetivamente afirmar un detrimento real al patrimonio público La metodología empleada en el Informe, consistente en partir de una Línea Base inadecuada y subjetiva, y concatenar, también subjetivamente, variaciones del VPN de diferentes modelos, resulta en unas conclusiones que son absolutamente debatibles y, en general, no permiten determinar ni cuantificar un Perjuicio cierto y real al patrimonio público:

• El Informe parece presumir que todas las decisiones de inversión adicional - que en todo caso no se identificaron ni analizaron- fueron erradas para lo cual se debería demostrar no sólo porqué, sino además que todas las decisiones contrarias, es decir no acometer las inversiones adicionales, eran acertadas desde la perspectiva financiera, lo que NO hace el Autor Como ningún cálculo soporta dicha tesis, entonces las conclusiones del Informe no cuentan con soporte financiero alguno para demostrar errores en las decisiones de inversión, que en cualquier caso no fueron analizadas corno ya se expuso
• El Autor basa sus cálculos y conclusiones en los "modelos Inverlink" que 1.) no son modelos que permiten apreciar las realidades y expectativas económicas y financieras del Proyecto, u) no son útiles para evaluar económicamente el Proyecto, no habrían servido de base pan la torna de decisiones de inversión y iv) su utilidad sería en período de operación una vez finalizada la construcción, lo que a la fecha no ha ocurrido
• Los cálculos del Autor presentan importantes [mutaciones desde el mismo punto de partida, el modelo denominado Línea Base, que es absolutamente inadecuado para el uso que del mismo se hace en el informe Se trata de un modelo preliminar, sin ningún detalle de Capex, construido con anterioridad a que se conociera el valor de los principales contratos para la construcción y que presenta variables que lo hacen no comparable con los demás Como la Línea Base es el punto de partida de todos los cálculos del Autor, entonces las conclusiones que de ellos se desprenden serían inanes para determinar
cualquier Perjuicio.

En conclusión, no hay lugar a predicar un daño por destrucción del valor debido a supuestas inversiones injustificadas cuando el incremento deviene de los conceptos señalados anteriormente Referir que estos ítems constituyen un daño al patrimonio implica que el mismo no cumple con los requisitos señalados en el anterior subtítulo, esto es, la certeza y exactitud.

R:/ Frente a este argumento, al mismo se le dio respuesta en el acápite de daño, motivo por el cual el Despacho se remite a lo allí sostenido.

Posteriormente, se refiere el abogado al nexo de causalidad entre el daño y las conductas reprochadas a su mandante, así

"3. INEXISTENCIA DE UN NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y LAS CONDUCTAS REPROCHADAS A MI CLIENTE EN EL AUTO DE IMPUTACIÓN.

Únicamente puede atribuírsele, en el plano fáctico, un daño al erario a un gestor fiscal cuando, según lo estatuyen los artículos 5° de la Ley 610 de 200038, exista una relación causal adecuada entre su conducta dolosa o gravemente culposa y dicha mengua, deterioro o pérdida del erario Así también se desprende del inciso2° del canon 90 Superior, cuando menciona que la responsabilidad patrimonial, en este caso fiscal, del servidor público surge como consecuencia de un comportamiento suyo que le es imputable a ese título. Ahora, la relación de causalidad entre el daño fiscal y la conducta dolosa o gravemente culposa del gestor fiscal, al igual que en el testo del derecho de daños, se entiende, debe determinarse bajo la teoría de la causalidad adecuada Esto es, teniendo en cuenta que no todos los acontecimientos que concurren a la realización del daño, y que son sus condiciones (como en la teoría de la equivalencia de las condiciones), o que se consideran como preponderantes según su mayor o menor eficiencia causal (como en la teoría de la causalidad eficiente), constituyen la causa de este fan sólo pueden ser admitidos como causas aquellos que normalmente deberían producir el perjuicio Es causa de un daño, por tanto, todo hecho que, considerado desde el punto de vista del causante, aparece de un modo general como apto para producir el daño" A partir de este análisis, se observa que la relación de causalidad en la responsabilidad fiscal implica determinar, de forma individual, si en una específica y concreta situación un hecho particular ha sido generado materialmente por la ocurrencia de otro hecho específico y determinado.

Al respecto, el Consejo de Estado se refinó a las mencionadas teorías e indicó que la teoría de la equivalencia de condiciones fue desplazada por la teoría de la causalidad adecuada, de la siguiente manera "Por tanto, para la Sala es indispensable señalar cómo no toda conducta referida a un daño puede entenderse como causal en su producción La jurisprudencia ha insistido en tal punto; para ello recuerda que sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos

teorías, la primera de la equivalencia de las condiciones, según la cual, todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo Esta teoría fine desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo, se ha exigido, en consecuencia, que ese hecho sea relea ante y eficiente".

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia41 explicó la teoría de la
causalidad adecuada, así "Esta causalidad adecuada —explica KARL LARENZ— «expresa cuál es la necesaria delineación de las consecuencias imputables, aunque bajo el falso ropaje de una "teoría de la causalidad" ( ) El efecto más lejano de cierta acción es únicamente "adecuado" cuando esta acción ha sido apropiada para la producción del multado obtenido en circunstancias normales, y no en circunstancias especiales peculiares completamente inverosímiles que han de quedar fuera se rinda según el curso normal de las cosas (JAI responsable del hecho solamente le pueden ser imputadas y tenidas en cuenta en la determinación del daño aquellas consecuencias "adecuadas" al hecho generador de la responsabilidad» (Derecho de obligaciones Tomo 1 Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1958 p 200).

Por tal razón, la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de 'causa jurídica' o Imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural (I-IANS KELSEN, Teoría Pura del Derecho No siendo el nexo causal un evento empírico observable o perceptible como cualquier otro hecho material, le corresponde al operador Jurídico construir, de forma inferencia, t nomológico-deductiva, el indicio que permite arribar a la conclusión de que la conducta constitutiva de gestión fiscal antieconómica causa un daño fiscal".

De acuerdo con lo anterior, la existencia del nexo de causalidad en la responsabilidad fiscal depende del grado de confirmación probatoria del hecho del nexo causal Es decir, que lógicamente sea más probable su ocurrencia, debido al peso que tiene como evidencia las pruebas que buscan llevar al convencimiento razonable sobre su certeza, a fin de que pueda considerárselo como verdadero". Así las cosas, la relación de causalidad en la responsabilidad fiscal implica determinar <ex post facto' la probabilidad de ocurrencia del resultado dañino para el tesoro público en función de los antecedentes y consecuentes que han

Intervenido en ella, con el fin de extraer aquel o aquellos que, según el curso regular de los acontecimientos, han de producirlo Lo anterior, habida cuenta de las características uniformes de upo natural y social que son patrimonio de la cultura y de los conocimientos humanos razonablemente disponibles al tiempo realizar el respectivo Juicio, y también, del nivel de diligencia que le es exigible al gestor fiscal y de las circunstancias del caso en concreto"

En el caso concreto, este requisito no se reúne frente a ninguno de los reproches endilgados a mi cliente por el contrario, la CGR pretende dar una aplicación a la teoría de la equivalencia de condiciones sin ningún mayor sustento argumentativo, ni mucho menos probatorio En el Auto de Imputación, la Delegada se limitó a repetir el mismo nexo de causalidad que señaló frente a los demás imputados, hecho que resulta Incoherente, toda vez que se trata de conductas completamente diferentes Sustento de lo anterior, es que la Contraloría simplemente modificó el nombre del imputado al de mi cliente sin verificar que no perteneció a la Junta. Directiva de HI, ni fue gerente de EPM, calidades en las que se efectuó la imputación Al respecto, señaló: "Ahora bien, en relación con el nexo causal entre el daño ocasionado al erario y la conducta desplegada por el señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, en su calidad miembro principal de la Junta Directiva de HI y Gerente de EPM para la época de los hechos, el Despacho considera, que las conductas anteriormente descritas, fueron determinantes para que se incrementaran injustificadamente las Inversiones y que en consecuencia, tal y como se demostró en el acápite de daño, se ten-rimara destruyendo el valor presente neto del proyecto, así mismo, que el contrato no pudiera entrar en operación en la fecha programada, generando una merma patrimonial al Estado como consecuencia del Lucro cesante.

Tal y como se explicó en el acápite en el que se describieron los hechos generadores, esta secuencia de hechos concatenados puso en estado de vulnerabilidad el proyecto lo que condujo a que se diera la contingencia de 2018 y generaron un 'cremento de las Inversiones que generó la pérdida del valor presente neto del proyecto e impidió que el proyecto entrara en operación en la fecha programada ocasionando también un lucro cesante "
Al respecto, se debe señalar que las inversiones realizadas (GAD y Plan de
Aceleración) se encuentran plenamente justificadas y no obedecieron a una
conducta gravemente culposa de mi cliente En ese contexto, el colapso del tercer túnel de desviación (GAD) no puede atribuirse a la

decisión de su construcción, ni a la ejecución del Plan de Aceleración - que no tenía relación alguna con el mismo- En aras de la discusión y siguiendo los argumentos de la Contraloría, el suscrito se cuestiona (Qué tiene que ver la aprobación de un tercer túnel – que tenía el propósito de conjurar situaciones de orden geológico en otro frente de obra-, con que éste se desplome> (acaso la aprobación de construir el túnel es la causante del colapso de este> (acaso la aprobación del Plan de Recuperación de Atrasos (Plan de Aceleración) es la causante del colapso de la GAD> Qué tiene que ver la introducción de salvedades con la contingencia del 2018> (En qué afectó la adopción de un mecanismo de pago provisional de obras extras con el AMB 19 en la no entrada en operación>

En esa línea, no tiene asidero extrapolar el "supuesto" nexo causal entre la falta de planeación y los atrasos, con el colapso del túnel Y menos lógico es señalar que la decisión acertada, desde la recuperación de los atrasos, es el hecho causal de la caída del túnel La lógica con la que se establece el nexo causal entre la presunta falta de planeación-atrasos-decisión de construir un túnel para recuperar atrasos-desplome del túnel y no ingreso del Proyecto en diciembre de 2018, equivaldría a decir que la decisión de construir el puente Chirajara es la responsable de los fallecidos por el desplome del puente Incluso, se podría afirmar que los funcionarios que aprobaron la construcción de la vía al llano son los responsables del desplome del puente Chirajara y del fallecimiento de las personas Causalidad que no tendría cabida en este asunto Así las cosas, la CGR cae en la "falacia de la causa falsa", que consiste en suponer que la causa de un suceso es necesariamente aquello que sucede antes. En el caso que nos ocupa, el razonamiento de la Delegada ha sido el siguiente La GAD colapso Como evidentemente no hubiera colapsado si no hubiese sido construida, la causa del colapso de la GAD es su propia construcción Como la GAD no se construyó a sí misma, los responsables de su colapso son aquellos que la concibieron, diseñaron y construyeron Como estas personas no actuaban
por cuenta propia, sino que eran agentes que ejecutaban un mandato contractual, evidentemente, el responsable es el principal que les encomendó el trabajo Como el mismo principal era a la vez agente de otro principal al que estaba vinculado por un contrato BOOMT, el responsable es ese segundo principal Y así llegarnos a que los responsables del colapso de la GAD son quienes concibieron, negociaron y celebraron el BOOMT.
Vale la pena preguntarse si ese detienen allí las cosas; Si seguimos la lógica de la Contraloría, no se detendrían Así, el BOOMT no se habría celebrado si Hl no hubiese sido dueña del Proyecto, esto no habría sido posible si no hubiese tenido el control de una sociedad a

la que en algún momento ISAGEN aportó unos estudios de factibilidad realizados sobre un potencial hidrológico identificado por los ingenieros Lucio Chiquito y José Tejada Hay que concluir por tanto que, bajo la línea argumentativa de la Contraloría General, los responsables del colapso de la GAD serían los ingenieros Chiquito y Tejada por haber planteado el Proyecto.

En resumen de lo señalado, no se puede aseverar que existió nexo de causalidad entre las conductas imputadas a mi cliente, la contingencia del 2018 y la no entrada en operación del proyecto en la fecha programada Lo anterior, toda vez que dicho razonamiento responde a la aplicación de la teoría de equivalencia de las condiciones, que no es aceptada por nuestra jurisprudencia para atribuir responsabilidades a los agentes del Estado Así las cosas, la Delegada no cumplió con el requisito de sustentar probatoriamente que las conductas reprochadas son la causa real y directa del supuesto daño patrimonial causado al erario y, en este sentido, se deberá archivar el proceso por no acreditar uno de los elementos de la responsabilidad fiscal.

R:/ En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión, la misma no es la única causa del aumento inusitado de las inversiones ni del hecho de que el proyecto no entrara en operación en la fecha programada.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **<u>destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.</u>**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho* ***eficiente y determinante*** *para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que* ***resulte idóneo para su configuración****. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la* ***causa idónea y eficiente para la producción del daño****"*[231]*.*

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[232]*.*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el***

---

[231] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[232] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:

"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).

"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo[233]*:*

"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.

"(…).

*"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*

*Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"*[234]*.* (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria

[233] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.
[234] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.
En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO**

ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[235] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[236], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad

[235] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[236] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los**

Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -

producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

En ese orden de ideas, ha existido concurrencia de conductas en la concreción del daño señalado en esta providencia.

Absueltos argumentos comunes en los escritos de descargos presentados por el apoderado en nombre de sus prohijados: Luis Javier Vélez Duque (FL. 23955-24023) y Juan Esteban Calle Restrepo (FL. 24104-24183), corresponde al Despacho dar respuesta a las tesis particulares expuestas en cada uno de los referenciados documentos.

b) En lo que respecta al señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, expuso el apoderado:

“AUSENCIA DE CULPA GRAVE DEL SEÑOR LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE.
A. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA MODALIDAD DE CONDUCTA REPROCHADA AL SEÑOR VÉLEZ DUQUE
El artículo 90 de la Constitución Política prevé frente a la responsabilidad de autoridades públicas que "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste" La interpretación que la Corte Constitucionales le ha dado a este artículo implica que la responsabilidad patrimonial del agente estatal se circunscribe únicamente a su actuar doloso o gravemente culposo En consecuencia, no se genera responsabilidad en caso de culpa leve o levísima.
Ahora bien, en relación con la responsabilidad fiscal, dicha Corporación ha Señalado "Para la Corte, la responsabilidad fiscal viene a constituir "una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los

contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado" En esa medida, igual a lo que acontece con la acción de repetición, la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos -incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado- "
La acción de repetición, como responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, se encuentra fundamentada, al igual que la responsabilidad fiscal, en el inciso 2° del artículo 90 de la Constitución Politica20, la Sección Tercera del H. CONSEJO DE ESTADO ha definido la culpa grave de la siguiente manera

Conforme a las anteriores definiciones se evidencia que, pala el legislador, no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma, y por ello consideró necesario graduarlas, dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo, en estas condiciones la culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del operador jurídico es decir que cuando se configura, el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave, quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría es por eso que dice la norma, que esta clase de culpa en materias civiles, equivale al dolo, la culpa grave o negligencia grave es descrita por la jurisprudencia alemana como "...una conducta que infringe, en una medida desacostumbradamente desproporcionada a la diligencia requerida: sería pasar inadvertido 'lo que en un caso dado, a cualquiera, debe ser evidente'..."; es decir, que esa "...negligencia grave sería 'la vulneración de un deber especialmente grave y también subjetivamente inexcusable sin más, que excede considerablemente la medida acostumbrada en la negligencia.

En la Sentencia C-619 del 2002, la Corte Constitucional reconoció que, al igual que en la acción de repetición, en la responsabilidad fiscal el criterio de imputación nunca puede ser culpa leve ni levísima en los términos del artículo 63 del Código Civil Lo anterior, porque se desborraría el ámbito de responsabilidad fijado por el constituyente exigiendo un modelo de conducta superior al establecido En virtud de lo anterior, declaró inexequible el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de dicha normativa, que contemplaban la culpa leve como grado a partir del que se podía establecer responsabilidad fiscal.

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico vigente, las únicas conductas constitutivas de gestión fiscal antieconómica, que en líneas generales no se avengan a los fines del Estado generales y particulares de la entidad

presuntamente afectada con el daño fiscal y, que son reprochables, son las que se cometen a título de dolo o culpa grave La necesidad de que se pruebe el dolo o culpa grave de quienes, en calidad de gestores fiscales, ocasionen daños fiscales, es que sólo son reprochables los comportamientos decididamente encaminados a perjudicar al erario mediante violaciones abiertas de la ley o mediante apatía o remendad tales que conlleven a constar una utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho propio o ajeno, económico o de otra índole, esto es, mediante actos manifiestos de corrupción.

En este sentido, en lo que concierne a la culpa grave, si bien no existe un elemento intencional con relación a la producción del daño, debe demostrarse que el agente se ha comportado como si lo hubiera querido Por eso se la equipara con el dolo, por ser particularmente desmedida La culpa grave, entonces, implica haber obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves, por evidenciarse un error, una imprudencia o una negligencia tales, que no podrían explicarse sino por la inexcusable necedad del agente. No por otra razón, el inciso 2° del artículo 63 del Código Civil la define como "( ) Culpa grave negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas ni entes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo"

Respecto de la culpa leve y levísima, el artículo 63 del Código Civil señala "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado "

De conformidad con lo anterior, los parámetros señalados por el Código Civil son los mismos que se deben tener en cuenta para la imputación de responsabilidad fiscal Lo que la Ley 610 de 2000 le reprocha al gestor fiscal que incurre en responsabilidad es precisamente haber desbordado esa diligencia que le impone prever el daño que pudiera causarse con un acto suyo, según los conocimientos que le son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñarse como manejados y administrador del erario y entrar en el terreno del descuido que sobrepasa de forma irrazonable y significativa una imprudencia socialmente tolerable. La culpa excesivamente imprudente que arrostra peligros y que le es insoportable al ordenamiento jurídico, en punto de la responsabilidad fiscal, es aquella consciente En ella, el gestor fiscal conoce el detrimento patrimonial que puede ocasionar con su conducta antieconómica que no se aviene a los fines esenciales del Estado y aun así, confía imprudentemente en que el resultado perjudicial al erario no se produzca, cuando ni siquiera la exigua templanza, cautela,

moderación, sensatez y buen juicio con que actúan los gestores fiscales negligentes se comportarían de esa forma Entre otras cosas, porque no puede haber daño fiscal sin que éste provenga de una gestión fiscal "( ) que en término generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto ( )" de la entidad fiscalmente controlada Entender lo contrario sería exigirles a los gestores fiscales un comportamiento ajeno a la condición humana, que por demás, es esencialmente falible Si ello no fuera de esta manera, ningún particular estaría incentivado, hablando en términos de racionalidad económica, a ser gestor fiscal Esta situación absurda iría en menoscabo del cumplimiento de los fines esenciales del Estado y de la existencia misma de la colaboración de los particulares para con la institucionalidad, porque hasta un leve o ligero descuido en las actividades que implican el manejo o aprovechamiento de recursos públicos le obligaría a exponer su propiedad privada al pago de la obligación de indemnizar a la Nación.

Sería, entonces, demasiado oneroso ponerse al servicio del Estado y de la comunidad, tanto así, que cualquier relación causal con un daño al fisco tendría que resarcirse con cargo a su patrimonio Afectándose con ello, de paso, los derechos de terceros de buena fe frente a los cuales tiene otras relaciones jurídicas de contenido económico —como la confianza del público, sus acreedores e incluso, las autoridades tributarias.

Ahora bien, en el caso objeto de estudio, encontramos que el Auto 1484 del 2020 en reiteradas ocasiones exige a mi cliente un modelo de conducta mayor al de la culpa grave, violando directamente los parámetros y garantías fijados en el artículo 90 de la C P , con base en la aplicación inadecuada de la Ley 222 de 1995 En relación con este punto, la Delegada señaló que, por tratarse de administrador de la sociedad, le resultan aplicables las disposiciones de dicha normativa y, en este sentido, el modelo de conducta exigible era la del buen hombre de negocios que, como se explicó, corresponde a la especie de culpa leve y no grave como señala la Constitución Política y la Ley 610 del 2000 frente a la responsabilidad fiscal de los servidores públicos Al respecto, se sostuvo a lo largo del Auto de Imputación: "Aunado a lo anterior, la Ley 222 de 1995, es clara al señalar que en su actuar, los administradores deben obrar con lealtad y buena fe, así `ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

(…)

"En efecto, en el Libro I de la Ley 222 de 1995, se estableció el Régimen de Sociedades, y en el Capítulo IV, de los Órganos Sociales, se consagra en la Sección II lo referente a los administradores (artículos 22 al 25), señalando quienes tienen esta calidad, sus deberes y responsabilidades, i lo relacionado con la acción social de responsabilidad contra éstos Así mismo, respecto de la conducta de los administradores, el art. 23 de la precitada

Ley, señala que deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, así como que sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, y observando los intereses de sus asociados. Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenía, la de un buen padre de familia, pues ahora deben actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad"

"Así mismo, respecto del señor Vélez y dada su condición de representante legal de Hl y posterior V P Proyectos Generación Energía de EPM, de el resultan predicable, las obligaciones establecidas por la legislación mercantil (Ley 222, art 23) que impone que los administradores de las sociedades entre los que se encuentran los representantes legales y miembros de Juntas directivas "deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad".

"Pese a que entiende el Despacho que la suscripción de la AMB3 obedeció a la formalización de una realidad táctica- razón por la que no se atribuyó responsabilidad al señor Vélez- cabe señalar que este tipo de argumentos, no tienen asidero fáctico m jurídico, teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 222, tiene como administrador el deber de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios ( )"

Finalmente, y, como si fuera poco, la Delegada concluye sobre la imputación a mi cliente que las presuntas acciones desplegadas se pueden calificar a título de culpa grave, aún cuando a lo largo de todo el documento se mencionó que el modelo de conducta exigido era la del buen hombre de negocios, esto es, por culpa leve. Tan confundido se encuentra el órgano de control fiscal que, justo en el mismo párrafo, señala que el estándar, a pesar de tratarse de culpa grave, sigue siendo el del buen hombre de negocios Al respecto, sostuvo "Tal y como se explicó, las acciones desplegadas por el señor Vélez obedecieron a falta de diligencia y pueden ser calificadas como culpa grave, en los términos del artículo 63 del código civil al no atender al modelo de conducta exigible a una persona poco diligente con sus propios negocios lo cual llama especial atención, considerando que los directores y administradores tienen la obligación de obrar bajo el estándar del buen hombre de negocio "

Ahora bien, la Ley 222 de 1995 no es la norma aplicable para determinar si la conducta de un servidor público es objeto de responsabilidad fiscal El hecho de que mi representado haya sido Gerente de EPM-I no significa que se le pueda exigir un modelo de conducta distinto al establecido por la Constitución Política y la Ley 610 del 2000, esto es, la culpa grave o dolo Afirmar lo contrario, resulta una violación directa de la Carta Magna y una vulneración al derecho fundamental al debido proceso de mi prohijado. Aunado a lo anterior, la responsabilidad fiscal resulta independiente del

carácter público, privado o mixto de la entidad, toda vez que, lo que resulta reprochable es la conducta de quien realizó la gestión fiscal como servidor público o particular que incurrió en la producción del daño en perjuicio del patrimonio del Estado En este sentido, resulta erróneo e inconstitucional aplicar la Ley 222 de 1995 a mi prohijado por el hecho de ser Gerente de la sociedad, toda vez que, el modelo de conducta del buen hombre de negocios establecida en el artículo 23 de dicha normativa resulta únicamente aplicable a procesos estipulados en ella, por ejemplo, la acción social de responsabilidad establecida en el artículo 25 de la misma, esto es, los asuntos de naturaleza netamente comercial por la calidad de administradores Contrario sensu, en un proceso de responsabilidad fiscal, lo que se reprocha es la conducta de un servidor público o de un particular que causó un detrimento al patrimonio público Así las cosas, el único modelo de conducta exigible a mi cliente es el de la culpa grave, que no resulta ser, como lo pretende la Delegada, el modelo del buen hombre de negocios que corresponde a la culpabilidad leve

Al respecto, la doctrina ha aclarado que la figura del buen padre de familia en el Código Civil, esto es, la culpa leve, fue adoptada en las relaciones comerciales con el nombre de buen hombre de negocios, así "Igualmente resultan muy interesantes y pertinentes los apuntes que sobre la materia señala el profesor ARRUBLA25 Este autor sostiene en primera medida que el deber de diligencia introducido en la L 222/95 acoge una graduación de culpa contractual que podría considerarse equivalente a la concepción civil (pues de ella se deriva y se justifica), en la medida que acoge la "culpa leve" -correspondiente a la idea de una responsabilidad media-, a menos que, además con su conducta se vulnere el principio de "buena fe", caso en el cual, responderá hasta por la culpa levísima."

En consecuencia, es evidente la confusión con la que la Delegada sustentó la culpabilidad de VÉLEZ DUQUE () del Auto de Imputación, pues fue calificada como culpa grave bajo los parámetros del buen hombre de negocios que, como se explicó, es la misma culpa leve del artículo 63 del Código Civil Por tino lado, vale la pena mencionar que, dentro del Auto de Imputación se señaló en reiteradas ocasiones que mi cliente no obró bajo el modelo de conducta exigible A pesar de ello, el operador de control fiscal no hizo el más mínimo esfuerzo en establecer en qué consistía ni qué era lo que se debía esperar de mi prohijado en su calidad de Gerente de EPM-I

Por el contrario, se empecinó en reiterar una y otra vez que debía actuar como un buen hombre de negocios, figura que como se explicó, no Jesuita aplicable en este caso. Cabe entonces preguntarse si lo que se pretende con la imputación es reprochar todas las decisiones que se tomaron en el mamo del proyecto y que no tuvieron como resultado la entrada en operación en el 2018, sin =portal sr mi cliente actuó o no con diligencia o bajo un estándar de culpa leve o levísirna En ese caso, se le estaría exigiendo un comportamiento ajeno a la condición humana, imposible de cumplir, absurdo y además contrario los fines esenciales del Estado y la existencia de la colaboración de los particulares con la institucionalidad,

porque ante el menor descuido en las actividades que implican el manejo de recursos públicos le obligaría a exponer su propiedad al pago de la obligación de resarcir a la Nación.

En relación con lo anterior, la Delegada se contradice al señalar, poi un lado, que resulta aplicable la regla de juicio de negocios o discrecionalidad (business judgement rule) por la que los administradores son autónomos en la toma de decisiones a menos que hayan actuado con dolo o culpa grave Y por otro lado, reprocha a lo largo del Auto de Imputación que, por ejemplo, las salvedades que se firmaron iban en perjuicio de Hidroituango o el reconocimiento de pagos al Contratista y que conducta exigible es la del buen hombre de negocios. El órgano de control fiscal, desde una posición cómoda en el presente, critica las decisiones del pasado tomadas por VÉLEZ DUQUE por la contingencia del 2018 y la no entrada en operación hasta la fecha En este sentido, se pretende reprochar que hubo un resultado negativo para HI ante decisiones como la introducción de salvedades al Contrato, medida que fue tomadas diligentemente, bajo los criterios de la buena fe y que no iban en desmedro de la sociedad que mi cliente representaba y por la que debía velar su bienestar Al respecto, vale la pena traer a colación lo señalado por la doctrina nacional en relación con la aplicación de la regla de juicio de negocios o discrecionalidad. "Por su parte, el profesor RODRÍGUEZ AZUERO ha sostenido, sobre la responsabilidad de los administradores, que uno de los aspectos más delicados en la determinación de su responsabilidad consiste precisamente en encontrar el equilibro entre la conducta debida de los administradores y «el necesario margen de maniobra con el que debe contar para la aplicación de su propio criterio y su expertica ante situaciones frecuentemente complejas, frente a las cuales lo que habrá de medirse es la razonabilidad con la cual, dadas las circunstancias y teniendo en cuenta el entorno, toma una decisión», y agrega en seguida que «al administrador "no se le exige por imperativo legal ni el éxito ni el beneficio, se le pide únicamente el empleo y la diligencia adecuada para obtenerlos"

A su turno el profesor REYES sostiene, sobre la base de que la obligación de los administradores es más bien de medios y no resultados, que el deber de diligencia en Colombia no implica en forma alguna que la decisión de negocios tenga que ser acertada económicamente, y por ello, afirma que al administrador no se le debe atribuir responsabilidad si los resultados de su gestión no son exitosos cuando su actuar se ajuste a la buena fe y a la diligencia debida. Corno un fundamento más a la anterior argumentación, el citado profesor explica el contenido y alcance de la business judgement rule en los Estados Unidos, de cuya figura no duda en calificar "bien podría servir de ilustración para nuestras normas de responsabilidad. Posteriormente, no duda en afirmar que el administrador societario se encuentra sometido una obligación de medios «donde se perciben dos fuerzas opuestas por un lado, la severidad en cuanto a su responsabilidad por tratarse de un profesional Por el o no, la toma en consideración del azar propio de su actividad que permite una menor severidad en el juicio de su conducta» Por lo anterior, sostiene que cl «el administrador no será responsable cuando globalmente

su gestión ha sido correcta, ha actuado de buena fe y con respeto de los usos relativos a su profesión.», caso en el cual los tribunales deben permitir « un margen de error en la toma de decisiones», lo cual resulta apenas normal teniendo en cuenta la naturaleza de su actividad en los vaivenes del mercado. Finalmente, quisiéramos traer a colación los argumentos del profesor PEÑA cuando afirma que el administrador «Se caracteriza porque vive en constante riesgo, pero a pesar de ello, busca la realización de conductas encaminadas a la consecución de los fines perseguidos por los asociados con la sociedad y a evitar que se produzca un daño. Aunque es claro que en la vida comercial se presentan riesgos económicos en los cuales se puede acertar o fallar en el intento de superarlos, la misión fundamental del buen hombre o de la buena mujer de negocios es arriesgar capital para ganar a favor de su sociedad.», y más adelante, sostiene el mismo autor -tratando el deber específico de los administradores de "realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social" del art 23 L 222/95- que el administrador «no estará obligado a obtener un resultado económico para la sociedad que él representa. Esto quiere decir que al administrador no se le exige asegurar el éxito económico de una sociedad, siempre y cuando actúe con diligencia, prudencia y en ejercicio de la figura del buen hombre o mujer de negocios»"

A pesar de que se argumentó la razón por la que el modelo de conducta exigible a mi cliente no puede ser la del buen hombre de negocios, aún si se establece la aplicación errada de la Delegada de tal criterio, también sería contradictorio con su razonamiento Lo anterior, porque no es posible, bajo los postulados de la Ley 222 de 1995 y la teoría del Business Rule, reprochar las decisiones de los administradores que actuaron bato la buena fe y prudentemente por el hecho de no obtener el resultado perseguido, toda vez que resultaría imposible ejercer la profesión y los negocios por la naturaleza misma de su actividad que resulta riesgosa por los van-enes del . mercado Desde ya debo afirmar que las decisiones y actuaciones de VÉLEZ DUQUE fueron asumidas con la debida diligencia y bajo los postulados de la buena fe, siempre dando cumplimiento a sus deberes e intentando, bajo las circunstancias en que se encontraba el proyecto, que se cumpliera con la meta de generar energía en el año 2018 Tanto así, que si se volviera al pasado, se tomarían las mismas decisiones en el marco de sus funciones, toda vez que, aunque ocurrió un evento imprevisible que hizo que la Hidroeléctrica no entrara en operación, las determinaciones no fueron deliberadamente votadas para causar un perjuicio a la sociedad ni al Estado ni son causa de la contingencia geológica que impidió que el proyecto comenzara a generar energía en e12018. Ahora bien, mi cliente tampoco obró bajo la modalidad de culpa grave que podía predicársele dada su calidad de servidor público, pues actuó diligentemente en todas sus actuaciones como se sustentará a continuación respecto a cada uno de los cargos imputados:

• En el primer reproche se le recrimina al señor VELEZ DUQUE, en calidad de Gerente General de IMP I, la falta de diligencia en la firma del Contrato BOOMT con salvedades, aludiendo que era un contrato planteado en un

escenario ideal y con características incumplibles En este punto se destaca que mi representado obro diligentemente en la firma del contrato BOOMT, en tanto la inclusión de las salvedades fue revisada y avalada por la Secretaría General de EPM, representada por su abogado Mauricio Restrepo Terreros, y la firma de este había sido avalada por unanimidad en la Junta Directiva de EPM-I mediante el Acta No 1 del día 29 de marzo de 2011, punto quinto del orden del día. Durante el proceso de negociación de los términos del contrato BOOMT, se celebraron vanas reuniones específicas entre delegados de EH, Integral, en representación de HI, v EPM, para acordar el presupuesto de referencia del proyecto y el cronograma de éste En estas reuniones, EPM propuso una revisión del cronograma que considerara el estado real de las obras y actividades que venía ejecutando Hl en ese momento (vías de acceso y adjudicación de los túneles de desviación eran las más significativas), cuyo retraso y eventual incumplimiento impactaría las fechas de algunos de los hitos del cronograma de HI e Integral se opusieron a la solicitud de EPM y, en conjunto con la Unidad de Programación y Control de la Subgerencia de Proyectos de EPM, plantearon una alternativa, que fue estudiada avalada por la Secretaría General de EPM Esta opción consistió en mantener el cronograma de HI e Integral, pero agregando la nota de salvedades que establecía los lineamientos para proceder en el caso de que se materializaran retrasos en aquellas actividades y obras previas que venía ejecutando EH antes de la firma del BOOMT, y que efectivamente impactaran las fechas de los hitos de éste Se regló así la manera de abordar una eventual controversia contractual, salvaguardando de esta forma los intereses de EPM y de HI.

La otra manera de abordar las contingencias era suponer desde antes de la firma del contrato que se presentarían con certeza y valorarlas en tiempo y costos, y de una vez incluir sus Impactos en el cronograma y presupuesto, lo que no fue aceptado, porque si no ocurrían o sus impactos fueran menores o mayores que los estimados, una de las partes saldría lesionada En cualquier contrato de obra que sufre retrasos, las partes identifican las causas y las responsabilidades y, en consecuencia, se hacen los acuerdos a que haya lugar Estas salvedades, que no son extrañas en este tipo de contratos, precisan y delimitan la distribución de riesgos y responsabilidades para las partes y hacen parte de las reglas que éstas de manera voluntaria y leal acordaron y decidieron consignar en el contrato, antes de suscribirlo.

Estas reglas para abordar eventuales controversias no cambian para nada la naturaleza del contrato BOOMT en cuanto a que es una obligación de resultados, porque no se modificaron las prestaciones delimitaron las penalizaciones, sanciones y demás estipulaciones asociadas al incumplimiento injustificado por parte de EPM de alguna de sus obligaciones. Adicionalmente, cumplió con firmar el contrato BOOMT, conforme a los acuerdos previos celebrados entre EPM y los demás socios de Hl, en los que se habían especificado las condiciones del contrato, todo previamente a la designación de mi cliente como Gerente General de EPM-I. De otro lado, no realizar las salvedades hubiese sido un actuar negligente,

en cuanto sería desconocer que obras complejas, como las de este Proyecto, no son ajenas a la ocurrencia de situaciones imprevistas (contingencias), dejando abierta la posibilidad de tener que asumir responsabilidades por situaciones no imputables a la gestión y control de EPM-I Además, las salvedades tampoco implicaban un perjuicio para HI, por el contrario, representaban una advertencia oportuna de que el cronograma presentaba riesgos que podrían retrasar el Proyecto en caso de que se materializaran, retraso generado en situaciones acaecidas cuando mi cliente no estaba vinculado al Proyecto.

En conclusión, mi representado actuó debida y diligente en su calidad de Gerente de EPM-I en tanto suscribió el contrato BOOMT con salvedades con la revisión y aval previos de la Secretaría General de EPA/ y con la aprobación de la Junta Directiva de EPM-I, siguiendo los parámetros estipulados previamente por EPM y la IDEA, y previendo posibles contingencias que podrían afectar el Proyecto e Indicando que ante cualquier modificación del cronograma del proyecto se asignarían nuevamente las responsabilidades, ello sin generar ninguna afectación a EPM ni a HI.

• En el segundo reproche, se acusa a mi prohijado porque en calidad de Vicepresidente Proyectos Generación de Energía de EPM suscribió el AMB 19 al Contrato de Obras Principales a causa de que representaba una supuesta "señal de alarma sobre la manera como EPM reconocía pagos de obras extra al Contratista (sic) de obras principales" En este sentido, es importante indicar que la suscripción del AMB 19 era necesaria para darle flujo de caja al Contratista para que pudiera continuar con las obras y no se opusiera a la ejecución de obras extras hasta que se le pagaran las ordenadas y efectuadas, ello en pro de darle continuidad al proyecto y evitar su parálisis Situación que no fue contemplada por la Delegada, quien se sesgo en decir que se estaban reconociendo cuantiosas obras extras a un contratista, sin reconocer el verdadero sentido del AME 19.

Por lo anterior, el debido actuar en interes representado como Vicepresidente era permitir la ejecución de los mecanismos necesarios para evitar que se paralizara la ejecución de la obra, pues si bien ya se venían presentando algunos atrasos está situación empeoraría por la falta de flujo de caja del contratista de obras principales y por ello era necesario crear un mecanismo de pago de las obras extras ya ejecutadas por el contratista.

De otro lado, se cumplió con todo el procedimiento de revisión auditora para la suscripción del AMB 19, fue auditada y validada antes de su suscripción, tanto por la Secretaría Jurídica como por la Auditorio. Interna de EPM, fue autorizada por la Vicepresidencia Ejecutiva de Proyectos e Ingeniería, instancia jerárquica inmediatamente superior a la Vicepresidencia de Proyectos Generación, a través de la cual debía surtirse trámite de autorización previa, y fue autorizada sin objeciones u observaciones por el Gerente General de EPM en el Comité de Contratación de la Gerencia General de EPM, tal como consta en el "Acta de Contratación No 48" de

dicho comité. Aquí es menester precisar que el señor VÉLEZ DUQUE, de acuerdo con los requisitos, procedimientos, controles, estatuto de contratación y delegaciones institucionales en EPM, de obligatorio acatamiento, no tenía en su calidad de Vicepresidente - no ejecutivo (la VP Proyectos Generación es una vicepresidencia no ejecutiva en EPM)-, ninguna autonomía ni discrecionalidad para suscribir ni modificar ni este ni ningún otro contrato.

Pala modificar el contrato, una vez acordados los términos de la modificación por la Interventoría y el contratista y revisados y validados por la Dirección Desarrollo Proyecto Ituango, dependencia responsable de la administración, ejecución y control del contrato de construcción de obras, y expedido el certificado de disponibilidad presupuestal por la Vicepresidencia de Finanzas Corporativas, previa verificación de la disponibilidad de recursos en el presupuesto de inversiones aprobado por la Junta Directiva de EPM, el Vicepresidente de Proyectos Generación tenía que surtir un trámite riguroso de revisiones y aprobaciones institucionales.

Lo primero, se sometió la modificación a revisión jurídica por palie de la Secretaría General de EPM y está en el expediente del contrato el respectivo informe jurídico sin objeciones Así mismo, se sometió la modificación a revisión de la Vicepresidencia de Auditoría Corporativa de EPM, como condición indispensable para que el asunto pudiera ser llevado a la instancia del Comité de contratación de la Gerencia General de EPM y se mobló el respectivo informe sin objeciones, que reposa en el expediente del contrato Se obtuvo la autorización del Vicepresidente Ejecutivo de Proyectos e Ingeniería para avanzar con la modificación y presentarla en el Comité de Contratación de EPM Cumplidos estos pasos previos, que en EPM son condición indispensable para que una modificación a un contrato pueda prosperar, porque un concepto desfavorable o con objeciones devuelve de inmediato el trámite basta que se subsanen las observaciones, se presentó la propuesta de modificación en el Comité de Contratación, que es una institución corporativa que preside directamente el Gerente General y a la que concurren los vicepresidentes ejecutivos de EPM, el vicepresidente de Cadena de Suministro y la Secretaría General, en según el caso los directivos y profesionales que conocen los detalles del asunto En este comité el Gerente General de EPM autoriza si se procede o no con la firma del contrato o la modificación Una negativa en este comité implica que quien esté delegado para la firma no puede firmar y la modificación se devuelve para subsanar, aplazarla o cancelarla definitivamente En el caso de la AMB 19, el señor VÉLEZ DUQUE, habiendo cumplido todos los pasos y requisitos, obtuvo la autorización del Gerente General en el Comité de contratación corporativo para proceder con la firma de la misma Tal como lo establece el decreto de delegaciones de la Gerencia General, el Vicepresidente de Proyectos Generación no podía fumar la modificación sin haberla presentado previamente en el Comité de Contratación corporativo, y eso fue lo que diligentemente hizo. Lo anterior, demostrando que diferentes Instancias avalaron la creación del mecanismo de pago provisional, dada su pertinencia para garantizar el avance constante en las

obras del Proyecto Demostrando que mi cliente no obro por fuera del ejercicio de sus funciones ni de manera poco diligente, en cuanto para la suscripción del AMB 19 verificó que se surtiera todo el trámite de validación respectivo, además de considerar su pertenencia y necesidad para evitar que se paralizara el proyecto. Todo lo mencionado permite demostrar que mi representado actuó diligentemente en calidad de Gerente de EPM-I y como Vicepresidente Proyectos Generación de Energía de EPM, pues contrario a lo que pretende demostrar la Delegada, sus actuaciones estaban dirigidas a cumplir con sus funciones y lograr que a pesar de las adversidades el proyecto de la Hidroeléctrica llegara a buen término, ello sin generar en ningún perjuicio para ninguna de las entidades públicas implicadas.

En conclusión, la CGR omitió demostrar la culpabilidad de mi cliente bajo los postulados establecidos constitucionalmente, esto es, bajo la modalidad de culpa grave, pues la sustentó bajo los parámetros del buen hombre de negocios que, como se explicó, es la misma culpa leve del artículo 63 del Código Civil si vulneró su derecho al debido proceso En este sentido, no podría predicarse una responsabilidad fiscal por no haberse acreditado uno de sus elementos constitutivos, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y deberá archivar el proceso en contra de VÉLEZ DUQUE

R:/ En primer término resulta necesario precisar que la Sentencia C-619 de 2002 que cita el apoderado, declaró lo siguiente:

*"Declarar **INEXEQUIBLES,** el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000."*

Esta precisión es importante por cuanto del tenor literal de lo expuesto por el apoderado pudiera llegar a pensarse que la Sentencia referida decretó la inexequibilidad del artículo 53 de la Ley 610, cuando el aparte declarado inexequible fue únicamente la expresión "leve".

Ahora bien, partiendo de la anterior decisión jurisprudencial, explica el apoderado que solamente puede configurarse responsabilidad fiscal en cabeza de una persona cuando se demuestra que ésta obró con culpa grave o dolo en consonancia con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución política de Colombia. Conclusión que este Despacho comparte plenamente.

A renglón seguido señala el apoderado, que en el caso concreto de sus poderdante para establecer si en las conductas desplegadas tanto por Luis Javier Vélez Duque, como por juan Esteban Calle Restrepo, se estructuró la mentada culpa grave.

En este punto, es importante precisar que lo sostenido por el apoderado, surge del hecho de no compartir las conclusiones del Despacho, pero no obedece a la realidad ni mucho menos a lo plasmado en el auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

Este Despacho, en el análisis de la conducta de todos y cada uno de los implicados, tuvo en cuenta los roles que cada uno ejercía, así como las competencias constitucionales, legales, estatutarias o contractuales según el caso. Así mismo evaluó las diferentes decisiones, teniendo en cuenta de manera particular en relación con la junta directiva de Hidroituango que las mismas se encontraban plasmadas en las actas de junta directiva, respecto de las cuales y precisamente a efectos de precisar la información con la que contaban los miembros de la junta, se solicitaron también los anexos a las mismas, los cuales por demás obran en el plenario.

Así mismo, se tuvieron en cuenta las Actas del comité de seguimiento al BOOMT, las Actas del comité de expertos BOARD, información a la cual tenían acceso los miembros de junta y quienes por demás tenían la obligación de informarse sobre todo el proceso pues como se dijo y se reiteró a lo largo del auto de imputación, Hidroituango es una sociedad con objeto único, cuyo único propósito es lograr la ejecución de una hidroeléctrica que por supuesto sea funcional y que se mantuviera dentro de los límites de costos planeados.

Así mismo y de manera particular respecto del señor Vélez Duque, como gerente de la sociedad EPM-I y V.P de Proyectos Generación Energía de EPM, esta Delegada precisó la manera como desarrolló su labor desde cada uno de sus roles.

Es tan cierto que el Despacho se puso en la posición que ostentaba cada uno de los prohijados del apoderado, para determinar las conductas desplegadas por ellos, que analizó sus competencias legales, examinó sus hojas de vida y el alcance de sus obligaciones contractuales, evaluó sus intervenciones en el seno de la Junta Directiva de la sociedad HI, etc.

En este punto, resulta necesario precisar que la culpa grave que se estructuró en cabeza del señor Luis Javier Vélez Duque, parte precisamente del hecho de haber suscrito el contrato BOOMT, conociendo las salvedades en este contenidas respecto de las cuales este Despacho se pronunció, en el sentido de explicar los motivos por las cuales las mismas alteraban el esquema de riesgos en perjuicio de Hidroituango y del proyecto mismo, dando espacio para que una obligación que debe ser de resultado, se convirtiera en una obligación de medio en la que el contratista iba a “intentar” lograr el cometido y entrar en operación en la fecha programada.

Lo anterior se erigió como un incentivo negativo en favor de EPM como ejecutor y en perjuicio de la obtención del cometido perseguido con ocasión de la inversión de los recursos públicos, cual era el de satisfacer el interés de los administrados proveyéndole al país una hidroeléctrica funcional que le surtiera el 17 % de la energía requerida.

En este sentido, es preciso recordar que quienes administran recursos públicos, deben cumplir con el principio-deber de la buena administración de los recursos más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, **el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano**, **de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados**"*[237].

Por lo anterior, no es de recibo lo argumentado por el apoderado al sostener que, el señor Vélez Duque no podría haber actuado en contravía de la sociedad que representaba, pues no es eso lo reprochado por este Despacho, sino el hecho de conocer a profundidad el tema y saber que tales consignas tarde o temprano resultarían en la modificación continua del cronograma, la necesidad forzada de implementación de planes de aceleración improvisados, y en suma – como ocurrió- la vulnerabilidad del proyecto hidroeléctrico más ambicioso en la historia del país. En atención a lo anterior, tampoco es de recibo para este Despacho el argumento de la "delegación de la firma del BOOMT, en razón a su cargo", pues si bien ostentaba la calidad de gerente de la sociedad, actuó con plena conciencia, sin que estuviesen de por medio los vicios del consentimiento contemplados en el artículo 1508 del Código Civil Colombiano.[238]

Cabe resaltar, como se explicó líneas atrás, que las conductas desplegadas, que se tomaron en perjuicio del proyecto hidroeléctrico contribuyeron de manera determinante a destruir el valor presente neto del proyecto.

Y es desde esa óptica que el Despacho estructuró la culpa grave en cabeza del señor Luis Javier Vélez Duque atendiendo precisamente a los dispuesto en la jurisprudencia citada por el apoderado y en las decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado, en el auto de imputación se determinó que con dichas omisiones descuidada y negligente.

Así las cosas, la conducta del presunto responsable NO fue estructurada- como mal lo expone el apoderado- con base en la Ley 222, dicha normativa fue expuesta, en primer lugar, porque es el marco legal aplicable para los administradores en el país,

---

[237] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

[238] A Saber: Error, fuerza y/o, dolo.

por ende sí enmarca las obligaciones esperadas por parte de estos en el desarrollo de sus propios negocios, en segundo lugar, porque permite evidenciar como el prohijado en cuestión no cumplió tan siquiera con el deber de diligencia mínimo que exige la Ley a una persona en el manejo de sus propios negocios, contrario es que no le convenga al apoderado la utilización de tal paralelo, y quiera hacer ver que esta delegada no cumplió con los parámetros establecidos en la normativa fiscal y constitucional para estructurar la culpa grave, trabajo que- tal como se expuso- fue cuidadosamente desarrollado en el auto de imputación.

Ahora bien, precisado lo anterior, el apoderado se refiere específicamente a las conductas que le fueron atribuidas a su prohijado, para desvirtuar que las mismas fueron determinantes para generar el daño al patrimonio del Estado. Sin embargo, se advierte desde ya que las consideraciones que realiza el apoderado, no desvirtúan el nexo causal que se ataca pero mucho menos demuestran que el señor Vélez Duque haya actuado con diligencia, pues no se demuestra que haya asumido la posición que le era exigible de cara a un proyecto de la importancia de Hidroituango y respecto del cual se tiene probado que le fueron informadas graves y determinantes situaciones, frente a las cuales se limitó a suscribir el BOOMT a sabiendas de las salvedades en este incluidas y posteriormente en calidad de VP de Proyectos Generación de EPM suscribió el mecanismo que dio vía libre a los pagos indiscriminados al contratista, todo lo anterior en el afán de EPM por entrar a generar en la fecha inicialmente estipulada con la CREG.

Corresponde ahora revisar nuevamente, las conductas respecto de las cuales considera que su prohijado actuó supuestamente de manera prudente.

> *"En el primer reproche se le recrimina al señor VELEZ DUQUE, en calidad de Gerente General de EPM-I, la falta de diligencia en la firma del Contrato BOOMT con salvedades, aludiendo que era un contrato planteado en un escenario ideal y con características incumplibles En este punto se destaca que mi representado* ***obro diligentemente en la firma del contrato BOOMT, en tanto la inclusión de las salvedades fue revisada y avalada por la Secretaría General de EPM,*** *representada por su abogado Mauricio Restrepo Terreros, y la firma de este había sido avalada por unanimidad en la Junta Directiva de EPM-I mediante el Acta No 1 del día 29 de marzo de 2011, punto quinto del orden del día. Durante el proceso de negociación de los términos del contrato BOOMT, se celebraron vanas reuniones específicas entre delegados de EH, Integral, en representación de HI, v EPM, para acordar el presupuesto de referencia del proyecto y el cronograma de éste En estas reuniones, EPM propuso una revisión del cronograma que considerara el estado real de las obras y actividades que venía ejecutando HI en ese momento (vías de acceso y adjudicación de los túneles de desviación eran las más significativas), cuyo retraso y eventual incumplimiento impactaría las fechas de algunos de los hitos del cronograma de HI e Integral se opusieron a la solicitud de EPM y, en conjunto con la Unidad de Programación y Control de la Subgerencia de Proyectos de EPM, plantearon una alternativa, que fue estudiada avalada por la Secretaría*

General de EPM Esta opción consistió en mantener el cronograma de HI e Integral, pero agregando la nota de salvedades que establecía los lineamientos para proceder en el caso de que se materializaran retrasos en aquellas actividades y obras previas que venía ejecutando EH antes de la firma del BOOMT, y que efectivamente impactaran las fechas de los hitos de éste Se regló así la manera de abordar una eventual controversia contractual, salvaguardando de esta forma los intereses de EPM y de HI.

La otra manera de abordar las contingencias era suponer desde antes de la firma del contrato que se presentarían con certeza y valorarlas en tiempo y costos, y de una vez incluir sus Impactos en el cronograma y presupuesto, lo que no fue aceptado, porque si no ocurrían o sus impactos fueran menores o mayores que los estimados, una de las partes saldría lesionada En cualquier contrato de obra que sufre retrasos, las partes identifican las causas y las responsabilidades y, en consecuencia, se hacen los acuerdos a que haya lugar Estas salvedades, que no son extrañas en este tipo de contratos, precisan y delimitan la distribución de riesgos y responsabilidades para las partes y hacen parte de las reglas que éstas de manera voluntaria y leal acordaron y decidieron consignar en el contrato, antes de suscribirlo.

Estas reglas para abordar eventuales controversias no cambian para nada la naturaleza del contrato BOOMT en cuanto a que es una obligación de resultados, porque no se modificaron las prestaciones delimitaron las penalizaciones, sanciones y demás estipulaciones asociadas al incumplimiento injustificado por parte de EPM de alguna de sus obligaciones. Adicionalmente, cumplió con firmar el contrato BOOMT, conforme a los acuerdos previos celebrados entre EPM y los demás socios de HI, en los que se habían especificado las condiciones del contrato, todo previamente a la designación de mi cliente como Gerente General de EPM-I. ***De otro lado, no realizar las salvedades hubiese sido un actuar negligente, en cuanto sería desconocer que obras complejas, como las de este Proyecto, no son ajenas a la ocurrencia de situaciones imprevistas (contingencias), dejando abierta la posibilidad de tener que asumir responsabilidades por situaciones no imputables a la gestión y control de EPM-I Además, las salvedades tampoco implicaban un perjuicio para HI, por el contrario, representaban una advertencia oportuna de que el cronograma presentaba riesgos que podrían retrasar el Proyecto en caso de que se materializaran, retraso generado en situaciones acaecidas cuando mi cliente no estaba vinculado al Proyecto.***

En conclusión, mi representado actuó debida y diligente en su calidad de Gerente de EPM-I en tanto suscribió el contrato BOOMT con salvedades con la revisión y aval previos de la Secretaría General de EPA/ y con la aprobación de la Junta Directiva de EPM-I, siguiendo los parámetros estipulados previamente por EPM y la IDEA, y previendo posibles contingencias que podrían afectar el Proyecto e Indicando que ante cualquier modificación del cronograma del proyecto se asignarían nuevamente las responsabilidades, ello sin generar ninguna afectación"

B. LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO BOOMT CON LA INCLUSIÓN DE SALVEDADES NO SE EFECTUÓ EN DETRIMENTO DEL PROYECTO, NI DE LA SOCIEDAD. TAMPOCO SUPUSO LA MODIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES QUE SE ADQUIRÍAN.

En relación con este punto, se le reprocha a mi cliente haber suscrito el BOOMT, e introducir salvedades en supuesto perjuicio de Hidroituango Al respecto, es importante mencionar que VÉLEZ DUQUE suscribió el BOOMT, en primer lugar, por las negociaciones y compromisos que ya se habían surtido entre EPM-I. Adicionalmente, procedió a suscribirlo en cumplimiento de una función adicional asignada por los superiores de mi cliente y en virtud del cargo de Jefe de Área Proyectos que desempeñaba En esa línea, la gerencia general de EPM-I no era un cargo en sí mismo, sino una función que le ordenaron ejercer a mi defendido desde su rol como jefe de área Por consiguiente, la ejecución de dicha función estaba supeditada a lo que le ordenaran sus superiores. Así las cosas, previa suscripción del BOOMT se celebraron unos acuerdos previos entre HI y EPM. De las deliberaciones se suscribieron tres acuerdos que se discriminaran a continuación, para efectos de demostrar que al ingreso de VÉLEZ DUQUE ya existían compromisos entre las sociedades, por lo que era imperioso suscribir el Contrato:

(i) Acuerdo de voluntades del 4 de julio de 2010:
El objetivo de este acuerdo fue "definirlos principios de la negociación directa, los lé177.71110 generales de un eventual negocio, la metodología de trabajo a seguir y finalmente, el cronograma de implementación del acuerdo". En esa línea, dentro de los principios se estableció, entre otros, el siguiente "Capitalizar el trabajo previamente realizado por EH (contratos, avances zona franca, avances n'ene financioo. etc)" Adicionalmente, sobre la estructura del negocio se pactó que, por una sola vez, y teniendo en cuenta, entre otros, lo ocurrido realmente en la construcción, las proyecciones financieras y el plan de negocios se actualizarían, así "Al finalizar el periodo de construcción, por una sola vez, se actualizará el Plan de Negocios y las proyecciones financieras del Proyecto con base en dos elementos (i) lo sucedido realmente durante la construcción en términos de valor de la inversión, fecha de entrada en operación, condiciones de financiamiento y condiciones tributarias del Proyecto; y (u) la metodología de proyección del Plan de Negocios del Proyecto acordada para el periodo de operación Una vez se haya actualizado el Plan de negocios y las proyecciones financieras del Proyecto, se determinará con base en los flujos de caja resultantes el nivel de las remuneraciones periódicas a I-II tal que, al incorporar el pago anticipado y la TIR definida, el valor presente neto del Proyecto durante el periodo de concesión, a la fecha de cierre de un eventual negocios, sea igual a cero. Esto último es de gran importancia, toda vez que demuestra que atendiendo la duración y magnitud de una obra como Hidroituango, las inversiones probablemente sufrirían modificaciones Sin que esta situación per se sea constitutiva de detrimento patrimonial:

(i) Acuerdo Marco del 11 de agosto de 2010 Como consecuencia del acuerdo antes referido, el IDEA y EPM — entre los dos, accionistas mayoritarios de Hidroituango SA ESP — celebraron un acuerdo marco cuyo objeto se circunscribía a establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual EPM pueda financiar, construir, operar, mantener y restituir la Hidroeléctrica Ituango, en lo que concierne a los compromisos y obligaciones que tanto el IDEA como EPM asumen para concretar dicha estructura"
Así las cosas, establecieron las condiciones generales mediante las que sc desarrollaría el Proyecto De igual forma, acordaron que EPM pagaría a los demás accionistas de la Sociedad una suma igual a USD 205 millones, de los que USD 35 millones estarían sujetos a la declaratoria de Zona Franca Permanente Especial-" para la Hidroeléctrica Por otro lado, en la cláusula quinta contemplaron nuevamente lo pactado en el primer acuerdo referente a que "al final del período de construcción se calcularán las remuneraciones corno un porcentaje de la utilidad bruta comercial, garantizando la TIR e rperada de EPMI, reflejando las condiciones reales del costo de/proyecto, deuda adquirida, fecha de entrada en operación y régimen tributario aplicable."

Acuerdo del 10 de septiembre de 2010 Finalmente, el 10 de septiembre de 2010, culminaron las negociaciones entre las partes con la firma de un acuerdo en el que fijaron la figura jurídica por medio de la que se abordaría la ejecución y financiación del Proyecto, así corno las distintas obligaciones para el IDEA y EPM El objeto del acuerdo se concretó en los siguientes términos: "(a) establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual EPM directamente o indirectamente a través de un vehículo diferente de HI y bajo su control, mediante un contrato BOOMT, desarrolle íntegramente el PROYECTO, es decir, que financie, construya, opere, mantenga y restituya la central hidroeléctrica a HI, y (b)determinar, en concreto, las condiciones de la venta de acciones que el IDEA y los accionistas minoritarios de HI diferentes a EPM, lleguen a tener en la BENEFICIARIA, según lo indicado más adelante"

Se concluye de lo anterior, que EPM podía desarrollar el Proyecto directamente o Indirectamente, esto es, a través de un vehículo diferente que estuviera bajo su control También se estableció que el contrato que se suscribiría entre la Sociedad y EPM - o la empresa que se creara para tal fin - sería un BOOMT. En la cláusula segunda pactaron que de Hidroituango se escindiría una porción patrimonial Así, la celebración del contrato BOOMT sería entre la Sociedad y la beneficiaria de la escisión Sobre esta última, acordaron que tendría las siguientes características.

" La BENEFICIARIA será una sociedad por acciones que tendrá, entre otras, las siguientes características (1) como únicos accionistas a las mismas personas naturales y jurídicas que al tiempo de la ESCISIÓN sean accionistas de HI y en la misma proporción que tengan en HI, (2) una disposición, acorde a la ley, sobre exclusión de socios que, al menos

contemple, de ser necesario, qué ocurrirá en el evento en el que se apruebe la fusión de la BENEFICIARIA con EPM; (3) que tenga como representante legal a quien haya nominado EPM y (4) que tenga un objeto social específico, limitado a las actividades del contrato BOOMT que será suscito con HL", en la cláusula quinta se definieron las condiciones especiales, metodología y mecanismos para la definición de la remuneración periódica al respecto, contemplaron que para su proyección y cálculo tendrían en cuenta, entre otros, " lo _sucedido Feamente durante la construcción en términos de valor de la inversión, cronograma de desembolsos de inversión, fecha de entrada en operación de las unidadesde la primera etapa del PROYECTO. Esto último, siendo conscientes de que un Proyecto de la magnitud y duración podría sufrir modificaciones o variaciones durante su ejecución que afectarían la inversión y en últimas la remuneración. Así las cosas, la fama del Contrato BOOMT en las condiciones pactadas no puede ser objeto de reproche a mi cliente, toda vez que responde a los compromisos que ya habían sido adquiridos por EPM antes de que mi cliente fuera designado como Gerente de la beneficiarla de la escisión de la Sociedad, esto es, EPM-I En ese sentido, se podría acudir a lo expuesto por el Despacho para archivarle el proceso a mi defendido por lo concerniente a la suscripción de la AMB Nro 3 al Contrato BOOMT, pata que este reproche corra la misma suerte, esto es, que "su firma obedeció al cumplimiento de sus funciones"

Aunado a ello, es importante tener en cuenta lo que representaba para el país la suscripción de dicho Contrato Sobre este punto, era Innegable que el BOOMT y la construcción de la hidroeléctrica representaba la autosuficiencia energética de nuestro territorio. El Proyecto representaba el 17% de la generación de la electricidad del país Adicionalmente se podría exportar energía hacia otros países En este sentido, resultaría ilógico reprochar a mi cliente la suscripción de un Contrato tan relevante para la producción energética y la economía de nuestro país sólo por la naturaleza de las obligaciones que acarreaba, toda vez que EPM ya se había comprometido y tenía la capacidad para ejecutarlo. En segundo lugar, se le critica a mi cliente la suscripción de salvedades que supuestamente afectaban el Proyecto iban en perjuicio de 1-Ighoituango Sobre este punto, se debe mencionar que el señor VÉLEZ DUQUE representaba los intereses de EPM-I en razón a su calidad de Gerente Así las cosas, resulta contradictorio exigirle un comportamiento en contra de su sociedad pata favorecer a Hidroituango.

Sin embargo, es importante que se tenga en cuenta que la salvedades tampoco implicaban un perjuicio para HI, por el contrario, representaban una advertencia oportuna de que, como ocurre en cualquier proyecto complejo de esta naturaleza, el cronograma presentaba riesgos que podrían retrasar el Proyecto en caso de que se materializaran Ahora bien, si los riesgos se presentaron fue por causa de la realidad fáctica de la obra física, mas no por las salvedades Identificadas dentro del contrato En otros términos, su consagración no propició las diferencias y dificultades geológicas, tampoco la causación de los retrasos, que como lo identificó la CGR ocurrieron previo

a la suscripción del negocio Aunado a ello, este upo de salvedades no pueden considerarse extrañas a esta clase de contratos que, por lo demás, son atípicos en la normativa colombiana. La intención de introducirlas siempre fue advertir que el Proyecto se ejecutaría en las condiciones planeadas, salvo que se presentaran situaciones imprevistas como contingencias En ese caso, una vez se materializaran — si ocurría - las partes se debían sentar a negociar para determinar responsabilidades.

En el caso concreto hay una condición adicional que consiste en que ya se venían ejecutando obras y muchos procesos estaban en plena actividad a cargo de I-II cuando EPM-I recibió el Proyecto Dejar consignada esta salvedad, que se relaciona con el cronograma y el costo estimado, define un marco consensuado en el que las partes abordarían la asignación de responsabilidades en caso de que en un futuro se presentaran eventualidades derivadas de las actuaciones de HI mientras estuvo a cargo del Proyecto En este sentido, se trata de eventuales contingencias, esto es eventos que en ese momento nadie puede asegurar si se van a presentar o no y cuál sería su verdadero impacto y que pueden perfectamente no ser observados o precisados en el momento del empalme.

La CGR concluyó erróneamente que las salvedades afectaron el proyecto Sin embargo, vale la pena aclarar que no es la salvedad la que opera en detrimento de este, mismo los hechos y realidades acunas que se presenten en el desarrollo del mismo En el caso de EPM-I, no haber acordado esta previsión en el contrato hubiese sido una actitud negligente, porque sería desconocer que obras complejas como las de este Proyecto no son ajenas a la ocurrencia de situaciones imprevistas (contingencias), dejando abierta la posibilidad de tener que asumir responsabilidades por situaciones no imputables a su gestión y control En ese caso, la CGR hubiese recurrido a reprocharle dicha omisión a mi cliente.

No le asiste razón a la Delegada al afirmar que las salvedades afectaron la distribución de riesgos Por el contrario, estas precisaron y delimitaron las responsabilidades para las partes según su voluntad Esta resultaba la opción más adecuada, pues si hubiesen previsto, antes de la firma del contrato, que se presentarían contingencias con certeza y se hubiesen valorado en tiempo y costos incluyendo sus impactos en el cronograma y presupuesto, se estaría desequilibrando el contrato en perjuicio de una de las partes en caso de que no se presentaran las contingencias o hubiesen sido menores a las estimadas Así mismo, si se hubiese tomado la decisión de guardar silencio y no hacer referencia a los riesgos (existiendo razones para determinar que sí podían presentarse), implicaba que en caso de que ocurrieran EPM-I tuviese que asumir los impactos en su propio detrimento aunque no tuviese responsabilidad alguna en su causación.

Por otro lado, la Delegada ignora que este pacto correspondió al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes al suscriba el acuerdo La normativa aplicable a este tipo de contratos la establece la Ley 142 de 1994 que consigna, en el artículo 19 15 que se regirán por las reglas del Código de

Comercio En consecuencia, el Contrato BOOMT y sus salvedades encuentran sustento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Finalmente, la CGR estableció, dentro del Auto de Imputación, que las salvedades desdibujaron el hecho de que la obligación del contratista era de resultados y no de medios Tal afirmación resulta incorrecta, contraria a la realidad actea y jurídica por las siguientes razones en primer lugar, la Delegada sustenta su conclusión en un concepto desdibujado de la teoría de las obligaciones de medio y de resultado En segunda instancia, desconoce la naturaleza de las obligaciones que se encuentran contenidas en el Contrato BOOMT Tercero, asemeja el contrato atípico BOOMT con un contrato típico de obra.

La teoría de las obligaciones de medio y de resultado, de conformidad con el doctrinante Martínez Simón tuvo nacimiento en el año 1925 a través de la obra de Rene Demogue Desde sus inicios, se afirmó que existen obligaciones por parte del deudor en las que sólo se obliga a un oblar diligente y, en otro casos, obligaciones de obtener un resultado Así las cosas, las obligaciones de medios se definen como aquellas en donde el deudor logra el cumplimiento de la obligación actuando con diligencia incluso cuando no cumpla con el resultado Con/rano iraní, en las obligaciones de resultados, al deudor no le basta con la diligencia para liberarse, si no que tiene que lograr el fin dispuesto.

En relación con lo anterior, la clasificación mencionada tiene su origen en uno de los elementos de la obligación, esto es, la prestación debida, que puede ser de dar, hacer o no hacer Las obligaciones consignadas en el BOOMT consisten en obligaciones de dar y, como veremos, ello repercute en su clasificación como obligaciones de resultado. En ese contexto, la consignación de salvedades en relación con las modificaciones del cronograma no afectaron, en modo alguno, las prestaciones del Contrato En consecuencia, como no variaron las prestaciones, tampoco se puede predicar que se convirtió en una obligación de medios Al respecto, las salvedades no modificaron la obligación de EPM-I de construir la Hidroeléctrica.

Basta una lectura de las obligaciones establecidas en el BOOMT pala concluir que, en ninguna de ellas, se prevé su cumplimiento en un actuar diligente Por el contrario, su objeto va dirigido a la construcción y montaje de las obras pata obtener como resultado la entrada en apelación comercial Al respecto, el Contrato señala en la cláusula 2 01 como objeto realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las Unidades y la Hidroeléctrica como un todo entren en Operación Comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el Cronograma Director."

Así las cosas, el objeto del contrato no consiste, en lo absoluto, en simplemente ejecutar diligentemente una conducta Por otro lado, frente a las obligaciones del contratista, la Clausula 4 02 establece que el deber

consiste en realizar y concluir la etapa de construcción y montaje, en ningún momento se menciona que el contratista liará todo lo posible por terminar la construcción

(z0 Realizar y concluir la Construcción y Montaje de las Obras que deben llevarse a cabo en la Etapa de Construcción, lo cual deberá llevarse a cabo de una manera continua y diligente, cumpliendo con los Parámetros Técnicos y en los términos, condiciones y plazos establecidos en este Contrato, Realizar la Construcción y Montaje de los Equipos de una manera continua y diligente, en cumplimiento de los Parámetros temimos en los términos, condiciones y plazos establecidos en este Contrato, Si no se tratara, en este caso, de obligaciones de resultado, no tendría sentido que el Contrato contenga un acápite de "Pruebas Finales", cláusula 6.05, que permite que, una vez los componentes y las unidades estén construidas y listas, se deberá llamar al representante de Hidroituango para que se realice la verificación de las pruebas finales. Si el objetivo fuese sólo una conducta diligente, sería ilógico que el contrato haga referencia a lo que pase una vez se obtenga el resultado, precisamente porque en las obligaciones de medio, el resultado no es el objetivo Tampoco tendría sentido que se estableciera como derecho de HI `Reabra la hidroeléctrica y los Drene del Proyecto en la Fecha de Restauctónis, a partir de ese momento, operarla autónomamente" Lo anterior, porque el derecho de Hidroituango es precisamente recibir la obra terminada y en operación luego de transcurrido el término de 50 años.

El doctrinante Fernando Hmestroza33, se ha pronunciado sobre la relación existente entre las obligaciones de dar y las de resultado En este sentido, si se trata de una obligación de dar o entregar, inexorablemente implicará que su incumplimiento depende de un resultado Así, no basta con haber hecho todo lo posible para entregar, sino que es necesario hacerlo A partir de lo anterior, si se tiene en cuenta que la última obligación del Contrato 1300MT es "manija' en inglés, o transferir, que implica una obligación de dar bajo la defunción del artículo 1603 del Código Civil Colombiano, es necesario concluir que nos encontramos en un escenario de obligaciones de resultado y no de medios, como se asevera erróneamente en el Auto de Imputación.

En relación con las salvedades al cronograma, de ninguna forma implican que se deje de entrega. Por el contrario, responden a la realidad de atrasos dentro del Proyecto y a ajustes pan poder cumplir con las obligaciones establecidas, entre ellas, consuma la hidroeléctrica y entrar en operación en la fecha acordada. Finalmente, es importante mencionar que la Contraloría asemejó, erróneamente, el contrato atípico BOOMT con un contrato típico de obra El contrato BOOMT, es un contrato atípico, esto es, no está definido, ni estipulado en la legislación. Posiblemente podría asimilarse a un contrato de concesión Sobre su definición doctrinantes y apeaos lo han definido así:

(…)

Cuya traducción libre es:

"Mema y Smith (1994) definen un proyecto BOOT como, Un proyecto basado en el otorgamiento de una contestón por parte de un Principal, generalmente el gobierno, para un Promotor, a veces conocido como el concesionado, que es responsable de la construcción, planeamiento operación y mantenimiento de una mita/ación durante un período del concesión antes de transferir finalmente la 111Jtalaaón, jun corto para el Principal, una facilidad operativa Durante el período de concesión, el Promotor es propietario y opera el instala y recauda 'negreros para poder reembolsar el financiamiento y las inversiones corta, mantener y operar la autalartány obtener un margen de ganancia'

Al respecto, se precisa relevante señalar las características del contrato BOOMT para comprender la diferencia con un cornudo de obra particular El contrato BOOMT tiene unos aspectos especiales a diferencia de otros modelos de proyectos de construcción, entre las cuales se destacan:

• "El proveedor de servicios es responsable del diseño y construcción, finanzas, operaciones, mantenimiento y riesgos comerciales asociados con el proyecto
• El proveedor de servicios es propietario del proyecto durante todo el período de concesión
• El activo se transfiere de nuevo a su propietario al final del período.

En el mismo sentido, la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico de las Naciones Unidas se ha referido a las características del contrato BOOT en los siguientes términos: "es un tipo de acuerdo donde el concesionario realiza inversiones y opera la instalación por un período de tiempo fijo, después del cual la propiedad vuelve al sector público En este tipo de acuerdos, los riesgos operativos y de inversión pueden transferirse sustancialmente al concesionario".

De lo expuesto, se evidencia que es erróneo asimilar el contrato BOOT con el contrato de obra, porque desde la definición que han dado los doctrinantes y estudiosos del tema, se percibe que solamente una de las obligaciones es similar al de obra y es la construcción Sin embargo, las demás -como la obligación de entrar a operar la central v comercializar la energía- son diferentes y no corresponden, ni se pueden equiparar al contrato de obra, como lo pretende la CGR Eventualmente podría asemejarse al de concesión Y de la regulación Interna se puede concluir que existe una gran diferencia entre el contrato de obra y contrato de concesión, tal y como los define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a saber "los Contrato de Obra Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago 4o. Contrato de concesión Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien

destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden "

De lo anterior, se evidencia que no se puede asimilar en ningún sentido un contrato de obra a un contrato de concesión, con el que se eventualmente podría asimilarse el contrato BOOMT, y que para efectos prácticos se tomó aquí Es por

ello que se evidencia que está errada la interpretación que realiza la Delegada sobre estos dos tipos de contratos. Por otro lado, siguiendo la asimilación que se podría realizar del BOOT con el contrato de concesión, la Corte Consutucional37 ha señalado que los contratos de concesión tienen dos características particulares, de un lado son contratos por naturaleza incompletos y tienen características de contratos relacionales, en los siguientes términos. "Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar v modificar los contratos con el fui, entre otros, (O de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (1) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo"

Por consiguiente, se puede evidenciar la complejidad que tiene el contrato de concesión siendo un contrato típico, que a su vez permite nuevamente desvirtuar la asimilación de un contrato tipo BOOT con un contrato de obra particular dado que si la asimilación más cercana que podría hacerse de un contrato de BOOT es con el contrato de concesión, tal y como se ha indicado

> *por los doctrinantes del tema, y se conoce que el contrato de concesión es completamente distinto al contrato de obra (conforme a las definiciones contenidas en la Ley 80 de 1993. Mal podría la Delegada el contrato BOOT con el contrato de obra*
>
> *En conclusión, la firma del Contrato BOOMT y la introducción de salvedades no afectaron la distribución de riesgos en perjuicio de HI y son producto de un acuerdo de voluntades entre las partes. Así mismo, la consignación de salvedades no implicó un desmedro del cronograma, toda vez que respondían a la realidad fáctica del proyecto y, en todo caso, mantenían la obligación de construir la hidroeléctrica y entrar en operación en la fecha acordada Finalmente, no se convirtió en obligaciones de medios, pues el Contrato BOOMT implicaba la construcción de la obra y su transferencia, que son obligaciones de dar cuyo cumplimiento sólo puede darse mediante la consecución de un resultado.*
> *De lo expuesto previamente se puede evidenciar sin lugar a dudas que el señor VELEZ DUQUE actuó con la debida diligencia que amentaba el ejercicio de sus funciones y por ello no le es imputable conducta alguna a título de culpa grave.*

R:/ En primer lugar, indica el apoderado, que su prohijado-refiriéndose puntualmente a la suscripción del BOOMT- actuó bajo mandato de EPM, con ocasión al ejercicio de sus funciones, así:

> *"(…) es importante mencionar que VÉLEZ DUQUE suscribió el BOOMT, en primer lugar, por las negociaciones y compromisos que ya se habían surtido entre EPM-I. Adicionalmente, procedió a suscribirlo en cumplimiento de una función adicional asignada por los superiores de mi cliente y en virtud del cargo de Jefe de Área Proyectos que desempeñaba En esa línea, la gerencia general de EPM-I no era un cargo en sí mismo, sino una función que le ordenaron ejercer a mi defendido desde su rol como jefe de área Por consiguiente, la ejecución de dicha función estaba supeditada a lo que le ordenaran sus superiores"*

Lo anterior, da pie para reafirmar lo indicado por esta Delegada en el Auto de Imputación, y es que, la firma del contrato ocurrió con total conocimiento del estado de las obras y del proyecto en general, es decir era conocido que la realidad fáctica del proyecto y lo consignado en las salvedades obedecía a una contradicción, pues si se estableció-gracias al reprochado anexo- un contrato en un escenario ideal, en el cual EPM.-I cumpliría con lo establecido si, y solo si no se presentaban contingencia de ninguna índole que atentaran en contra del cronograma de obra, lo cual resulta por demás utópico en un proyecto de semejante envergadura. El señor Vélez Duque, actuó en su calidad de GERENTE DE EPM-I, no de "*Jefe del Área de Proyectos*", como pretende hacer ver el apoderado, prueba de lo anterior, obra tanto en el BOOMT, como en la Escritura Pública 893 del 23 de marzo de 2011, a través de la cual se constituyó la sociedad espejo, por lo que la responsabilidad que le

asiste, es en dicha calidad, es decir, como cabeza y máximo representante de EPM-I, en cuyo desempeño suscribió, sin ninguno de los vicios del consentimiento contemplados en el artículo 1508 del Código Civil Colombiano.

Señala el apoderado, que:

> *"Sin embargo, es importante que se tenga en cuenta que la salvedades tampoco implicaban un perjuicio para HI, por el contrario, representaban una advertencia oportuna de que, como ocurre en cualquier proyecto complejo de esta naturaleza, el cronograma presentaba riesgos que podrían retrasar el Proyecto en caso de que se materializaran Ahora bien, si los riesgos se presentaron fue por causa de la realidad fáctica de la obra física, mas no por las salvedades Identificadas dentro del contrato"*

A propósito de lo anterior, vale la pena traer a colación las salvedades[239] realizadas por EPM, sobre el cronograma acordado:

[239] Carpeta 48/Información DD95/2. Contrato BOOMT y actas de modifiación bilateral/BOOMT con anexos

SALVEDADES REALIZADAS POR EPM SOBRE EL CRONOGRAMA ACORDADO

PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO

Con respecto a la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín quien fue el interventor de los diseños definitivos del proyecto, la Interventoría acepta haciendo las siguientes salvedades:

- No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto.

- El programa calculado tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que faltan por ejecutar.

  Todos estos compromisos actualmente los adelanta HI bajo su responsabilidad, por lo tanto todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por HI, no se clasificará como imputable a EPM.

  Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando claras la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control.

La inclusión de la premisa: “No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto”, obedece- claramente- a un desconocimiento a la lógica y a las reglas de la experiencia propias de las obras civiles, máxime en proyectos de semejante calibre, premisa esta, que desde luego puso a HI, en una posición de “observador y doliente”, pues estaba claro que, con dicha consigna, el contratista del proyecto se eximía de cualquier tipo de responsabilidad. No se trata entonces del simple “desconocimiento de la autonomía de la voluntad privada”, por parte del Despacho, sino de los límites de esta en tratándose de proyectos financiados con recursos públicos, en donde claramente alguna de las entidades debía asumir las consecuencias monetarias de los retrasos, pero en el que la lógica obliga a pensar más allá, en llevar el proyecto a un feliz término, y como se demostró en la imputación, dichas consignas si resultaron siendo perjudiciales para el proyecto.

Contrario a lo afirmado por el apoderado en su amplia exposición de la naturaleza y teoría de las obligaciones, EPM si se valió de las salvedades expuestas, para justificar lo que para ellos dejó de ser una obligación de resultados, y se transformó

en una de medios, esto independientemente de la rareza, o atipicidad de un contrato como el BOOMT, lo cual nunca ha sido cuestionado por este Despacho.

Prueba de lo anterior, obra en el Acta de Seguimiento 18 al BOOMT, del 21 de noviembre de 2012, evidencia como al plantear el desplazamiento de la entrada en operación de la central, se parte de la base de que el cronograma original del proyecto quedó con "*condicionamientos que se materializaron*":

> EPM recuerda que, tal como quedó pactado el cronograma del proyecto en el contrato BOOMT, en el 2018 no entrarían en servicio las cuatro unidades. Esta situación, de hecho, ya incumple con el compromiso adquirido con la CREG en la OEF que le fue adjudicada a HI en la primera subasta, porque la regulación actual supone que, aunque con una máquina se cumpla con entregar los 1.085 GWh asignados, la obligación incluye también que las cuatro primeras unidades entren en operación en 2018. La idea es, entonces, hacer un trabajo de estudio con la CREG para que acepten que con una unidad se cumple. Si esto se logra, el cambio de fechas en los hitos del BOOMT implicaría que la primera unidad estaría operando en el 2019, con lo cual estaríamos cumpliendo con la OEF dentro del año de gracia que permite la regulación (lógicamente, incrementando la garantía como la norma lo exige).
>
> HI llevaría esta propuesta a la Junta, explicando la realidad del proyecto, y con una propuesta incluyendo los compromisos con la UPME y la CREG. De todos modos, manifiesta que el compromiso de puesta en servicio de operación comercial de la unidad 4 debe mantenerse tal como está en el contrato BOOMT.
>
> EPM dice que el cronograma estuvo bien realizado, solo que quedó con unos condicionamientos que se materializaron. Se propuso sacar entre EPM e HI una lista de estos condicionamientos con los eventos ocurridos, para llevarlos a la reunión con la Junta

Resulta de mayor relevancia indicar, que fue el propio Luis Javier Vélez Duque, quien en reunión 133 de junta directiva de Hi del 4 de septiembre de 2012, expuso la mutación de la obligación, al transformar una prestación de obra, la cual es típicamente de resultado, en una obligación de medio, esto en atención a la modificación de los hitos y los desfases del cronograma, así:

> ***"la argumentación que ha planteado EPM I para modificar la entrada en operación del proyecto, se refiere a hechos que son anteriores a la***

> ***escisión que dio origen a EPM I , y los problemas que se tienen actualmente en la obra con el contratista chileno, no entran en los desfases. Agrega que cuanto en la cadena del Project se mueve un hito, se mueven los demás en cascada. Ha nivel contractual han planteado que se deben modificar todos los hitos y eso no quiere decir que no se pueda asumir un compromiso "de medios" para que se mantengan las fechas del Boomt pero, en cuanto a los resultados, eso es lo que está por definir".***

En suma, las salvedades incluidas en el cronograma del contrato BOOMT, si resultaron sumamente nocivas para el desarrollo del proyecto, a la vez que permitieron a EPM, alegar súbita transformación de la naturaleza prestacional de las obligaciones adquiridas en virtud del referido documento. No reprocha el Despacho el hecho de que Luis Javier Vélez obrara en aras de proteger los intereses de su empleador, sino el hecho de que la protección ciega de esos intereses lo llevó a tomar determinaciones que minaron el normal desarrollo del proyecto y lo llevaron a un inminente estado de vulnerabilidad.

Los argumentos de defensa planteados no logran demostrar que su prohijado haya obrado de manera prudente de cara a los recursos públicos que como ejecutor del proyecto y, por demás, como le correspondía, de conformidad con el BOOMT, pues el objetivo tanto de Hi como de EPM era que los recursos que estaban invirtiendo sirvieran para satisfacer el interés general al proveer una hidroeléctrica funcional que le entregara el 17% de la energía al país. Lo que demuestran es que en las decisiones de administración que le competían les preocupaba única y exclusivamente si en la matriz de riesgo establecida pagaba una entidad o la otra y no, como debió ser, por acometer una obra de las dimensiones de la planteada y con el impacto regional y nacional de la misma en las condiciones de costos inicialmente concebida, pues independientemente de quien deba pagar conforme a la matriz de riesgos, se trata de recursos públicos respecto de los cuales se exige el manejo probo y cuidadoso para satisfacer los intereses de la comunidad. Objetivo que a hoy y después de las cuantiosas inversiones probadas en esta causa fiscal no se ha logrado pues la Hidroeléctrica no produce 1 solo KW.
En este punto, resulta necesario resaltar que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la buena administración de los recursos públicos, es un derecho de los administrados y un principio que debe ser cumplido por los administradores de los recursos públicos, siendo parte esencial de la conducta que puede y debe exigírsele a quien toma decisiones relativas a la satisfacción del interés general, más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, **el principio y derecho a la buena administración ordena***

> ***a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano, de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados"***[240]*.*

Por lo anteriormente expuesto, este argumento no es de recibo.

Finalmente aduce el apoderado:

> ***"C. LA SUSCRIPCIÓN DE LA AMB NRO. 19 AL CONTRATO BOOMT NO SUPUSO RECONOCIMIENTO DE OBRAS EXTRAS, NI IMPLICÓ UNA SOLUCIÓN A LA SUPUESTA FALTA DE RECURSOS DE EPM POR LA "GRAVE" SITUACIÓN EN LA QUE ESTABA EL PROYECTO.***
>
> *En el Auto de Imputación se reprocha al señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE la suscripción de la AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales porque supuestamente (i) no permitió que EPM controlara las cantidades y precios de las obras extras, (u) implicó que EPM hiciera reconocimientos monetarios significativos no contemplados Adicionalmente, erradamente, se refiere que esta AMB es prueba de la grave situación porque demostraba que EPM no contaba con la disponibilidad inmediata de los recursos Sobre todo lo anterior, manifestó el ente de control fiscal lo siguiente: "Cabe resaltar que no reprocha el Despacho el haber incluido en el Contrato el reconocimiento al Contratista de trabajos extra que debiese ejecutar, sino el hecho de que EPM, impulsado por la premura de entrar a generar en el 2018 no controló desde un inicio ni sus cantidades, ni sus precios, lo que generó posteriores reconocimientos monetarios significativos inicialmente no contemplados, que a todas luces evidencia la ausencia de planeación en la ejecución del Proyecto*
>
> *El haber tenido que establecer un mecanismo de pago no contemplado en el contrato evidencia la gravedad de la situación, pues EPM no contaba con la disponibilidad inmediata de los recursos extra demandados por el contratista alegando la ejecución de obras extra, si bien el AMB fungió como un mecanismo de formalización de una realidad, era más que evidente no podía seguirse ejecutando el contrato bajo esta modalidad, no obstante en las AMB posteriores se evidencia que la situación no se modificó y que, por el contrario se siguieron reconociendo cuantiosas obras adicionales",*
>
> *Como conclusión inmediata, se puede sostener que la valoración de la CGR es errada Lo anterior, por cuanto la AMB Nao 19 al Contrato de Obras Principales no supuso el reconocimiento de obras extra En ese sentido, tampoco permitía el descontrol de las cantidades y precios de obra reconocidos De otro lado, no se diseñó para solventar los supuestos*

[240] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

problemas de falta de recursos de EPM para pagar dichos trabajos Todo lo contrario para poder entregarle rápidamente al contratista recursos financieros que se le debían por obras ya ejecutadas y que no habían podido ser pagadas Y no se habían podido pagar la por falta de acuerdo entre este y la Interventoría, por lo que no habían podido ser incorporadas formalmente en el contrato, condición esta última sine que non para proceder al pago Así mismo, no implicó el cambio de modalidad del Contrato Obras Principales.

Por último, no es un hecho generador del presunto daño la AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales no supuso el reconocimiento de obras extra ni permitió el reconocimiento descontrolado de las cantidades y precios de obra extra. En cl Contrato CT-2012-000036 suscito entre el Consorcio CCC Ituango y EPM se acordó en la cláusula cuarta el valor del negocio En ese sentido, se estipuló que el valor final sería "el que resulte de multiplicar lin cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios del Formulario 22 -1-tda de Ítems, cantidades y precios unitarios-, más el valor de lar obras adiciona/e., y extras ejecutadas por el CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por EPM "

Por su parte, el Pliego de Condiciones estableció en el numeral 5. 2 2 12 que las obras extras correspondían a aquellas que no figuran en la lista de ítems, cantidades de obra y precios unitarios, pero que por ser de la naturaleza de la obra contratada, su ejecución se requiere pata la completa terminación, adecuado funcionamiento y entrega de la obra Así las cosas, es imperativa su ejecución para efectos de que el Proyecto concluya Sobre el procedimiento para el reconocimiento de las obras extras, estableció el procedimiento que debía seguirse, en los siguientes términos

"5.2.2.12. Obras ordinarias, adicionales y extras Durante el desarrollo del Contrato, EPM o su representante y el CONTRATISTA deberán suscribir actas de modificación bilateral para formalizar los acuerdos de obras adicionales y/o extras La suscripción de estas actas de modificación bilateral garantizarán las apropiaciones presupuestales respectivas para el pago de dichas obras. Las obras ordinarias c adicionales se pagarán a los precios establecidos en el Formulario 2 -Lista de ítems, cantidades y precios unitarios-. Cuando EPM ordene la realización de obras extras, el CONTRATISTA estará obligado a ejecutarlas según las condiciones contractuales establecidas En caso de que para una obra extra no sea posible llegar a un acuerdo con el CONTRATISTA, ésta se realizará bajo el sistema de administración delegada, y se procederá así.

Los pagos correspondientes a las obras extras para el caso en que no se llegue a un acuerdo sobre el precio, estarán sometidas a lo previsto en este numeral, siempre y cuando estos no se puedan extractar de la Propuesta Cuando se pacten precios para las obras extras, ellos no estarán sometidos a reajustes, a menos que así se haya acordado entre LAS PARTES y posteriormente formalizada en el acta de modificación bilateral correspondiente"

De conformidad con lo anterior, para la ejecución de una obra extra por parte del contratista debía de emitirse la respectiva autorización por parte de EPM Una vez emitida la orden señalada, el consorcio debía ejecutar las obras extras en las condiciones contractuales establecidas Lo anterior, quiere decir que debía existir una orden del contratante para que el contratista pudiera ejecutar obras extras. Por consiguiente, su autorización era estudiada y analizada teniendo en cuenta las necesidades de la obra. En lo que tiene que ver con su reconocimiento, se dispuso que las partes debían suscribir las actas de modificación bilateral para formalizar los acuerdos de las obras extras y proceder a su pago Esto implicaba que solamente hasta que hubiese un acuerdo definitivo de las cantidades y precios de las obras extras procedería su pago por parte de EPM. La situación señalada suponía que, a pesar de que el contratista hubiera ejecutado la obra autorizada por EPM - a través del interventor -, no pudiera obtener inmediatamente su reconocimiento. En consecuencia, propició dificultades de flujo de caja del Contratista lo que paralizaba la continuación de la realización de los trabajos encomendados Dicha situación, iba en detrimento del avance de las obras y la conclusión del Proyecto Bajo ese escenario, se procedió a la suscripción de la AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales Así, la pretensión de dicho documento consistía en darle flujo de caja al Contratista para que continuara con las obras y no se opusiera a la ejecución de obras extras hasta que se le pagaran las ordenadas y efectuadas Sobre el particular, en la "Justificación Acta de Modificación Bilateral Nro 9" se sostuvo "2. La dinámica y el rápido avance de la construcción de las obras de este contrato, implican la constante necesidad de realizar obras extras, las cuales, dada la naturaleza de la obra contratada, demandan su rápida ejecución para minimizar los impactos negativos en el avance de las obras en aras de lograr la completa terminación, adecuado funcionamiento y la más oportuna entrega del proyecto. 3 EPM entiende la necesidad de que el Contratista cuente con los recursos necesarios que le permitan ejecutar las obras extras necesarias para el correcto y oportuno desarrollo del proyecto, y por tanto reconoce la importancia de concretar los pagos de obras extras ejecutadas 5 El Contratista en reiteradas ocasiones ha manifestado a EPM la necesidad de contar con pagos que permitan el flujo de caja requerido para la ejecución de las obras extras.
6 En vista de lo anterior, las partes encuentran pertinente pactar un procedimiento de que le permita a EPM pagar provisionalmente, las obras extras ordenadas y ejecutadas."

Es decir, lo que se adoptó es que concomitantemente a las negociaciones sobre la cantidad de obra y los precios se efectuara por parte de la Contratante un reconocimiento económico provisional siguiendo un protocolo y cumpliendo ciertos requisitos Una vez finalizadas las negociaciones, se cotejaría si lo pagado excedía o estaba por debajo de lo conciliado y procedía a realizar las respectivas compensaciones Frente a lo manifestado, en la Justificación del AMB Nilo 19 al Contrato de Obras Principales se señaló el procedimiento en los siguientes términos. "Bajo las consideraciones antes mencionadas, se acuerda la creación de un mecanismo de pago provisional que le permita a EPM pagar

provisionalmente, las obras extras ordenadas y ejecutadas Pala lograr dicho propósito, se surtirán los siguientes pasos:
a) Para cada una de las actividades de obra extra ordenada, definirán el nombre que llevará el ítem y la unidad de medida
b) Para cada uno de los ítems anteriormente definidos, seleccionarán, del listado de ítems y precios unitarios del contrato, ya sea de obra ordinaria o de obra extra ya formalizada un valor unitario de uno de los ítems allí contenidos para efectos del pago provisional Este valor unitario servirá de instrumento para el pago provisional de las cantidades de obra extra ordenada, cuando sea ejecutada
d) Las actas de obra que dan lugar a las facturas, que se expidan en tanto se llega al acuerdo definitivo sobre el valor de la obra extra acordada y ejecutada, deberán hacerse utilizando el nombre definido en el literal a) de este procedimiento, y solo para efectos de valor, se utilizará el valor unitario del ítem contractual seleccionado en el literal b) de este mismo procedimiento
e) LAS PARTES, en el menor tiempo posible, deberán acordar los precios definitivos de las obras extras ejecutadas Una vez acordados los precios unitarios pan la ejecución de la obra extra se procederá con la formalización de la respectiva AMB, en la cual, quedarán consignadas los ajustes positivos o negativos a que haya lugar según el valor unitario definitivo que acuerden y a la medición de obra extra ya ejecutada y provisionalmente reconocida hasta el momento de formalización de la respectiva AMB ( )"
Así las cosas, esta modificación no supuso el reconocimiento económico al contratista por concepto de obras extras Lo anterior, porque para esto se debía efectuar las siguientes actuaciones (O la orden de realizar las obras, y (u) la suscripción de la acta de modificación bilateral que las reconozca En otras palabras, la orden, ejecución y reconocimiento seguía los criterios establecidos inicialmente Al respecto, en el documento citado con precedencia se dejó constancia de lo aludido, así:
"c) Pata efectos de la medición y pago de la obra extra ejecutada sujeta a este mecanismo de pago provisional, se seguirán los procedimientos aplicados mensualmente para la medición y pago de la obra ejecutada contenidos en el contrato."

Adicionalmente, tampoco significó el reconocimiento de obras extras de manera desbocada y excedida Solamente implicó la adopción de un pago provisional o "anticipado" Al respecto, en el "Formato de modificación del Contrato" sobre la ausencia de reconocimiento de obras se estableció lo siguiente 81. CUANTIFICARLES MONTO DE LA MODIFICACION $ 000 SMLMV 000 Correspondiente a: Obra y/o servicios extras S 000 Obra y/o servicios adicionales: S 000 Obra y/o servicios que se suprimen S 0 00
En conclusión, con la AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales no se ordenaron, ejecutaron, aprobaron y reconocieron obras extras Tampoco propició la realización y pago "sin fundamento" de las mismas No modificó el trámite, requisitos y demás reglamentación que existía para su reconocimiento Solamente creó un mecanismo para el pago provisional de las obras extras con la finalidad de evitar la paralización de los trabajados que se requerían y proveer de flujo de caja al contratista.

Finalmente, el mecanismo fue negociado y aprobado por la Interventoría, como representante de EPM en el proyecto, en cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato suscrito con ésta, la AMB 19 fue auditada y validada antes de su suscripción, tanto por la Secretaría Jurídica, como por la Auditoría Interna de EPM, fue autorizada por la Vicepresidencia Ejecutiva de Proyectos e Ingeniería, instancia jerárquica inmediatamente superior a la Vicepresidencia de Proyectos Generación a través de la cual debía surtirse trámite de autorización previa, y fue autorizada sin objeciones u observaciones por el Gerente General de EPM en el Comité de Contratación Corporativo, tal como consta en el "Acta de Contratación No 48" de dicho comité. Los anteriores avalaron la creación del mecanismo dada su pertinencia para garantizar el avance constante en las obras del Proyecto De igual forma, es importante poner de presente que la suscripción del AMB 19 la realizó inri cliente como delegatario del Gerente General, quien cotejó la viabilidad y pertinencia del acta de modificación (u) La AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales no se diseñó como mecanismo para solventar la supuesta y errónea falta de recursos de EPM para pagar los trabajos extras En el Auto de Imputación, sin fundamento alguno y erradamente, se señala que la AMB se ideó como mecanismo para solventar la falta de recursos de EPM Lo anterior, se desvirtúa acudiendo al mismo texto del Acta de Modificación Bilateral, que en el nutmeral tercero de las consideraciones señala que EPM cuenta con la disponibilidad de recursos, así:

"3) Para la ejecución del proyecto, EPM cuenta con la respectiva disponibilidad de recursos para asumir los pagos derivados de la ejecución de las obras extras y adicionales "

De lo anterior, se deduce que esta afirmación en la que se funda el reproche y con la que se pretende soportar que la AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales demostraba o evidenciaba la gravedad de la situación que atravesaba el Proyecto y las medidas ejecutadas, no es cierta Por el contrario, se demostró que obedecía a un mecanismo que permitía el flujo de caja al contratista por obras que había ejecutado ni La AMB Nro 19 al Contrato BOOMT no supuso el cambio de modalidad del Contrato Obras Principales Por otro lado, la AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales tampoco implicó el cambio de su modalidad, toda vez que no modificó la cláusula cuarta del negocio jurídico Es decir el Contrato de Obras Principales continuaba siendo de precios unitarios Por otra parte, se reitera, la suscripción de la AMB Nro 19 no reconocía obra extra alguna, simplemente adoptó un mecanismo para efectuar pagos adicionales.

Es el mismo contrato el que, en la cláusula cuarta y en los pliegos de condiciones previó que en la ejecución del Proyecto habría lugar a la realización de obras extra al establecer que el valor final del contrato correspondería al resultado "de multiplicar lar cantidades de obra realmente ejecutada' por lo s p CCIOJ unttanor del Formulan 22 — Lista de fleme, ami/dado- preaoi imítanos-, más el valor de /al °bias atonale, y extras alertada por el CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por EPM ( )"

(iv) La AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales no es un hecho generador del supuesto daño

De un lado, según lo establecido en el subtítulo "Identificación de los hechos Generadores del Daño" del Auto de Imputación, el Despacho definió que los supuestos hechos que propiciaron el daño fueron los siguientes "1 Atraso en los diseños y la construcción de las vías de acceso al proyecto, así como en los diseños de las obras principales, que llevaron desde el principio a que se idearan e implementaran planes de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos, lo anterior como consecuencia de falta de planeación, de desórdenes administrativos de Hidroituango, del hecho de que la junta directiva no conminara al gerente a cumplir en tiempo las decisiones que se adoptaban, y de decisiones improvisadas que introdujeron modificaciones sustanciales a las características del proyecto
2 Inclusión de salvedades en el contrato BOOMT que operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio - aminorando de esta forma la responsabilidad de EPM-, y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de Hidroituango.
3 Atraso en la suscripción del contrato de construcción de los túneles de desviación como consecuencia de problemas de planeación que se manifestaron en decisiones administrativas y presupuestales inoportunas
4 Atrasos y defectos en la ejecución del contrato de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS que supuso la implementación de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, todo lo anterior como consecuencia de situaciones atribuibles fundamentalmente al contratista, las cuales no fueron mitigadas a tiempo por epm ni por Hidroituango desde su rol de vigilancia y control establecido en el contrato BOOMT
5 Terminación de las obras de desviación por parte de CCCI- contratista de las obras principales- bajo un plan de aceleración lo que aunado a problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuertas para los túneles de desviación y la decisión de no ponerlas por falta de tiempo, en contravía de lo aconsejado por el board de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del Consorcio Generación Ituango corno asesor, de EPM corno contratante y de Hidroituango desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto.

De otro lado, al señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE se le reprochó como conducta gravemente culposa que había coadyuvado en la causación del daño la suscripción de la AMB Nro 19 al Contrato de Obras Principales porque, presuntamente, "se tradujo en una importante señal de alarma sobre la manera romo EPM reconocía pagos de obras extra al Contratita de obras principales" Un mero cotejo entre los presuntos hechos generadores del daño y el reproche efectuado a mi cliente sobre la suscripción de la AMB

Nro 19 se concluye que esta conducta no propició o generó el supuesto daño objeto de la censura Así las cosas, mal haría el ente de control fiscal en declarar corno responsable fiscal al señor VÉLEZ DUQUE acudiendo o teniendo en cuenta una conducta que no incidió de manera alguna en el detrimento endilgado en la actuación administrativa Tan cierto es que no la tuvo dentro de los hechos generadores del daño y es por ello que se evidencia sin lugar a dudas que mi representado actuó con la debida diligencia que ameritaba el ejercicio de sus funciones, no realizó ningún daño y por ello no le es Imputable conducta alguna a título de culpa grave.

Contrario a lo anterior, lo que procede es el archivo del proceso en contra de mi cliente por hallarse cumplido lo establecido en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, donde se indica que al comprobarse que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial se debe archivar el proceso fiscal, así "Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma. (y) La suscripción de la AMB 19 al Contrato de Obras Principales que hiciera el señor VÉLEZ DUQUE se efectuó acatando las filtros y aprobaciones pertinentes De conformidad con lo establecido en el Decreto 362 del 2 de septiembre de 2014:
- "Por medio del cual se expiden las normas generales de contratación"- la actividad contractual de EPM se rige por el principio de coordinación administrativa Éste supone, según la misma norma, que existe cierto grado de jerarquía y la autoridad jerárquicamente superior siempre será la responsable de la orientación y vigilancia de sus subalternos.

En ese contexto, se tiene que mi cliente no era autónomo en la adopción de las distintas determinaciones Al respecto, solamente podía suscribir un documento contractual previo visto bueno tanto de los técnicos, como de sus sus superiores. Procedimiento del que no fue ajeno la AMB 19 al Contrato de Obras principales, pues obedeció a una recomendación del personal técnico y legal de EPM y lo firmó solamente cuando fue aprobado por el Comité de Gerencia Instancia, que si no aprobaba la referida acta, el señor VÉLEZ DUQUE no hubiese tenido potestad para suscribirla Lo anterior, porque dicho órgano fungía como instancia aprobatoria o improbatoria para estos asuntos Prueba de lo manifestado es que en Acta de Contratación Nro 48 de fecha 3 de diciembre de 2016 el referido comité aprobó que int defendido procediera con la firma del documento contractual reprochado.

(…)

De modo que la autonomía del señor VÉLEZ DUQUE estaba supeditada o restringida a la decisión que adoptara el Comité de Contratación Instancia que estudió la pertinencia del acta modificatoria y procedió a aprobar su suscripción por parte de mi representado.

Finalmente, es contradictorio que, por un lado, el Despacho aduzca para archivar la investigación - por ejemplo - al señor Jorge Londoño de la Cuesta que las actuaciones de él obedecieron a la yonnali.zagón de la realidad del estado del proyecto" y, por el otro, se le impute cargos a mi cliente, el señor VÉLEZ DUQUE, por una conducta que obedecía a las resmas causas y que incluso así reconoció el ente de control fiscal al afirmar que la suscripción de la AMB 19 "fungió corno mecanismo de formalización de una realidad".

De igual forma, se evidencia un trato diferencial para asuntos similares Concretamente, en la aplicación o aceptación de ciertos argumentos para confirmar el archivo frente a ciertos vinculados, pero que para mi cliente se omiten Al respecto, en el Auto Nro ORD-801119-060-2021 de fecha 19 de marzo de 2021 se sostiene que el señor Londoño de la Cuesta no intervino en las causas que generaron el supuesto daño, por cuanto "(..) Desata una estructura de administración superior, y la supervisión y control de obra estaba en manar de otras personar con idoneidad para realizar dicha labor.

Bajo esa misma línea argumentativa procedería el archivo para el señor VÉLEZ DUQUE, toda vez que al interior de EPM existía una estructura administrativa dispuesta para la supervisión y control de la obra con idoneidad para esa labor. Dicho de otra manera, mi cliente no adelantaba las labores reprochadas por la Contraloría corno omitidas o con falencias en su ejecución Para ese particular existía personal técnico e idóneo De ahí que no exista razón para que a mi poderdante se le reproche tal asunto, pues él no tenía conocimientos en Ingeniería civil, como erradamente lo sostiene el Despacho en la descripción del perfil para fundar la imputación en su contra.

En conclusión, el señor VÉLEZ DUQUE suscribió la AMB 19 al Contrato de obras principales previa (I) validación y recomendación de la interventoría y de los ingenieros responsables de la Dirección Desarrollo Proyecto Ituango, (in) concepto sin objeciones por parte de los abogados de la Secretaría General de EPM, (ry) concepto sin objeciones de la Auditoría Interna, (v) aprobación del comité de contratación de ERNI compuesto por el Gerente General y su grupo primario — vicepresidentes ejecutivos, de Cadena de Suministros, de Auditoría Corporativa y Secretaría General — requisito sin el que no hubiese podido proseguir al no contar con autonomía, (vi) siguiendo y agotando los filtros y aprobaciones establecidos al interior de EPM, y (vu) atendiendo a las recomendaciones de los técnicos que tenían a cargo la supervisión y control del Proyecto. Personal idóneo para efectuar esta labor De modo que, no puede ser objeto de reproche, ni tener vocación de prosperidad tal imputación."

R:/ Sobre este punto, lo primero que resulta importante anotar es que la situación en la cual se encontraba el señor Londoño difiere de manera sustancial con las circunstancias en las cuales se encontraban el señor Vélez Duque, por las circunstancias que se explican a continuación:

En el caso particular, se tiene que el Auto 945 del 8 de noviembre de 2019, que abrió la presente actuación expresó que se vinculaba a JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA, toda vez que en su calidad de representante legal de EPM para la época de los hechos, facultado para contratar de acuerdo al manual de delegación de funciones de EPM, actuó en nombre de EPM para garantizar las obligaciones establecidas en el contrato BOOMT, y tomó acciones frente a las inversiones de recursos de EPM asociadas al proyecto.

Es importante mencionar que los estatutos sociales, y las actas de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, las AMB al Contrato de Obras Principales y al BOOMT aportadas a esta actuación, constituyeron los medios de prueba que permitieron determinar la participación de JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA en la presente causa fiscal.

Tanto el material probatorio aludido, como el Certificado de Asistencia a Juntas Directivas, aportado por la Sociedad Hidroeléctrica Ituango[241], **permitió concluir que el JORGE LONDOÑO DE LA CUESTA, no fungió como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango en la época en la que fungió como Gerente General de EPM, esto es entre los años 2016 y 2019.**

Si bien es cierto que en su calidad de Gerente General de EPM, a JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA le correspondía *"Expedir y ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean de su competencia",* **se tiene que al momento del inicio de su ejercicio la mayoría de las decisiones administrativas determinantes para la materialización del daño endilgado habían sido tomadas,** en consecuencia la mayoría de los hechos generadores se habían consumado y la situación no era más que un reflejo de ello.

Prueba de lo anterior se encuentra en el AMB 10 al BOOMT, suscrita por el señor Londoño el 29 de agosto de 2017, a través de la cual se modificaron las fechas de cumplimiento de los hitos No. 7,8 y 9.

Encuentra el Despacho que, la suscripción del referido documento obedeció a la formalización de la realidad del estado del proyecto, mismo que -como se demostró venía ejecutándose sin holguras, en medio de planes de aceleración y con importantes atrasos desde el año 2011, motivo por el cual no puede sostenerse que en su actuar, el señor JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO obró en contra de sus obligaciones contractuales, ni mucho menos faltando a las obligaciones que la Ley Mercantil[242] endilga a los administradores.

[241] Carpeta 74, DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI_SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A_RESPUESTA G-H MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA.
[242] Ley 22 de 1995. Artículo 23.

Como es sabido, durante el periodo de la gerencia de JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA, aún se estaban ejecutando las obras de desviación por parte de CCCI[243]-Contratista de las Obras Principales- obras que comprendían la construcción de un tercer túnel, mismo que -tal como se evidenció- adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del Consorcio Generación Ituango como asesor, de EPM como contratante y de Hi desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto.

No obstante lo anterior, la supervisión, seguimiento y control de las mencionadas obras, correspondía a la Vicepresidencia de Proyectos de Generación de energía de EPM, tal como lo evidencia tanto la estructura administrativa de EPM, como su Manual de Delegación de Funciones, cargo que ocupaba Luis Javier Vélez Duque- ex gerente de EPM-I- tal como lo evidencia la AMB No. 19 del 6 de diciembre de 2016 y S.S. al Contrato de Obras Principales, a través de la cual se estableció el procedimiento de reconocimiento y pago de las obras adicionales de la GAD, lo que evidenció -entre otras cosas- el impacto económico de las mismas en el presupuesto del proyecto.

Fundado en lo anterior, este despacho encontró que no le era exigible que al señor JORGE JULIÁN LONDOÑO DE LA CUESTA, en calidad de Gerente General de EPM, le sea atribuible responsabilidad fiscal, puesto que de conformidad con la distribución de funciones anteriormente descrita, no le correspondía la supervisión de la construcción del proyecto, ni la suscripción de los contratos atenientes al mismo, pues como se indicó, dicha labor recaía directamente en Luis Javier Vélez Duque, como V.P. Proyectos Generación de Energía de EPM, de lo anterior se concluye que al señor JORGE JULIÁN LONDOÑO DE LA CUESTA no le es atribuible responsabilidad fiscal, pues en su actuar no se evidencia culpa grave o dolo como elemento de la responsabilidad, en cuanto a que la función de supervisión del proyecto no estaba a su cabeza, sino en cabeza de otro funcionario, especializado, que tenía todos los conocimientos profesionales y técnicos, quien además conocía e desarrollo del proyecto desde el año 2011. En este sentido, el artículo 121 de la Constitución Política refiere que *"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".*

En consecuencia, sería contrario al ordenamiento atribuir responsabilidad fiscal a un servidor público por una función que no se le ha atribuido y de la cual no tenía manejo o podía evitar, pues de llegar a exigirse se estaría pidiendo que desbordara las funciones asignadas, es decir, que se extralimitara en el ejercicio de sus funciones, abrogándose una competencia de otro funcionario.

[243] Se refiere el Despacho a la GAD y sus obras conexas, cuya construcción inició en agosto de 2015.

En virtud de lo anterior, este despacho procedió mediante auto 1484 de 2 diciembre de 2020[244] a archivar la presente causa fiscal en favor de JORGE JULIÁN LONDOÑO DE LA CUESTA, decisión que fue confirmada por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República, mediante Auto No. ORD - 801119-060-2021 de 19 de marzo de 2021[245].

De donde resulta evidente que el Despacho no se sirvió del principio de confianza legítima para archivar la causa fiscal en favor del señor Londoño, sino que tal determinación surgió de un análisis de los elementos de la responsabilidad fiscal que dio como resultado el hecho de que en cabeza del señor no se configuraba una culpa grave, en atención al conocimiento y control que desde su rol podía ejercer respecto de las situaciones por las cuales se le vinculó a la causa fiscal.

Por otro lado, resulta claro para esta Delegada, que la suscripción el AMB 19 al BOOMT, obedeció a la formalización de la realidad fáctica, esta delegada no reprocha haber incluido en el Contrato el reconocimiento al Contratista de los trabajos extra que debiese ejecutar, sino- tal como se señaló en la imputación- el hecho de que EPM, impulsado por la premura de entrar a generar energía en el 2018 no controló sus cantidades, ni sus precios, lo que generó posteriores reconocimientos monetarios significativos inicialmente no contemplados, que a todas luces evidencian la ausencia de planeación en la ejecución del proyecto. El referido documento, al invocar el objeto y la dinámica de ejecución del contrato, con permanentes obras extras, acuerda la creación de un mecanismo de pago que ***"Le permita a EPM pagar provisionalmente, las obras extras ordenadas y ejecutadas",*** y se establece el procedimiento de reconocimiento y pago, lo que evidencia que el impacto económico de las obras adicionales era más que significativo para EPM.

Las obras referidas, hacían parte del llamado plan de aceleración, pese a que se surtiera toda una cadena de aprobaciones (como lo indica el apoderado), el mecanismo se empleó únicamente como una herramienta para dotar de flujo de caja al sub-contratista, y evitar la parálisis del proyecto, lo anterior-evidenciado por el apoderado- no ha sido debatido por el Despacho. Cabe resaltar, que con el hecho de ser una consecuencia directa del plan de aceleración, se desvirtúa la apreciación del apoderado de que "*la suscripción del AMB no es un hecho generador del supuesto daño",* pues hace parte, o mejor, se desprende del hecho No. 5, arriba trascrito por el apoderado, en síntesis, no es otra cosa que la ejecución del plan de aceleración reprochado.

En suma, el haber tenido que establecer un mecanismo de pago no contemplado en el contrato sí evidenció la gravedad de la situación, esto, por cuanto da cuenta

[244] Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020. Por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros en el proceso de responsabilidad fiscal UCC-PRF-014-2019 (fls.18.353 y s.s. y página 1173 y s.s.).
[245] Carpeta principal 102 – Folios 2196 y s.s.

de que se venían ejecutando tantas obras extra como consecuencia del plan de aceleración, que fue necesario modificar el BOOMT, así las cosas, si bien el AMB fungió como un mecanismo de formalización de una realidad, pues era más que evidente que no podía seguirse ejecutando el contrato bajo esta modalidad, en las AMB posteriores se evidencia que la situación no se modificó y que, por el contrario se siguieron reconociendo cuantiosas obras adicionales por concepto de obras extra, que realmente se tradujeron en inversiones injustificadas.

De otro lado, señala el apoderado, que:

> *"(…) se evidencia un trato diferencial para asuntos similares Concretamente, en la aplicación o aceptación de ciertos argumentos para confirmar el archivo frente a ciertos vinculados, pero que para mi cliente se omiten Al respecto, en el Auto Nro ORD-801119-060-2021 de fecha 19 de marzo de 2021 se sostiene que el señor Londoño de la Cuesta no intervino en las causas que generaron el supuesto daño, por cuanto "(..) Desata una estructura de administración superior, y la supervisión y control de obra estaba en manar de otras personar con idoneidad para realizar dicha labor."*

Argumento que se traduce en la completa descontextualización del apoderado de los argumentos expuestos en la imputación para archivar el proceso en contra del señor Jorge Londoño de la Cuesta, la cual no obedeció a "tratos diferenciales", sino a circunstancias diferenciales, que, tras la valoración probatoria, resultaron en la decisión tomada. Se encuentra probado que fueron los miembros de junta que estuvieron en el periodo 2008-2015, quienes tomaron las decisiones alrededor del proyecto en los términos explicados en el auto de imputación. En este sentido, resulta evidente que quienes hicieron parte de la junta directiva, los gerentes de las sociedades y quien se desempeñó como Gobernador de Antioquia para el periodo que inició en 2016, se vincularon al proyecto con posterioridad a la ocurrencia de las situaciones referidas en la citada imputación. Así mismo, la información disponible a partir de 2016 no da cuenta de situaciones anómalas o de defectos constructivos que pudieran alertar a quienes ejercieron sus funciones a partir del año 2016 y sólo hasta el año 2018 con ocasión de la contingencia fue que se materializaron las consecuencias de las decisiones cuestionadas por este Despacho.

Visto lo anterior, al momento de proferirse el auto de apertura este Despacho no encontró que se contara con indicios serios suficientes para que se realizara la vinculación de los miembros de la junta o gerentes de EPM, que sólo se desempeñaron como tales desde 2016, así como tampoco se encontró en desarrollo del proceso pruebas que permitieran inferir la una responsabilidad en cabeza de dichos funcionarios, por lo que las dudas de la apoderada no tienen un sustento en el acervo probatorio obrante en el plenario.

Por lo anterior, el argumento del apoderado no ostenta vocación de prosperidad.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal, de forma solidaria, a título de culpa grave y como gestor fiscal en contra del señor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE; en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.**

Ahora bien, con respecto al señor **JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO**, sostuvo el apoderado:

> ***"4.2. AUSENCIA DE CULPA GRAVE DEL SEÑOR JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO A. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA MODALIDAD DE CONDUCTA REPROCHADA AL SEÑOR CALLE RESTREPO****.***
>
> *El artículo 90 de la Constitución Política prevé frente a la responsabilidad de autoridades que: "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste" La interpretación que la Corte Constitucional23le ha dado a este artículo implica que la responsabilidad patrimonial del agente estatal se circunscribe únicamente a su obrar doloso o gravemente culposo. En consecuencia, no se genera responsabilidad en caso de culpa leve o levísima. Ahora bien, en relación con la responsabilidad fiscal, dicha Corporación ha señalado: "Para la Corte, la responsabilidad fiscal viene a constituir "una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado". En esa medida, igual a lo que acontece con la acción de repetición, la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos -incluyendo directivos de entidades públicas,*

personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado-."24 La acción de repetición, como responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, se encuentra fundamentada, al igual que la responsabilidad fiscal, en el i inciso 2° del artículo 90 de la Constitución Política25, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha definido la culpa grave de la siguiente manera "Conforme a las anteriores definiciones se evidencia que, para el legislador, no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma, y por ello consideró necesario graduarlas, dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo; en estas condiciones, la culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del operador jurídico, es decir que, cuando se consagra este tipo de culpa, el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave, quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia, cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría; es por eso que dice la norma, que esta clase de culpa en materias civiles, equivale al dolo; la culpa grave o negligencia grave es descrita por la jurisprudencia alemana como "...una conducta que infringe, en una medida desacostumbradamente desproporcionada, a la diligencia requerida; sería pasar inadvertido 'lo que en un caso dadora cualquiera, debe ser evidente'...": es decir, que esa "...negligencia grave sería 'la vulneración de un deber especialmente grave y también subjetivamente inexcusable sin más, que excede considerablemente la medida acostumbrada en la negligencia"26 (Énfasis añadido). En la Sentencia C-619 del 2002, la Corte Constitucional reconoció que, al igual que en la acción de repetición, en la responsabilidad fiscal el criterio de imputación nunca puede ser culpa leve ni levísima en los términos del artículo 63 del Código Civil. Lo anterior, porque se desbordaría el ámbito de responsabilidad fijado por el constituyente exigiendo un modelo de conducta superior al establecido. En virtud de lo anterior, declaró inexequible el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de dicha normativa, que contemplaban la culpa leve como grado a partir del que se podía establecer responsabilidad fiscal.

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico vigente, las únicas conductas constitutivas de gestión fiscal antieconómica, que en líneas generales no se avengan a los fines del Estado generales y particulares de la entidad presuntamente afectada con el daño fiscal y, que son reprochables, son las que se cometen a título de dolo o culpa grave. La necesidad de que se pruebe el dolo o culpa grave de quienes, en calidad de gestores fiscales, ocasionen daños fiscales, es que sólo son reprochables los comportamientos decididamente encaminados a perjudicar al erario mediante violaciones abiertas de la ley o mediante apatía o temeridad tales que conlleven a constar una utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho propio o ajeno, económico o de otra índole27, esto es, mediante actos manifiestos de corrupción. En este sentido, en lo que

concierne a la culpa grave, si bien no existe un elemento intencional con relación a la producción del daño, el agente se ha comportado como si lo hubiera querido. Por eso se la equipara con el dolo, por ser particularmente desmedida La culpa grave, entonces, implica haber obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves; por evidenciarse un error, una imprudencia o una negligencia tales, que no podrían explicarse sino por la inexcusable necedad del agente. No por otra razón, el inciso 2° del artículo 63 del Código Civil la define como "(.) Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de oca prudencia suelen emplear en sus negocios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo" (Énfasis añadido) Respecto de la culpa leve y levísima, el artículo 63 del Código Civil señala: "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración.

de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado." (Énfasis añadido) De conformidad con lo anterior, los parámetros señalados por el Código Civil son los mismos que se deben tener en cuenta para la imputación de responsabilidad fiscal. Lo que la Ley 610 de 200028le reprocha al gestor fiscal que incurre en responsabilidad es precisamente haber desbordado esa diligencia que le impone prever el daño que pudiera causarse con un acto suyo, según los conocimientos que le son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñarse como manejador y administrador del erario y entrar en el terreno del descuido que sobrepasa de forma irrazonable y significativa una imprudencia socialmente tolerable. La culpa excesivamente imprudente que arrostra peligros y que le es insoportable al ordenamiento jurídico, en punto de la responsabilidad fiscal, es aquella consciente En ella, el gestor fiscal conoce el detrimento patrimonial que puede ocasionar con su conducta antieconómica que no se aviene a los fines esenciales del Estado y aun así, confía imprudentemente en que el resultado perjudicial al erario no se produzca; cuando ni siquiera la exigua templanza, cautela, moderación, sensatez y buen juicio con que actúan los gestores fiscales negligentes se comportarían de esa forma. Entre otras cosas, porque no puede haber daño fiscal sin que éste provenga de una gestión fiscal "(.) que en término generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto (...)" de la entidad fiscalmente controlada. Entender lo contrario sería exigirles a los gestores fiscales un comportamiento ajeno a la condición humana, que por demás, es esencialmente falible. Si ello no fuera de esta manera, ningún particular estaría incentivado, hablando en términos de racionalidad económica, a ser gestor fiscal. Esta situación absurda iría en menoscabo del cumplimiento de los fines esenciales del Estado y de la

existencia misma de la colaboración de los particulares para con la institucionalidad, porque hasta un leve o ligero descuido en las actividades que implican cl manejo o aprovechamiento de recursos públicos le obligaría a exponer su propiedad privada al pago de la obligación de indemnizar a la Nación. Sería, entonces, demasiado oneroso ponerse al servicio del Estado y de la comunidad; tanto así, que cualquier relación causal con un daño al fisco tendría que resarcirse con cargo a su patrimonio. Afectándose con ello, de paso, los derechos de terceros de buena fe frente a los cuales tiene otras relaciones jurídicas

de contenido económico —como la confianza del público, sus acreedores e incluso, las autoridades tributarias-29. Ahora bien, en el caso objeto de estudio, encontramos que el Auto 1484 del 2020 en reiteradas ocasiones exige a mi cliente un modelo de conducta mayor al de la culpa grave, violando directamente los parámetros y garantías fijados en el artículo 90 de la C.P., con base en la aplicación inadecuada de la Ley 222 de 1995 y del Reglamento Interno de la Junta Directiva de HI Respecto del último, se señaló. "Ahora, el Reglamento Interno de la Junta Directiva de FII, El artículo 14 de este Reglamento, se señala que los miembros de Junta debían actuar con la diligencia de un buen nombre de negocios, debían actuar en interés de la Sociedad y no en interés de un grupo particular y participar de forma proactiva en las reuniones de Junta, conociendo y revisando por adelantada el material de análisis, para tomar decisiones informadas" Adicionalmente, se aseveró en otro acápite que incluso la conducta exigida correspondía a la de culpa levísima, hecho que, como se señaló, resulta contrario a lo establecido por la Constitución Política y por el artículo 4 de la Ley 610 del 2000. Al respecto, se mencionó: "7 El artículo 14 del Reglamento interno de la Junta Directiva, están los deberes de los miembros de Junta Directiva, dentro de los que está obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. También es obligación de los miembros de junta participar activamente en las reuniones, conociendo y revisando por adelantado el material de estudio y análisis para las reuniones. Es más, los miembros de Junta son sujetos altamente cualificados que coadministraban la sociedad, con las más amplias facultades para que la Sociedad cumpliera su único objeto social. Adicional a esto, tenían el derecho y la obligación de solicitar toda la información sobre las decisiones a tomar. Expresamente el reglamento de la Junta Directiva cualifica al exigirle una responsabilidad mayor que el deber de conducta medio, que corresponde al buen padre de familia, respondiendo así hasta por la culpa levísima.' (Énfasis añadido) En relación con la aplicación de la Ley 222 de 1995, la delegada señaló que, por tratarse de administradores de la sociedad, les resultan aplicables las disposiciones de dicha normativa. Al respecto, en el capítulo de "Criterios para la valoración de la conducta de los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango", se mencionó. "La Corte Constitucional ha decantado la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades al precisar que: «Y, en relación con los administradores, dada la importante labor que desempeñan, por los inmensos poderes que hoy en día detentan, consideró necesario el

legislador someterlos a un estricto código de conducta, para lo cual se precisó el marco general de sus actividades, sus funciones y responsabilidad, estableciendo además, normas que agilizaran y facilitaran las consecuentes acciones para el establecimiento de dicha responsabilidad. Así lo recordó el legislador durante el trámite legislativo de la Ley 222 de 1995, cuando señaló en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes que: "La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores _y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las ¡unciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que talesiiimzonarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones, que como el de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capitulo de estados financieros. (1 Confiamos que con estas nuevas disposiciones no sea difícil, como hasta ahora, establecer las responsabilidades de los administrados y lograr el reconocimiento de las respectivas indemnizaciones con la seguridad que a los buenos administradores el régimen no les impone obligaciones distinta, de las que ya tienen. " (Subrayas Juera del text0.6301 Agrega la Corte que: «Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en ratón a la gran responsabilidad que ultimen" la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en unieres de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de En (limados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y comente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad «Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone tina mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad»" Por otro lado, frente al modelo de conducta exigido directamente al señor CALLE RESTREPO como miembro de la Junta Directiva de HI y Gerente General de RPM, la Delegada en reiteradas ocasiones señaló, como conducta exigible, la del buen hombre de negocios e incluso el buen padre de familia que, como se explicó, corresponde a la especie de culpa leve y no grave como señala la Constitución Política y la Ley 610 del 2000 para exigir la responsabilidad fiscal de los servidores públicos. Sobre este punto, se señaló a lo largo del Auto de Imputación lo siguiente.

"Así mismo en este punto se demostrará como las malas decisiones de administración y las omisiones desarrolladas por el presunto, en su calidad de miembro de junta directiva, aumentaron esas inversiones de manera injustificada, como consecuencia de no atender mínimo el modelo de conducta exigible a una persona poco diligente con sus propios negocios con lo cual contravino los deberes exigibles a los directores y administradores de juntas directivas, en su obligación de obrar bajo el estándar del buen hombre de negocios." "Aunado a lo anterior, la Ley 222 de 1995, es clara al señalar que en su actuar, los administradores deben obrar con lealtad y buena fe, así `Artículo 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sur asociados." "Lo anterior, demuestra que el señor Calle actuó con la falta de diligencia propia de un buen hombre de negocios, pues no desplegó sus capacidades en el mejor interés de Hi, al no promover las multas y por el contrario avalar todas las actuaciones que desarrolló EPM y además no se declarará impedido a pesar de la evidente contraposición de intereses, actuación que acarreo consecuencias fiscales negativas, tanto para Hi, como para EPM." "Lo anterior, demuestra que el señor Calle actuó con la falta de diligencia propia de un buen hombre de negocios, pues no desplegó sus capacidades en el mejor interés de Hl, al avalar todas las actuaciones que desarrolló EPM y además no se declaró impedido a pesar de la evidente contraposición de intereses." "El referido actuar significó la inobservancia de las funciones que como miembro de Junta Directiva de Hl le correspondía a JUAN ESTEBAN CAI LE RESTREPO, y por lo tanto lo apartó del modelo de buen padre de familia impuesto por el artículo 63 del Código Civil, así como del modelo de buen hombre de negocios que impone la Ley Mercantil." (Énfasis añadido) Finalmente y, como si fuera poco, la Delegada concluye sobre la imputación a mi cliente que las presuntas acciones desplegadas se pueden calificar a título de culpa grave, aun cuando a lo largo de todo el documento se mencionó que el modelo de conducta exigido era la del buen hombre de negocios, esto es, por culpa leve. Tan confundido se encuentra el órgano de control fiscal que, justo en el mismo párrafo, señala que el estándar, a pesar de tratarse de culpa grave, sigue siendo el del buen hombre de negocios. Al respecto, sostuvo:

"Tal y como se explicó, las acciones desplegadas por el señor MAYA [se supone que hace referencia al señor CALLE RESTREPO] obedecieron a falta de diligencia y pueden ser calificadas como culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil al no atender el modelo de conducta exigible a una persona poco diligente con sus propios negocios lo cual resulta muy delicado si se tiene en cuenta que los directores y administradores tienen la obligación de obrar bajo el estándar del buen hombre de negocio." Ahora bien, ni el reglamento de la Junta Directiva de HI ni la Ley 222 de 1995 son las normas aplicables para determinar si la conducta de un servidor público es objeto de responsabilidad fiscal. El hecho de que mi representado haya sido miembro de la junta de HI y Gerente General de EPM no significa que se le pueda exigir un modelo de conducta distinto al establecido por la

Constitución Política y la Ley 610 del 2000, esto es, la culpa grave o dolo. Afirmar lo contrario, resulta una violación directa de la Carta Magna y una vulneración al derecho fundamental al debido proceso de mi defendido.

Aunado a lo anterior, la responsabilidad fiscal resulta independiente del carácter público, privado o mixto de la entidad, toda vez que, lo que resulta reprochable es la conducta de quien realizó la gestión fiscal como servidor público o particular que incurrió en la producción del daño en perjuicio del patrimonio del Estado. En este sentido, resulta erróneo e inconstitucional aplicar la Ley 222 de 1995 a mi prohijado por el hecho de ser miembro de la junta directiva de HI y Gerente General, toda vez que, el modelo de conducta del buen hombre de negocios establecida en el artículo 23 de dicha normativa resulta únicamente aplicable a procesos estipulados en ella, por ejemplo, la acción social de responsabilidad establecida en el artículo 25 de la misma, esto es, los asuntos de naturaleza netamente comercial por la calidad de administradores. Contrario sensu, en un proceso de responsabilidad fiscal, lo que se reprocha es la conducta de un servidor público o de un particular — en ejercicio de funciones públicas - que causó un detrimento al patrimonio público. Así las cosas, el único modelo de conducta exigible a mi cliente es el de la culpa grave, que no resulta ser, como lo pretende la Delegada, el modelo del buen hombre de negocios que corresponde a la culpabilidad leve. Al respecto, la doctrina ha aclarado que la figura del buen padre de familia en el Código Civil, esto es, la culpa leve, fue adoptada en las relaciones comerciales con el nombre de buen hombre de negocios, así: "Igualmente resultan muy interesantes y pertinentes los apuntes que sobre la materia señala el profesor ARRUBLA30. Este autor sostiene en primera medida que el deber de diligencia introducido en la L.222/95 acoge una graduación de culpa contractual que podría considerarse equivalente a la concepción civil (pues de ella se deriva y sc justifica), en la medida que acoge la "culpa leve" -correspondiente a la idea de una responsabilidad media-, a menos que, además con su conducta se vulnere el principio de "buena fe", caso en el cual, responderá hasta por la culpa levísima."31 En consecuencia, es evidente la confusión con la que la Delegada sustentó la culpabilidad de CALLE RESTREPO dentro del Auto de Imputación, pues fue calificada como culpa grave bajo los parámetros del buen hombre de negocios que, como se explicó, es la misma culpa leve del artículo 63 del Código Civil Por otro lado, vale la pena mencionar que, dentro del Auto de Imputación se señaló en reiteradas ocasiones que mi cliente no obró bajo el modelo de conducta exigible. A pesar de ello, el operador de control fiscal no hizo el más mínimo esfuerzo en establecer en qué consistía ni qué era lo que se debía esperar de mi defendido en su calidad de miembro de la junta directiva de HI y Gerente General de EPM. Por el contrario, se empecinó en reiterar una y otra vez que debía actuar como un buen hombre de negocios, figura que como se explicó, no resulta aplicable en este caso. Cabe entonces preguntarse si lo que se pretende con la imputación es reprochar todas las decisiones que se tomaron en el marco del proyecto y que no tuvieron como resultado la entrada en operación en el 2018, sin importar si mi cliente actuó o no con diligencia o bajo un estándar de culpa leve o levísima. En ese caso, se le estaría exigiendo un comportamiento

ajeno a la condición humana, imposible de cumplir, absurdo y además contrario los fines esenciales del Estado y la existencia de la colaboración de los particulares con la institucionalidad, porque ante el menor descuido en las actividades que implican el manejo de recursos públicos le obligaría a exponer su propiedad al pago de la obligación de resarcir a la Nación. En relación con lo anterior, la Delegada se contradice al señalar, por un lado, que resulta aplicable la regla de juicio de negocios o discrecionalidad ("business judgement rule") por la que los administradores son autónomos en la toma de decisiones a menos que hayan actuado con dolo o culpa grave. Y por otro lado, reprocha a lo largo del Auto de Imputación que, por ejemplo, el mecanismo del Business Intelligence era la decisión más adecuada porque era "probablemente últil" o que las inversiones que se hicieron fueron injustificadas y que conducta exigible es la del buen hombre de negocios.

El órgano de control fiscal, desde una posición cómoda en el presente, critica las decisiones del pasado tomadas por el señor CALLE RESTREPO como miembro de la Junta Directiva de HI por la contingencia del 2018 y la no entrada en operación hasta la fecha. En este sentido, se pretende reprochar que hubo un resultado negativo ante decisiones como el plan de aceleración y la construcción de la GAD, medidas que fueron tomadas diligentemente, bajo los criterios de la buena fe y que eran las únicas posibles para intentar cumplir con la generación de energía en el año 2018 ante los atrasos que, desde antes del 2012, ya se venían presentando. Igualmente, y de manera preponderante, para menguar los efectos negativos de las condiciones geotécnicas y geológicas distintas a las presupuestadas en los estudios iniciales. Al respecto, vale la pena traer a colación lo señalado por la doctrina nacional en relación con la aplicación de la regla de juicio de negocios o discrecionalidad. "Por su parte, el profesor RODRÍGUEZ AZUFRO ha sostenido, sobre la responsabilidad de los administradores, que uno de los aspectos más delicados en la determinación de su responsabilidad consiste precisamente en encontrar el equilibrio entre la conducta debida de los administradores y «el necesario margen de maniobra con el que debe contar para la aplicación de su propio criterio y su expertica ante situaciones frecuentemente complejas, frente a las cuales lo que habrá de medirse es la razonabilidad con la cual, dadas las circunstancias y teniendo en cuenta el entorno, toma una decisión», y agrega en seguida que «al administrador "no se le exige por imperativo legal ni el éxito ni el beneficio, se le pide únicamente el empleo y la diligencia adecuada para obtenerlos"» A su turno el profesor REYES sostiene, sobre la base de que la obligación de los administradores es más bien de medios y no resultados, que el deber de diligencia en Colombia no implica en forma alguna que la decisión de negocios tenga que ser acertada económicamente, y por ello, afirma que al administrador no se le debe atribuir responsabilidad si los resultados de su gestión no son exitosos cuando su actuar se ajuste a la buena fe y a la diligencia debida. Como un fundamento más a la anterior argumentación, el citado profesor explica el contenido y alcance de la business judgement rule en los Estados Unidos, de cuya figura no duda en calificar "bien podría servir de ilustración para nuestras normas de responsabilidad Posteriormente, no

duda en afirmar que el administrador societario se encuentra sometido una obligación de medios «donde se perciben dos fuerzas opuestas: por un lado, la severidad en cuanto a su responsabilidad por tratarse de un profesional Por el otro, la toma en consideración del azar propio de su actividad que permite una menor severidad en el juicio de su conducta.» Por lo anterior, sostiene que «el administrador no será responsable cuando globalmente su gestión ha sido correcta, ha actuado de buena fe y con respeto de los usos relativos a su profesión.», caso en el cual los tribunales deben permitir «un margen de error en la toma de decisiones», lo cual resulta apenas normal teniendo en cuenta la naturaleza de su actividad en los vaivenes del mercado. Finalmente, quisiéramos traer a colación los argumentos del profesor PENTA cuando afirma que el administrador «Se caracteriza porque vive en constante riesgo, pero a pesar de ello, busca la realización de conductas encaminadas a la consecución de los fines perseguidos por los asociados con la sociedad y a evitar que se produzca un daño. Aunque es claro que en la vida comercial se presentan riesgos económicos en los cuales se puede acertar o fallar en el intento de superarlos, la misión fundamental del buen hombre o de la buena mujer de negocios es arriesgar capital para ganar a favor de su sociedad.», y más adelante, sostiene el mismo autor -tratando el deber específico de los administradores de "realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social" del art. 23 L.222/95- que el administrador «no estará obligado a obtener un resultado económico para la sociedad que él representa. Esto quiere decir que al administrador no se le exige asegurar el éxito económico de una sociedad, siempre y cuando actúe con diligencia, prudencia y en ejercicio de la figura del buen hombre o mujer de negocios» "32 A pesar de que se argumentó la razón por la que el modelo de conducta exigible a mi cliente no puede ser la del buen hombre de negocios, aún si se establece la aplicación errada de la Delegada de tal criterio, también sería contradictorio con su razonamiento. Lo anterior, porque no es posible, bajo los postulados de la Ley 222 de 1995 y la teoría del "Business Judgment Rule", reprochar las decisiones de los administradores que actuaron bajo la buena fe y prudentemente por el hecho de no obtener el resultado perseguido, toda vez que resultaría imposible ejercer la profesión y los negocios por la naturaleza misma de su actividad que resulta riesgosa por los vaivenes del mercado. Desde ya debo afirmar que las decisiones y actuaciones del señor CALLE RESTREPO fueron asumidas con la debida diligencia y bajo los postulados de la buena fe, siempre dando cumplimiento a sus deberes e intentando, bajo las circunstancias en que se encontraba el Proyecto, que se cumpliera con la meta de generar energía en el año 2018. Tanto así, que si se volviera al pasado, se tomarían las mismas decisiones en el marco de sus funciones, toda vez que, aunque el proyecto se vio afectado por un siniestro, las determinaciones no fueron deliberadamente votadas para causar un perjuicio a las sociedades ni al Estado sino que estuvieron encaminadas en todo momento a propender por un avance eficiente del proyecto y estuvieron basadas en la mejor información técnica disponible suministrada por expertos de la más alta calificación y experiencia.

> *Ahora bien, a mi cliente tampoco le es predicable una actuación bajo la modalidad de culpa grave reprochable a él como servidor público para la época de los hechos, actuó diligentemente con base en la información y recomendaciones técnicas de los expertos en la materia en todas sus actuaciones como se sustentará a continuación (…)"*

R:/ En primer lugar es importante precisarle al apoderado, que en el auto de imputación no se "*lanzan críticas*", sino que a partir del material probatorio obrante en el plenario, se demuestra o no la existencia de los elementos de la responsabilidad fiscal a saber: un daño al patrimonio o a los intereses patrimoniales del Estado una conducta activa u omisiva desplegada en ejercicio de gestión fiscal o con ocasión o por contribución con la misma, que pueda ser calificada a título de culpa grave o dolo.

Así mismo estas conductas se han estructurado en relación con el marco obligacional exigible a cada uno de los vinculados a esta causa fiscal desde el rol que le correspondía de cara al desarrollo del proyecto, por lo que la conducta esperada que según la apoderada no fue señalada, es aquella que se describe en las fuentes normativas que enmarcan el actuar de los vinculados a saber: La Constitución, la Ley, los Estatutos, el contrato BOOMT entre otras que fueron precisadas en el auto de imputación.

Aclarado lo anterior, resulta necesario precisar que la Sentencia C-619 de 2002 que cita el apoderado, declaró lo siguiente:

> *"Declarar **INEXEQUIBLES,** el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000."*

Esta precisión es importante por cuanto del tenor literal de lo expuesto por el apoderado pudiera llegar a pensarse que la Sentencia referida decretó la inexequibilidad del artículo 53 de la Ley 610, cuando el aparte declarado inexequible fue únicamente la expresión "leve".

Ahora bien, partiendo de la anterior decisión jurisprudencial, explica el apoderado que solamente puede configurarse responsabilidad fiscal en cabeza de una persona cuando se demuestra que ésta obró con culpa grave o dolo en consonancia con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución política de Colombia. Conclusión que este Despacho comparte plenamente.

En este punto, es importante precisar que el lo sostenido por el apoderado, surge del hecho de no compartir las conclusiones del Despacho, pero no obedece a la realidad ni mucho menos a lo plasmado en el auto 1484 de 2 de diciembre de 2020. Este Despacho, en el análisis de la conducta de todos y cada uno de los implicados, tuvo en cuenta los roles que cada uno ejercía, así como las competencias constitucionales, legales, estatutarias o contractuales según el caso. Así mismo evaluó las diferentes decisiones, teniendo en cuenta de manera particular en

relación con la junta directiva de Hidroituango que las mismas se encontraban plasmadas en las actas de junta directiva, respecto de las cuales y precisamente a efectos de precisar la información con la que contaban los miembros de la junta, se solicitaron también los anexos a las mismas, los cuales por demás obran en el plenario. Así mismo se tuvieron en cuenta las Actas del comité de seguimiento al BOOMT, las Actas del comité de expertos BOARD, información a la cual tenían acceso los miembros de junta y quienes por demás tenían la obligación de informarse sobre todo el proceso pues como se dijo y se reiteró a lo largo del auto de imputación, Hidroituango es una sociedad con objeto único, cuyo único propósito es lograr la ejecución de una hidroeléctrica que por supuesto sea funcional y que se mantuviera dentro de los límites de costos planeados.

Así mismo y de manera particular respecto del señor Calle Restrepo, como gerente de la sociedad EPM y miembro de la Junta Directiva de HI, así las cosas esta Delegada precisó la manera como desarrolló su labor desde cada uno de sus roles.

Es tan cierto que el Despacho se puso en la posición que ostentaba cada uno de los prohijados del apoderado, para determinar las conductas desplegadas por ellos, que analizó sus competencias legales, examinó sus hojas de vida y el alcance de sus obligaciones contractuales, evaluó sus intervenciones en el seno de la Junta Directiva de la sociedad HI, etc.

En este punto, resulta necesario precisar que la culpa grave que se estructuró en cabeza del señor Calle Restrepo, en primer lugar por Haber desechado el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de HI.

En segundo lugar, a pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

En tercer lugar No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018.

Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto; en cuarto lugar, pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener encuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto, y por último Haber suscrito el Acta de Modificación Bilateral 15 de 22 de diciembre de 2015 al contrato de obras principales la cual formalizó la construcción del Sistema Auxiliar SAD, debiendo saber que con ella se estaba modificando características inmodificables del contrato y a sabiendas o debiendo saber que el BOARD de Expertos no había avalado esta modificación.

Cabe resaltar, que las conductas desplegadas, que se tomaron en perjuicio de Hidroituango, que contribuyeron de manera determinante a destruir el valor presente neto del proyecto.

Y es desde esa óptica que el Despacho estructuró la culpa grave en cabeza del señor Calle Restrepo, atendiendo precisamente a los dispuesto en la jurisprudencia citada y en las decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado, pues en el auto de imputación se determinó que con dichas omisiones descuidada y negligente

> *"La Sala considera que la parte demandante desplegó su conducta con culpa grave, dado que de manera **descuidada y negligente permitió y consintió con su omisión** que recursos del Municipio fueran destinados a la realización de operaciones [que] no brindaban seguridad al patrimonio público que no eran permitidas por la Ley"*[246].

Así las cosas, la conducta del presunto responsable NO fue estructurada- como mal lo expone el apoderado- con base en la Ley 222, dicha normativa fue expuesta, en primer lugar, porque es el marco legal aplicable para los administradores en el país, por ende sí enmarca las obligaciones esperadas por parte de estos en el desarrollo de sus propios negocios, en segundo lugar, porque permite evidenciar como el prohijado en cuestión no cumplió tan siquiera con el deber de diligencia mínimo que exige la Ley a una persona en el manejo de sus propios negocios, contrario es que

[246] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 76001-23-33-000-2016-01142-01

no le convenga al apoderado la utilización de tal paralelo, y quiera hacer ver que esta delegada no cumplió con los parámetros establecidos en la normativa fiscal y constitucional para estructurar la culpa grave, trabajo que- tal como se expuso- fue cuidadosamente desarrollado en el auto de imputación.

Ahora bien, precisado lo anterior, el apoderado se refiere específicamente a las conductas que le fueron atribuidas a su prohijado, para desvirtuar que las mismas fueron determinantes para generar el daño al patrimonio del Estado. Sin embargo, se advierte desde ya que las consideraciones que realiza el apoderado, no desvirtúan el nexo causal que se ataca pero mucho menos demuestran que el señor Calle Restrepo haya actuado con diligencia, pues no se demuestra que haya asumido la posición que le era exigible de cara a un proyecto de la importancia de Hidroituango y respecto del cual se tiene probado que le fueron informadas graves y determinantes situaciones, frente a las cuales se limitó a suscribir el BOOMT a sabiendas de las salvedades en este incluidas y posteriormente, suscribió el mecanismo que dio vía libre a los pagos indiscriminados al contratista, todo lo anterior en el afán de EPM por entrar a generar en la fecha inicialmente estipulada con la CREG.

Corresponde ahora revisar nuevamente, las conductas respecto de las cuales considera que su prohijado actuó supuestamente de manera prudente, entonces continúa el apoderado:

> *"En el primer cargo se reprocha a mi cliente haber desechado el informe Penta los que supuestamente su uso no existiera control por parte de Hi sobre la ejecución del Proyecto. Al respecto, es importante destacar que el señor CALLE RESTREPO obró diligentemente y cumpliendo con el rol de miembro de junta directiva. En ese sentido, realizó las funciones de seguimiento como miembro del órgano colegiado que ostentaba Hidroituango, actuar que se encontraba delimitado dentro del Anexo 6.12 en el Contrato BOOMT. Así, evitó el incumplimiento del mismo* ***absteniéndose de coadministr****ar o aprobar aspectos que eran función directa de Aunado a ello, mi cliente aprobó específicamente lo que era requerido por los administradores de la Sociedad, quienes eran los que conocían sus necesidades y si era indispensable o no invertir los recursos que implicaba la adopción de las conclusiones del informe PENTA para la ejecución del Contrato. En esa línea, el Gerente de Hl conceptuó que la estructura administrativa que tenía la compañía para ese momento era la pertinente y necesaria, de ahí que, no se requiriera ejecutar modificación alguna. Finalmente, no es posible aseverar que CALLE RESTREPO impidió la implementación del informe PENTA diluyendo el control del proyecto y que prueba de ello es que en el 2017 se tuvo que implementar. Lo anterior, debido a que en esa fecha, como se sustentará más adelante, solamente se cambió la modalidad de contrato a dos contratistas que estaban vinculados por prestación de servicios. De igual forma, Hi ejerció el control y seguimiento del Proyecto según los parámetros negociados entre las partes del Contrato BOOMT. En resumen, mi cliente no anuló la capacidad de*

seguimiento de la Sociedad al Contrato BOOMT y obró diligentemente pues cumplió con el rol que tenía en virtud del mismo contrato y aprobó lo que era requerido, recomendado y aconsejado por los administradores de la Sociedad — esto es, Gerente General y demás personal directivo -. ***Estos últimos eran los expertos técnicos y conocedores del Provect****o, de modo que, lo diligente era actuar de conformidad con sus recomendaciones. Mal hubiese hecho mi cliente si hubiese optado por desconocer dichas recomendaciones sin tener la experticia en dichos asuntos.*

Líneas más adelante, manifiesta el apoderado sobre el mismo tema:

A. CON SUS ACTUACIONES MI CLIENTE NO DILUYÓ O ANULÓ LA CAPACIDAD DE SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LA SOCIEDAD AL CONTRATO BOOMT.

Sobre este punto, la Delegada le reprocha a mi cliente haber desechado el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del Contrato 1300MT, hecho que, según la CGR, diluyó el control del proyecto. Así mismo, se señala que esta situación se corrobora, ya que en el 2015 supuestamente se propuso retomar dicho informe y aseveran que se retomó en el 2017 para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias de HL En primer lugar, es importante mencionar que el rol de seguimiento por parte Hidroituango se encontraba rigurosamente delimitado dentro del Contrato BOOMT. En dicho documento, se dejó especificado que no podía coadministrar ni aprobar nada, toda vez que estas eran funciones directas de EPMI, al igual que efectuar las inversiones, la ejecución de las obras, entre otras. Así las cosas, en el BOOMT las partes pactaron que el negocio jurídico tendría como objeto específicamente para lo que concierne a la etapa de construcción - el siguiente: "En virtud de lo establecido en el presente Contrato y conforme a los términos y condiciones previstos en el mismo, el Contratista se obliga para con Hidroituango a (i) efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la Construcción y Montaje y para la operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por terceros; (fi) realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la Construcción y Montaje de las Obras, los Componentes y la Hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los Componentes que lo requieran entren en Operación Comercial en cumplimiento de los Parámetros Técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación. diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar los Componentes, los Materiales, las Obras y las demás obras materiales o intelectuales requeridas durante la Etapa de Construcción, de conformidad con el Cronograma Director, (in) realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las Unidades y la Hidroeléctrica como un todo entren en Operación Comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el Cronograma Director;..." (Énfasis

añadido) De conformidad con lo anterior, le asistía a EPM Ituango33la obligación de realizar todas las actividades y ejecutar las acciones pertinentes y necesarias para que la Hidroeléctrica entrada en operación en la fecha pactada. De modo que, los administradores estaban facultados para adoptar las determinaciones directivas y económicas propias de sus funciones siguiendo las guías técnicas, jurídicas y económicamente viables en beneficio del proyecto, incluido el rediseño de los componentes34. Por parte de HI, el Anexo 6.12 al Contrato BOOMT, por el que se fijaron "Mecanismos de supervisión, coordinación, control y vigilancia del Contrato tipo BOOMT por parte de Hidroituango", delimitó el campo de acción de la sociedad en relación con su supervisión y seguimiento al Contrato así:

1.2 ALCANCE DE LA VERIFICACIÓN

La Verificación del Contrato tiene el propósito de examinar y comprobar durante la ejecución del Contrato, el avance y cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista en términos de oportunidad, calidad y costos, dentro de las buenas prácticas ambientales, de ingeniería, construcción, operación y mantenimiento, al igual que generar alertas sobre la necesidad de dar solución a las desviaciones que observe Hidroituango con respecto a dichas obligaciones. Para lo anterior Hidroituango activará los mecanismos previstos en el Contrato, tales como observaciones a los informes o actas correspondientes a la funcionalidad de las obras o los equipos, podrá acudir a las Cláusulas Penales de Apremio, y en general a las medidas contempladas para urgir al Contratista el cumplimiento, todo de acuerdo con lo establecido en el Contrato.

1.3 CRITERIOS FUNDAMENTALES

La Verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, técnicas, financieras y legales del Contratista, en lo referente a la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la central a Hidroituango, estará regida, en todo caso, por los siguientes criterios, que constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales se entenderá y ejecutará el presente esquema de seguimiento del Contrato

- El Objeto de la Verificación es el Contrato
- Principio de no coadministración
- Principio de no control previo

1.3.1 OBJETO DE VERIFICACIÓN

El objeto de Verificación, por parte de Hidroituango, es el cumplimiento del Contrato, el cual comprende la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la Central Hidroeléctrica Ituango a Hidroituango, al terminar el Contrato

1.3.2 PRINCIPIO DE NO COADMINISTRACIÓN

La Verificación que realizará Hidroituango durante la ejecución del Proyecto se hará bajo la premisa de "no coadministrar" en ninguna de las etapas del proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central, y comercialización de energía de la misma.

El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista para la construcción y operación de la central Cualquier inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al

Contratista, no a sus Subcontratistas

Hidroituango no será interventor de los contratos que celebre el Contratista, (esto es potestad exclusiva del Contratista actuando como contratante), pero es deber y potestad de Hidroituango Verificar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Contrato, para garantizar la protección de los intereses de la sociedad y del Proyecto

1.3.3 PRINCIPIO DE NO CONTROL PREVIO

Hidroituango no ejercerá acciones que constituyan control previo, entendido éste como intromisión o injerencia previa en las decisiones que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.

Este esquema de distribución de roles fue pactado en el contrato BOOMT antes del inicio de la gestión de mi representado. De ahí que no haya tenido intervención en la configuración, ni haya influido en el establecimiento de las competencias de Hi frente al seguimiento y control del Proyecto. Mi

representado, en cumplimiento de sus funciones como miembro de la Junta de Hl no podía desconocer ese marco de gobierno y administración, para pretender coadministrar o realizar un control previo.

De conformidad con lo anterior, Hidroituango no contaba con un control extensivo a todos los ámbitos del Contrato, así como tampoco podía intervenir en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscribiera EPM-I para la construcción y operación de la central. En este sentido, su accionar se encontraba bastante delimitado y EPM-I tenía la potestad de tomar cualquier decisión autónomamente a menos de que se tratara de una característica inmodificable. En consecuencia, resulta contrario a la realidad y al Contrato BOOMT establecer que HI, para ese entonces, requiriera de la modificación de su estructura y la contratación de un sistema "Bustnets Intelltgence", sumamente costoso, para que pudiera realizar la labor de seguimiento. Por otro lado, la Delegada no fundamenta argumentativa, ni probatoriamente las razones por las que se debe considerar que el mecanismo del "Bustness Intell«enee" era el más adecuado para realizar la labor de seguimiento. Al respecto, simplemente se limita a señalar "El mecanismo del Bussines intelligence, permitía realizar el cruce de grandes cantidades de información, herramienta que dado el volumen de información que implicaba un proyecto de esta envergadura, habría sido probablemente útil a la junta directiva para enterarse de los diferentes pormenores del proyecto y generar las alertas requeridas a tiempo " Resulta poco adecuado, de conformidad con la regla de juicio de negocios o discrecionalidad, reprochar una decisión tomada en la Junta Directiva de HI, con base en la recomendación de su propio Gerente, con el argumento de que "habría sido probablemente útil" sin establecer, en modo alguno, las razones por las que el plenario considera que se debía adoptar ese sistema. Adicionalmente, se ignora que en el Acta 134 del 31 de octubre del 2012 se sustentó que esta figura era demasiado costosa ($3.404'000.00 al año) y que los costos por funcionamiento de la sociedad irían siempre con cargo al proyecto, por lo que pudo afectar gravemente el presupuesto sin necesidad. En este sentido, las actuaciones de mi cliente como miembro de la junta directiva de HI y Gerente General de EPM, simplemente estaban encaminadas a que la estructura de HI fuera la óptima para para desempeñar su función y no desfasar el costo del proyectos. Así mismo, la Delegada omitió tener en cuenta que muchos de los cargos que se sugerían contratar con PENTA ni siquiera tendrían relación o servirían para ejecutar el seguimiento al BOOMT, por lo que el nexo de causalidad resultaría ampliamente disuelto. Sobre este punto, el informe recomienda la contratación de un auxiliar contable, dos analistas administrativos, un recepcionista, un mensajero, entre otros cargos que no tienen ninguna incidencia en el seguimiento al Contrato BOOMT.

También descarta la Delegada que en el Acta 128 del 30 de noviembre del 2011, esto es, cuando se presentó el informe en la Junta Directiva anterior al ingreso del señor CALLE RESTREPO, nunca hubo un acuerdo en la adopción del estudio de PENTA, por lo que se dejó en manos de la próxima administración. Incluso, se concluyó en determinado momento que la figura

del "Business Intelltgence" no era necesaria para realizar el seguimiento, al respecto se señaló: Jaramillo Explica el doctor Jesús Aristrzabal que en un proyecto de la envergadura de Pescadero Ituango. en ese término no se modifica mucho la información de su avance, normalmente, de uno a otro mes El doctor Gómez ratifica lo dicho por el doctor Anstizabal y de MIL concluye, la no necesidad del Business Intelligente En otro momento, se rechazó la propuesta del PEN'I'A por centrarse en el trámite de la información mas no en su valoración, hecho que no ayudaba en modo alguno a "mejorar" el seguimiento al Contrato:

El doctor Francisco Beltrán se pregunta por cual debe ser la razon de ser de HI en todo este proyecto ya que se busca el seguimiento y verificación de todo lo que ejecuta EMP I en vista de los intereses del departamento de Antioquia y de los demas accionistas de HI En ese orden de ideas las propuestas de Penta le parecen limitadas en el sentido de que se sustentan en el tramite de la información mas que en su valoración, y el papel de HI requiere tener la capacidad tecnica de valorar y hacer acompañamiento a lo que esté ejecutando EPM I Si la informacion se produce pero no hay quien la valore o emita juicios de valor sobre lo que alli llega se presentarian falencias Se requiere de tecnicos que evaluen la información que se produce afirma Con relacion a la mensajeria y cargos que se contratan considera que la tendencia nacional es que se protejan y deben estar dentro de la planta de personal Ademas se debe mirar como lo que produce EPM I y el conocimiento técnico que debe valorar esa información debe ser determinante mas que la tecnologia misma requerida para suministrar la informacion, Comparte con EPM la inquietud de disminuir costos, que tambien tiene importancia para el IDEA como accionistas, pero considera qué el tema de la verificación, más que tener mucha informacion, requiere de capacidad de analisis y de juzgamiento de ella La estructura debe ser pensada mas en el cumplimiento de la tarea de verificación que en el diligenciamiento de la información, concluye

El doctor luis Guillermo Gomez considera sensata la apreciacion del Presidente de la Junta Reitera que la información que suministra un B I es en tiempo real y en HI, dadas las condiciones de la verificación, no se tendrá la información en tiempo real Ello representaria embarcarse en un sistema que no prestaria servicio alguno, ya es mayor la importancia de analizar la informacion que llega, que la rapidez con la que llega

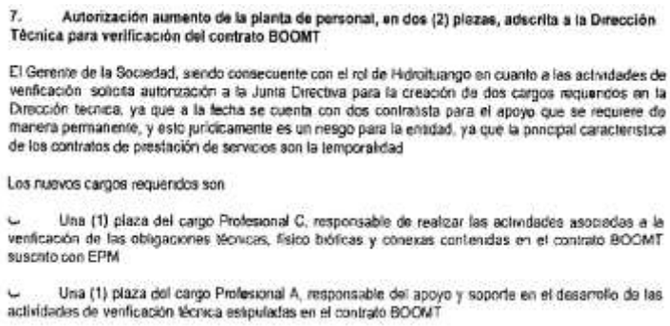
Aunado a ello, la CGR ni siquiera realizó un examen juicioso de quién fue la empresa que sugirió la adopción de este sistema y si contaba con la experiencia, estudios y personal capacitado para sugerir este mecanismo. Sobre este punto, es importante destacar que PENTA es una empresa de consultoría con experiencia de tan sólo 15 años en asesoría a empresas medianas y familiares.15Esto quiere decir que, en el año 2011 cuando se presentó el informe, tendrían aproximadamente 6 años de experiencia en el mercado. Dentro de su personal reportado, aparecen 4 personas, una de ellas del área administrativa.

A partir de lo anterior, es imperativo concluir que PENTA no contaba con la credibilidad absoluta para determinar que el "Business Intelligente" era el modelo adecuado que debía seguir una empresa como Hidroituango para ejecutar sus funciones en el marco de un proyecto tan representativo como la hidroeléctrica La Delegada asumió erróneamente y a su conveniencia que ese era el mecanismo que se debía utilizar, sin tener en cuenta aspectos como los costos, la necesidad o no de la contratación de personal e incluso omitió hacer un análisis de los cargos para determinar si dicho personal tendría un impacto en el seguimiento que se le hacía al Contrato BOOMT. Sobre este último punto, se debe tener en cuenta que el informe PENTA

sugería la contratación de personal que ya estaba previsto dentro de la Sociedad Al respecto, dentro del Acta 128 del 30 de noviembre de 2011 se mencionó:

El doctor Jesus Aristizabal interviene para manifestar que son bien conocidas las funciones de HI enmarcadas en el BOOMT. Recuerda que hay muchos factores que dan tranquilidad en la informacion a la Junta Directiva y a HI, como persona juridica de la actividad que realiza su concesionario un Auditor de Costos –GAE-, el Control Interno de HI las interventorias de la ejecucion de los diferentes contratos, la actividad de Control Interno de EPM, la auditoria externa de EPM, Price Waterhose, y la Contraloria Departamental de Antioquia

Así las cosas, era innecesaria la contratación de personal para ejercer las labores que ya estaban previstas en un Auditor de Costos -GAE, en Control Interno de HI, en las interventorías de los contratos, Control Interno de EPM, Price Waterhose y la Contraloría Departamental de Antioquia. Lo anterior, aunado a los cargos administrativos que se señalaron anteriormente y que no tienen ninguna incidencia en el seguimiento del Contrato BOOMT. Así, la Contraloría desconoce que fue la Administración de HI, quien, con base en su conocimiento detallado de sus necesidades y los recursos disponibles, definió y puso a consideración de la Junta Directiva los recursos que requería para ejecutar su función. Entonces, se cuestiona el suscrito ¿con qué criterio el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO podía argumentar que los recursos eran insuficientes? Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que fue la junta, unánimemente, la que aprobó la estructura y no solamente mi cliente. Por consiguiente, se cuestiona el suscrito ¿acaso la junta en pleno quería menguar la función de control de Ni? ¿En qué medios de convicción se basa la Contraloría para hacer tal conjetura? ¿Qué motivación podría tener la administración de Hi y la Junta Directiva de Hi en pleno para llevar y aprobar respectivamente una propuesta que socavaría la función de supervisión de hi? Finalmente, la Delegada sustenta que la necesidad del estudio de PENTA se corroboró en el año 2015 cuando se propuso retomar el informe y que finalmente fue retomado en el 2017. Al respecto, es importante mencionar que NO ES CIERTO que el informe PENTA se haya retomado posteriormente por la necesidad de ampliar la planta y realizar el debido seguimiento. En primer lugar, la CGR no sustentó ni aportó ningún acta del año 2015 en la que si quiera se mencionara el informe PENTA. Por otro lado, el Acta 170 del 24 de abril del 2017, documento sobre el que la Delegada afirma que se retomó el estudio de PENTA y se contrató a dos personas por lo recomendado cn ese informe, es errado. Lo anterior, por cuanto estas funciones se venían ejecutando con 2 contratistas y la propuesta que se aprueba es reemplazarlos por 2 personas a término indefinido dado el riesgo laboral de seguir con 2 contratistas temporales. A continuación el texto del acta en donde se lee lo manifestado:



7. Autorización aumento de la planta de personal, en dos (2) plazas, adscrita a la Dirección Técnica para verificación del contrato BOOMT

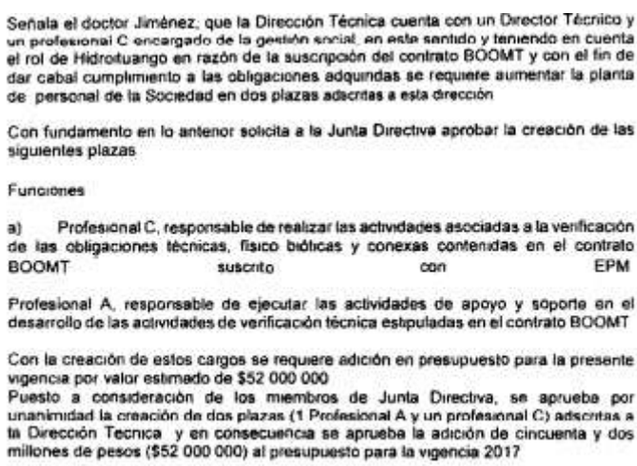
El Gerente de la Sociedad, siendo consecuente con el rol de Hidroituango en cuanto a las actividades de verificación solicita autorización a la Junta Directiva para la creación de dos cargos requeridos en la Dirección tecnica, ya que a la fecha se cuenta con dos contratista para el apoyo que se requiere de manera permanente, y esto juridicamente es un riesgo para la entidad, ya que la principal caracteristica de los contratos de prestación de servicios son la temporalidad

Los nuevos cargos requeridos son

- Una (1) plaza del cargo Profesional C, responsable de realizar las actividades asociadas a la verificación de las obligaciones técnicas, físico bióticas y conexas contenidas en el contrato BOOMT suscrito con EPM

- Una (1) plaza del cargo Profesional A, responsable del apoyo y soporte en el desarrollo de las actividades de verificación técnica estipuladas en el contrato BOOMT

Así las cosas, el acta en mención de ninguna manera se concluye lo afirmado por el ente de control fiscal Entonces, de una breve lectura del informe PENTA y del Acta se puede evidenciar que la Junta Directiva no pretendía retomarlo, pues las conclusiones del informe implicaban no sólo la contratación de personal, sino también la adopción del mecanismo "Business Inlelligence" y la tercerización de servicios, aspectos que nunca se pusieron de presente en estas reuniones Por el contrario, sólo se pretendía contratar a término indefinido dos personas que venían desempeñando sus funciones temporalmente, de manera indefinida. Aunado a lo anterior si supuestamente el estudio de PENTA se adoptó en el año 2017 era tan necesario útil .ara el se aumento del ro ecto or ué HI no levantó ninguna alerta sobre lo que terminó ocurriendo en el año 20182 Ahora bien, en el Acta de la Junta Directiva 171 del 22 de mayo del 2017 tampoco se mencionó la aprobación del informe PENTA Únicamente se consideró la necesidad de aumentar la planta en dos plazas, precisamente por las condiciones en las que, en esa instancia, se encontraba el proyecto. Al respecto, se señaló:



Señala el doctor Jiménez, que la Dirección Técnica cuenta con un Director Técnico y un profesional C encargado de la gestión social, en este sentido y teniendo en cuenta el rol de Hidroituango en razón de la suscripción del contrato BOOMT y con el fin de dar cabal cumplimiento a las obligaciones adquiridas se requiere aumentar la planta de personal de la Sociedad en dos plazas adscritas a esta dirección

Con fundamento en lo anterior solicita a la Junta Directiva aprobar la creación de las siguientes plazas

Funciones

a) Profesional C, responsable de realizar las actividades asociadas a la verificación de las obligaciones técnicas, físico bióticas y conexas contenidas en el contrato BOOMT suscrito con EPM

Profesional A, responsable de ejecutar las actividades de apoyo y soporte en el desarrollo de las actividades de verificación técnica estipuladas en el contrato BOOMT

Con la creación de estos cargos se requiere adición en presupuesto para la presente vigencia por valor estimado de $52 000 000
Puesto a consideración de los miembros de Junta Directiva, se aprueba por unanimidad la creación de dos plazas (1 Profesional A y un profesional C) adscritas a la Dirección Tecnica y en consecuencia se aprueba la adición de cincuenta y dos millones de pesos ($52 000 000) al presupuesto para la vigencia 2017

En conclusión, no es correcto afirmar que mi cliente diluyó el control del Proyecto por la no adopción del informe PENTA, toda vez que, la figura del 'Business Intelligence" era demasiado costosa y no era necesaria porque en ese momento se consideró que HI contaba con el personal adecuado y la

> *plataforma de información que había dispuesto EPM era suficiente para realizar el seguimiento al Contrato BOOMT y cumplir con las funciones delimitadas que tenía la sociedad. En consecuencia, CALLE RESTREPO actuó con la debida diligencia en el marco de sus funciones y no es imputable conducta alguna a título de culpa grave. Aunado a ello, el informe PENTA no garantizaba que el seguimiento que se hiciera tuviese el alcance que pretende atribuirle el auto de imputación, pues consistía más en un mecanismo de información que en un método para valorarla correctamente. Así mismo, la estructura que se recomendaba implicaba la aprobación de cargos administrativos que no tenían ninguna incidencia directa en el seguimiento al BOOMT. Finalmente, no es cierto que el estudio de PENTA se aprobó en el 2017, ni mucho menos que esto fue resultado de un mal manejo por parte de la Junta Directiva en el 2012 tras haber dejado d incluido el control del proyecto a HI. En consecuencia, la ampliación de cargos se debió a condiciones diferentes que no tienen ninguna relación de causalidad con haber desechado el informe en el 2012, ni mucho menos fueron el origen de la contingencia del 2018 o que no se haya entrado en operación el proyecto en el mismo año. Por lo tanto, no se puede predicar que CALLE RESTREPO en su calidad de miembro de la Junta Directiva de HI menguó la capacidad de la sociedad para hacer el seguimiento del proyecto.*

R:/ Es preciso recordarle al apoderado, que en este punto se encuentra probado que desde el Acta 128 de 30 de noviembre de 2011, se puso de presente por la Administración de HI, refiriéndose al Informe Penta, lo siguiente: *"Considera que el informe es acertado en términos generales con relación a la estructura propuesta, para efectos del nuevo rol y condición de verificación del contrato. La Administración quiere presentar unos ajustes mínimos a la propuesta de Penta, basados en el estudio que ha venido realizando y la experiencia y el conocimiento que le han dado los meses transcurridos después de la suscripción del BOOMT, ajustes que pondrá a consideración de la Junta Directiva".* Así mismo se indicó en la sesión, lo siguiente*:*

"A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un Business Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer en tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas, está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas".

Así mismo, es importante precisar que el informe PENTA contiene un Diagnóstico preciso y adecuado en relación con el Rol que de conformidad con el contrato BOOMT le correspondía a Hidroituango. En este sentido, la Contraloría no le reprocha a la junta directiva, como mal quiere reconducirlo la apoderada, el simple hecho de no haber adoptado el sistema Business intelligence, sino que al haber obviado las consideraciones realizadas por el informe no se hubiera optado por contar con una estructura administrativa suficiente que le permitiera realizar de manera completa y oportuna el seguimiento al proyecto. En esta medida el despacho concluyó que la decisión de la junta directiva diluyó el control que debía ejercer Hidroituango.

Ahora bien los objetivos del informe que sobre el particular realizó PENTA fueron los siguientes:

> "*Definir y construir unas Estructuras de procesos y administrativa que le permitan a Hidroituango la verificación del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato BOOMT, y que le garantice desarrollar y ejecutar las actividades necesarias para realizar una verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación y mantenimiento, explotación y restitución de la central hidroeléctrica, incluyendo el soporte institucional y corporativo requerido para realizar una óptima y adecuada gestión.*
> *Construir la estructura de cargos para una adecuada y óptima gestión definiendo los conocimientos, experiencias y responsabilidades requeridas para cada cargo.*
> *Dimensionar la planta de cargos requerida para el funcionamiento normal de HIDROITUANGO lo cual incluye además de la verificación técnica, financiera y legal descrita anteriormente, el soporte institucional y corporativo requerido para su gestión".*

El informe Penta al realizar el diagnóstico de lo que se pretendía tuvo en cuenta tanto a Hidroituango como a EPM[247] e identificó lo siguiente:

> "*Hay unanimidad y alineación entre EPM e Hidroituango en que **la misión de HI debe ser la de verificar y controlar las diferentes obligaciones***

[247] Lo anterior contrasta lo afirmado por el testigo Jairo Hernán en el sentido de considerar que a la sociedad hidroituango no se le permitió intervenir la elaboración del informe PENTA sobre el particular afirma: *"(…)* ***Entonces fue así como el consultor hizo un ajuste final y ya a mí me invitaron a una reunión donde El hizo la presentación de su ajuste final****, la comisión de junta y todos los que tomaban las decisiones le dieron la aceptación, con esa aceptación, el supervisor del contrato procedió a elaborar su informe final y a proceder con la ordenación del pago por parte de la Gerencia. (…) "PREGUNTADO POR EL DESPACHO****. Yo si quiero saber algo, y es si Usted conoció el contenido del informe*** *PENTA. CONTESTADO.* ***Si yo lo conocí, el informe final lo conocí cuando el Consultor lo presentó y al que se le dio la aprobación como recibido para luego ya presentar las propuestas a la Junta de octubre 31 de 2012*** *(…)".* Lo que es contradictorio con lo que él mismo dijo, en el sentido de que existía una comisión de junta directiva de Hi el testigo sobre el particular expresó: *"(…) este proceso de contratación se inició a finales de 2010 cuando la Junta autorizó que se contratara por un tercero un estudio para el dimensionamiento estructura y planta de cargos. Se procedió entonces a dar el inicio en la organización para hacer este contrato del cual se le compartió a la Junta Directiva y a los socios principales como el IDEA y EPM, los términos de referencia para ese proceso de invitación y fue así como ellos hicieron sus observaciones, se sacó el pliego, se hizo la evaluación y se adjudicó el contrato a la firma PENTA. Esto se llevó a comité de contratación en la sociedad Hidroituango y también se le informó a la Junta Directiva de la Sociedad. Siguiendo con ese mismo orden,* ***la Junta Directiva de la Sociedad ordenó de que el contratista no interactuara con la sociedad Hidroituango sino con una comisión de Junta y efectivamente así empezó PENTA a trabajar creo que con reuniones semanales o cada 10 días****, yo no estaba enterado de esos avances porque a la Sociedad le habían prohibido interactuar con el contratista y ya más adelante empezaron a manifestarse una serie de inconvenientes porque el contrato necesitaba un supervisor y ese supervisor o interventor era una persona de Hidroituango debidamente probada y capacitada para manejar todos los temas también relacionados con estructuras, plantas de cargos y dimensionamiento, pues tenía amplia experiencia en ese asunto, entonces era la persona más indicada para interventor (…)".*

establecidas en el contrato BOOMT. *Se hizo énfasis en que* ***no puede existir una Coadministración****.*
- Hay unanimidad en que la razón de ser de ***EPM Ituango*** *es la establecida en el contrato:* ***Ejecutar el proyecto****: Build, Own, Operate, Maintain and Transfer.*
- Los actores claves consideran que la relación entre Hidroituango y EPM Ituango debe ser:
o Relación ***de tipo informativo a través de libro abierto y comités****.*
o Relación de confianza, la cual debe generar una estructura interna de HI más liviana
o ***Relación de verificación, control y vigilancia del contrato en temas financieros, técnicos, legales y ambientales****.*
o ***Relación en la que debe primar la representación de los intereses de los dueños de HI.***
o ***HI debe dar alarmas*** *pero no definir pasos a seguir.*
o ***No control previo****.*
- Los actores entrevistados consideran que los puntos críticos de la relación son:
o ***Cumplimiento del cronograma a través del cumplimiento de los Hitos.***
o Se entiende que el proyecto inició con un atraso.
o Tenencia a tiempo de los recursos ($ requerida en el momento oportuno)
o Control de costos a través de organización internacional.
o ***Control de rentabilidad del proyecto***
o ***Garantía de cierres financieros***
o Cambios en la administración pública.
o Costos de operación de HI
o Control de la matriz de riesgos.
o ***Claridad en los roles de cada parte****.*
o ***Tener una estructura adecuada con los perfiles requeridos***
o ***Sistemas de información****.*
- Así mismo, consideran que estos puntos críticos se pueden prevenir:
o Generando confianza
o Conociendo la legislación ambiental
o Información actualizada del entorno político.
o ***Continuidad del proyecto sin cambios drásticos****.*
o Información clara y abierta.
- Ante la pregunta de cómo considera que se debe organizar Hidroituango, contestaron:
o ***Organización mínima y liviana, de acuerdo a las necesidades para la ejecución de su misión***
o ***Estructura eficaz y eficiente.***
o Gran capacidad de buscar aliados y/o outsourcing para temas críticos – contratar para cada hito" (Negrilla y Subrayado del Despacho)

Así mismo, concluye Penta que *"Después de analizar las obligaciones del contrato, los entendimientos de los actores claves entrevistados y los diferentes modelos de negocio de los tres tipos de empresa (Auditoras, Verificadoras, Holding), PENTA concluyó que* ***el modelo organizacional debe parecerse al de una especie de empresa holding, que verifica el desempeño de sus unidades estratégicas****".*

Aclarando que no es un parecido legal, pero que, gracias a estudiar la forma en que trabaja una holding, podemos ***sugerir el trabajo a partir de una plataforma de Business Intelligence****".*

Adicional a lo anterior, en el informe final de Penta, se lee lo siguiente:

"*El* ***objeto social*** *de la empresa es: La promoción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y comercialización de la energía de la Central Hidroeléctrica Ituango a nivel nacional e internacional.*

Su ***misión*** *es:* ***Diseñar y construir la Central Hidroeléctrica Ituango, garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018 y comercializar su energía. Todo ello con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental****.*

Su visión *es:* ***En diciembre de 2018, HIDROITUANGO S.A. E.S.P., será generadora y comercializadora de energía, altamente competitiva en el mercado nacional e internacional. Será ejemplo por sus aportes al manejo armónico del medio ambiente y su compromiso con el desarrollo social y económico de las comunidades que lo rodean, impactando positivamente a la región, a Antioquia y a Colombia.***

A partir del estudio del marco estratégico de Hidroituango, concluimos que desde la firma del contrato BOOMT, ***el rol fundamental de Hidroituango cambia radicalmente, pasando de ser el responsable directo en la construcción y financiación del proyecto, a ser el responsable de la verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación, mantenimiento, explotación y restitución de la Central Hidroeléctrica, es decir, del cumplimiento del contrato BOOMT firmado con EPM ITUANGO****.*

Teniendo en cuenta lo anterior y, analizada la documentación, los diagnósticos y el contrato, consideramos que Hidroituango tiene la necesidad de verificar 5 puntos fundamentales durante la ejecución del contrato, ***de acuerdo con su razón de ser y para asegurar sus ingresos y resultados futuros:***

• ***Cumplimiento del cronograma de actividades a través de un plan de verificación.***

• Ejecución de costos.

• Esquema de financiación (disponibilidad de capital).

• Gestión ambiental y gestión social.

• Modelo financiero del contrato*.*

Con base en lo anterior, durante la ejecución del contrato, Hidroituango puede tomar 4 tipos de decisiones fundamentales:

1. ***Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***

2. Modificar el contrato.

3. Modificar los términos del modelo financiero distintos de los establecidos en el contrato.

4. Hacer efectivas las garantías de cumplimiento

Teniendo en cuenta esto, Hidroituango debe tener una estructura organizacional y de procesos ***que le permita tener toda la fundamentación necesaria para tomar decisiones, derivadas de la verificación de los aspectos fundamentales****".*

"(…)

Al analizar el contrato y los roles de todos los actores claves alrededor del mismo, consideramos que Hidroituango no debe ser una empresa auditora, sino

*VERIFICADORA. **Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato**" (ver mapa punto 2.2.).*
*Vista, entonces, de esta manera, el rol primordial de Hidroituango es verificar que el contratista (EPM Ituango) cumpla con los compromisos adquiridos en el contrato BOOMT. Los clientes fundamentales de HI son sus propios accionistas. Por lo anterior, **HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT**.*

Específicamente, en relación con el BI el informe dice lo siguiente:

*"Como mencionábamos anteriormente, además de la estructura y procesos **recomendamos que Hidroituango contrate una consultoría para el diseño de un sistema de BUSINESS INTELLIGENCE, el cual, a partir de la información proporcionada por EPM Ituango, le entregue a la Gerencia General y a las 3 direcciones de Hidroituango información organizada para su gestión y les proporcione un sistema de indicadores** (Balanced Score Card).*

Para este efecto, recomendamos que HIDROITUANGO desarrolle una primera fase en la cual los actores claves determinen el CUADRO DE MANDO INTEGRAL que requerirán tener, para cumplir con sus objetivos de verificación, y que éste se revise con EPM para asegurar la disponibilidad de los datos y la información en los sistemas de esta empresa. Adicionalmente, Hidroituango debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:
1. Recomendamos comenzar a definir los términos de referencia para que se inicie el proyecto a la menor brevedad posible.
2. Es recomendable trabajar en equipo con EPM para asegurar que se obtenga un sistema de BI eficaz:
a. Mostrar los pliegos a EPM antes de empezar el proceso de contratación para aprovechar su experiencia.
b. Asegurar que el contratista se acogerá a la plataforma IBM que tiene EPM para poder acoplar a EPM- Ituango.
c. Solicitar que los proponentes hayan trabajado con EPM porque facilita el proceso de enseñanza y agiliza los diseños de cubos para el "data mining" en las bases de datos de EPM relacionadas con EPM ITUANGO.
d. Aprovechar las herramientas de desarrolladas por EPM para el BI.
Con base en lo anterior, proceder a contratar, en una segunda fase, la construcción de los cubos de información y la plataforma de BI requerida para alimentar los cuadros de mando"
(…)
"Penta recomienda implementar el modelo organizacional propuesto, a la mayor brevedad posible en los aspectos corporativos y administrativos.
- En cuanto a la estructura propuesta para realizar los procesos de verificación, la implementación debe hacerse gradualmente. Es decir, a medida que se vaya implementando la plataforma de Business Intelligence, se debe ir avanzando en la estructura propuesta para el desarrollo de estas funciones.

- Esta estructura, naturalmente, se deberá revisar y ajustar en la medida en que avanza el proyecto y se modifican los procesos, de acuerdo a las necesidades que se vayan presentando, que no es posible prever.
*- Teniendo en cuenta que la contratación, diseño, parametrización e implementación del sistema de Business Intelligence requiere de algunos meses y que **es un prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto**, recomendamos que Hidroituango defina inmediatamente un Plan para la implementación del sistema de BI lo más pronto posible, en donde se establezcan responsables y tiempos límite para el proceso, desde la contratación hasta la implementación.*
Recomendamos que este proceso inicie inmediatamente, ya que la implementación de la estructura ideal propuesta depende fundamentalmente de contar con este sistema.
*- Adicionalmente, recomendamos que se defina un plan de implementación y Transición que garantice la migración del modelo actual al modelo propuesto. **Actualmente, sin sistema de BI, Hidroituango tendrá que desarrollar las funciones propias de su razón de ser de una forma manual y terminar de cerrar algunos procesos que hacen falta, después de la firma del contrato BOOMT, para lo cual recomendamos migrar a una estructura de transición, la cual, una vez implementado el sistema de BI, debe migrar a la ideal propuesta**.*
Es necesario revisar la estructura organizacional actual y empezar el cambio organizacional, definiendo una estructura de transición que puede funcionar mientras se implementa el sistema de BI".

El informe Penta como puede verse generó unos Diagnósticos adecuados teniendo en cuenta tanto la misión visión de Hidroituango como la finalidad de dicha empresa y los roles que debería cumplir cada parte del contrato BOOMT.

Respecto de EPM tiene claro que se trata del ejecutor de la obra. Respecto de Hidroituango, tiene presente la dimensión del Rol de verificación, y reconoce los principios de no control previo, no coadministración[248] y también reconoce la existencia de una relación de confianza entre EPM e Hidroituango. Bajo estas premisas, de la lectura de las cláusulas de contrato BOOMT concluye, de manera acertada, que para desarrollar su labor dentro del contrato BOOMT, Hidroituango ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de***

[248] Lo anterior se encuentra además corroborado en el testimonio del Señor Jairo Hernán quien al preguntársele sobre el particular adujo lo siguiente: *"PREGUNTADO POR EL DESPACHO. El contenido del informe PENTA estaba dirigido a establecer un diagnóstico y unas soluciones, obviamente para que Hidroituango pudiera realizar de manera óptima el seguimiento y control al contrato BOOMT. Yo quiera saber si Usted recuerda si dentro de ese informe PENTA, la empresa PENTA, tuvo en cuenta el principio de no coadministración que existía entre Hidroituango y EPM. CONTESTADO. Pues yo creo que sí, **porque fueron premisas que se establecieron desde el principio y que PENTA conocía cuando se le entregó el contrato BOOMT también o cuando se le dijo que Hidroituango y por acuerdos de socios no coadministraba,** inclusive por esta razón, pues fue también que se acudió con este tercero para que hiciera el BOOMT **y también el diagnóstico no quedaran funciones de coadministración**".*

control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato*. Y de igual manera, precisa, lo cual también resulta acertado, que* ***HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT****.*
En el mismo sentido, el informe Penta también destaca cuáles son las acciones que Hidroituango puede tomar. Siendo la primera: 1. ***Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***

En este contexto es que el informe Penta sugiere la adopción del Business Intelligence (BI), así mismo como prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto y de manera temporal mientras se establecía dicho software, debía desarrollar las funciones propias de su razón de ser de una forma manual y terminar de cerrar algunos procesos que hacen falta, después de la firma del contrato BOOMT, para lo cual Penta recomendaba migrar a una estructura de transición. En este sentido, es claro para este Despacho que desde agosto de 2011, Hidroituango contaba con un informe que daba un diagnóstico acertado sobre los alcances del Rol que le había sido impuesto por el contrato BOOMT y que debía desarrollar.

Así mismo, es claro y se encuentra probado en las actas que se trataba de un informe conocido por todos los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango tanto por aquellos que hacían parte de la misma en el año 2011 como por los miembros de la junta que iniciaron en 2012 siendo estos últimos quienes debieron tomar las determinaciones sobre la estructura Administrativa de Hidroituango.Lo que critica el Despacho en el Auto de Imputación, en relación con este punto, no radica en el hecho de que Hidroituango hubiera o no comprado el BI. Sino que hubiera obviado lo dicho por el Informe Penta que dimensionaba de forma acertada el Rol de Hidroituango, y hubieran permitido que EPM impusiera la manera como se iba a realizar la verificación por parte del dueño del proyecto y que bajo una lógica inadecuada, de manera contraria a la realidad y al texto mismo del contrato, se hubiera pensado y permitido que Hidroituango no realizara ni siquiera las acciones fundamentales para reconducir el desarrollo del Proyecto.

Haber desconocido el diagnóstico realizado por PENTA incidió de manera directa en la producción del daño, en la medida en la cual diluyó la capacidad de seguimiento que debería tener la junta directiva de Hidroituango sobre el proyecto, concretamente sobre las actuaciones de EPM, a pesar de la obligación establecida para el dueño del proyecto de conformidad con el anexo 6.12 del BOOMT.

Lo anterior impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Todo lo anterior, llevó a que EPM acelerara de manera negligente el proyecto, prescindiera de estructuras básicas para el desarrollo del proyecto como se encontraba pensado originalmente, reconociera mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se modificaran lo que contractualmente se había definido como "características inmodificables del proyecto" y construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos que colapsó. Todo lo cual generó el daño al patrimonio del Estado descrito en esta causa fiscal como la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.

Precisado lo anterior, pasan a revisarse los demás argumentos del apoderado, relacionados con la no adopción del BI, la planta de personal constituida para Hidroituango y la eficiencia de los sistemas implementados por Hidroituango para realizar el seguimiento.

Por otro lado, indica el apoderado que:

> *"La CGR ni siquiera realizó un examen juicioso de quién fue la empresa que sugirió la adopción de este sistema y si contaba con la experiencia, estudios y personal capacitado para sugerir este mecanismo. Sobre este punto, es importante destacar que PENTA es una empresa de consultoría con experiencia de tan sólo 15 años en asesoría a empresas medianas y familiares.Esto quiere decir que, en el año 2011 cuando se presentó el informe, tendrían aproximadamente 6 años de experiencia en el mercado. Dentro de su personal reportado, aparecen 4 personas, una de ellas del área administrativa.*
>
> *A partir de lo anterior, es imperativo concluir que PENTA no contaba con la credibilidad absoluta para determinar que el "Business Intelligente" era el modelo adecuado que debía seguir una empresa como Hidroituango para ejecutar sus funciones en el marco de un proyecto tan representativo como la hidroeléctrica La Delegada asumió erróneamente y a su conveniencia que ese era el mecanismo que se debía utilizar, sin tener en cuenta aspectos como los costos, la necesidad o no de la contratación de personal e incluso omitió hacer un análisis de los cargos para determinar si dicho personal tendría un impacto en el seguimiento que se le hacía al Contrato BOOMT. Sobre este último punto, se debe tener en cuenta que el informe PENTA sugería la contratación de personal que ya estaba previsto dentro de la Sociedad"*

La decisión de contratación con dicha firma, fue aprobada por la junta directiva de la sociedad HI, de la cual hacía parte el señor Calle Restrepo. No obra pues prueba alguna que demuestre cómo su prohijado- o cualquier otro miembro del órgano

directivo- se opuso a que fuese PENTA quien adelantara el estudio que habría de determinar la manera idónea de adelantar las funciones atribuidas contractualmente a la sociedad HI. Contrario a lo que aduce el apoderado, no es trabajo de la CGR determinar la idoneidad de la firma, pues partiendo de la envergadura de la actividad encargada, se presume que, en su momento las razones que llevaron a su contratación fueron las adecuadas. Así las cosas, no es dable argumentar que la firma cuya contratación avaló su poderdante no contaba con idoneidad, mucho menos es dable desacreditar el estudio PENTA, basándose en los cuatro años de experiencia de la sociedad al momento de su emisión. Distinto es que consignado en el informe no favorezca los intereses de su prohijado en la presente causa fiscal, razón por la que se ataca a la sociedad que elaboró el documento, sin allegar prueba alguna de esto, salvo una apreciación subjetiva del apoderado, la cual carece de todo sustento.

Finalmente, aduce el apoderado- refiriéndose a lo consignado por Penta, que: *"era demasiado costosa y no era necesaria porque en ese momento se consideró que HI contaba con el personal adecuado y la plataforma de información que había dispuesto EPM era suficiente para realizar el seguimiento al Contrato BOOMT y cumplir con las funciones delimitadas que tenía la sociedad",* afirmación que respalda lo sostenido por este Despacho, en cuanto a que HI se limitó a ser un espectador de las gestiones de EPM, sin realizar ningún tipo de control y/o seguimiento al BOOMT, justamente porque los recursos necesarios para adelantar dicha tarea no fueron dispuestos a tiempo, ni por la sociedad, ni por EPM, quien no habría de invertir recursos para ser controlada.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

A renglón seguido, se refiere el apoderado al segundo reproche endilgado por el Despacho, en los siguientes términos:

> *"(…) Respecto al segundo reproche, se acusa al señor CALLE RESTREPO la omisión de usar mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT Sobre el particular, dentro del rol que correspondía a su cargo como miembro de la junta directiva de HI mi cliente fue diligente al constatar que EPM a través de las áreas encargadas de la gestión contractual estuviera ejerciendo los mecanismos previstos en el contrato entre EPM y CTIFS para asegurar el cumplimiento del contrato conforme a los informes de la interventoría del último trimestre del 2011 y el primer trimestre del 2012. Sin embargo, no estaba dentro de sus atribuciones ejecutar interventoría respecto de los contratistas de EPM, toda vez que tal proceder fue prohibido por las partes del Contrato BOOMT al momento de suscribir el negocio jurídico. Dicho sea de paso, para esa época mi representado no se encontraba vinculado de ninguna forma al Proyecto. El 8 de enero del 2014, el señor CALLE RESTREPO verificó que no se había realizado la desviación del Río Cauca por parte de EPM y, ante dicho incumplimiento, se aplicó el periodo de cura establecido en el numeral 9 02. Sin embargo, en dicho lapso*

se constató el cumplimiento del Hito No. 1 y, por lo tanto, no era viable imponer un apremio. Finalmente, es importante resaltar que mi cliente fue prudente y diligente al aprobar la modificación al Contrato BOOMT para reconfigurar la fecha de cumplimiento del Hito Nro. 1. Lo anterior porque acogió la recomendación de los expertos técnicos quienes sostenían que se trataba de la formalización de una realidad que presentaba la obra ante la imposibilidad material de desviar el Río Cauca en enero del 2013 debido a (i) las diferentes condiciones geológicas y geotécnicas presupuestadas en los estudios iniciales y las encontradas en sitio; y (ü) hechos y circunstancias acaecidos cuando la Sociedad tenía a su cargo la ejecución del Proyecto y mi mandante no era miembro de la Junta Directiva de Hi entre estas: a) el retraso en la entrega de las vías de acceso al sitio de las obras; y b) el retraso en la contratación de las obras de los túneles de desviación. Ninguna de las situaciones mencionadas era atribuible a EPM, así lo manifestó el Gerente de Hi. En este sentido, mi cliente no se encontraba impedido para su aprobación y, por el contrario, era indispensable que se hiciera. En el tercer reproche, donde se reclama a mi representado no haber obrado diligentemente en el control al mecanismo de seguimiento del Contrato BOOMT. Frente a este reproche, mi cliente ejecutó las labores que su rol como miembro de la junta directiva demandaba. En esa línea, constató que la administración de Hi efectuara el seguimiento técnico, financiero y legal del Contrato y adoptó las decisiones pertinentes que a consideración de dicho órgano social ponían. Así, mi mandante constató al nivel directivo que le correspondía que, de parte del contratista del Contrato BOOMT, se estuvieran ejecutando todas las acciones técnicas que impidieran la materialización del riesgo señalado por el Despacho. Entre otras cosas, por ejemplo, verificó que ante el hallazgo de "Dificultades de orden geológico" que les fue reportado — que implicaba el mayor impacto negativo en el cronograma -, se estaban estudiando alternativas técnicas y financieras que permitirían adaptar el desarrollo a la realidad encontrada en sitio y evitar mayores efectos en el cronograma. En ese sentido, la conducta diligente y pertinente mandataria a mi cliente era la aprobación de las alternativas que recomendaban los expertos técnicos que estaban al frente del desarrollo del Proyecto. Así lo hizo cuando tales funcionarios así lo indicaban, pues la información que le fue reportada era completa, suficiente y provenía de personas con todas las calificaciones técnicas y profesionales. Por consiguiente, cuando los estudios y conceptos de expertos indicaban la imposibilidad de desviar el río Cauca bajo los parámetros señalados en los diseños iniciales, atendió a las recomendaciones que ellos realizaban dentro del marco de las decisiones que como miembro de junta directiva de HI le correspondían."

Profundiza líneas adelante:

B. ***MI CLIENTE SE ENCONTRABA IMPEDIDO PARA PROPONER EL USO DE LOS MECANISMOS DE APREMIO POR PARTE DE LA SOCIEDAD EN CONTRA DE EPM****.*

El ente de control fiscal reprocha que mi cliente, el señor JUAN ESTEBAN CALLE, omitió hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT en contra de EPM. Concretamente, por el supuesto incumplimiento del hito Nro. 1 a causa de los retrasos en la ejecución de las obras de desviación por parte del contratista Consorcio CTIFS. De igual manera, censan que haya accedido a modificar las fechas del primer hito — desviación del río Cauca -, supuestamente, sin ninguna objeción y a pesar de encontrarse impedido. Sobre la primera parte del reproche, en el Auto de imputación refiere lo siguiente: "Tal y como se explicó en los fundamentos de hecho, se encuentra probado que en desarrollo del contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, se presentaron graves atrasos, los cuales tuvieron como causa de un lado la entrega tardía de las vías de acceso al proyecto, pero también situaciones atribuibles al contratista, consistentes en no tener una adecuada planeación y metodología de trabajo, a la insuficiencia de equipos en buen estado de operación (...) Esos atrasos tuvieron como consecuencia el que el cumplimiento de dicho hito se retrasara un año, pudiendo lograrse sólo hasta febrero de 2014. Así mismo, estos retrasos contribuyeron a que por la premura no se pudiera instalar las compuertas en los túneles de desviación izquierdo y derecho y, por lo tanto debiera implementarse un plan de aceleración y debiera realizarse un tercer túnel de desviación, todo lo cual desencadenaría en la contingencia de 2018 (...) Cabe resaltar que en el seno de la Junta Directiva, también se discutieron los retrasos y fue en ese órgano en, en el que se materializó la inacción de sus miembros frente al preocupante panorama (.) A pesar de todo lo anterior y aun cuando de conformidad con el BOOMT Hi podía promover multas, tal y como se establece en el capítulo IX, disposiciones varias, numeral 9.02, tratamiento de las cláusulas penales de apremio, ni siquiera se discutió la posibilidad de dar aplicación al trámite descrito en la siguiente norma... En ese orden de ideas, este Despacho concluye que HI no hizo efectiva la cláusula penal de apremio, ni tampoco la imposición de multas, solo hasta el año 2018, después de la contingencia ocurrida en abril del mismo año, se hizo efectiva la figura de la imposición de cláusula penal de apremio..." Bajo el contexto descrito, se tiene que el reproche de la CGR no tiene sustento v es contradictorio en sí mismo, como se constatará a continuación. De igual forma, parte de una premisa falsa, esto es, que EPM no cumplió con la materialización del Hito Nro. 1 por lo que procedía el uso de los mecanismos de apremio por parte de HI. En primer lugar, ante el incumplimiento de las obligaciones por parte de los subcontratistas de EPM para la ejecución del Contrato BOOMT, la Sociedad no podía ejercer ningún mecanismo de apremio en contra de EPM. Dicho de otra manera, si no se configuraba un incumplimiento en las obligaciones a cargo de EPM previstas en el Contrato BOOMT — como por ejemplo, la materialización de alguno de los hitos en las fechas pactadas — había lugar a la activación de las herramientas referidas con la finalidad de hacer una suerte de llamado de atención que permitiera la observancia de las reglas previstas en el negocio. En esa línea, por presuntos incumplimientos por parte de alguno de los subcontratistas de EPM sin que los mismos afectaran la observancia de los deberes del Contrato BOOMT no había lugar a la imposición de multas. Adicionalmente,

la Administración de HI - Gerencia General y áreas técnicas que tenían asiento en el Comité de Seguimiento - era consciente de que los retrasos del Proyecto se habían originado en la misma gestión de HI antes de la firma del BOOMT y por eso nunca llevó a la Junta un señalamiento de atrasos en el Proyecto imputables a EPM que dieran lugar a imponer una multa. El propio Auto de Imputación describe en la página 38 y siguientes que los retrasos en la construcción de las vías, las cuales correspondían a un contrato anterior al BOOMT y por tanto eran riesgo de HI, afectaron actividades posteriores del Proyecto, incluyendo el mielo del contrato de la construcción de los túneles internos de desviación. En la página 45 del Auto de Imputación, la CGR indica a su vez que.

> Lo anterior, permite concluir al Despacho que existía claridad por parte de Hidroituango respecto de lo ajustado que era el cronograma y que cada situación que se presentaba iba en desmedro de los tiempos pactados, en especial la fecha para la desviación del Río Cauca.

Luego en la página 47 del mismo auto se consigna que mi representado, en calidad de Gerente de EPM informó al Gerente de HI sobre las consecuencias derivadas del retraso en el contrato de construcción de vías, el cual, se reitera, constituía un riesgo de HI bajo el BOOMT por ser una contratación anterior. Luego de todo lo anterior, el mismo Auto de Imputación concluye.

> Como se verá más adelante, esta situación fue determinante para que se demorara la suscripción del contrato de construcción de los túneles de desviación, y generó problemas desde un principio con el contratista CTIFS para aceptar el cronograma de ejecución de los túneles de desviación.

Las propias afirmaciones de Auto de Imputación permiten concluir que no existían motivos o razones para que la junta directiva de HI ordenara la imposición de multas a EPM bajo el BOOMT, pues los retrasos en el contrato de construcción de túneles tenían origen en la problemática con el contrato de construcción de las vías, el cual era un riesgo de HI bajo el BOOMT. De otra parte, en el Anexo 6.12 "Mecanismo de supervisión, coordinación, control y vigilancia el contrato tipo BOOMT por parte de Hidroituango" al Contrato BOOMT se estableció que la Sociedad no podría intervenir en la administración de los contratos que suscribiera el contratista para la construcción de la hidroeléctrica También se estipuló que Hi no podría actuar como interventor en los contratos que suscribiera EPM, así: "1.3.2. PRINCIPIO DE NO COADMINISTRACIÓN La Verificación que realizará Hidroituango durando la ejecución del Proyecto se hará bajo la premisa de 'no coadministrar' en ninguna de las etapas del proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central, y comercialización de energía de la misma. El término 'no coadministrar' se refiere a que Hidroituango no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista para la construcción y operación de la central. Hidroituango no será interventor de los contratos que celebre el Contratista (esto es potestad exclusiva del Contratista actuando como contratante) (...)"

(Énfasis añadido) De conformidad con lo anterior, ni mi poderdante, m ninguno de los demás miembros de la Junta Directiva de la Sociedad podía intervenir en la toma de decisiones frente a la administración del contrato para la construcción de los túneles de desviación que hiciera EPM, tampoco podía ejercer la interventoría. Ahora, de parte de la Sociedad — incluido mi cliente — se constató que EPM estuviera ejerciendo los mecanismos previstos en el contrato suscrito entre él y el Consorcio CTIFS para efectos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de este último, tal y como se constata en los informes de la interventoría del último trimestre de 2011 y primer trimestre de 2012. En segundo lugar, no había lugar a que la Sociedad activara los mecanismos de apremio cuando no se materializó el incumplimiento del hito Nro. 1 por parte de EPM. Al respecto, se tiene que, en un principio el referido hito estaba proyectado para que se realizara a más tardar el 15 de enero de 2013, sin embargo, ante las dificultades - ampliamente referidas por parte de la Contraloría General de la República en el Auto de Imputación - se modificó dicha fecha. Así, mediante la AMB Nro 3 al Contrato BOOMT de fecha 21 de diciembre de 2012 se cambió la fecha del primer hito para que se consumara el 8 de enero de 2014 Por consiguiente, no desviar el río Cauca el 15 de enero de 2013 no constituía incumplimiento a las obligaciones del acuerdo bilateral por parte de EPM En ese sentido, no había lugar a que la Sociedad activara los mecanismos de apremio en contra de EPM. Es pertinente precisar que la anterior modificación del negocio jurídico no estaba vedada para las partes. Todo lo contrario, se constituía en la materialización del principio de la autonomía de la voluntad al ser un negocio guiado por el derecho privado según lo dispuesto en la Ley 142 de 1994. Dicho de otra manera, las multas son facultativas y su no imposición no puede tenerse como una conducta indebida o negligente de manera simplista sin estudiar el contexto en el que adoptó dicha decisión. En definitiva, al no haber concurrido los presupuestos previstos en el numeral 9.02 del capítulo IX del Contrato BOOMT, esto es, el incumplimiento en la materialización del hito Nro. 1, no había lugar a imponer cláusulas penales de apremio. Se reitera, la fecha del hito fue modificada por las partes, de ahí que no procediera tener el 15 de enero de 2013 como la fecha para hacer exigible el cumplimiento de una obligación y, en caso de mora, imponer la respectiva cláusula penal de apremio Ahora, es errado lo sostenido por el ente de control fiscal sobre la presunta omisión en la activación de los mecanismos de apremio por parte de la Sociedad ante el incumplimiento de las obligaciones. Lo anterior, por cuanto llegado el 8 de enero de 2014 — momento en el que se hacía exigible el cumplimiento de la obligación contenido en el hito Nro. 1 - ante la ausencia de notificación por parte de EPM sobre la desviación del río Cauca, aplicaron lo establecido en el numeral 9.02 "Tratamiento de las Cláusulas Penales de Apremio". Así las cosas, al cotejarse ente las partes el incumplimiento y existir acuerdo sobre el acaecimiento del mismo, se procedió a declarar que a partir de la fecha iniciaría un periodo de cura Durante este lapso se constató el cumplimiento del hito Nro. 1 "Desviación del río Cauca" y no se causaron apremios Lo anterior, conforme a lo previsto en el negocio jurídico, que reza: "9.02. 'Tratamiento de las Cláusulas Penales de Apremio. La imposición de las Cláusulas Penales de Apremio (diferentes de la

establecida en la cláusula 7.09 del presente Contrato) previstas en este Contrato se sujetará al siguiente procedimiento (i) Dentro de los cinco (5) Días siguientes al conocimiento por parte de Hidroituango del incumplimiento del Hito u obligación respectiva que da lugar a la aplicación de la Cláusula Penal de Apremio (la "obligación Incumplida"), Hidroituango deberá reunirse con el Contratista con el objeto de verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento en cuestión. De la reunión referida se levantará un acta suscrita por las Partes en la cual (a) si hubo acuerdo sobre la Obligación Incumplida, se declarará que a partir de esa fecha se da inicio al Periodo de Cura que corresponda, si lo hubiere (. .) (u) En el Periodo de Cura, si lo hubiere, no se causarán apremios en contra del Contratista, si dentro de este periodo el Contratista da solución al incumplimiento dentro del plazo del Periodo de Cura)" De lo anterior se deduce que el comportamiento del señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO fue ajustado a lo que demandaba su rol de miembro de la junta directiva de la Sociedad. En ese sentido, veló por los intereses de la Sociedad y porque se cumpliera lo pactado en el Contrato BOOMT.

De otro lado, es contradictorio que el ente de control fiscal, por un lado, reproche que mi cliente no se haya impuesto cláusulas penales de apremio en contra de EPM y, por el otro, censure que no se haya "declarado impedido para tomar determinación en relación el contrato BOOMT (.)". Al respecto, siguiendo el argumento de la Contraloría General de la República, mi defendido se encontraba impedido para deliberar sobre este aspecto, toda vez que se trataría de aplicar multas en contra de la empresa que él dirigía. Por consiguiente, exigirle que debió hacerlo e imputar responsabilidad fiscal bajo ese argumento contradice lo referido por el mismo Despacho en el Auto de Imputación. Frente a lo argumentado por la CGR consistente en que solamente hasta el año 2018 se hizo efectiva la figura de imposición de cláusula penal de apremio para reflejar la supuesta omisión del señor CALLE RESTREPO es errada y descontextualizada Al respecto, se tiene que en el año 2018 por la ocurrencia de la contingencia en abril de 2018, físicamente era imposible que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha acordada En consecuencia, las imposición de cláusulas de apremio procedía al no haberse observado el cumplimiento de los hitos 8 y 9 y no constituir, supuestamente, un evento no excusable. Los hitos señalados implicaban, respectivamente, el cierre de las compuertas de desviación y ensucio del llenado del embalse y la entrada en operación comercial de la unidad 4. En ese escenario, no puede tenerse como prueba de la supuesta negligencia de mi representado que en el 2018 sí se activaron los mecanismos de apremio cuando esta conducta obedeció a la imposibilidad real y evidenciada de incumplimiento por parte de EPM de los referido hitos. Bajo la misma línea argumentativa del órgano de control fiscal, sería reprochable a los miembros de la junta directiva de Hidroituango que la notificación del incumplimiento del hito 7 en el 2018 tan solo se hiciera en comunicación de fecha 17 de octubre cuando se halló incumplida con mucha anterioridad. Es decir, si se reprocha la oportunidad, en este último caso no se observó la misma, toda vez que la activación de los mecanismos de apremio ocurrió por fuera de los términos establecidos en el negocio jurídico.

En relación con la segunda parte del reproche, esto es, aprobar la modificación de la fecha del hito Nro. 1 y no declararse impedido, en el Auto de Imputación se refiere lo siguiente:
"Contrario a lo anterior, Hi avaló todas las decisiones de EPM al proceder simplemente a modificar la fecha de los diferente hitos del proyecto, con graves consecuencias para el desarrollo del cronograma general del proyecto, lo que en razón de la premura, llevaría más adelante a tener que desarrollar planes de aceleramiento y tomar decisiones constructivas inadecuadas que pusieron al proyecto en una situación de vulnerabilidad, tal y como se demostró en el acápite de fundamentos de hecho." Al respecto, se tiene que el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO estuvo de acuerdo con tal modificación de la fecha del hito Nro 1 porque la imposibilidad en el cumplimiento de la fecha inicialmente prevista para la desviación del río Cauca obedeció a: (i) las diferentes condiciones geológicas y geotécnicas presupuestadas en los estudios iniciales y las encontradas en sitio; y (n) hechos y circunstancias acaecidos cuando la Sociedad tenía a su cargo la ejecución del Proyecto y mi mandante no era miembro de la Junta Directiva de Hi. Estos aspectos en su conjunto y el último de manera preponderante, fueron determinantes para que mi cliente hubiese aprobado la reconfiguración de las fechas de los hitos 1, 2 y 6. Al respecto, el desvío del río no se podía llevar a cabo en enero de 2013 por: (i) cl retraso en la entrega de las vías de acceso al sitio de las obras; y (u) el retraso en la contratación de las obras de los túneles de desviación. Todas estas situaciones que se consolidaron antes de la firma del Contrato BOOMT y cuya responsabilidad estaba en cabeza de la Sociedad Estas situaciones el mismo ente de control fiscal las cotejó y documentó en el Auto de Imputación como se señaló líneas atrás. - Retraso en la entrega de las vías de acceso al sitio de las obras Por un lado, el Contrato de Infraestructura Vial fue celebrado por Hidroituango S.A. E.S P. con el Consorcio Pescadero I dos años antes de que EPM-I y la Sociedad suscribieran el Contrato BOOMT y, se reitera, su objeto consistió en la "Construcción de la Infraestructura vial, explanaciones para campamentos y subestaciones del Proyecto Hidroeléctrico". En cuanto a su fecha de inicio, esta ocurrió el 15 de octubre de 2009. Así las cosas, los productos de este contrato se constituían en fundamentales y trascendentales para el acceso a los sitios en los que debían adelantarse la construcción de los túneles de desviación que posteriormente permitirían desviar el río Cauca para ejecutar las obras principales. Es decir, la infraestructura vial era un requisito .1 Me qua non, sin el que no se podía llevar a cabo todas las demás obras propias de la hidroeléctrica, pues determinaba su inicio y cumplimiento.

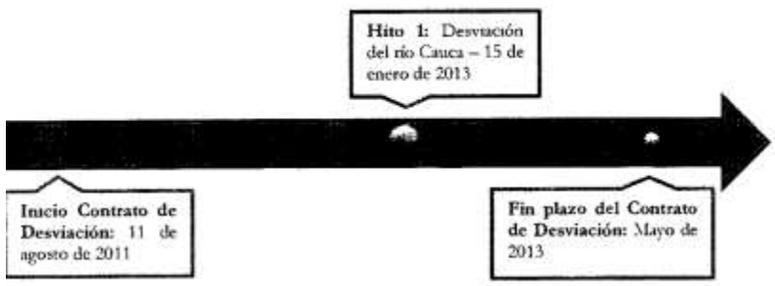
Al respecto, el programa de las vías contenido en el Cronograma Director (Anexo 1.02(7) del Contrato BOOM)) contemplaba la entrega, concretamente, de las de acceso al portal de entrada y salida a los túneles de desviación, para el 29 de julio de 2011, es decir, cuatro meses después de la firma del Contrato BOOMT entre la Sociedad y EPM-I. Veamos:

PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO
PROGRAMA DE CONSTRUCCIÓN

ID	Nombre de tarea	Duración	Comienzo	Fin
1	PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO	3029,92 días	mar 08/03/11	lun 24/06/19
2	OBRAS PRINCIPALES	3029,92 días	mar 08/03/11	lun 24/06/19
3	PROCESOS DE CONTRATACIÓN	480 días	mar 08/03/11	mar 01/05/12
4	Orden de inicio - Contrato Túnel de desvío y túnel de acceso a CM	0 días	mar 08/03/11	mar 08/03/11
5	Construcción de campamentos: Movilización e instalación del contratista - Tuna	120 días	mar 08/03/11	mié 06/07/11
6	Proceso de contratación - Obras principales	300 días	mar 08/03/11	lun 02/01/12
7	Orden de inicio - Contrato Obras principales	0 días	lun 02/01/12	lun 02/01/12
8	Explanaciones para campamentos del contratista OP	150 días	mié 06/07/11	sáb 03/12/11
9	Construcción de campamentos, implantación e instalación del contratista - Obras	120 días	lun 02/01/12	mar 01/05/12
10	L.C. A INSTALACIÓN	3031 días	sáb 26/05/11	sáb 14/03/17
11	Vías de infraestructura	92 días	sáb 26/05/11	vie 29/07/11
12	Vía de acceso al portal salas tunnels de derivación y portal túnel de acceso	0 días	sáb 26/05/11	sáb 26/05/11
13	Vía de acceso al portal entrada tuneles de desviacion	0 días	vie 29/07/11	vie 29/07/11

A pesar de la importancia y el impacto que tenía este contrato en la ejecución del Proyecto dentro del Cronograma Director, el mismo presentó grandes retrasos que obstaculizaron y retrasaron la ejecución de las labores a cargo del contratista de los túneles de desviación, que no recibió las vías de acceso en las fechas programadas En ese contexto, no procedía que Hi impusiera cláusulas de apremio en contra de EPM, ni se opusiera al aplazamiento del hito Nro. 1. - Retraso en la contratación de las obras de los túneles de desviación. Por otro lado, la no adjudicación del Contrato de los Túneles de Desviación por parte de la Sociedad supuso que posteriormente a la firma del contrato BOOMT, EPM-I tuviera que adecuar el proceso contractual a los estándares de la compañía y solicitar la refrendación de las propuestas ante el cambio del contratante. Todas estas situaciones implicaron uso de tiempo valioso para la ejecución de las obras de desviación. Lo manifestado consta en Informe de Auditoría con corte de 31 de diciembre de 2010, emitido por el Auditor Externo asignado por XM, Deloitte, de fecha mayo de 2011, en el que se señaló sobre los procesos de contratación en curso lo siguiente: "Para calcular el avance de la contratación de las obras principales, en primer lugar fueron ponderados los procesos de contratación con base en el costo de las obras asociadas y posteriormente se determinó el porcentaje de avance de acuerdo con la etapa de contratación en la que se encontraban los procesos iniciados antes de la fecha de corte, que como se observa en el siguiente cuadro, fueron los siguientes: (i) Túneles, portales y tapones de Desviación, y (n) Túneles de acceso y galerías de Casa de Máquinas A 31 de diciembre de 2010, estos procesos ya se habían publicado y se encontraban en la etapa de cierre de la licitación. De acuerdo con lo anterior, el avance real del producto fue del 5,54%, lo cual aporta un 0,06% al avance del proyecto. Frente a la memoria de cálculo de la Curva S, el producto CONTRATACIÓN DE OBRAS PRINCIPALES presentó un atraso del 74,5%, pues deberían haber alcanzado un avance del 80%, equivalente al 0,88% del proyecto, a la fecha de corte. Para el cierre del 2010, Hidroituango venía desarrollando la estructuración de un esquema para entregar la ejecución del proyecto a las Empresas Públicas de Medellín a través de la figura legal conocida como contrato BOOMT (Build, opérate, maintain and transfer). Bajo esta coyuntura, se determinó que la etapa de adjudicación de los procesos de contratación en curso se le cedería a EPM, teniendo en cuenta que será este quien construirá, operará y mantendrá la central por 50 años, para devolverla posteriormente a Hidroituango. Es importante señalar que la duración de las obras de desviación es de veinte meses y que para cumplir con la fecha

programada de desviación del rio Cauca establecida en el cronograma director para enero de 2013, el proceso de contratación de dichas obras debe finalizar con la antelación necesaria para asegurar el inicio de la construcción de los túneles de desviación en el mes de junio de 2011. Según manifestó la compañía, los procesos de contratación en marcha son los requeridos a la fecha de corte y los demás se adelantarán según la programación de obras respectivas " (Énfasis y subrayado añadido) En consecuencia, al no haberse adjudicado el Contrato de 'túneles de Desviación antes de la firma del Contrato BOOMT, obligó a EPM-I - una vez recibió el proyecto en abril de 2011 — adecuar el proceso de contratación iniciado por la Sociedad a los parámetros de la compañía, así como la refrendación de las propuestas por los proponentes. Lo anterior imphcó que el contrato iniciara sólo hasta el 11 de agosto de 2011. De modo que, el cronograma director se desplazaba aproximadamente 5 meses -sólo por este hecho — y la desviación del río Cauca no podría efectuarse el 15 de enero de 2013 En definitiva, el cronograma — sin contar los demás imprevistos — quedaría así:



En conclusión, lo prudente y diligente era que mi cliente aprobara la determinación de modificar el Contrato BOOMT para reconfigurar la fecha de cumplimiento del Hito Nro. 1. Esta conducta no supuso "graves consecuencias para el desarrollo del cronograma general del Proyecto, como erradamente lo afirma la CGR en el Auto de Imputación. Por el contrario, se constituía en la formalización jurídica de una situación que presentaba la obra y cuyo origen había sido cuando la Sociedad estaba a cargo de la ejecución del Proyecto. Tampoco puede decirse — como erradamente lo concluye la CGR — que mi cliente se encontraba impedido para aprobar esta modificación. Al respecto, se tiene que mi cliente no se declaró en conflicto de interés porque la Administración nunca asignó responsabilidad a EPM por los atrasos en la desviación del río. Por el contrario, la Administración de Hi (Gerente General, Gerente Técnico y Secretario General) indicaban que los atrasos en túneles correspondía fundamentalmente a causas no imputables a EPM y, antes bien, reconocían la gestión del contratista del Contrato BOOMT. Bajo estas condiciones, claramente mi cliente, el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, no se encontraba en un conflicto de interés dado que nunca se endilgó responsabilidad a EPM. Ahora, en gracia de discusión, si el señor CALLE RESTREPO hubiese optado por actuar en la Junta de Hi para proponer que

dicho órgano colegiado se: (i) opusiera a esta solicitud; e (i1) impusiera de cláusulas penales de apremio por el incumplimiento en el acaecimiento del luto Nro. 1 en contra de EPM — como lo pretendía la CGR — hubiese propiciado una disputa entre las partes. Dicha situación hubiese paralizado el avance del Proyecto y afectado el cumplimiento de metas, sin que a la Sociedad le asistiera la razón por los motivos expuestos con precedencia. De igual forma, lo anterior también desvirtúa que mi representado se encontraba en un conflicto de intereses y debía apartarse de la deliberación y decisión de modificar las fechas de los Hitos. Esto porque la reconfiguración señalada no perjudicaba a la Sociedad, ni al Proyecto. Todo lo contrario, sus causas habían tenido su génesis cuando Hi tenía a su cargo la ejecución de las obras y la postergación del hito 1 solamente formalizaba dicha situación. Finalmente, siguiendo la argumentación del ente de control fiscal para archivar el proceso a otros vinculados, al constituir la aprobación de modificación de la fecha del hito Nro. 1 una formalización de la realidad del Proyecto generada previa a la designación del señor CALLE RESTREPO en la junta directiva de Hi y que no iba en detrimento de ninguna de las partes, la Delegada también debería archivar el proceso a mi cliente. Al respecto, al señor Jorge Alberto Julián Londoño de la Cuesta le archivaron la actuación aduciendo que encontraba: "el Despacho que, la suscripción del referido documento obedeció a la formalización de la realidad del estado del proyecto (.) motivo por el cual no puede sostenerse que en su actuar, el señor JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO obró en contra de sus obligaciones contractuales, ni mucho menos faltando a las obligaciones que la Ley Mercantil endilga a los administradores." En conclusión, se tiene que el presente reproche no puede prosperar, toda vez que se demostró que: (i) no había lugar a imponer cláusulas penales de apremio en contra de EPM porque no acaeció el incumplimiento al Hito Nro. 1.; (n) estaba impedido y, de todos modos, no podía aplicar multas a EPM por incumplimientos de sus contratistas, toda vez que, no podía actuar como interventor según el principio de no coadmirustración contemplado en el Contrato BOOMT, (ni) la modificación de las fechas de los hitos 1, 2 y 6 correspondía a la finalización de una realidad del Proyecto que se había generado cuando mi cliente no era miembro de la Junta Directiva de Hi y el Proyecto estaba conducido por la Sociedad; y (iv) no se encontraba impedido para la aprobación el cambio de fecha del hito 1, toda vez que los hechos que le dieron origen acaecieron cuando la Sociedad tenía a su cargo la ejecución del Proyecto y la Administración de EPM no le asignó responsabilidad alguna a EPM sino a su administrada ([11). En consecuencia, CALLE RESTREPO actuó con la debida diligencia en el marco de sus funciones y no es imputable conducta alguna a título de culpa grave.

R/: En relación con la conducta No 2 "*A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM*".

El apoderado, estructura su defensa conforme a las afirmaciones del Despacho, tendientes a demostrar que existió un atraso en la entrega de las vías de acceso, situación no imputable a EPM, así las cosas, indica el a, que esta Delegada argumentó que, *"Se encuentra probado que en desarrollo del contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, se presentaron graves atrasos, los cuales tuvieron como causa de un lado la entrega tardía de las vías de acceso al proyecto, pero también situaciones atribuibles al contratista". Por ello reprocha que mi poderdante como miembro de Junta Directiva de Hidroituango haya aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1, avalando las justificaciones dadas por EPM".*

En este punto, el apoderado explica las razones que en su entender llevaron a que la junta de Hidroituango accediera a la modificación del hito No. 1.

En primer término, es necesario precisar que, de la lectura integral de las actas del Comité de Seguimiento al BOOMT No. 9 de 24 de enero de 2012, 10 de 22 de febrero de 2012, 11 de 23 de abril de 2012, 16 de 20 de septiembre de 2012 y 17 de 25 de octubre de 2012- referidas en los hechos de esta causa fiscal- resulta evidente que no se ajusta a la realidad de los hechos la aseveración del apoderado conforme a la cual las situaciones presentadas obedecieron única y exclusivamente a situaciones que no eran atribuibles a los miembros del consorcio contratista de los túneles de desviación y por ende tampoco a EPM. Pues si bien, desde el auto de imputación, se ha reconocido la existencia de otra serie de situaciones adicionales entre ellas de orden geológico, predial, acceso de vías, climático, entre otros, también se ha precisado que no se trataba de situaciones imprevisibles y/o exclusivas que fueran suficientes para constituirse en una causal eximente de responsabilidad.

De la lectura cuidadosa de las actas anteriormente enunciadas, y que fueron referidas en los hechos de esta causa fiscal, resulta evidente que no se ajusta a la realidad de los hechos la aseveración de la apoderada conforme a la cual las situaciones presentadas obedecieron única y exclusivamente a situaciones que no eran atribuibles a los miembros del consorcio contratista de los túneles de desviación y por ende tampoco a EPM. Pues si bien, desde el auto de imputación, se ha reconocido la existencia de otra serie de situaciones adicionales entre ellas de orden geológico, predial, acceso de vías, climático, entre otros, también se ha precisado que no se trataba de situaciones imprevisibles y/o exclusivas que fueran suficientes para constituirse en una causal eximente de responsabilidad.

Sobre el particular, resulta necesario recordar los requisitos que la legislación civil ha planteado para la configuración de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, que son los criterios acogidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

"Sus elementos han sido desarrollados, principalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil[249] y allí se ha indicado que el hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor debe reunir las siguientes tres características:

*• **Imprevisible** (imprevisibilidad). Significa que quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia[250]; es decir, que no había alguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el hecho imprevisible es aquel «que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia».*
*• **Irresistible** (irresistibilidad). Implica que el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Es decir, hace referencia a que quien alegue la fuerza mayor debe probar que la situación que invoca conllevó la imposibilidad de cumplir o de obrar de manera diferente a como lo hizo; por lo tanto, no se trata de una simple dificultad sino de un verdadero obstáculo insuperable.*
*• **Extraño o exterior** (no imputabilidad o ajenidad). Significa que no puede alegar esa causa quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado[251]; es decir, el afectado no puede haber intervenido en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, de forma que no haya tenido control sobre la situación ni injerencia en esta[252]. Por esa razón el acontecimiento no puede ser imputable a la persona.*

---

[249] Independientemente de la teoría "monista o unitaria" en la cual sea acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor; o la "dual o dualista" bajo cuya consideración se dividen ambas figuras hasta el punto de considerar que sólo la fuerza mayores causal eximente de la responsabilidad del Estado. Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de enero de 1993, Exp. 7365.
Para profundizar sobre la distinción entre la causa que origina la fuerza mayor y el caso fortuito ver Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Contratos Administrativos. Teoría General. Tomo III-A. Cuarta Edición Actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2011. Págs. 272-281; Mazeaud, Henri, Mazeaud León y Tune, André. Tratado de Responsabilidad Civil. Quinta Edición, Tomo II, Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977.
Págs. 147-150 y 162-213 y Diez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo V. Reimpresión. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 2014. Págs. 64-65.
[250] En la sentencia del 26 de marzo de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que: «[...] la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.[...]».
[251] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 17 de octubre del 2000, radicación Ac-11760, actor: Luis Fernando Benítez Vargas, Accionado: Luis Fernando Almario Rojas.
[252] Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia del 26 de marzo de 2008 Expediente No. 16.530. En esta providencia se hace una crítica sustancial al requisito porque, señala, « [...] resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración –al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna [...]».Corte

> *Sobre este último elemento la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en señalar que la exterioridad se concreta en que el acontecimiento o circunstancia que se invoca como causa extraña, también debe resultarle ajeno jurídicamente, esto es, que quien lo alega no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma, es decir, que estuvo fuera de su acción y por el cual no tiene deber jurídico de responder"[253].*

Adicional a lo anterior, tal y como puede verse en el auto de imputación, en lo que se refiere a la conducta de los integrantes del consorcio CTIFS, en los diferentes informes de interventoría, resulta claro que aún cuando se les reconocieron mayores tiempos por algunas circunstancias, como bloqueos o problemas geológicos, lo cierto es que el contratista, a pesar de ello seguía presentado graves atrasos, lo que desvirtúa la aseveración de la apoderada.

Adicional a lo anterior, es necesario precisar que los miembros del consorcio CTIFS al momento de contratar, de cara específicamente a los aspectos geológicos, en el Pliego de Condiciones[254] respecto de la información suministrada aceptaron lo siguiente:

> *"TOMO 3 – Información de referencia*
> *Clima – Hidrología – Hidráulica*
> *Caracterización geológica y geotécnica*
> *Estudio de impacto ambiental*
>
> *El Tomo 3 – Información de referencia - se facilita únicamente para fines informativos. Por lo tanto, HIDROITUANGO no garantiza que la información contenida en dicho Tomo sea exacta o típica o que represente parcial o totalmente las condiciones que se encontrarán durante la ejecución del contrato, o que sea indicativa de que no puedan encontrarse situaciones diferentes durante la ejecución de la obra. HIDROITUANGO tampoco garantiza que dicha información contenga todos los datos que existen ni que contenga la información que el Proponente pueda considerar como más importante.*
>
> *El Proponente deberá hacer sus propias interpretaciones de la información contenida en el Tomo mencionado en el anterior párrafo y obtener por su cuenta y riesgo y a su cargo todos los demás datos que requiera. Al formular los precios de la propuesta y evaluar el costo potencial de los riesgos inherentes, el Proponente deberá considerar que las condiciones que realmente se encontrarán durante la ejecución del contrato podrán ser diferentes o estar por fuera de los límites de lo indicado en la información suministrada.*

Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación n° 76622-3103-001-2009-00201-01. Sentencia de fecha 28 de abril de 2014.

[253] Sentencia T-271 de 2016 Corte Constitucional.

[254] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Precontractual\7. Pliego de Condiciones

> *Por consiguiente, será de la total responsabilidad del Proponente la interpretación de la información contenida en el Tomo 3 – Información de referencia - y la estimación de la incidencia que pueda tener sobre los precios o plazos de la propuesta. En consecuencia, HIDROITUANGO no asume ninguna responsabilidad por cualquier interpretación, deducción o conclusión que pueda hacerse sobre dicha información o a partir de ella".*

Igualmente, en lo que se refiere a los aspectos sociales en dicho pliego se consagró textualmente que: *"EL CONTRATISTA deberá informarse de las condiciones y características socioeconómicas, políticas y culturales de la zona, para así poder organizar y planear acciones con otras entidades involucradas en la gestión social y que estén previamente autorizadas por HIDROITUANGO".*

De donde resulta evidente que tanto las situaciones geológicas como sociales de la zona eran de conocimiento de los miembros del consorcio subcontratista e implicaban acciones positivas de su parte para gestionar lo correspondiente a los riesgos que pudieran derivarse de las mismas.

Así mismo, en las actas atrás referidas se encuentran situaciones que sí son atribuibles a EPM, comenzando por el hecho de que desde un principio tuvo inconvenientes para precisar cuál era el cronograma que debía cumplir el consorcio, lo que dio pie para que se dieran discusiones y que el contratista desde el principio no se comprometiera con fechas claras a lograr las metas de su contrato.

De igual manera, en las actas de comité de seguimiento al contrato BOOMT obviadas por la apoderada también se aprecia que se generaron situaciones que llevaron a EPM a informar que iba a iniciar los procedimientos para la aplicación de multas.

También, dentro de las actas transcritas por la Apoderada, se demuestra que EPM desde el principio del contrato con el consorcio CTIFS estudió la posibilidad de ceder parte o la totalidad del contrato al contratista de obras principales, lo que finalmente tuvo que hacer primero parcialmente a mitades de 2013 y luego de manera total a finales del mismo año.

Adicional a lo anterior, el Despacho en el auto de Imputación al referirse a la responsabilidad que le asiste a los miembros del consorcio CTIFS[255], estudió los diferentes informes de interventoría y exaltó lo siguiente:

> *1. "El primer informe de interventoría de septiembre de 2011, da cuenta, en cuanto a las obras correspondientes a la construcción de los túneles de desviación y portales de entrada y salida, la galería de construcción superior norte y el túnel de acceso a la casa de máquinas, indicó: - Se reportan atrasos*

[255] Auto No..1484 de 2 de diciembre de 2020. Folio 17.875 y s.s.. Pág. 217 y s.s.

- Se afirma que, pese a contar con vía de acceso al portal salida del tunel de desviación a nivel de sib-rasante, el contratista no ha dispuesto equipo ni personal para iniciar al excavación del portal. - Se afirma que en una reunión sostenida entre el contratista y la interventoría, se adujo que se podían ir adelantando obras. - Que la excavación de los portales de aguas arriba y aguas abajo presenta un atraso de 9 días.

2. A su turno, el segundo informe de interventoría de octubre de 2011, se señala lo siguiente: Pese a que la vía de acceso al portal de salida de los túneles de desviación estuvo transitable desde el 15 de octubre de 2011, desde esa fecha hasta el 25 de octubre de 2011 el contratista no realizó ningún avance en el portal de salida de los túneles de desviación. Se reporta atraso de 15 días. Se concluye que hasta el momento los atrasos se presentan en las obras preliminares y en las excavaciones del portal de salida y que esos atrasos se estan midiendo con base en la fecha de inicio, es decir el 16 de agosto de 2011 y la fecha de programación inicial.

3. Tercer informe de interventoría de noviembre de 2011
Pese a que el contratista solicita acceso a unas zonas de depósito de material, sin la cual a su juicio no se pueden realizar trabajos de manera continua, la interventoría le informa que la misma le será entregada y que por el momento dispone de la zona de depósito K2+600, la cual compartirá con el contratista encargado de construir las vías de acceso al proyecto.

Pese a que el contratista alega la existencia de error en uno de los puntos de referencia, la interventoría le hizo saber que ese error no afecta los trabajos de excavación de los portales.

a. En relación con las obras de excavación del portal de salida de los túneles de desviación se afirma que se presenta un atraso de 15 días.

4. El cuarto informe de interventoría de diciembre de 2011, indica que, en cuanto a las obras del portal de salida de los túneles de desviación:
Se aduce que el rendimiento obtenido por el contratista fue inferior al ofrecido en el programa de trabajo detallado, ***consistente en excavar 44.100 m3 en 55 días, lo que significa 801 m3 por día, mientras que lo realmente excavado fue de 243 m3 por día, lo que equivale a casi un tercio a lo ofrecido.***
Con respecto a las obras relativas a la casa de máquinas, túnel de acceso y galerías de construcción:

- *Pese a que la vía de acceso al frente de trabajo se entregó el día 29 de noviembre, siendo que su entrega estaba pactada para el 14 de octubre de 2011,* ***el contratista presentó rendimiento inferior al ofrecido, puesto que pretendía excavar 53.000 m3 en 78 días, lo que significaba 679 m3 por día mientras que realmente, para diciembre de 2011, excavó 343 m3 por día, casi la mitad de lo ofrecido.***

Así las cosas, concluye el interventor:

En términos generales, los rendimientos obtenidos en las excavaciones son inferiores a los programados_ En portal salida se han obtenido rendimientos promedia de 311m3/día, y el rendimiento programado fue de 602m3I día; en cata de máquinas se han obtenido rendimientos promedio de 383m31/día y se habla programado rendimiento de 679m3/día, situación que indica que el contratista debe incrementar sus recursos en personal y equipo, para poder responder con sus compromisos de obra.

5. El quinto informe de interventoría de enero de 2012, refleja también los reiterados incumplimientos del contratista, al respecto se indica:
La Interventoría con las comunicaciones INT-0C-CTIFS-048,111, e IP T-0C-CTIFS-048,11 del 12 de diciembre de 2011 y INT-0C-CTIFS-000112 del 11 de enero da 2012 presenta al Contratista un análisis sobre el estado de desarrollo de las obras y advierte sobre el incumplimiento de los dos primeros hitos del contrato relacionadas con el inicio de la excavación del túnel de desviación por el frente de aguas abajo y del túnel de acceso a la casa de máquinas. En estas comunicaciones se recalcan los bajos rendimientos obtenidos por al Contratista en la excavación de los portales de sendos túneles, se Registra al incumplimiento de loe doe primeros hitos parciales del contrato y solicita la adecuada planeación de las obras y la disposición de las estrategias y recursos requeridos para ajustar el programa de la otra.

El Contratista en diferentes comunicaciones (00-039.11 del 12 de diciembre de 2011, DO-044-11 del 12 de diciembre de 2011, DO-046-11 del 16 de diciembre de 2011. DO- 052-11 del 08 de enero de 2012, 1210-0k53-11 del 08 de enero de 2012, DO-065-11 del 08 de enero de 2012 y DO-084-12 del 14 de enero de 2012) ha expresado de manera reiterada que los atrasos en el avance de las obras obedece a lo que en su opinión considera, incumplimientos de la Entidad Contratante como lo son: la entrega tardía e incumplimiento de las condiciones geométricas de las vías de acceso a Ice diferentes frentes de trabajo; las no entrega con la debida oportunidad de las zonas de depósito especificadas en los documentos del contrato, la designación de una zona de depósito temporal; y la inoportuna entrega y recibo de las referencias topográficas, además del error encontrado en las coordenadas de une de los puntos de ,dichas referencias.

La Interventoría ha dado respuesta a cada una de las supuestas causales indicadas por el Contratista, manifestando que algunas de las justificaciones no tienen asidero contractual y para otras no demuestran de manera concreta y objetiva loe supuestos efectos perjudiciales que el Contratista les quiere atribuir. En cambio dice la Interventoría, lo que si se constituye en un hecho evidente es la actitud poco diligente y descuidada del Contratista en cuanto al cumplimiento de unas obligaciones contractuales preparativas necesarias para una correcta y cumplida elocución del contrato y que tienen relación con: la planeación y programación de las obras; conformación oportuna de una organización básica para la dirección, administración, y supervisión de loa trabajos; presentación de metodologías constructivas; consecución oportuna de equipos, construcción de campamentos e instalaciones industriales en el

tiempo programado: presentación de ensayos preliminares de materiales; y planeación para el ingreso de materiales e insumos y su disposición en el sitio de los trabajos. Obligaciones que en buena parte determinan el debido cumplimiento de un programa de obra_ Incumplimientos que bien se pueden evidenciar en la nutrida sane de comunicaciones cruzadas sobre dichos asignarte y el constante tratamiento de los mismos en los comités de obra.

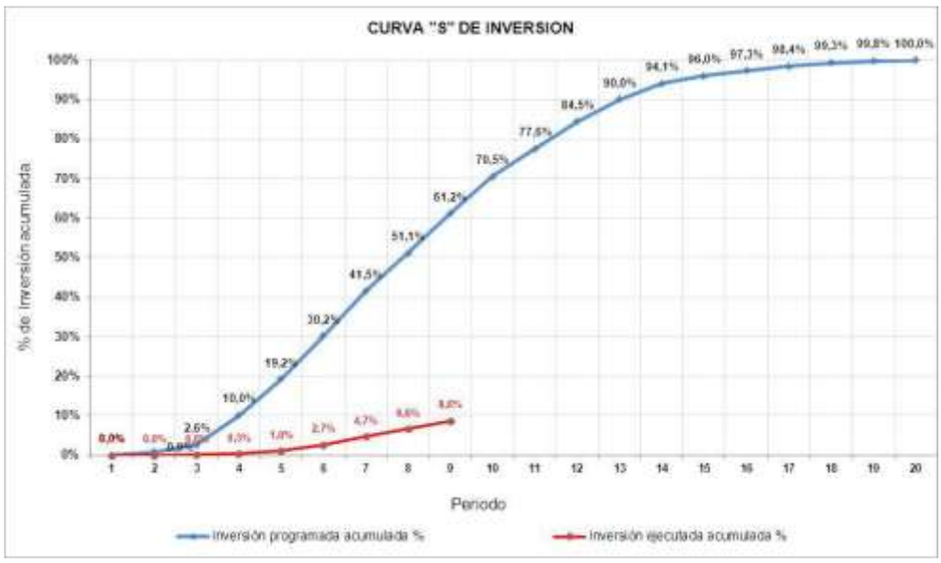
Finalmente, señala el interventor que:

*"En opinión de la interventoría, puede predicarse que, de realizar un balance del cumplimiento de las obligaciones de "las partes", **la balanza se inclina más a los efectos adversos derivados de los propios incumplimientos del contratista que a los presuntos efectos de las causas argumentadas por el contratista**"*

5. Sexto informe de interventoría correspondiente a febrero de 2012 En este informe, la interventoría, nuevamente, expresa su preocupación en el atraso del contratista, señalando específicamente que se corre el riesgo de no cumplir los plazos contractuales para la terminación de las obras. EPM y el consorcio Contratista, después de haber analizado las causas de los atrasos y revisar algunas alternativas, acordaron la construcción de una galería para acceder a los túneles de desviación. Pese a que el contratista aduce que no le entregaron vías a nivel de afirmado, el interventor recuerda que en los documentos. contractuales no está establecida la obligación de entregarle vías en material de afirmado. Que el rendimiento de la excavación de la galería acordada y del portal de salida de los túneles de desviación es inferior a la ofrecida inicialmente, incluso la interventoría aduce que pese a haber mejorado el rendimiento de las excavaciones, aún sigue siendo inferior al ofertado
6. Séptimo informe de interventoría de marzo de 2012 El contratista alega que las vías no se encuentran con material de afirmado ante lo que la interventoría responde que de conformidad con los documentos contractuales no está expresamente pactada la obligación de la entidad de entregar las vías a nivel de afirmado. El contratista aduce que se presentan incongruencias entre los valores de calidad de la roca calculados directamente en la obra y los estimados por sus técnicos, considera prudente ampliar tipologías de los sostenimientos, no obstante, la interventoría no concuerda con los valores que se da a cada uno de los valores de la roca del sistema de clasificación de masas rocosas, por lo tanto, ratifica la calificación inicial realizada entre la asesoría y el contratista. ***En cuanto el reconocimiento de mayor consumo de cemento en la inyección de pernos, es importante resaltar la respuesta dada por la interventoría:***
Reconocimiento de mayor consumo de cemento en la inyección de pernos por las condiciones geológicas existentes. El contratista solicita el reconocimiento de la cantidad adicional de cemento, que en su opinión, utilizó en la colocación de pernos con la lechada en el talud derecho del portal salida de los túneles de desviación la interventoría considera que no existe fundamento contractual para el reconocimiento solicitado en razón de: a) el no agotamiento con la debida oportunidad de las alternativas contempladas en las especificaciones las cuales

permitían la utilización de mortero en lugar de lechada; b) era previsible las condiciones de permeabilidad del terreno, situación que debió considerar al momento de establecer los precios unitarios para la colocación de pernos. Esta apreciación se sustenta en el hecho de que el contratista durante el proceso licitatorio conoció de la presencia en el sitio de las obras de un conjunto de gneises con estructura esquistosa, así como de depósitos aluviales y aluviotorrenciales, material que por su estructura y variedad, es de esperarse presenten alta permeabilidad.
Pese a que ha mejorado, se reporta rendimiento inferior al ofertado en la excavación del portal de salida de los túneles de desviación.
8. Octavo informe de interventoría de abril de 2012. La interventoría reporta, nuevamente, que el rendimiento del contratista en la excavación del portal de salida es inferior a la ofertada. Incluso, a folio 38 de ese informe de interventoría se observa que la interventoría afirma que "el rendimiento máximo obtenido fue de 5.200 m3/día, laborando en dos turnos, ***lo que indica que los rendimientos ofertados se pueden cumplir disponiendo de mayores recursos."*** *- En cuanto al rendimiento de las excavaciones del portal del túnel de acceso a la casa de máquinas, afirma la interventoría que el rendimiento presentado por el contratista en abril disminuyo en comparación con los dos meses anteriores, toda vez que no realizó actividades de excavación de manera continua.*
El contratista alega que el bajo rendimiento, inactividad y averías sufridas por sus equipos son a causa del mal estado de las vías, no obstante, la interventoría responde que entre las causas de la inoperatividad de los equipos se encuentran la falta de combustibles y operadores y la calidad del mantenimiento, hechos que son ajenos al estado de las vías. Aduce por último que después de 8 meses de ejecución contractual el contratista no cuenta con un taller en operación.
- La interventoría cuestiona sobre el bajo rendimiento y comunica sobre problemas mecánicos del equipo de lanzado. El contratista alega que no le habían sido entregados los planos de construcción de la galería de aguas arriba, pese a que la orden de inicio fue mes y medio antes. Ante esta información la interventoría hace saber que le fue entregada con anticipación la cartera topográfica y el plano con el cambio de alineamiento vertical, razón por la cual no tuvo ninguna repercusión en las actividades de excavación y soporte de la galería.
9. Noveno informe de interventoría de mayo de 2012. La interventoría nuevamente realiza anotaciones acerca del atraso en la ejecución de las obras, de la afectación del programa y hace saber al contratista acerca del riesgo de incumplir los plazos de importante interés para el proyecto. Agrega que se deben tomar medidas para recuperar os atrasos y terminar las obras en el tiempo contratado. Específicamente, en cuanto al rendimiento de las excavaciones exteriores en el portal de salida, se aduce que ***el contratista ha aumentado el rendimiento en relación con periodos anteriores, no obstante debe disponer de más personal y equipos para que al menos logre los rendimientos ofertados.*** *En relación con las excavaciones exteriores en el portal del túnel de acceso a casa de máquinas, se reporta que en mayo se tuvo un rendimiento menor al programado; se añade que el*

rendimiento de ese periodo disminuyó en relación con los meses de febrero y marzo.
En el gráfico anterior se observa que en el mes de mayo se tuvieron varios días de inactividad. El pico máximo de excavación en el mes fue de 2493 m3/dia, trabajando en jornada diurna y nocturna lo que indica que si es posible mejorar el rendimiento con el equipo, materiales, personal y trabajando a doble turno para garantizar la terminación de la actividad sin mayores atrasos.
La siguiente gráfica se puede apreciar la gran diferencia entre el avance obtenido por el contratista y el programado, donde en el 10 mes de obras han ejecutado lo que estaba programado a ser realizado entre el mes 3 y 4



El interventor afirma que, pese a que las vías de acceso no se entregaron en las fechas convenidas, si se toma como fecha la de entrega real, en todo caso, de igual manera, se estarían generando retrasos: "Es importante resaltar que parte de los atrasos son ajenos al Contratista, ya que se le entregaron las vías de acceso más tarde de lo convenido, además para las obras del portal entrada apenas se está construyendo la galería a plazoleta de compuertas que permitirá acceder al sitio de las obras, sin embargo, ***sí se desplazara en el tiempo los días correspondientes a la entrega de las vías, también se generarían atrasos con respecto a estas nuevas fechas"***
10. <u>Décimo informe de interventoría de junio de 2012</u> - En relación con el portal de entrada de los túneles de desviación, en cuanto a la galería aguas arriba, la misma se terminó con 31 días de atraso. En cuanto a la galería a plazoleta de compuertas, se obtuvo un rendimiento menor al programado. En cuanto a la galería aguas abajo, se obtuvo un rendimiento menor al programado. En cuanto al rendimiento de excavación del ramal 2 derecho, fue inferior al ofertado. - El rendimiento de las excavaciones exteriores en disminuyó en este período y es inferior al ofertado. - El interventor afirmó: el portal de salida ***"El pico máximo de excavación en el mes fue de 3094 m3/día, trabajando en jornada diurna y nocturna lo que indica que, si es posible mejorar el rendimiento con el equipo, materiales, personal y trabajando a doble***

turno para garantizar la terminación de la actividad sin mayores atrasos." *(Negrilla fuera de texto).*
11. Décimo primer informe de interventoría de julio de 2012 - Se reportan, nuevamente, atrasos en las excavaciones de las obras contratadas. Se reporta que no se tiene el rendimiento ofertado

Aduce que, pese a que parte de los atrasos no son imputables al contratista, en ***todo caso si los desarrollos de las obras se contaran desde las fechas de entrega de las vías, también se generarían atrasos.*** *- Reporta que una fracción del concreto lanzado no tienen el desempeño requerido.*

12. Décimo segundo informe de interventoría de agosto de 2012. - Se reportan atrasos en las obras y bajo rendimiento en las excavaciones realizadas en comparación con lo ofertado. En cuanto a las excavaciones subterráneas se afirma que los rendimientos de excavación obtenidos en agosto de 2012 fueron inferiores a periodos pasados. Nuevamente se afirma que no todos los atrasos son imputables al contratista, en razón de que las vías de acceso no se entregaron en las fechas acordadas, no obstante parte de ellos si le son atribuibles.
Es importante resaltar lo siguiente:

La interventoría en diferentes comunicaciones y comités de obra ha solicitado al contratista el retiro de material inapropiado proveniente de la excavación de las galerías aguas arriba y de acceso a la plazoleta de compuertas (cota 260), esto con el fin de que el contratista de las vías de acceso al proyecto, quien en un determinado momento realizó trabajos en esta zona de depósito, procedía a adecuar el sitio y permitía el acopio del material de sobre tamaños que Contratista túneles Ituango debe almacenar en este sitio. Ante la demora del Contratista Túneles Ituango en el retiro de dicho material, la interventoría le definió un plazo perentorio para que diera cumplimiento a la solicitud.

13. Décimo tercer informe de interventoría de septiembre de 2012 - Reporta atrasos en las obras contratadas y bajo rendimiento en las excavaciones en relación con el ofertado. En este informe de interventoría es pertinente resaltar que el contratista conocía de las eventuales alteraciones del orden público que se iban a presentar, motivo por el cual, actuando diligentemente, debió tomar las medidas necesarias para evitar más atrasos de los que ya se presentaban, sobre el particular:
"Con las comunicaciones DO-269-12 del 28 de agosto de 2012 dirigida a EPM y DO-288- 12 dirigida a la Interventoría y recibida el 6 de septiembre de 2012, el Contratista hace referencia a los hechos de alteración del orden público que, según él, han causado afectaciones sobre el normal desarrollo de las obras. En ellas hacen los siguientes pronunciamientos: a) Que las situaciones de orden público presentadas son un "alea anormal" cuya atención no puede ser soportada ni manejada por él, b) que la situación ha sufrido un gran desmedro con respecto al momento valorar la oferta, c) Solicitan a EPM evaluar, junto con las Autoridades civiles y militares la situación, para tomar las medidas más adecuadas frente al proyecto mismo y a la seguridad de las personas, pues no quieren verse abocado a tomar medidas extremas como la cesación de los

trabajos o el retiro del personal para garantizar su seguridad y salvaguardar su vida e integridad, d) Expresa que recibiría con agrado, salidas como la suspensión temporal del contrato o el compromiso de una vigilancia extrema por parte de las autoridades, salidas que se tratarían en una mesa de discusión, con el único fin de minimizar los riesgos y garantizar que puedan cumplir con los compromisos contractuales, sin arriesgar la vida del personal, la maquinaria y equipos, así como, la restauración de un ambiente adecuado y propicio para desarrollar el trabajo que se les ha encomendado, e) Encuentran que en el contexto de este acuerdo de voluntades, los eventos presentados son típicos casos de fuerza mayor o caso fortuito y en tal sentido, de no darse una solución concertada y definitiva al asunto, evaluarán la posibilidad de solicitar la suspensión del contrato.

Al respecto, ***la Interventoría considera: a) Con anterioridad al 25 de agosto de 2012 el Contratista fue previamente informado sobre la intención de la comunidad de realizar una protesta, razón por la cual se presupone que el Contratista adelantó todas las gestiones para garantizar la disponibilidad de todos los recursos y provisiones necesarias para desarrollar los trabajos con la mínima interrupción posible, b) Debió aplicar el plan de seguridad y plan de contingencia que garantizaran la seguridad del personal, equipos e instalaciones, ante estos eventos, c) No se encuentra procedente la solicitud del Contratista a EPM de evaluar, junto con las autoridades civiles y militares la situación, para tomar las medidas más adecuadas frente al proyecto mismo y a la seguridad de las personas, pues los documentos del contrato son claros en el establecimiento de las responsabilidades de cada una de las PARTES en cuanto a las situaciones de orden público en la zona del Proyecto,*** *d)* ***LA OBRA HA ACUMULADO SIGNIFICATIVOS DÍAS DE ATRASOS POR HECHOS DIFERENTES A LOS EXPUESTOS EN SUS COMUNICACIONES Y QUE SON DE LA ENTERA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA, TALES COMO ADECUADO PLANEAMIENTO Y METODOLOGÍA DE TRABAJO, INSUFICIENCIA DE EQUIPOS EN BUEN ESTADO DE OPERACIÓN, ADECUADAS INSTALACIONES INDUSTRIALES, SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES, DEFICIENCIAS EN LA PROGRAMACIÓN DEL CONTRATISTA, Y BAJO RENDIMIENTOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS LABORES,*** *e) EPM no está dispuesta a suspender el contrato, y ante la gran envergadura e incuestionable proyección e interés público del Proyecto, realizará todos los esfuerzos necesarios que propicien el cumplimiento de los compromisos de generación contraídos." (Negrilla y mayúscula fuera de texto)*

De lo anterior se observa claramente que el contratista, no tomó las medidas necesarias para hacer frente al impacto de la alteración de orden público, de igual manera se le reprochó que parte de los atrasos son exclusivos de su responsabilidad, atribuible a la falta de planeación y metodología de trabajo, no disponer de equipos en buen estado para la realización de las obras, no tener unas buenas instalaciones industriales, haber suspendido actividades, entre otras

Afirma el interventor que pese a haberse aprobado un programa de trabajo, que tuvo en cuenta los atrasos, estos mismos siguen presentándose en todos los frentes de trabajo.

Concluye que en el portal de entrada los rendimientos son demasiado bajos de 438 m3 por día, siendo que se habían ofrecido 1600 m3 por día, por lo cual se afirma que no cuenta con los equipos y recursos requeridos.
Otra afirmación que permite deducir la falta de diligencia del contratista se aprecia a continuación:
Si se continúa avanzando con los rendimientos actuales se compromete la terminación de la obra en el plazo contractual. Los frentes que presentan mayor atraso corresponden a las excavaciones por portal de entrada, que de continuar como hasta la fecha llevarían la terminación de las obras hasta noviembre de 2013. Además la construcción del tramo del túnel derecho desde el portal de salida se prolongaría hasta mediados de mayo de 2013.
*La tardanza en la construcción del túnel de acceso a casa de máquinas, airase la construcción de la galena superior norte y se estarle terminando por fuera del plazo contractual, la cual tiene su inicio en la abscisa k 0*634,54 del túnel de acceso cual falta excavar 516,54 m. Con loa rendimientos promedio obtenidos (3,38 micha) tardarían 153 días más para llegar a la abscisa k 04341..64, o sea que la galería superior norte se iniciaría el 26 de febrero de 2013. Si se excava esta galería con los rendimientos obtenidos en el túnel de acceso, la construcción de los 137,0 m tardarla 42 días, o sea que se terminarla el 7 de abril de 2013. Con los atrasos generados en la construcción del túnel de acceso a casa de máquinas se está comprometiendo la fecha de finalización del programa maestro de EPM, ya que el Contratista de obras principales debe iniciar sus obras con la continuación de los túneles hasta llegar al sitio de construcción de la casa de máquinas. Si este lunes no se entrega con la debida oportunidad se impactará el inicio de esta actividad de excavación de la caverna de máquinas, que de acuerdo al programa general de EPM se encuentra en la ruta critica*
La Interventoría en repetidas ocasiones ha manifestado al Contratista a través de comunicaciones, comités de obra y reuniones en obra sobre la necesidad de disponer los recursos en personal, equipa y materiales para acometer vanas frentes de trabajo pata incrementar rendimientos con el objeto de lograr cumplir con el programa de obra. Además se le ha solicitado la presentación de alternativas que permitan recuperar loe atrasos, san embargo el Contratista ha hecho caso omiso y no se tiene respuesta a estas peticiones.< ni en obra se observe la implementación de acciones remediales para aumentar la productividad en bs frentes de excavaciones en superficie y subterráneas.

La interventoría hizo saber que el seguimiento al avance de las obras lo hizo con el programa originalmente aprobado, porque solo hasta el 6 de julio de 2012 se oficializó el programa de obra que contempla las demoras en la entrega de las vías de acceso y la no disponibilidad de una zona de depósito. Pese a lo anterior, a lo largo del informe, la interventoría, en octubre de 2012, sigue reportando atrasos y bajos rendimientos en los frentes de trabajo.

Nuevamente se afirma que los rendimientos son muy bajos y que si no se dispone de los equipos y recursos requeridos no se cumplirá con el plazo contractual.
En cuanto a los atrasos en las excavaciones subterráneas se aducen CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA como las siguientes: i) Utilización del

mismo equipo para realizar avances en dos frentes de trabajo a la vez, por lo cual es necesario esperar mientras se desocupan los equipos en un frente de trabajo para utilizarlos en otro. ii) La falta de disposición de instalaciones industriales. iii) daños en los equipos, iv) procesos constructivos inadecuados Informa que, conforme al rendimiento de ese mes, las excavaciones del portal de entrada se extenderían hasta noviembre de 2013, fecha que supera a lo contratado. Importante resaltar que el atraso de algunas obras tiene como consecuencia que no se puedan ir desarrollando otras.

CON EL ATRASO QUE SE PRESENTA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TÚNEL DE ACCESO A LA CASA DE MAQUINAS, NO ES POSIBLE QUE, DENTRO DEL TERMINO, EL CONTRATISTA DE OBRAS PRINCIPALES INICIE SU OBRA CON LA CONTINUACIÓN DE LOS TÚNELES HASTA LLEGAR AL SITIO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CASA DE MAQUINAS, SI NO SE ENTREGA A TIEMPO, SE IMPACTA EL INICIO DE LA OTRA EXCAVACIÓN, TENIENDO COMO CONSECUENCIA QUE SE COMPROMETA LA FINALIZACIÓN DEL PROGRAMA MAESTRO DE EPM.

*- Otro ejemplo de la **FALTA DE DILIGENCIA** del contratista se presenta con la siguiente afirmación: La Interventoría en repetidas ocasiones ha manifestado al Contratista a través (fe comunicaciones, comités de obra y reuniones en obra sobre la necesidad de disponer los recursos en personal, equipo y materiales para acometer vanas frentes de trabajo para incrementar ~mientas con el objeto de lograr cumplir con el programa de obra. Además se le ha solicitado te presentación de alternativas que permitan recuperar los atrasos, sin embargo el Contratista ha hecho caso omiso y rio se tiene respuesta a estas peticiones, ni en obra se observa la implementación de acciones remediales para aumentar la productividad en los frentes de excavaciones en superficie y subterráneas,*

*15. Décimo quinto informe de interventoría de noviembre de 2012 - El interventor hizo saber al contratista que está teniendo bajos rendimientos y que presenta un atraso acumulado, por lo que el plazo contractual se ve afectado. Que está incumpliendo los compromisos del contratista, situación que es perjudicial para el proyecto. - El contratista aduce problemas relativos a falta de energía eléctrica, no obstante, en el pliego de condiciones el suministro de energía qué requieran los frentes de trabajo es una obligación que está a su cargo. - Nuevamente la interventoría aduce que se presentan atrasos en todos los frentes y que la fecha de terminación de cada uno de estos continúa aumentándose en el tiempo. Aunque se adoptó la construcción de la galería aguas abajo en aras de optimizar el tiempo requerido, no se ve la ventaja de la misma ya que para la excavación de esta se han tenido **rendimientos muy bajos.***

*Es importante resaltar que **los atrasos presentados por el consorcio CTIFS tienen como consecuencia que el contratista de las obras principales del proyecto no pueda empezar la excavación de la caverna de máquinas. LOS ATRASOS DEL CONSORCIO AFECTARÍAN EL PROGRAMA DE LAS OBRAS PRINCIPALES.***

Se cita aparte importante de este informe:

La interventoría continua manifestando al contratista y a EPM, su preocupación porque no están tomando las medidas pare remediar los atrasos

en las obras. El contratista continúa sin ejercer control sobre la programación y ejecución de las actividades, además no dispone de los recursos en equipo, personal y materiales para acometer todos los frentes disponibles a la vez y carece de instalaciones industriales suficientes para atender los sitios de trabajo.

16. Décimo sexta acta de interventoría de diciembre de 2012 - El contratista informó que suspendió trabajos, retiro personal y disminuyo los rendimientos debido a la protesta de la comunidad y el hostigamiento de personas al margen de la ley (el 12, 13, 26 y 27 de agosto de 2012) por lo que suspendieron actividades por 6 días, no obstante el interventor le contestó que presento atrasos en solo 3 días y que al comparar los rendimientos de 15 días antes y 15 días después de las fechas que se mencionaron, se deduce que los rendimientos obtenidos fueron similares a las normalmente logradas. Menciona la interventoría ***"no son los hechos externos los que primordialmente han afectado los rendimientos de los trabajos y así lo ha hecho saber al contratista (...)"***

- El contratista aduce que problemas relativos a la falta de energía eléctrica y la interventoría responde que el suministro de energía a los frentes de trabajo es su obligación contractual conforme al pliego de condiciones.

- Se adoptó un nuevo programa de trabajo en el que se terminarían todas las obras necesarias para desviar el Río Cauca el 31 de julio de 2013, además que las obras exteriores del portal de entrada se terminarían el 26 de agosto de 2013. La interventoría dice que es posible terminar en estas fechas si el contratista acelera los trabajos, termina concluyendo la interventoría:

"Se espera que con el compromiso adquirido por el Contratista y el establecimiento de nuevas hitos contractuales, logre terminar las obras en las ***nuevas*** *fechas previstas y el Contratista de obras principales pueda ingresar* ***ID*** *más pronto posible a iniciar las obras que le corresponde realizar rara la desviación del río y las demás obres asignadas".*

- La interventoría le hizo saber al contratista que por más de un año no contó con un profesional de geotecnia, pese a que es un cargo importante para el proyecto.

Pese a que con la adopción del nuevo programa de trabajo el contratista consideró realizar un avance importante en los meses de enero, febrero y marzo para ponerse al día con los atrasos acumulados hasta diciembre, en enero continúo acumulando trabajo v, por ende, presentando atrasos.

El interventor hace saber que puede ser necesario adoptar una jornada nocturna para cumplir con los plazos contractuales.

Que el contratista no cuenta con la cantidad de equipo requerida para terminar las obras en la nueva fecha programada, ya que debe desplazar el equipo entre los frentes, situación que genera más atrasos".

Y así continuó durante todo el año 2013.

Los anteriores informes que se refieren a lo ocurrido en el periodo que va desde septiembre de 2011 y hasta diciembre de 2012, demuestran que lo afirmado por la apoderada en relación con los motivos por los cuales se tomó la decisión por parte

de la Junta directiva de modificar la fecha del Hito 1, no obedeció a situaciones exógenas no atribuibles a EPM ni al subcontratista.

Por el contrario de la lectura de los informes de interventoría resulta evidente que la razón de los atrasos en su mayor parte obedece a la falta de personal, de maquinaria, inclusive el contratista duró trabajando 1 año sin contar con un profesional en geotecnia, esto en una zona con las dificultades Geológicas conocidas tanto por EPM como por el subcontratista.

Cabe recordar que, en virtud de los principios de no coadministración y no control previo es evidente que la escogencia del contratista y los manejos que se realicen en relación con el mismo son de responsabilidad exclusiva de EPM, por lo que contrario a lo que considera la apoderada, ante situaciones tan graves como las que se dieron con el consorcio CTIFS, y que en virtud de la mecánica de libro abierto implementada por HI y EPM, debían haber sido de conocimiento de Hidroituango, en aras de establecer si lo alegado por EPM para el cambio de los hitos atendía o no a la realidad.

Ahora bien, se acreditó que no es cierto el argumento del apoderado de que los atrasos no eran atribuibles a EPM, por lo que lo que correspondía a Hidroituango tomar las determinaciones pertinentes desde su rol, y no limitarse a avalar todo lo que EPM le decía, aun cuando no era del todo cierto.

De los graves atrasos, dan cuenta las actas del comité de seguimiento al BOOMT, los informes de interventoría del contrato 2012-000014 y las mismas actas de junta directiva. Estos atrasos tuvieron como consecuencia el hecho de que no pudiera desviarse el río Cauca a inicios del año 2013 y llevaron a que el cumplimiento de dicho hito se retrasara un año, pudiendo lograrse sólo hasta febrero de 2014. Así mismo, estos retrasos contribuyeron a que por la premura no se pudieran instalar las compuertas en los túneles de desviación izquierdo y derecho y, por lo tanto debiera implementarse un plan de aceleración y debiera realizarse un tercer túnel de desviación, todo lo cual desencadenaría en la contingencia de 2018 y esto a su vez contribuyó a la destrucción del valor del proyecto.

Ahora bien, en lo que atañe a la posibilidad de imponer multas, lo primero que hay que anotar es que en el Auto de Imputación no se le cuestiona a los miembros de junta directiva de Hi, que EPM no impusiera multas al subcontratista CTIFS. Lo que se cuestiona es que Hidroituango no utilizara los mecanismos de apremio con los que contaba en virtud del contrato BOOMT.

Como se demostró líneas atrás no es cierto que la razón por la cual debieron modificarse las fechas de los hitos fuera exógena. Sino que obedeció en su mayor parte a situaciones que le eran atribuibles al subcontratista CTIFS y que revestían la mayor gravedad entre ellas no tener el personal suficiente ni la maquinaria, hacer exigencias que estaban por fuera de lo pactado contractualmente como pedir que

las vías estuvieran a nivel de afirmado, no contar por 1 año completo de desarrollo del proyecto con un geólogo, así como el hecho de que aun reconociéndosele los tiempos de las demoras en las entregas de las vías, el contratista presentara atrasos graves frente a ese nuevo cronograma, problemas constructivos entre otros.

Como se explicó arriba, en virtud de los principios de no coadministración y no control previo, la escogencia del subcontratista y la administración de dicho contrato, así como las órdenes impartidas eran responsabilidad exclusiva de EPM. Sin embargo, las situaciones de gravedad que podían haber sido detectadas a tiempo por Hidroituango, dado que afectaban el proyecto, daban lugar a la imposición de apremios por parte de Hidroituango a EPM y no daban lugar a que, como se hizo en el caso concreto, avalar la modificación de la fecha del Hito 1.

Ahora bien, en todo momento este despacho se ha referido a la imposición de las multas y no al hecho de hacerlas efectivas, por lo que contrario a lo afirmado por la apoderada, en este punto no ha existido contradicción alguna del Despacho. En efecto, Hidroituango, en virtud del contrato BOOMT podía imponerlas o iniciar los procedimientos necesarios para ello y sólo hacerlas efectivas (cobrarlas) si se incumplía (como terminó ocurriendo en el caso concreto) el Hito 9 que era la entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada.

Ahora bien, independientemente de que Hidroituango impusiera o no las multas -que se repite era lo que debió ocurrir en virtud de lo dispuesto contractualmente- no debió avalar el cambio de la fecha del hito 1, pues no estaban dados los supuestos alegados por EPM y esto sí es algo que debió conocer Hidroituango y su junta directiva, pues se recuerda, era obligación de los miembros de la junta tomar las decisiones conforme a su rol y de manera informada.

Lo anterior, así Deloitte en el informe para la CREG afirmara que no existía conforme a la curva s un atraso insalvable. Pues como se explicó líneas atrás estos nuevos atrasos se iban a acumular a los anteriores, obligando a que el proyecto se siguiera desarrollando bajo planes de aceleración, o recuperación de tiempos y en este caso llevando a que se concretara uno de los hechos más importantes que fue el hecho de por la premura para lograr la desviación del río en las estivas de 2014, se prescindiera de las compuertas en los túneles de desviación, lo que llevaría a tener que buscar en este punto una solución, calificada por el BOARD de expertos como riesgosa y no ortodoxa, cual fue la construcción de un tercer túnel de desviación, el cual por la premura a la que se había sometido el proyecto, por las razones indicadas desde los hechos y en el auto de imputación, generaron la contingencia de 2018 y contribuyeron así de manera determinante a que se destruyera el valor presente neto del proyecto y a que se ocasionara un lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica

Así mismo, es necesario precisar que la modificación del Hito 1, permitió que EPM extendiera la situación que venía presentándose con el subcontratista desde el inicio

del contrato, hasta cuando la misma se hizo insostenible. En este sentido, de los graves atrasos, dan cuenta las actas del comité de seguimiento al BOOMT, los informes de interventoría del contrato 2012-000014 y las mismas actas de junta directiva. Estos atrasos tuvieron como consecuencia el hecho de que no pudiera desviarse el río Cauca a inicios del año 2013 y llevaron a que el cumplimiento de dicho hito se retrasara un año, pudiendo lograrse sólo hasta febrero de 2014. Así mismo, estos retrasos contribuyeron a que por la premura no se pudieran instalar las compuertas en los túneles de desviación izquierdo y derecho y, por lo tanto debiera implementarse un plan de aceleración y debiera realizarse un tercer túnel de desviación, todo lo cual desencadenaría en la contingencia de 2018 y esto a su vez contribuyó a la destrucción del valor del proyecto[256].

Ahora bien en lo que atañe a la posibilidad de imponer multas, lo primero que hay que anotar es que en el Auto de Imputación no se le cuestiona a los miembros de junta directiva que EPM no impusiera multas al subcontratista CTIFS. Lo que se cuestiona es que Hidroituango no utilizara los mecanismos de apremio con los que contaba en virtud del contrato BOOMT.

Como se demostró líneas atrás no es cierto que la razón por la cual debieron modificarse las fechas de los hitos fuera exógena. Sino que obedeció en su mayor parte a situaciones que le eran atribuibles al subcontratista CTIFS y que revestían la mayor gravedad entre ellas no tener ni el personal, ni la maquinaria suficiente, hacer exigencias que estaban por fuera de lo pactado contractualmente como pedir que las vías estuvieran a nivel de afirmado, no contar por 1 año completo de desarrollo del proyecto con un geólogo. El hecho de que aún reconociéndosele los tiempos de las demoras en las entregas de las vías, el contratista presentara atrasos graves frente a ese nuevo cronograma, problemas constructivos, entre otros. Como se explicó líneas atrás, en virtud de los principios de no coadministración y no control previo, la escogencia del subcontratista y la administración de dicho contrato, así como las órdenes impartidas eran responsabilidad exclusiva de EPM. Por lo que las situaciones presentadas por el contratista daban lugar a la imposición de apremios por parte de Hidroituango y no a avalar la modificación de la fecha del Hito 1 como se hizo.

Ahora bien en todo momento este despacho se ha referido a la imposición de las multas y no al hecho de hacerlas efectivas, por lo que contrario a lo afirmado por el apoderado, en este punto no ha existido contradicción alguna del Despacho. En efecto, Hidroituango, en virtud del contrato BOOMT podía imponerlas o iniciar los procedimientos necesarios para ello y sólo hacerlas efectivas (cobrarlas) si se incumplía (como terminó ocurriendo en el caso concreto) el Hito 9 que era la entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada.

[256] Ver entre otros, folio 18022 , que corresponde a la página 511 del Auto de Imputación

Ahora bien, independientemente de que Hidroituango impusiera o no las multas -que se repite era lo que debió ocurrir en virtud de lo dispuesto contractualmente- no debió avalar el cambio de la fecha del hito 1, pues no estaban dados los supuestos alegados por EPM, y esto sí es algo que debió conocer Hidroituango y su junta directiva, y especialmente el señor Calle Restrepo, quien desde luego tenía acceso a información privilegiada, al ser el máximo representante de EPM.

Ahora bien, recordemos que, en lo que se refiere a los deberes específicos que han de cumplir los administradores en ejercicio de su gestión, el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 dispone lo siguiente:

> *"Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*
>
> *En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad."*

Así las cosas, se tiene que el señor Calle Restrepo, conocía que los atrasos no obedecían únicamente a circunstancias exógenas, sino que le eran atribuibles a la sociedad que representaba, y por ende, conocía también que el hecho de imponer multas y/o considerar siquiera su imposición a EPM, desde el seno de la junta de HI, daba lugar a un claro conflicto de intereses. Indica el apoderado, que exigirle a su prohijado el declararse impedido y al mismo tiempo requerirle la imposición de multas, resulta en una contradicción, apreciación basada en la interpretación errónea, o conveniente del reproche por parte de éste, pues no se juzga una conducta o la otra, reprocha el Despacho el hecho de que no se discutiese- tan siquiera someramente- al interior de la junta directiva de HI, la posibilidad de imponer multas a Epm, discusión que- de haberse dado- hubiese tenido que resultar en la declaratoria del conflicto de interés por parte de su prohijado. No son conductas excluyentes, una sería el resultado de una acción diligente, resultado de una administración cuidadosa y de la correcta labor de seguimiento al BOOMT por parte de la junta directiva de la sociedad, de la cual era parte.

Ahora bien, lo que si representa una contradicción es pretender representar de manera simultánea intereses opuestos. Esta claro, que si el señor Calle Restrepo no manifestó la existencia de un conflicto de intereses en el seno del órgano directivo de la sociedad HI- que surgió precisamente por la doble calidad que ostentaba, como miembro de junta directiva del contratante HI, y como Gerente de la sociedad contratista, EPM-, se entiende que se encontraba en la obligación de

obrar en el mejor interés de la sociedad, aun cuando aquello representara ir en contravía de los intereses de la sociedad que gerenciaba.

Cabe recordar que HI, es una sociedad de objeto único, cuya visión era en ese momento: "En diciembre de 2018, HIDROITUANGO S.A. E.S.P., será generadora y comercializadora de energía, altamente competitiva en el mercado nacional e internacional. Será ejemplo por sus aportes al manejo armónico del medio ambiente y su compromiso con el desarrollo social y económico de las comunidades que lo rodean, impactando positivamente a la región, a Antioquia y a Colombia".

Así mismo es importante indicar que en los Estatutos de la Junta Directiva de HI, (Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003, artículo 44), se establecen como f*unciones de la Junta Directiva, entre otras: "(…)* ***1. Nombrar y remover libremente al Gerente y sus suplentes.*** ***3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)".*

Sobre **el alcance de la responsabilidad de las juntas directivas**, la doctrina nacional también ha enfatizado que:

> *«37. La Junta o Consejo Directivo (en adelante "Junta') es el máximo responsable del desempeño de una entidad. Aunque legalmente los directores son "administradores", la Junta más que un órgano de gestión (gerencia del día a día) propiamente dicho, es un órgano de supervisión que orienta la política general de la entidad,* ***controla a los representantes*** *legales y sirve de enlace con los accionistas. Sus actuaciones deben buscar el mejor interés de la sociedad y de todos sus accionistas (i.e., incluidos los accionistas minoritarios).*
>
> *«38. En general, la Junta es responsable de la estrategia, desempeño y control interno de una entidad. En este sentido, la Junta debe ser la encargada de (i) fijar las estrategias generales de la compañía y aprobar las decisiones de mayor importancia y hacer seguimiento a su ejecución, (ii) fijar la política de selección y remuneración de los cargos más importantes de la sociedad, (iv****) evaluar y controlar la gestión de la entidad y de sus representantes legales,*** *y (v) identificar los principales riesgos de la empresa y de la estrategia y liderar la definición e implementación de los sistemas internos de control e información apropiados"*[257]*.*

Por lo que si le correspondía velar por el cumplimiento oportuno de las obligaciones del contratista.

---

[257] 305 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, DELEGATURA PARA RIESGOS DE
CONGLOMERADOS Y GOBIERNO CORPORATIVO SUBDIRECCIÓN DE METODOLOGÍAS DE SUPERVISIÓN Y ANÁLISIS DE RIESGOS (agosto 2010), Manual Documento Conceptual de Gobierno
Corporativo, Bogotá D.C., pp. 9.

De conformidad con lo expuesto en los estatutos de Hidroituango, la jurisprudencia y la doctrina, a la junta directiva de Hi es un órgano de gestión y supervisión que orienta la política general de la entidad y en consecuencia es responsable por las decisiones estratégicas que adopte el Gerente, incluyendo las inversiones que se realicen.

Por lo anteriormente expuesto, este argumento no está llamado a prosperar.

Continúa el apoderado indicando:

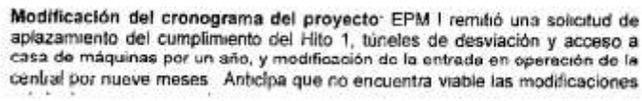
> *"Tampoco es posible predicar negligencia por parte de mi cliente al aprobar el GAD, pues como se sustentará más adelante, el señor CALLE RESTREPO no hizo parte de dicha decisión como miembro de la Junta Directiva de Hi. Respecto al cuarto reproche en el que se reclama al señor CALLE RESTREPO avalar los cambios en las fechas hito. La situación que se reprocha a mi cliente, contrario a demostrar una falta de diligencia de su parte, evidencia el correcto actuar de un miembro de la Junta Directiva, en tanto configuraba la materialización de una realidad que se presentaba en la obra por la imposibilidad real y material de desviar el no cauta en enero de 2013, esto generado por (i) las diferentes condiciones geológicas y geotécnicas presupuestadas en los estudios iniciales y las encontradas en sino; y (u) hechos y circunstancias acaecidos cuando la Sociedad tenía a su cargo la ejecución del Proyecto y mi mandante no era miembro de la Junta Directiva de Hl, estas son. el retraso en la entrega de las vías de acceso al sitio de las obras y el retraso en la contratación de las obras de los túneles de desviación Lo anterior demostrando que hubiese sido negligente por parte de mi representado y los demás miembros de la Junta no avalar las modificaciones de los hitos, cuando era indudable que no se podría cumplir con las fechas estipuladas, a causa del acaecimiento de riesgos contemplados inicialmente (fallas geológicas) y retrasos previos del proyecto que impedían cumplir las fechas de los hitos inicialmente pactadas. Adicionalmente, la Delegada afirma en este punto que el señor CALLE RESTREPO "nunca Je declaró impedido) contrario a ello conoció, deliberó' votó en cada una (le las sesiones de Junta Directiva en las que participó", situación que es totalmente contraria a la realidad pues como lo evidencia el expediente mi representado sí se declaró impedido cuando se encontraba en conflicto de intereses, como se aprecia en las Actas 139 del 11 de abril de 2013, 140 del 7 de junio de 2013 y 146 de fecha 5 de mayo de 2014. Demostrando sin lugar a dudas que mi representado obró de manera diligente en el ejercicio de su actividad como miembro de la Junta Directiva de Hi, pues si se encontraba en conflicto de intereses por su calidad como Gerente de EPM, se abstenía de votar en la toma de decisiones, situación que se estudiará en detalle más adelante. No se puede perder de vista además que la sociedad HI tenía como propósito específico actuar como titular del Proyecto y contratante bajo el contrato BOOMT y que tanto sus estatutos como el mismo contrato BOOMT establecieron unas reglas claras*

de gobierno que fueron siempre observadas por mi representado en su rol como miembro de la Junta Directiva.

Líneas adelante señala:

B. *EL SEÑOR JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, COMO MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA SOCIEDAD, OBRÓ DE MANERA DILIGENTE EJECUTANDO LAS ACCIONES PERTINENTES PARA EL SEGUIMIENTO Y CONTROL DEL PROYECTO DISPUESTAS EN EL CONTRATO BOOMT. En el Auto de Imputación el tercer reproche en contra del señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO está compuesta y se circunscribe a que supuestamente no obró de manera diligente en el control del mecanismo de seguimiento al supuestamente no haber leído las actas del comité, impidiendo que se enterara: (i) que en el 2012 que existía un gran riesgo que la hidroeléctrica no entran en operación en el 2018; y (fi) sobre los supuestos riesgos advertidos por el Board de expertos frente a la construcción de la GAD. Sobre lo anterior se tiene que el Despacho no aporta prueba de ninguno de los aspectos que constituyen el reproche endilgado Así, no demostró que mi cliente no hubiese leído las actas, m su supuesta ignorancia frente al latente riesgo de no entrar en operación en el año 2018. 'Tampoco comprobó la existencia de las supuestos riesgos advertidos por la Junta de Asesores, toda vez que descontextualiza el contenido del Informe Nro. 3 que señala como prueba de las presuntas inconsistencias. Además, parte de una premisa errada y es que los miembros de la junta directiva no conocían los retrasos que enfrentaba el Proyecto, cuando ocurría todo lo contrario. En contraste a lo anterior, se ha verificado a lo largo de este escrito — y enseguida se continuará haciéndolo - que el señor CALLE RESTREPO fue diligente en el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Junta Directiva de Eh. De modo que, no fue negligente en el seguimiento al mecanismo de verificación y control creado. Frente al riesgo alto de que el Proyecto no ingresara en operación por hechos anteriores a su gestión y por otros factores que no le son imputables al señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO en la fecha acordada, es decir, en noviembre de 2018, mi cliente no actuó negligentemente, ni desconocía este peligro. Sobre el particular, se tiene que en virtud del mecanismo del libro abierto y su posición como representante de EPM, el señor CALLE RESTREPO conoció la situación que enfrentaba el Proyecto, los retrasos a los que se estaba enfrentando y cuya génesis tuvo lugar antes de su ingreso. Al respecto, y contrario a lo que refiere la CGR en el Auto de Imputación, el Comité de Seguimiento había informado en los reportes a la Junta Directiva los retrasos que enfrentaba el Proyecto. De igual forma, asignaba la responsabilidad a la Sociedad de estas situaciones, por cuanto se habían presentado cuando Hi tenía a cargo su ejecución Entonces, no es cierto como lo sostiene la CGR que si hubiesen leído las actas del comité de seguimiento al Contrato BOOMT, los miembros de la junta directiva habrían podido verificar y evidenciar la verdadera situación del Proyecto. Se tiene que dichos documentos contenían la misma información que le reportaba la administración mensualmente a la junta directiva Así, en ellas no se señalaban incumplimientos de EPM, ni se*

endilgaba responsabilidad de EPM en los atrasos y, muchos menos se proponían apremios En ese contexto, se cuestiona el suscrito ¿qué información de actas del comité de seguimiento del BOOMT le hubieran permitido a la junta cuestionar el desempeño de EPM, si en ellas no había señalamientos? Es más, si se les hubiese plantado por parte de la Gerencia de HI a los miembros de junta el análisis de las actas del comité de seguimiento del BOOMT- situación que no ocurrió y que escapaba a las competencias de dicho órgano directivo - hubieran encontrado las innumerables veces en que se ratificaba que los atrasos del Proyecto eran ajenos a EPM y que, por el contrario, se debían a asuntos que gestionaba o gestionó Hi como las vías de acceso, orden público, dificultades geológicas, etc. Sobre el particular, el acta Nro. 17 del comité de seguimiento del BOOMT de fecha 25 de octubre de 2012 Tampoco es cierto que la inacción de mi cliente, el señor CALLE RESTREPO, impidió que no se diera cuenta que el comité de seguimiento le estaba ocultando información Al respecto, en el Acta de junta directiva de HI nro. 133 del 4 de septiembre de 2012 se indica que la administración llevó a la junta la solicitud de aplazar el hito no. 1 porque evidentemente el Proyecto se encontraba atrasado nótese que esta junta es 1 mes antes del acta de seguimiento que cita el órgano de control fiscal de la supuesto ocultamiento de información. cómo cree la contraloría que la administración solicite aplazar un hito tan relevante como la desviación del río cauca sin que el proyecto esté atrasado> a continuación, cl texto del acta:



Modificación del cronograma del proyecto: EPM l remitió una solicitud de aplazamiento del cumplimiento del Hito 1, túneles de desviación y acceso a casa de máquinas por un año, y modificación de la entrada en operación de la central por nueve meses. Anticipa que no encuentra viable las modificaciones

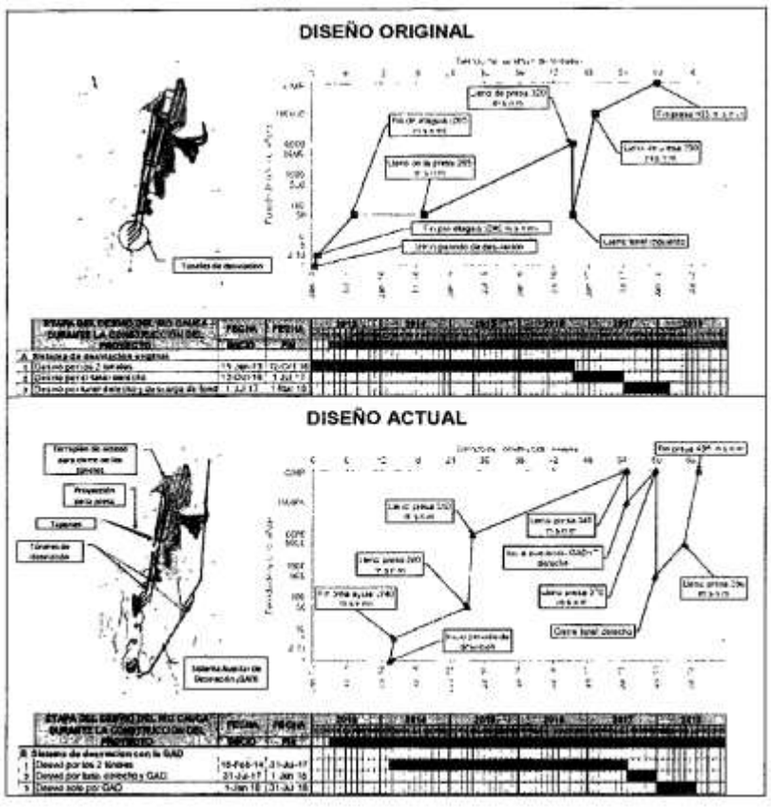
Bajo ese escenario, mi cliente constató que, de parte del contratista del Contrato BOOMT, se estuvieran ejecutando todas las acciones técnicas que impedirían la materialización del riesgo señalado por el Despacho. Así, por un lado, verificó que, ante la realización de "Dificultades de orden geológico" informadas por los expertos en la materia— que implicaba el mayor impacto negativo en el cronograma -, se estaban estudiando alternativas técnicas que permitirían adaptar el desarrollo a la realidad encontrada en sitio y evitar mayores efectos en el cronograma. En ese sentido, los estudios y conceptos de expertos — que guiaban y sustentaban sus decisiones — indicaban la imposibilidad de desviar el río Cauca bajo los parámetros señalados en los diseños iniciales de ahí que acudieran al estudio de alternativas para conjurar este problema. En ese contexto, se pregunta el suscrito; Cuáles eran los elementos y criterios para que mi cliente se opusiera a las recomendaciones que brindaban los expertos y proponían adoptar? Por otro lado, el Contratista del Contrato BOOMT contemplaba la ejecución de estrategias de recuperación de atrasos, medida diligente y acorde a las prácticas aceptadas por la ingeniería. En esa línea, es contradictorio que al mismo tiempo que el ente de control fiscal censura la ejecución de planes de aceleración para mejorar rendimientos y porcentaje de productividad, señale que no se presionó "a EPM para mejorar sus rendimientos en la ejecución del contrato BOOMT', esto porque era la alternativa idónea para menguar los impactos que pudiera tener los retrasos que presentaba el

Proyecto en el cronograma. Es tan cierto que es una práctica aceptada por los expertos, que el mismo Board - que cita frecuentemente el Despacho para desvirtuar las actuaciones de mi cliente y los demás vinculados — recomendó en el Informe Nro. 3 de fecha 29 de noviembre de 2013 al señalar. "las fechas finales degeneración podrían ser mantenidas (.) [implementando un programa de] recuperación de platos con la aceleración de la construcción de la presa Por consiguiente, el contratista del Contrato BOOMT estaba ejecutando las acciones que las mejores prácticas de ingeniería aconsejaba para el contexto en el que se encontraba el Proyecto. De modo que no se puede catalogar dicho seguimiento como negligente. Ahora, también es contradictorio que el ente de control fiscal, por un lado, exija una actitud diligente que supuestamente hubiera permitido "repensar la manera como se estaba desarrollando el proyecto, tomar determinaciones" y, por el otro, demande que el señor CALLE RESTREPO debió declararse impedido para tomar determinaciones en relación con el contrato BOOMT. Es decir, no se puede reclamar el cumplimiento de conductas que se excluyen entre sí. De igual forma, es prueba de que las acciones que estaba ejecutando el contratista del Contrato BOOMT - concretamente la construcción de la GAD y el Plan de Aceleración- eran las idóneas que los aseguradores acordaron y aceptaron extender el interés asegurable. Si dichas obras hubiesen constituido en determinaciones erróneas y que ponían en estado de vulnerabilidad el Proyecto, esta determinación no se hubiese dado.

Sobre los supuestos riesgos de prescindir de las compuertas y de construir la GAD puestas de presente por el Board, es preciso manifestar que, según los estudios, (i) la GAD no incrementaba los riesgos del Proyecto, por el contrario, disminuía considerablemente la posibilidad de materialización del riesgo de sobrepaso de la presa; ii) el Board no se opuso categóricamente a la construcción del tercer túnel, tanto así que en el mismo Informe Nro. 3 expuso las alternativas para la construcción de dicho túnel; y, por último, (iii) el concepto no era vinculante para el contratista del Contrato BOOMT, toda vez que la decisión demandaba un análisis integral de todos los componentes, no solamente el técnico.

A. La GAD no incrementaba los riesgos del Proyecto, por el contrario, disminuía considerablemente la posibilidad de materialización del riesgo de sobrepaso de la presa. Contrario a lo afirmado por la CGR en el Auto de imputación sobre la supuesta asunción de mayores riesgos con la introducción de la GAD, esta alternativa implicó la disminución de las posibilidades de materialización de los diferentes riesgos a los que estaba expuesto el Proyecto, principalmente el de sobrepaso de la presa por una creciente del río. Es decir, aumentó el nivel de protección del Proyecto, según los estudios y análisis presentados por los expertos sobre la materia En esa línea, al pasar de un diseño que contaba con dos túneles de desviación a otro de tres, el proyecto contó con un sistema de desviación mucho más robusto y seguro que el inicial e hizo que la construcción de la obra adquiriera un mayor nivel de seguridad puesto que incrementaba el periodo de protección ante una creciente los años de protección de periodo

de retorno de 50 años a 500 años. Así se analizó en el documento titulado "Proyecto Hidroeléctrico Ituango. Sistema Auxiliar de Desviación (SAD). Documento de Acuerdo para Incorporar las Obras de dicho Sistema a los Parámetros Técnicos del Proyecto" que data del año 2017- `La fase inicial de la Etapa 2 (desvió por el túnel derecho y SAD) debe ser ejecutada en un periodo de estiaje y se debe tener la certeza que La presa alcance un nivel tal que operando el sistema SAD con el túnel derecho se tenga un nivel de protección mínimo de 500 años de periodo de retorno, adicionalmente como en esta etapa se debe iniciar el cierre del túnel izquierdo, hay que garantizar caudales bajos que permitan el ingreso para la ejecución del tapón definitivo. Es de resaltar que los riesgos de un sobrepaso de la presa con la operación del sistema SAD se han reducido, pues en el diseño original se tenía previsto cerrar el túnel izquierdo cuando la presa estaba en la cota 320 pudiendo contener una creciente de 50 años; mientras que con el SAD este nivel de protección se llevó hasta una creciente de 500 años tal como se indica en la figura 3". (Énfasis y subrayado añadido). Lo manifestado se ilustró en la siguiente gráfica:



De modo que, en ningún momento se expuso el Proyecto a mayores riesgos, por el contrario, disminuyeron, pues el peligro de sobrepaso de la presa por una creciente del río pasó de ser una en 50 años con los dos túneles — diseño original - a uno de 500 años con los tres túneles — inclusión de la GAD-. En consecuencia, se constituyó en una decisión prudente, eficiente y

oportuna. De ahí que la afirmación del órgano de control fiscal sobre puesta en vulnerabilidad del Proyecto por la construcción de la GAD, tampoco tiene asidero según las pruebas existentes y en la realidad.

En todo caso, el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO como miembro de la Junta directiva de Hi no aprobó la GAD. El siguiente recuento de las actas de las sesiones en las que participó dan cuenta de lo referido:

No. DE ACTA	FECHA DE ACTA	DECISIONES TOMADAS
ACTA No. 129	23 de enero de 2012	• Se aprueba por unanimidad el orden del día. • Se aprueba como fecha de reunión extraordinaria de la Asamblea de Accionista, el 3 de febrero, a las 8:00 am, en el Auditorio del Idea. • Se aprueba la solicitud de autorización para que la administración de HI inicie el proceso de contratación del revisor fiscal, con la condición de invitación abierta a las firmas importantes de auditoría del mercado y acorde al nuevo roll de Hidroituango.
ACTA No 133	4 de septiembre de 2012.	• Se aprueba por unanimidad el orden del día. • Se ratifica la aprobación dada al acta No.132 remitida por el señor secretario. • Se acuerda por parte de la junta directiva, para abordar tema y tratar de forma exhaustiva la Modificación del cronograma del proyecto, una reunión el miércoles 26 de septiembre a partir de las 8:00 am en EPM. • La junta directiva delega por unanimidad al doctor Iván Mauncio Pérez, Gerente del IDEA, para establecer las condiciones del salario del Doctor Maya, al igual que para determinar la fecha de inicio de su contrato como Gerente de la sociedad, teniendo como base para determinar su remuneración la estructura salarial de la Gobernación. • Es aprobada por unanimidad la designación del doctor John Alberto Maya Salazar como Gerente de Hidroituango. • La junta determina que por unanimidad el nuevo gerente, doctor John Amaya debe hacer la evaluación del estudio presentado por Penta y determinar cuál es la Estructura

		Administrativa que requiere Hi de acuerdo con su nuevo rol, y presentar informe a la junta en la próxima reunión, que debe ser dentro de dos (2) meses. • Se aprueba por unanimidad que se permita al nuevo gerente conocer el tema de la posible cesión de la licencia ambiental a EPM I y hacerse parte de la discusión.
Acta No. 134	31 de octubre de 2012.	• Se aprueba por unanimidad el orden del día. • La junta directiva ratifica la aprobación del acta No. 133 • Se aprueba en su integridad, la modificación de la cláusula 6.06, "Gestión Predial y Social", numeral (v) del contrato BOOM, relativa al tratamiento de la figura del usufructo. • Por unanimidad de la junta, se presentará el tema de la estructura de Hi y el presupuesto, y los otros temas no se tratarían en esta sesión. • Se aprobó por unanimidad, el presupuesto para el año 2013 presentado por el Gerente.
Acta No. 135	30 de noviembre de 2012	• Se aprueba por unanimidad de todos los presentes el orden del día. • La junta aprueba la terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo a término indefinido del señor Wilson Vélez Restrepo, Secretario General de la Sociedad.
Acta No. 136	13 de diciembre de 2012	• Se aprueba por unanimidad el orden del día con la modificación propuesta. • Es aceptada por unanimidad la propuesta de modificación, así como los demás artículos de la modificación propuestos. (Se anexa acta de modificación No 3) • Se decide por los miembros de la junta directiva, que por la relevancia del tema y las implicaciones jurídicas y económicas que ello conlleva, de la consideración de autorización de cesión del contrato BOOMT a EPM, se debe convocar a

		Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Hi. • Se aprueba por unanimidad la autorización de citación a Asamblea General de Accionistas para el 11 de enero de 2013 a las 8.00 para aprobación de los temas, que se encuentran en el acta en su página 4
Acta No. 137	6 de febrero de 2013	• Se aprueba el orden del día con las modificaciones de retirar los puntos 4 y 6 y tratarlos en la próxima reunión de Junta directa, y de unificar los puntos 7 y 8. • El acta No.136 es aprobada con las observaciones presentadas. • Es aprobado por unanimidad el procedimiento realizado para la formalización de la cesión del contrato BOOMT a EPM, autorizada en Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, el pasado 11 de enero de 2013. • Se aprueba por unanimidad, que se realice de manera virtual la Junta Extraordinaria, el 25 de febrero de 2013, con el de tratar los temas que serán presentados a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas. • La junta directiva considera apropiada la decisión del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar de estar interesado en presentar a las Asambleas Ordinarias, donde es socio el IDEA, la propuesta de una Revisoría global, e invitan al doctor Pérez a realizar tal proposición en la Asamblea General Ordinaria de HI.
Acta No. 138	25 de febrero de 2013	• Se aprueba el Acta No. 137 con las observaciones que fueron acogidas e incorporadas al acta. • Se aprueba por unanimidad el orden del día • Se aprueba por unanimidad el orden del día propuesto para la reunión de la Asamblea General Ordinaria de Accionista a realizar el 21 de marzo de 2013

		• Se aprueba por unanimidad el informe de gestión de Gerencia y Junta Directiva. • Se aprueba por unanimidad la propuesta de distribución de utilidades año 2012 • Se aprueba por unanimidad los estados financieros de la sociedad a diciembre 31 de 2012.
Acta No. 139	11 de abril de 2013	• El Plan de Acción 2013 es aprobado por unanimidad.
Acta No. 140	7 de junio de 2013	• Se aprueba por unanimidad el orden del día con la modificación propuesta de invertir el orden, dando inicio por el punto N. 6 • Se aprueba por unanimidad el Acta N 139 con las observaciones, que fueron acogidas e incorporadas. • Se aprobó el acta de modificación N. 4 al contrato tipo BOOMT. Sin la participación en la deliberación y decisión por parte de los miembros de junta en representación de EPM, incluido mi cliente.
Acta No 145 (reunión no presencial)	11 de abril de 2014	• Se aprobó por unanimidad el proyecto de acta de modificación bilateral N 5 AL CONTRATO CELEBRADO ENTRE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A E.S.P. Y EPM E.S.P se acordó: primero, modificar los Hitos del contrato. Segundo, vigencia del contrato original. Tercero, exoneración de responsabilidades Cuarto, formalización del Acta de Modificación Bilateral.
Acta No 146	5 de mayo de 2014	• Se aprobó parcialmente el acta de modificación bilateral N6, por parte de 4 de 5 miembros de la Junta Directiva, toda vez que el Dr Juan Esteban Calle, representante de EPM, se declaró en conflicto de interés. ACTA DE MODIFICACIÓN BILATERAL B 5 AL CONTRATO

		CELEBRADO ENTRE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A E.S.P. Y EPM E.S.P, se acordó, primero, modificación de Hitos del contrato. Segundo, vigencia del contrato original. Tercero, exoneración de responsabilidades. Cuarto, formalización del Acta de Modificación Bilateral.
Acta No 149	9 de junio de 2014	• Se aprobó por unanimidad la modificación del contrato N. 2011013 suscrito con Gestión & Auditoría Especializada Ltda – GAE • Aprobado por unanimidad el incremento salarial del 3.6%, a partir del 1 de enero de 2014 para todos los empleados de la Hidroeléctrica, igualmente, queda autorizado el Gerente General para efectuar las operaciones necesarias para la incorporación y reconocimiento del incremento.

Lo anterior demuestra, que el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO en su calidad de miembro de la junta directiva de Hi no aprobó — porque no le correspondía hacerlo - la implementación de la GAD. De ahí que no se le pueda reprochar dicha conducta. Bajo el argumento que usó el despacho para archivarle la actuación al señor Londoño de la Cuesta — confirmado por la Sala Fiscal y Sancionatoria — debería procederse de la misma manera para mi defendido. Lo anterior, por cuanto la supervisión, control y seguimiento al Proyecto era realizado por personal competente para ello, sin que mi representado interfiriera en ello.

B. El Board no se opuso categóricamente a la construcción del tercer túnel, tanto así que en el mismo Informe Nro. 3 expuso la factibilidad de la GAD y las alternativas para el cierre de los túneles derecho e izquierdo. Por otro lado, si bien la recomendación inicial de la Junta de Asesores fue que debía insistirse en la desviación del río Cauca bajo los diseños originales, este cuerpo en ningún momento manifestó la inviabilidad técnica de la GAD. Es más, en el mismo Informe Nro. 3 conceptúa sobre la factibilidad de la propuesta, en los siguientes términos•

"Si el río aguas arriba se mantiene entorno de la ÉL 230, 0, los pretapones de los dos túneles pueden ser construidos antes que se cierre el túnel T3 y se inicie el llenado del embalse. Hay muchos detalles a estudiar y evaluaciones a hacer para definir la factibilidad práctica de la alternativa, pero es un sistema físicamente factible." (Énfasis añadido) Teniendo en cuenta el avance del análisis, de igual forma expuso las alternativas para llevar a cabo el cierre de los túneles izquierdo y derecho una vez construyeran la GAD y se tuviera que iniciar el llenado del embalse, así: "3.3.

Alternativas de cierre ( ) la Junta de Asesores dedicó gran parte de su atención al tema de procurar alternativas físicamente viables para cerrar temporalmente los túneles T1 y T2, para construcción de sus tapones definitivos, con el desvío del río por el túnel T3. 3 3.1. Taponamiento del Portal de los Túneles 3 3 2. Construcción por Voladura Dirigida (•) 3.3.3 Sistema Combinado" (Énfasis añadido) Tan cierto es lo manifestado que en diciembre de 2014, con fundamento en los informes de INTERTCHNE, sostuvieron que esta opción — identificada como la alternativa A — era la más conveniente, al implicar menores riesgos y garantizar su viabilidad desde un inicio Al respecto en el Informe Nro. 6 del 13 de diciembre de 2014 manifestaron lo siguiente:

"GALERÍA AUXILIAR DE DESVIACIÓN Desde la última reunión de la Junta de Asesores en julio de 2014, Integral estudió 5 alternativas para complementación de la desviación del río en su cierre final, contando con la colaboración de la firma consultora Intertechne, como fue decidido anteriormente. Las alternativas estudiadas se enumeran a seguir:

1. A - Galería Auxiliar Conectada con el Túnel de Descarga 4. 2. 13 - Galería Auxiliar Conectada el Túnel de Desviación Derecho. 3. C - Readecuación de las Estructuras de Cierre en el Túnel de Desviación Derecho; 4. D - Readecuación de las Estructuras de Cierre en el Túnel de Desviación Izquierdo. 5. E - Dos Galerías Cortas Conectadas con los Túneles de Desviación Derecho e Izquierdo. El análisis de costos, incluyendo las consideraciones de logística de construcción y riesgos correspondientes a las principales actividades de cada alternativa, fue seleccionada la Alternativa A, que presentó el menor costo ponderado por riesgos de las operaciones de construcción La Junta de Asesores, cuyo miembro N. Pinto tuvo oportunidad de discutir los principales puntos de la Alternativa A, con el personal de Intertechne, está de acuerdo con esta decisión. La Alternativa A es la más sencilla entre todas y tiene la ventaja de no necesitar intervenciones en los túneles de desviación existentes. Como depende exclusivamente de obras y acciones comunes en construcciones de obras de este tipo, su viabilidad puede ser garantizada desde ahora. Consiste en la construcción de un túnel de 14 m de diámetro, 2 km de longitud, semejante a los dos túneles de desviación existentes, que empalma en el túnel 4 de la central en su mitad de aguas abajo, Incluye (sic) la instalación de las dos compuertas de cierre como se previa en el proyecto inicial." (Énfasis añadido) En definitiva, los apartes traídos a colación permiten concluir que la GAD fue una alternativa evaluada y debidamente estructurada por los expertos en la materia estableciendo que era la opción menos riesgosa y que, por lo tanto, garantizaban su éxito desde el momento de su concepción, dejando de lado la incertidumbre que significaba continuar con los diseños originales. Asimismo, es importante recalcar que la construcción de la GAD no implicaba sacrificar las buenas prácticas de la ingeniería o la realización de obras extrañas a las realizadas en este tipo de proyectos. Todo lo contrario, en términos de la Junta de Asesores, la construcción de la GAD era totalmente viable y se garantizaba su éxito desde antes de su construcción De modo que, la afirmación de la Contraloría General de la

República sobre la oposición de la Junta de Asesores a la GAD es contraria a la realidad fáctica expuesta.
1. A - Galería Auxiliar Conectada con el Túnel de Descarga 4. 2. 13 - Galería Auxiliar Conectada el Túnel de Desviación Derecho. 3. C - Readecuación de las Estructuras de Cierre en el Túnel de Desviación Derecho; 4. D - Readecuación de las Estructuras de Cierre en el Túnel de Desviación Izquierdo. 5. E - Dos Galerías Cortas Conectadas con los Túneles de Desviación Derecho e Izquierdo. El análisis de costos, incluyendo las consideraciones de logística de construcción y riesgos correspondientes a las principales actividades de cada alternativa, fue seleccionada la Alternativa A, que presentó el menor costo ponderado por riesgos de las operaciones de construcción La Junta de Asesores, cuyo miembro N. Pinto tuvo oportunidad de discutir los principales puntos de la Alternativa A, con el personal de Intertechne, está de acuerdo con esta decisión. La Alternativa A es la más sencilla entre todas y tiene la ventaja de no necesitar intervenciones en los túneles de desviación existentes. Como depende exclusivamente de obras y acciones comunes en construcciones de obras de este tipo, su viabilidad puede ser garantizada desde ahora. Consiste en la construcción de un túnel de 14 m de diámetro, 2 km de longitud, semejante a los dos túneles de desviación existentes, que empalma en el túnel 4 de la central en su mitad de aguas abajo, Incluye (sic) la instalación de las dos compuertas de cierre como se previa en el proyecto inicial." (Énfasis añadido) En definitiva, los apartes traídos a colación permiten concluir que la GAD fue una alternativa evaluada y debidamente estructurada por los expertos en la matena estableciendo que era la opción menos riesgosa y que, por lo tanto, garantizaban su éxito desde el momento de su concepción, dejando de lado la incertidumbre que significaba continuar con los diseños originales. Asimismo, es importante recalcar que la construcción de la GAD no implicaba sacrificar las buenas prácticas de la ingeniería o la realización de obras extrañas a las realizadas en este tipo de proyectos. Todo lo contrario, en términos de la Junta de Asesores, la construcción de la GAD era totalmente viable y se garantizaba su éxito desde antes de su construcción De modo que, la afirmación de la Contraloría General de la República sobre la oposición de la Junta de Asesores a la GAD es contraria a la realidad fáctica expuesta.

C. El concepto no era vinculante para el contratista del Contrato BOOMT, toda vez que la decisión demandaba un análisis integral de todos los componentes, no solamente el técnico. Aun cuando la Junta de Asesores estaba constituida por reconocidos expertos en diferentes temas técnicos atinentes a la ejecución del Proyecto, no por ello el criterio de sus integrantes debía ser el que finalmente imperaba, ni sus recomendaciones tenían que ser acatadas, pues los involucrados directamente en la ejecución de la obra también eran reconocidos especialistas que, además, tenían la ventaja de conocer con mayor detalle el desarrollo in- situ del Proyecto. Además, como se dijo, l U3M no estaba obligado a seguir las recomendaciones de la Junta de Asesores, pues, como su nombre lo indica, se trataba de una instancia simplemente asesora, cuyo criterio no resultaba vinculante para esa empresa ni para los subcontratistas de esta. La Junta de Asesores no fue

un órgano pactado en el Contrato BOOMT celebrado entre EPM e HIDROITUANGO, su constitución y funcionamiento respondió al mero deseo de EPM de contar con un asesor adicional, de forma que en el seno de esa instancia se pudieran discutir asuntos técnicos asociados al Proyecto, sin que eso significara que su concepto se tornara en obligatorio para EPM. Por consiguiente, la Sociedad no podía exigir su acatamiento. En este punto es imperativo señalar que, al no haberse tratado de un mecanismo colegiado de naturaleza contractual, sino de una herramienta simplemente potestativa de EPM, su criterio no resultaba obligatorio, no pudiéndose confundir, por tanto, con la figura de los Dispute Board que se ha puesto de boga en materia de ejecución de contratos de este tipo. En ese sentido, para entender la enorme diferencia que existe entre los cuerpos asesores que adoptan decisiones obligatorias y los cuerpos asesores que sólo producen recomendaciones, vale la pena explicar in externo lo que en los arbitramentos ha indicado sobre cuerpos consultivos que efectivamente adoptan recomendaciones de carácter obligatorio: "IV. LACONTROVERSIA EN RELACIÓN CON EL DISPUTE BOARD. 1. Definición y alcance. Íntimamente ligado a los contratos de obra pública, este mecanismo que tuvo sus orígenes en Estados Unidos en la década de los 70, cuenta con pocos antecedentes en el derecho colombiano. Al respecto, la doctrina foránea y la nacional han realizado esfuerzos en relación con su alcance y determinación. Puede seguirse en su concepto a JIMÉNEZ y CAIVANO.

"En forma sencilla, se trata de paneles de expertos - naturalmente, imparciales - que se constituyen habitualmente desde el comienzo de la obra y cuya función esencial es la de actuar ante controversias que se plantean durante su realización para evitar, mediante una intervención oportuna, que estas deriven en conflictos de mayor entidad. El método admite diversas variantes, ya que esa intervención puede consistir en la mera expedición de recomendaciones no vinculantes o en la emisión de decisiones revestidas de obligatoriedad .." Su ámbito de aplicación está definido en el artículo 1 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Dispute Boards: "Los Dispute Boards constituidos de conformidad con el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Dispute Boards (el "Reglamento") ayudan a las Partes a resolver sus desacuerdos y desavenencias comerciales. Pueden prestar una asistencia informal o bien emitir Determinaciones. Los Dispute Boards no son Tribunales arbitrales y sus Determinaciones no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales. Las Partes aceptan contractualmente quedar vinculadas por las Determinaciones bajo ciertas condiciones específicas enunciadas en el Reglamento..." Siguiendo entonces los criterios señalados en el Reglamento, tenemos que los Dispute Boards tienen una naturaleza contractual mas no jurisdiccional. Los mismos parten de unas determinaciones que tendrán diferentes efectos de acuerdo con los distintos tipos que puede revestir la institución. Así se lee en las definiciones previstas en el artículo 2 del Reglamento. "... Definiciones En el presente Reglamento: (i) el término "Contrato" significa el acuerdo entre las Partes que contiene las estipulaciones para la constitución de un Dispute Board de conformidad con el presente Reglamento, o que se somete a tales disposiciones. (ii) el

término "Determinación" significa una Recomendación o Decisión emitida por escrito por el Dispute Board según se describe en el presente Reglamento; (in) el término "Desavenencia" significa todo desacuerdo derivado del Contrato o relacionado con el mismo, que se someta a un Dispute Board para una Determinación según los términos del Contrato y de acuerdo con el Reglamento; (iv) el término "Dispute Board" ("DB") significa un "Dispute Review Board" ("DRB"), un "Dispute Adjudication Board" ("DAB") o un "Combmed Dispute Board" ("CDB"), compuestos por uno o tres miembros del Dispute Board ("Miembros del DB"), (v) el término "Parte" significa una parte del Contrato y, según el caso, comprende una o más partes..." Como puede verse, hay tres tipos de Dispute Boards: - El primero relativo a los denominados Dispute Review Boards (DRB), mediante los cuales se emiten "Recomendaciones" atinentes a las desavenencias. - El segundo atinente a los denominados Dispute Adjudication Boards (DAB), mediante los cuales se emiten "Decisiones" relacionadas con las desavenencias. - Finalmente, los denominados Combined Dispute Boards (CDB), los cuales se encuentran facultados bien sea para emitir "recomendaciones" o "decisiones", de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 6 del Reglamento. La principal diferencia radica en su alcance inicial, mientras que los DRBs, en su carácter de recomendaciones, no obligan a las partes que son sus destinatarias, los DABs, en su carácter de decisiones, resultan obligatorias desde el momento de su recepción. ( ) Tenemos entonces, que el efecto legal que producen los DBs, sigue la legislación de cada país, de acuerdo con las condiciones contractuales y términos en los que fueron pactados. Siguiendo a JIMÉNEZ y CAIV ANO, ". Debe aclararse que los dispute Boards no son Tribunales arbitrales y que sus determinaciones ni tienen naturaleza de laudos arbitrales, ni son ejecutables como tales. En su caso las artes ace i tan contractualmente uedar vinculadas por las determinaciones que emitan los paneles, bajo ciertas condiciones específicas que el propio reglamento enuncia. En definitiva, el efecto legal que esto produce dependerá de la legislación aplicable subrayado añadido). ( )"". (Énfasis y Así las cosas, la Junta de Asesores de EPM no era un Dispute Board, es más, ni siquiera se parecía a esa figura. No existe un indicio que haga pensar que la Junta de Asesores de EPM era un órgano colegiado expresamente facultado para proferir instrucciones vinculantes para esa empresa y sus respectivos subcontratistas, pues, lo cierto es que su constitución sólo fue el reflejo de la voluntad unilateral de EPM que, en ningún momento, le otorgó la atribución de hacer recomendaciones de carácter obligatorio. En consecuencia, EPM era absolutamente libre para decidir si acogía o no las recomendaciones técnicas impartidas por un órgano asesor constituido por su mera liberalidad. Sobre este particular la jurisprudencia contencioso-administrativa ha manifestado, en materias que no son idénticas a las aquí tratadas pero que sí son similares, lo siguiente. 'En igual sentido indicó que "los cuerpos asesores deben ser oídos, pero sus puntos de vista son simplemente ilustrativos", ya que la elección de la oferta más ventajosa debe ser efectuada por el órgano competente Así mismo destacó la importancia de los informes o conceptos para definir la mejor propuesta, pero sin que ello signifique que son intocables, incuestionables e inapelables, va que

"sería quitarle al órgano encargado de hacer la adjudicación, la posibilidad de ejercer la competencia"39. (Énfasis y subrayado fuera de texto). Así las cosas, es claro que el criterio de la Junta de Asesores era sólo un elemento de juicio técnico adicional, toda vez que en el desarrollo del Proyecto estaban involucrados expertos igualmente formados, capaces de tomar determinaciones técnicas altamente complejas y de implementar a cabalidad las mismas. En esa linea, bajo las condiciones establecidas en el Contrato BOOMT — concretamente en el objeto y obligaciones de EPM — no había lugar a que la Sociedad exigiera su aplicación, pues como se analizó, no fue un mecanismo introducido en el negocio jurídico que lo hiciera obligatorio. No existe de otra parte ningún elemento de prueba que acredite que a mi representado se le hubiera puesto de presente el detalle del análisis técnico realizado por los ingenieros de EPM y el Board. Atendiendo a su rol de alto directivo, al señor JUAN ESTEBAN CALLE no se le informaba, ni le correspondía indagar, sobre los detalles de los análisis técnicos realizados en cuestiones altamente especializadas de ingeniería. A mi cliente, tanto en su rol de Gerente de EPM como de miembro de la Junta Directiva de HI le presentaban conclusiones y recomendaciones técnicas definitivas, para que con base en ellas se adoptaran decisiones administrativas y financieras en los asuntos de su competencia De todo lo anterior, se deduce que el señor JUAN ESTABAN CALLE RESTREPO no obró de manera negligente en el seguimiento. Por el contrario, se enteró del estado del Proyecto y se percató que se adoptaran lo que los expertos — desde las distintas ópticas — aconsejaran para que el Proyecto entrara en operación en la fecha pacta y el contratista del Contrato BOOMT. Esta era la conducta diligente que se podía seguir. En consecuencia, CALLE RESTREPO actuó con la debida diligencia en el marco de sus funciones y no es imputable conducta alguna a título de culpa grave. Por otro lado, bajo mismo argumento que se confirmó el archivo de la actuación en contra del señor Jorge Londoño de la Cuesta por parte de la Sala Fiscal y Sancionatoria, debería procederse en igual sentido respecto del señor CALLE RESTREPO. Sobre el particular, dicha instancia sostuvo: "Conforme lo anterior, y teniendo en cuenta las causas generadoras de daño identificadas dentro del presente proceso de responsabilidad fiscal, a saber: planeación ineficiente al momento de estructurarse, atrasos y planes de aceleración de obras, obras realizadas sin atender los diseños, donde existía una estructura de administración superior, y la supervisión y control de obra estaba en manos de otras personas con idoneidad para realizar dicha labor• así las cosas, observa la Sala que el referido señor no realizó una conducta dolosa o gravemente culposa en sus intervenciones en el proyecto, ni la misma fue causa determinante en el resultado dañoso, por lo que encuentra procedente la decisión de archivo, por tanto la confirmará."40 De conformidad con lo anterior, mi cliente tampoco tenía funciones de planeación y ejecución del proyecto, toda vez que para estas actividades existía una estructura de administración superior, y la supervisión y control de la obra se encontraba radicada en otras personas e instancias con idoneidad para realizar dicha labor. Por consiguiente, no hay lugar a predicar la existencia de una conducta gravemente culposa de parte de mi defendido.

C. EL SEÑOR CALLE RESTREPO NO OMITIÓ VALORAR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ENMARCABAN EL PROYECTO PARA LA ADOPCIÓN DE DETERMINACIONES.

En el Auto de Imputación se reprocha, en cuarto lugar, que supuestamente el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO haya aprobado tanto la modificación de las fechas de los hitos, como el plan de aceleración, sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el Proyecto. Adicionalmente, se refiere — como lo hiciera en los demás reproches — que mi cliente nunca se declaró impedido (i) Frente a la aprobación del cambio de las fechas de los hitos y del plan de aceleración En el literal c del numeral 4.2. del presente escrito se expuso que mi cliente, el señor JUAN ESTABAN CALLE RESTREPO, no aprobó la modificación de las fechas de los hitos sin evaluar las condiciones propias del Proyecto Todo lo contrario, mi defendido, una vez estudió el asunto y constató que la imposibilidad de desviar el río Cauca en enero de 2013 obedecía a causas que se originaron previamente a su designación como miembro de la Junta Directiva de Hi y cuando ésta tenía el control y la ejecución del Proyecto, determinó que lo diligente era aprobar el cambio de las fechas de los hitos. Específicamente, porque los retrasos que implicaron el aplazamiento de la desviación del río para enero de 2014 fueron: (i) retraso en la entrega de las vías de acceso al sitio del Proyecto; y (u) demora en la contratación de la construcción de los túneles de desviación Hechos acaecidos previo a la suscripción de la firma del Contrato BOOMT entre la Sociedad y EPM-HI Por consiguiente, la aprobación solamente constituía una mera adecuación del negocio jurídico a la realidad. Una conducta distinta hubiese significado paralizar el Proyecto y sumarle retrasos por disputas entre las partes, ahí sí, imputables a mi representado. De otro lado, es errada la afirmación de la CGR respecto a que la desviación del río no se efectuó con las estructuras de cierre porque al 31 de diciembre de 2013 no se encontraban contratadas. Este argumento desconoce las dificultades geológicas y los retrasos señalados, razones que se constituyeron en los motivos para que hayan tomado la determinación de construir la GAD. Al respecto, es extraño, porque no es necesario, que en un proyecto de esta magnitud se compren esas compuertas con tanta anticipación, porque ello implica una desoptimización de las inversiones, de los riesgos y de los seguros, por comprar un equipo para tenerlo guardado por varios años en un patio, además del deterioro técnico que inevitablemente sufren los sellos de esas compuertas con el paso del tiempo Lo que aconsejan los expertos es comprar e instalar las guías de esas compuertas en la estructura civil antes de la desviación, para que, cuando sea el momento de embalsar, se puedan instalar las compuertas y cerrarlas. Para eso hay ya suficiente experiencia y protocolos técnicos que garantizan la precisión dimensional y el buen funcionamiento En el caso concreto de Ituango, las compuertas de la desviación se necesitaban solamente para cuando la presa estuviera en la cota 320, es decir, más de dos años después del desvío del río, porque en ese momento había que cerrar el túnel izquierdo para poder construir la descarga de fondo, situada en el interior del mismo. Por otra parte, dado que la construcción de la descarga de fondo se construiría en aproximadamente 10 meses a partir del cierre del túnel

izquierdo, entonces sus guías y compuertas se necesitaban unos 3 años después del desvío En el Proyecto Ituango, la fabricación, suministro y montaje de las guías de las compuertas de la desviación hacían parte del objeto y alcance del contrato de los túneles suscrito con Ferrovial Sainc. Este consorcio las contrató con Industrias Ceno, firma que las fabricó y las entregó, así: A. Elementos empotrados en primario febrero 2013 B. By pass y sistema de aireación julio-agosto 2013 C. Guías, blindajes y asientos, sept-octubre 2013 Es decir, desde febrero del 2013 se empezaron a recibir componentes, en coherencia con la secuencia de montaje, y en octubre estaba todo en obra. Lo que ocurrió es que, a pesar de tenerlas disponibles, no se instalaron en los túneles de desviación originales, por las razones ampliamente explicadas. En síntesis, la presunta "contratación tardía" de las compuertas de desviación, afirmación que es claramente incorrecta porque todas las compuertas y equipos hidromecánicos se compraron y recibieron en bodegas del proyecto con buena holgura respecto al cronograma, no tiene nada que ver con la decisión de la GAD Finalmente, el cambio de las fechas de los hitos 1,2 y 6 no constituía en modo alguno la modificación de las características inmodificables, como erradamente lo afirma la CGR cuando sostiene que mi cliente debió declararse impedido para deliberar, entre otros, sobre la "modificación de los hito del contrato que contractual/nen/e se habían determinado como inmodificaliles."42. En el Contrato BOOMT ninguno de los hitos se contempló con la naturaleza de "inmodificable". Ahora, como lo manifestara mi defendido en su versión libre, las que en el contrato BOOMT se denominan "características inmodificables" son aquellas que EPM no podía modificar a su discreción, sino que sí se podían modificar, pero con autorización de HI. En el Anexo 1.02(3) CARACTERÍSTICAS INMODIFICABLES, del contrato BOOMT se establecieron para el proyecto trece características de este tipo y se definieron como. "aquellas que, con repetía a los dueños detallados de las obras principales y las exigencias de la Licencia Ambiental del Proyecto, sólo podrán ser modificadas con la aprobación previa de Hi". En el contrato BOOMT se estableció el procedimiento para estos casos, en la Cláusula 4.07 - Procedimiento para cambios a las características inmodificables. En ese escenario, el aplazamiento del cumplimiento de un hito no tenía esta calidad En cuanto a la aprobación del Plan de Aceleración, se tiene que el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO en su calidad de miembro de la Junta Directiva de HI no lo aprobó. De ahí que no le sea posible imputársele la comisión de dicha conducta Esta estrategia se aprobó por la Junta Directiva de la Sociedad en sesión celebrada en diciembre de 2015, según consta en el Acta Nro. 158 del 28 de diciembre de 2015. Es decir, cuando el señor CALLE RESTREPO había dejado de pertenecer a dicho órgano colegiado. Es pertinente precisar que el Plan de Aceleración no tenía relación alguna con la construcción de la GAD. La decisión de construir la GAD se tomó en el 2013, dos años antes de la otra estrategia que cumplía y atendía propósitos muy diferentes a los de la galería, mal denominada "plan de aceleración" Así, la GAD, que luego se denominó SAD, no cumplía la función de independizar obras subterráneas de obras exteriores. De ahí que la siguiente afirmación de la CGR sea errada: "Para atender el riesgo de un posible incumplimiento de la fecha de entrada en operación de la

Unidad 4, EPM con aprobación de la Sociedad, adelantó un plan de recuperación, denominado 'Plan de Aceleración' que consideraba la construcción de un Sistema Auxiliar de Desviación- SAD que independizaría las obras subterráneas de las obras exteriores permitiendo así apresurar la ejecución de los trabajos El plan de aceleración permitía, no solamente cerrar los dos túneles iniciales de desviación, sino también conducir la totalidad del caudal del río por la galería auxiliar para el cierre final de las compuertas, reducir tiempos de atraso del proyecto y generar energía dentro de los tiempos de los cronogramas aprobados."

A pesar de lo anterior, se tiene que este tipo de estrategias eran aceptadas y recomendadas por los expertos, incluida la Junta de Asesores en la que la CGR funda sus conclusiones preliminares. De ahí que, no fuera una medida imprudente o que puso en vulnerabilidad el Proyecto, como lo afirma el órgano de control fiscal. Por el contrario, mi cliente acogió lo aconsejado por los expertos en las distintas áreas de la ingeniería De otro lado, se reitera, es contradictorio que el ente de control fiscal, por un lado, reproche que mi cliente — presuntamente — no haya buscado alternativas para menguar o anular los efectos de dichas contingencias en el tiempo del Proyecto y, por el otro, reproche la ejecución de planes de aceleración para atender los impactos negativos. De igual forma, es contradictorio que, por un lado, le reproche a mi mandante que debió declararse impedido para tomar determinaciones en relación con el contrato BOOMT y nunca lo hizo y, por el otro, censure que le correspondía como miembro de la Junta Directiva de Hi presionar para que se lograra el cumplimiento del Contrato BOOMT. Finalmente, es errado la afirmación relativa a que "el Señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO nunca se declaró impedido y contrario ¡al ello conoció, deliberó y votó en cada una de las sesiones de Junta Directiva en lar que participo." Sobre el particular se tiene que cuando mi cliente se halló incurso en algún conflicto de intereses se declaró impedido para deliberar y decidir en dichos temas. De modo que cumplió los deberes que demandaban tal calidad. Así lo dan cuenta las siguientes actas de la Junta Directiva de la Sociedad• 1. Acta de junta Directiva Nro. 139 del 11 de abril de 2013. Se abordó lo referente al conflicto de interés, al respecto el señor CALLE RESTREPO manifiesta que siempre y cuando exista los representantes de EPM en la Junta Directiva de la Sociedad, se declararan impedidos. Todo lo anterior de conformidad a la ética y los principios que guían las actuaciones de los empleados de EPM, incluido mi defendido, así:

4.- Consideración del posible conflicto de interés en que pueden incurrir los Administradores y Accionistas de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. en la toma de decisiones relacionadas con la adecuación formal del contrato BOOMT, su ejecución y demás decisiones relacionadas con el mismo que puedan resultar contrarios o perjudiciales a los intereses de la Sociedad.

En este punto el doctor Juan Esteban Calle solicita a los miembros de la Junta su autorización para que ingrese el Abogado de EPM, Dr Mauricio Restrepo Terreros, con el fin de realizar la presentación del estudio y análisis del conflicto de interés en el que pueden incurrir los miembros de EPM en su doble calidad de accionistas y contratistas

Autorizado el ingreso del Abogado, inicia su presentación informando que el análisis que realizó el equipo jurídico de EPM se fundamentó en las decisiones tomadas en reuniones de Junta Directiva y que quedaron plasmadas en las respectivas actas desde el año 2010. La revisión de dichas actas se realizó a la luz de la normatividad vigente sobre conflicto de intereses, igualmente se tuvo en cuenta los conceptos de varias Superintendencias y de varios doctrinantes, todo ello encaminado a que las actuaciones de los empleados de EPM en esta Junta Directiva no represente perjuicios a la sociedad ni se generen intereses contrarios a los intereses de la sociedad.

Así las cosas, los miembros de Junta Directiva de Hidroituango en representación de EPM, han acordado que se abstendrán de participar en situaciones que puedan representar un posible conflicto de interés y para tal fin dejan como constancia la siguiente declaración: "*Los miembros de Junta Directiva de HIDROITUANGO S.A. E.S.P., que a la vez somos empleados de EPM, creemos firmemente en la defensa de las normas de comportamiento ético y nos comprometemos a desarrollar todas las actividades inherentes a tal comportamiento cumpliendo una serie de principios, cimentados en la transparencia, la honestidad y la equidad*

Fundamentados en lo anterior, actuaremos con lealtad, honestidad y legalidad en todas las actividades relacionadas con nuestra condición de miembros de Junta. Para tal efecto, actuaremos con la diligencia de un buen hombre de negocios, cumpliendo los deberes legales y estatutarios de un administrador, por tanto nos abstendremos de participar en situaciones, conductas o temas que se presenten en Junta Directiva de HI, que pueden favorecer a EPM y que a la vez resulten contrarios y perjudiciales a los intereses de la sociedad"

Leída la declaración anterior, el doctor Iván Mauricio Pérez pregunta a los miembros de EPM cuál sería el mecanismo para manifestar tal conflicto, como respuesta se informa que de acuerdo a los conceptos de la Superintendencia de Sociedades es directamente el miembro que se encuentre en tal situación quien debe manifestarlo, no obstante, si este no lo hace, bien puede hacerlo cualquier miembro que considere que para determinada decisión se puede presentar el conflicto de interés.

Puesto a consideración el procedimiento para la declaración de conflicto de interés es aprobado por unanimidad.

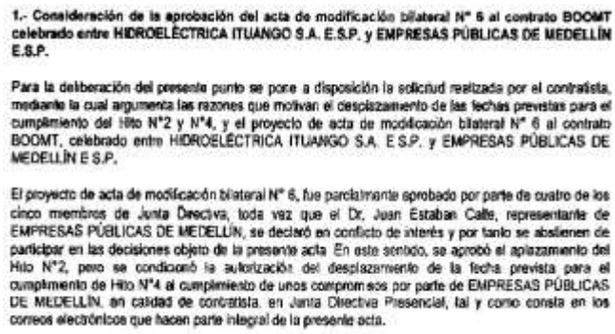
Acto seguido ala exposición anterior, mi cliente se declaró impedido en cumplimiento de sus deberes:

En este punto interviene el doctor Juan Esteban Calle, quien manifiesta que los miembros en representación de EPM se abstendrán de participar en la deliberación y decisión del presente punto, toda vez que consideran que se presenta un claro conflicto de interés. No obstante, solicita a los demás miembros de la Junta permitir la intervención del Abogado de EPM, Mauricio Restrepo Terreros, con el fin de exponer las razones que fundamentan porqué no es necesario mantener vigente el documento hoy denominado garantía de casa matriz.

Interviene el Abogado de EPM en calidad de invitado, quien aclara que su intervención por parte de EPM la hace en calidad de contratista, atendiendo la declaración de conflicto de interés manifestada por el doctor Juan Esteban Calle.

3. Acta de Junta Directiva Nro. 140 del 7 de junio de 2013

Nuevamente el señor CALLE RESTREPO se declaró impedido en los siguientes términos.



1.- Consideración de la aprobación del acta de modificación bilateral N° 6 al contrato BOOMT celebrado entre HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

Para la deliberación del presente punto se pone a disposición la solicitud realizada por el contratista, mediante la cual argumenta las razones que motivan el desplazamiento de las fechas previstas para el cumplimiento del Hito N°2 y N°4, y el proyecto de acta de modificación bilateral N° 6 al contrato BOOMT, celebrado entre HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

El proyecto de acta de modificación bilateral N° 6, fue parcialmente aprobado por parte de cuatro de los cinco miembros de Junta Directiva, toda vez que el Dr. Juan Estaban Calle, representante de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, se declaró en conflicto de interés y por tanto se abstienen de participar en las decisiones objeto de la presente acta. En este sentido, se aprobó el aplazamiento del Hito N°2, pero se condicionó la autorización del desplazamiento de la fecha prevista para el cumplimiento de Hito N°4 al cumplimiento de unos compromisos por parte de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, en calidad de contratista, en Junta Directiva Presencial, tal y como consta en los correos electrónicos que hacen parte integral de la presente acta.

> *De conformidad con lo anterior, el señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO cuando hubo lugar a declararse impedido por la existencia de un conflicto de intereses lo hizo. Así, la afirmación del órgano de control fiscal respecto a que mi defendido no se declaró impedido y actuó en contra de los intereses de la Sociedad no es cierta. De lo expuesto previamente se puede evidenciar sin lugar a dudas que el señor CALLE RESTREPO actuó con la debida diligencia que ameritaba el ejercicio de sus funciones y por ello no le es imputable conducta alguna a título de culpa grave.*

R:/ El apoderado, parte de una premisa errónea, pues al sostener que: "*Sobre lo anterior se tiene que el Despacho no aporta prueba de ninguno de los aspectos que constituyen el reproche endilgado Así, no demostró que mi cliente no hubiese leído las actas, ni su supuesta ignorancia frente al latente riesgo de no entrar en operación en el año 2018.*", olvida convenientemente se trata de una negación indefinida que solo puede ser desvirtuada demostrando una acción diligente y oportuna.

Así las cosas, resulta imperioso exigir que se acredite la negación indefinida: "falta de lectura del material del que dispuso el señor Calle Restrepo a la hora de tomar las decisiones reprochadas", lo que corresponde entonces, es allegar material probatorio que indique una conducta diligente, y hechos que demuestren que él conocía la información, y la toma informada de decisiones– por ejemplo- las consideraciones tomadas con base a la información que indica el Despacho, que no fue contemplada, desvirtuando el hecho de haber obviado opiniones técnicas de expertos, etc., lo que, tal como se pasará a explicar, no se cumplió.

En lo tocante a la afirmación del apoderado de que esta Delegada "*'Tampoco comprobó la existencia de las supuestos riesgos advertidos por la Junta de Asesores, toda vez que descontextualiza el contenido del Informe Nro. 3 que señala como prueba de las presuntas inconsistencia",* tal como se documentó en el Auto de Imputación, el Board si advirtió acerca de los riesgos constructivos derivados de la adopción del plan de aceleración, distinto es que estos no converjan con los intereses de su prohijado, y busque descontextualizar tanto lo consignado en el referido informe No. 3, desviando el descontento general de los expertos hacia las

estructuras de cierre. No es cierto que no se hayan acreditado tales advertencias, pues las mismas obran en los documentos elaborados por el Board de expertos de EPM, que esta sociedad decidiera hacer caso omiso, no es óbice de su existencia.

Es preciso señalar, que bajo el mecanismo de "*Libro Abierto*", HI tenía acceso a toda la información del proyecto, tal como consta en la certificación emitida por EPM[258], misma que da cuenta de la posibilidad que tenía HI de ingresar a los sistemas "Mercurio y Enter", "A1_OW", y "A1 Neon", sin mencionar que el Acta No. 3 del Board de expertos, hace parte del acta No.15 de Comité de seguimiento al BOOMT, por lo que los miembros de la junta directiva de HI, pudieron- y debieron- conocerla, en aras de revisar diligentemente el estado real del proyecto, situación esta, que no ocurrió, y que el apoderado tampoco logra acreditar.

Con respecto a que "el *señor CALLE RESTREPO conoció la situación que enfrentaba el Proyecto, los retrasos a los que se estaba enfrentando y cuya génesis tuvo lugar antes de su ingreso. Al respecto, y contrario a lo que refiere la CGR en el Auto de Imputación, el Comité de Seguimiento había informado en los reportes a la Junta Directiva los retrasos que enfrentaba el Proyecto. De igual forma, asignaba la responsabilidad a la Sociedad de estas situaciones, por cuanto se habían presentado cuando Hi tenía a cargo su ejecución Entonces, no es cierto como lo sostiene la CGR que si hubiesen leído las actas del comité de seguimiento al Contrato BOOMT, los miembros de la junta directiva habrían podido verificar y evidenciar la verdadera situación del Proyecto"*, el Despacho se remite a lo expresado líneas atrás, en donde se evidenció que los atrasos no obedecían exclusivamente a situaciones exógenas no atribuibles a EPM, reiterando además, que distinto a lo argumentado por el apoderado, no se sostuvo que el ocultamiento de la información estuviese ligado a la información de los retrasos que presentaban las obras, sino- tal como se indicó en la imputación- a la omisión expresa del hecho (conocido, y compartido en el comité de seguimiento al BOOMT), de que la entrada a generar en el 2018, era "*bastante poco probable*".

No puede dejar de pronunciarse esta Delegada, sobre la afirmación del apoderado, tendiente a señalar que no era el deber de los miembros de la junta el analizar las actas del comité de seguimiento del BOOMT, así: "*Es más, si se les hubiese plantado por parte de la Gerencia de HI a los miembros de junta el análisis de las actas del comité de seguimiento del BOOMT- situación que no ocurrió y que escapaba a las competencias de dicho órgano directivo - hubieran encontrado las innumerables veces en que se ratificaba que los atrasos del Proyecto eran ajenos a EPM y que, por el contrario, se debían a asuntos que gestionaba o gestionó Hi como las vías de acceso, orden público, dificultades geológicas, etc.".* Se encuentra más que probado que HI, como dueña del proyecto, debía ejercer la función de seguimiento y control del proyecto, quien más llamado a empaparse de todo lo ocurrido en la obra, si no su junta directiva, órgano decisorio, en quien recaía

[258] CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\A-\1

finalmente toda la carga obligacional de la sociedad. No es de recibo que el apoderado argumente que a los directivos de la sociedad "no les correspondía analizar las actas del comité de seguimiento al BOOMT", cuando se tiene que eran un insumo fundamental para el desarrollo de su labor, distinto es que decidieran hacer caso omiso, no analizar la información disponible y permitir que EPM manejase el proyecto a su antojo, sin ningún tipo de seguimiento y control por parte de HI, como- en efecto- se acreditó en el auto de imputación.

En la respuesta al reproche anterior, quedó demostrado- con base en el material probatorio citado- que los retrasos no eran imputables a causas exógenas en su totalidad, sino que resultaban imputables a EPM, por lo que la afirmación del apoderado: " (…) *mi cliente constató que, de parte del contratista del Contrato BOOMT, se estuvieran ejecutando todas las acciones técnicas que impedirían la materialización del riesgo señalado por el Despacho. Así, por un lado, verificó que, ante la realización de "Dificultades de orden geológico" informadas por los expertos en la materia— que implicaba el mayor impacto negativo en el cronograma -, se estaban estudiando alternativas técnicas que permitirían adaptar el desarrollo a la realidad encontrada en sitio y evitar mayores efectos en el cronograma.",* se encuentra desvirtuada.

De otro lado, indica el apoderado que, es contradictorio que esta Delegada reproche el hecho de no instar a EPM al cumplimiento del proyecto, y a la vez encuentre inadecuada la aprobación y ejecución de planes de aceleración, así:

"En esa línea, es contradictorio que al mismo tiempo que el ente de control fiscal censura la ejecución de planes de aceleración para mejorar rendimientos y porcentaje de productividad, señale que no se presionó "a EPM para mejorar sus rendimientos en la ejecución del contrato BOOMT', esto porque era la alternativa idónea para menguar los impactos que pudiera tener los retrasos que presentaba el Proyecto en el cronograma. Es tan cierto que es una práctica aceptada por los expertos, que el mismo Board - que cita frecuentemente el Despacho para desvirtuar las actuaciones de mi cliente y los demás vinculados — recomendó en el Informe Nro. 3 de fecha 29 de noviembre de 2013 al señalar. "las fechas finales degeneración podrían ser mantenidas (.) [implementando un programa de] recuperación de platos con la aceleración de la construcción de la presa. Por consiguiente, el contratista del Contrato BOOMT estaba ejecutando las acciones que las mejores prácticas de ingeniería aconsejaba para el contexto en el que se encontraba el Proyecto. De modo que no se puede catalogar dicho seguimiento como negligente. Ahora, también es contradictorio que el ente de control fiscal, por un lado, exija una actitud diligente que supuestamente hubiera permitido "repensar la manera como se estaba desarrollando el proyecto, tomar determinaciones" y, por el otro, demande que el señor CALLE RESTREPO debió declararse impedido para tomar determinaciones en relación con el contrato BOOMT. Es decir, no se puede reclamar el cumplimiento de conductas que se excluyen entre sí."

De nuevo el apoderado interpreta a su conveniencia lo expuesto claramente en el auto de imputación, no desconoce este Despacho el hecho de que los planes de aceleración sean una practica común en la ejecución de proyectos de obra, lo que se reprocha específicamente, es que el proyecto hidroeléctrico más ambicioso del país, con el cual se pretendía satisfacer el 17% de la demanda energética nacional, haya estado siempre a merced de dichas estrategias de aceleración, las cuales pusieron el proyecto en un estado de vulnerabilidad. Se reprochó, además el hecho de haber aprobado un plan de aceleración, que implicaba alternativas constructivas no avaladas por el Board de expertos de EPM. A propósito de lo cual, cabe resaltar la afirmación del apoderado, tendiente a expresar que su prohijado actuó de manera diligente, precisamente porque acogió las decisiones de expertos técnicos en cada una de sus decisiones, al respecto indica: "(…) *En ese sentido, los estudios y conceptos de expertos — que guiaban y sustentaban sus decisiones — indicaban la imposibilidad de desviar el río Cauca bajo los parámetros señalados en los diseños iniciales de ahí que acudieran al estudio de alternativas para conjurar este problema.", ¿Cuáles eran los elementos y criterios para que mi cliente se opusiera a las recomendaciones que brindaban los expertos y proponían adoptar?"*, no obstante al referirse al concepto del Board de expertos de EPM, indica que sus conceptos "no eran vinculantes", lo cual es prueba de la argumentación conveniente del apoderado, quien refiere – apoyando lo argumentado por el Despacho- que, las decisiones y recomendaciones técnicas eran acogidas por EPM, siempre y cuando estuviesen alineadas con sus intereses.

El apoderado es reiterativo, respecto a las supuestas limitaciones que tenía la junta directiva de HI, en relación con los principios de no coadministración y no control previo consagrados en el BOOMT, no obstante, es necesario recordar que HI tenía la obligación contractual de ejercer el seguimiento y control del proyecto. En este sentido resulta claro para este Despacho que la información que se le presentaba a Hidroituango no era simplemente a título de simple ilustración. Como se ha venido precisando a lo largo de este escrito los principios de no coadministración y no control previo tienen unas definiciones precisas a saber[259]:

> *"1.3.2. PRINCIPIO DE NO COADMINISTRACIÓN.*
> *"La verificación que realizará Hidroituango durante la ejecución del Proyecto se hará bajo la premisa de "no coadministrar" en ninguna de las etapas del proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central, y comercialización de energía de la misma.*
> *"El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista para la construcción y operación de la central. Cualquier inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista, no a sus Subcontratistas.*

[259] Ver anexo 6.12 BOOMT

> *"Hidroituango no será interventor de los contratos que celebre el Contratista, (esto es potestad exclusiva del Contratista actuando como contratante), pero es deber y potestad de Hidroituango verificar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato, para garantizar la protección de los intereses de la sociedad y del proyecto.*
> *"1.3.3. PRINCIPIO DE NO CONTROL PREVIO.*
> *"Hidroituango no ejercerá acciones que constituyan control previo, entendiendo éste como intromisión o injerencia previa a las decisiones que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato".*
> *De acuerdo con lo anterior, la Junta Directiva de Hidroituango dentro del ámbito de sus competencias hacía el seguimiento sobre el cronograma, los hitos y la financiación o costos del proyecto, siendo Empresas Públicas de Medellín un contratista con autonomía técnica, administrativa y financiera para tomar las decisiones.*

De donde resulta claro que estos principios no se volvían y no podían ser entendidos como una limitación absoluta a las precisas competencias de Hidroituango, que debía ejercer la vigilancia, control y seguimiento de lo que hacía EPM como contratista ejecutor.

En este sentido, le correspondía a Hidroituango cruzar la información de las diferentes fuentes, (Comité de seguimiento al contrato BOOMT, BOARD de expertos, comités de diseño, comités de construcción, informes de interventoría, entre otros para corroborar el correcto cumplimiento de las obligaciones en cabeza de HI), pues no era simplemente una labor de seguimiento a la curva S, pues esa labor en efecto ya era cumplida por Deloitte ni simplemente se limitaba a establecer un seguimiento financiero. Era una labor mucho más compleja por cuanto implicaba revisar la información con la que se contaba al momento de tomar las decisiones, es por eso que este Despacho cuestione el hecho de que la junta tomara decisiones sin tener en cuenta las condiciones específicas en que las mismas se tomaban.

En este punto cabe reiterar lo ya dicho líneas atrás y es que en últimas Hidroituango era una sociedad con objeto único; con un sólo propósito: la obtención de una hidroeléctrica que produjera energía a partir de una fecha determinada.

Así mismo, como dueña del proyecto,a Hidroituango le asisten responsabilidades de cara al resultado del proyecto, en esa medida sus funciones no pueden ser interpretadas, como mal lo hace la apoderada, como una mera revisión y aceptación acrítica de todo lo que planteaba, reportaba y afirmaba EPM bajo la excusa de que EPM era quien contaba con los conocimientos técnicos. Pues el contrato en efecto le daba una función mucho más amplia a Hidroituango, reconociéndole la posibilidad de realizar alertas e imponer medidas de apremio cuando se dieran situaciones que pusieran el riesgo el cumplimiento del contrato por parte de EPM.

Cabe recordar además que el contrato no excluye la función de vigilancia y control cuando se trata de asuntos técnicos, de hecho el contrato no distingue ni circunscribe la vigilancia y control a temas específicos y se refiere de forma genérica al cumplimiento del contrato BOOMT. En este sentido no resulta válido el argumento del apoderado para excluir del ejercicio de la vigilancia y control los temas técnicos pues, como se dijo desde la imputación lo cierto es que las vicisitudes constructivas tienen efectos sobre el desarrollo del cronograma y sobre las resultas finales del proyecto (obtención de una hidroeléctrica que genere energía a partir de una fecha determinada en condiciones de costos planeadas).

Ahora bien en relación con los temas técnicos, específicamente lo relativo a las compuertas de los túneles de desviación afirma el apoderado que el "*cierre de los túneles de desviación en el momento de llenado del embalse se encontraron condiciones geológicas y geotécnicas diferentes a las identificadas en los estudios previos, lo cual implicaba la ejecución de obras civiles más grandes, más complejas y más demoradas que las previstas inicialmente"*. Así mismo afirma: *"la realización de las obras tendientes a superar las dificultades geológicas encontradas para la instalación de las citadas compuertas suponía significativos riesgos técnicos para el Proyecto, pues no se podía determinar con certeza si después de efectuadas las obras de tratamiento y estabilización del suelo, con el desgaste en recursos y tiempo que ello implicaba, en todo caso iba a ser viable desde la perspectiva técnica y de riesgos, la finalización de las estructuras de cierre señaladas".*

En este punto, resulta importante, con base en el material probatorio obrante en el plenario, revisar lo relativo a las compuertas que se iban a utilizar en los túneles de desviación y precisar las razones por las cuales las mismas no fueron instaladas para confrontarlo con las razones expresadas en este punto por la apoderada.
El diseño original contemplaba las siguientes características[260]:

> *"El proyecto, comprende una presa de enrocado localizada a 600 m arriba de la desembocadura del río Ituango al río Cauca, con obras para descargas de fondo e intermedia y un vertedero en canal abierto para evacuación de crecientes, obras ubicadas sobre la margen derecha del río. Sobre esta misma margen, se localizan las obras para generación que comprenden ocho captaciones sumergidas conectadas a las conducciones a presión que alimentan los ocho grupos turbina — generador de eje vertical, que se alojan en la caverna de casa de máquinas, conectados por galerías de barras a ocho bancos de transformadores monofásicos situados en la caverna de transformadores. El agua turbinada llega a dos cavernas independientes que actúan como almenaras de aguas abajo, de donde se desprenden cuatro túneles de descarga mediante los cuales el caudal es devuelto al río Cauca".*

[260] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ambiental y socia1115-CT-2019-000004\Precontractual\Especificaciones Tecnicas\Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip\

PRESA Y OBRAS ANEXAS

"La presa del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), tiene una altura de 220m, con corona de 12 m de ancho y de 500 m de longitud, a la cota 430. La impermeabilidad del lleno de roca, se logra mediante un núcleo de tierra con taludes 0,4H:1V en el lado de aguas abajo y 0,08H:1V en el lado de aguas arriba. Entre el núcleo de tierra y el lleno de roca, se ha dispuesto, en la cara de aguas arriba, una zona de transición de 10 m de espesor, conformada por material con un tamaño máximo de 0,20 m y, en la cara de aguas abajo, una transición compuesta por dos filtros de 4 m de espesor, uno de arena y otro de cascajo.

"El talud de aguas abajo de la presa, tendrá una inclinación promedia del orden de1,75H:1V; sobre este, se construirá una vía, cuyos objetivos fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y a la descarga intermedia. Dicha vía, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa, es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas. "La fundación del núcleo y de los materiales de filtro y transición, se hará sobre material de roca tipo 11B, por lo cual será necesario excavar hasta encontrar esta calidad de roca en la fundación; los espaldones de roca serán fundados, principalmente, sobre roca tipo 11A.

"Ataguía

"Tendrá 52 m de altura, con corona en la cota 262; el desvío se hará a través de dos túneles, dimensionados conjuntamente con la ataguía, con el criterio de que permitan evacuar una creciente con un caudal de 4.700 m3/s correspondiente a un período de retorno de 50 años, sin que la ataguía sea desbordada. La ataguía, será de concreto compactado con rodillo (CCR), incorporada a la presa, con taludes de 0.7H:1V en ambas caras.

"Preataguía

"Contará con una altura de 30 m, en la cofa 240; estará conformada por roca y suelo, con taludes de 1,5H:1V en ambas caras. La preataguía, se diseñó con el criterio de que no sea sobrepasada al evacuar por los túneles de desviación, la creciente con un período deretorno de 2,33 años. Se ha previsto que la cara de aguas abajo de la preataguía sea protegida con una capa de concreto. El volumen total de la presa (incluyendo la ataguía y la contraataguía que están incorporadas a ésta) es de aproximadamente 16.300.000 m3.

"El volumen total de la presa (incluyendo la ataguía y la contraataguía que están incorporadas a ésta), es de aproximadamente 16.300.000 m3.

"Vertedero

"Será en canal abierto, con un ancho variable entre 100 m en el azud de control y 60 m en el deflector, en una longitud de aproximadamente 495 m y con una pendiente de aproximadamente el 20%. Se ha diseñado para evacuar la creciente máxima probable, cuyo caudal de entrada es de 25.300 m3/s y de salida de 23.250 m3/s. Es controlado por ***cinco compuertas radiales de 16 m de ancho y 21,50 m de altura, separadas por pilas de 5 m de ancho****. La cresta del azud sobre el cual asientan* ***las compuertas radiales se localiza en la cota 400, en tanto que el nivel del deflector, desde donde el agua es lanzada al pozo de disipación de energía, se ubica en la cota 320msnm.***

"Desviación

"Para la construcción de la presa, la desviación del río Cauca se ha dispuesto mediante dos túneles paralelos emplazados en la margen derecha, separados de modo que la distancia libre entre ellos fuera de al menos 2,5 veces su diámetro. Las entradas de los túneles se han localizado en un sitio tal que permitan ubicar la preataguía de modo que entre ésta y la ataguía se cuente con un espacio libre suficiente para desarrollar los trabajos en la pata de la presa. Al final de la construcción de las obras, este espacio podrá servir como zona de depósito y a la vez contribuir a la impermeabilización de la cara de aguas arriba de la presa. Las estructuras de salida de los túneles de desviación se localizan en la zona conformada por el retiro del depósito aluvial "colgado" al frente de la desembocadura del río Ituango, de tal manera que no interfirieran con el pozo del vertedero.

"Los túneles se han diseñado con una sección hidráulica de 14 m de ancho, hastiales verticales de 7 m de altura y bóveda de 7 m de radio, con capacidad de evacuar una creciente con un caudal pico máximo de 4.700 m3/s, que corresponde a la creciente con un período de retorno de 50 años, sin sobrepasar la ataguía. Las longitudes aproximadas de los dos túneles son 811 m y 1.065 m, respectivamente.

"El alineamiento vertical de los túneles tiene una pendiente sostenida entre el 0,38% y 0,50% aproximadamente, diseñado para aprovechar la caída del río entre la entrada y salida de la mejor manera posible. ***La estructura de entrada de cada uno de los túneles cuenta con una pila central, de modo que cada túnel se cerrará mediante dos compuertas deslizantes de 7 m de ancho y 14 m de altura, las cuales permitirán la construcción de los tapones de concreto para el cierre definitivo de los mismos.***

"Descargas de fondo e intermedia

"Con el fin de mantener permanentemente en el río Cauca, durante el llenado del embalse, un caudal por lo menos igual al mínimo registrado, se ha previsto la construcción de obras de descarga que garanticen la evacuación de unos 300 m3/s.

Puesto que la magnitud del caudal medio del río y el volumen del embalse, hacen que la utilidad de la descarga de fondo sea casi nula para controlar el llenado del embalse o para el vaciado del mismo, el propósito de las obras de descarga, es únicamente garantizar el caudal mínimo antes citado y, consecuentemente, no se considera práctico disponer una descarga de mayor capacidad

"OBRAS DE GENERACIÓN

"Obras de Captación

"Están conformadas por dos bloques de estructuras sumergidas, separadas e idénticas, cada uno de los cuales tiene cuatro bocatomas independientes, ***con rejas coladeras fijas. Igualmente hacen parte de la captación, ocho pozos de compuertas, uno por conducción, localizados bajo una galería subterránea a la cota 430 msnm, desde la cual se operan las compuertas sobre los túneles superiores de conducción, que permiten el cierre del sistema bajo presiones equilibradas.***

"Cada uno de los dos bloques de estructuras de captación tiene un ancho total de 92 m y una altura de 20 m a partir de la plazoleta en la cota 350 msnm. Las estructuras son sumergidas y consisten en cuatro bocatomas de aducción frontal, equipadas con rejas coladeras fijas, dispuestas sobre un mismo plano, que incluyen rejas con una separación entre barras determinada por el tipo de turbinas para impedir la entrada de basuras con tamaños que podrían hacerles daño.

"Obras de Conducción

"Cada conducción (ocho en total) está compuesta por el túnel superior de 144,4 m de longitud y 10% de pendiente, el pozo de presión vertical de 151,4 m de profundidad incluyendo los codos verticales de 16,5 m de radio y, finalmente, el túnel inferior que es horizontal con una longitud de 63,5 m, lo cual representa una longitud efectiva por conducción de 359,3 m.

"Casa de Máquinas, Caverna de Transformadores y Obras Anexas

"El esquema de las obras de la central, localizadas en el contrafuerte derecho, comprende la caverna principal de la casa de máquinas donde se ubican ocho unidades, de 300 MW de potencia nominal cada una, y una capacidad instalada total de 2.400 MW, con turbinas tipo Francis y generadores sincrónicos de eje vertical, los equipos auxiliares electromecánicos, equipos de control, la sala de montaje, oficinas. Aguas arriba de ésta, se localiza la caverna de
transformadores que aloja un banco de tres transformadores monofásicos por grupo y, aguas abajo las cavernas de las almenaras, una para cada cuatro unidades, que junto con los túneles de descarga conforman las obras de descarga.

"Obras de Descarga

"Cada uno de los cuatro túneles de descarga, dos por cada almenara, evacua un caudal de 337,50 m3/s, correspondiente al caudal turbinado por dos unidades generadoras cuando la central está trabajando a plena carga. En su alineamiento, orientado a que la longitud sea la menor posible, los túneles salen perpendiculares a las almenaras y manteniéndose paralelos y separados 50 m, se orientan para descargar en río Cauca, luego de un recorrido que varía entre 868,4 m para el túnel de menor longitud y 1.142,5 m para el de mayor longitud.

Dicha estructura, estaba pensada para generar 2400 MW al día, y entrar en funcionamiento a partir de noviembre de 2018.

El consorcio CTIFS adelantó las excavaciones pertinentes y dentro de su objeto original, se encontraba lo relativo a la instalación de las compuertas.
Por lo que contrató con Industrias CENO, quienes tal y como obra en las actas de los comités de obra realizados con CTIFS (ver actas 69 a 75)[261], adelantaron lo correspondiente a la elaboración de los instrumentos metálicos para la instalación de las compuertas.

De otro lado, las compuertas fueron contratadas por EPM a la empresa ATB RIVA CALZONI S. p. A, contrato CT-2013-000338, suscrito en mayo de 2013. A través de dicho contrato se pactó entre otras, la Compraventa de dos (2) compuertas planas con ruedas, sus accesorios y equipos asociados para la desviación, los repuestos especificados, las herramientas y dispositivos especiales, y la prestación de los servicios adicionales correspondientes al diseño, fabricación prueba en fábrica, embalaje, embarque, transporte, supervisión del montaje, pruebas en campo, puesta en servicio y entrenamiento del personal para el proyecto hidroeléctrico Ituango"[262].

Ahora bien, respecto de los supuestos riesgos a que hace alusión la apoderada y que fueron referidos por EPM al ANLA en el informe presentado en el año 2016 – para justificar el inicio de obras subterráneas sin contar con la licencia para ello, las mismas no aparecen consignadas en las actas del comité de obra. En donde sin duda, dado que era el escenario para plantear las dudas, se debió decir de haber aparecido como un problema identificado por los contratistas de obra o la interventoría quienes, como se ha reiterado, eran los especialistas en la materia.
Por lo que de haber aparecido estas circunstancias en desarrollo de la obra, las mismas debieron haber sido puestas de presente.

[261] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Recibida\Respuesta_2\Actas_Comite_Obra\1-CTIFS
[262] Carpeta principal 48. Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia Recibida. Respuesta 1. P.40. CT-2013-00038-cmptas –dsviación, adu, tun.

Así mismo, en el acta No 3 del Board de Expertos (Noviembre de 2013) , en relación con el tema de las compuertas, lo que se dice es lo siguiente: *"En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el Contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y completar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta".*

Lo que, contrario a lo asegurado por la apoderada, demuestra es que el problema radicaba en los tiempos que se tenían para acometer la obra y no en una imposibilidad física o técnica de instalar las guías de las compuertas. Cabe anotar además que las compuertas fueron contratadas solo hasta junio de 2013. Así mismo, en noviembre de 2013 aún sin haberse terminado en su totalidad las excavaciones de los túneles de desviación, EPM ya había tomado la decisión de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel, decisión que apareció desde agosto de 2013[263], de donde se concluye que se tenía pensado prescindir de

[263] *Carpeta principal No.65 – Folio 13915 – Información DD94- Correspondencia recibida – Respuesta 4 – P 4 – Actas y contratos CM – Anexo 1 –* ***Actas Board – Junta de Asesores reunión informe No.2 AGOSTO 2013***. Desvío del Río. El diseño original del desvío contempla la excavación de una plataforma a la cota 260m, para la instalación y operación de las compuertas de los pozos, llevando a cabo una excavación sistemática del talud de roca, descendiendo desde la plataforma de la cota 340m. De igual manera, se llevarían a cabo las excavaciones para el emboquillado de los túneles cuya solera está a la cota de 213m. El cronograma de la obra, desafortunadamente no se pudo mantener, especialmente por el retraso en la excavación del talud superficial, y el progreso actual de la obra no permite realizar el programa anticipado para desviar el rio en Enero del 2014. En vista de esta situación, Integral esbozo un diseño conceptual de una alternativa, que permitiría el desvio del rio para la fecha de Enero del 2014, instalando unos pozos adicionales en los ramales del túnel de aguas abajo (izquierdo), postergando las excavaciones superficiales, reduciendo los requerimientos de tratamientos en los túneles de desvio y ejecutando una serie de tareas complejas en un tiempo reducido.
La Junta tuvo la oportunidad de evaluar la alternativa conceptual para acelerar las obras de desvío, incluyendo una reunión con el contratista, CCC, para investigar la viabilidad de estas obras y su posible cronograma. Como resultado de esta evaluación, la Junta considera que los riesgos técnicos asociados con la aceleración no son aceptables para un proyecto de esta envergadura, y además, es de la opinión que existe aún incertidumbre de que las múltiples y delicadas tareas restantes para lograr el desvío se ejecuten oportunamente. En opinión de la Junta, el mayor riesgo técnico es el postergamiento de las excavaciones y adecuado tratamiento de los taludes marginalmente estables de roca encima de los pozos, lo cual genera un alto riesgo de comprometer el cierre de los túneles. Por consiguiente la Junta recomienda ejecutar el diseño original, con el contratista CCC optimizando el soporte y la secuencia de excavación del talud encima de los pozos y en la zona de emboquille de los túneles para tratar de lograr el desvío en el primer trimestre del 2014. En caso de no lograr esta meta, se ejecutaría el desvío a mediados del 2014 y se tomarían las medidas necesarias para recuperar el cronograma inicial agilizando la construcción de la presa, lo cual en nuestra opinión se puede lograr más favorablemente y con un riesgo mucho menor que la aceleración del desvío. Se sugiere además, eliminar la descarga de fondo actual sustituyéndola por una descarga intermedia modificada a la cota 240m, lo cual reduce sustancialmente el riesgo de esta operación. Esta opción requeriría el uso de cuatro compuertas en lugar de dos como se contempla en el esquema actual. El

las compuertas de los túneles de desviación desde mucho antes. Así mismo en octubre de 2013[264], se indicó:

> "CCCI presentó cronogramas de trabajo con varias alternativas para asumir las tareas pendientes del contrato de CTIFS: sin embargo, los cronogramas presentados no garantizaban desviar el Río Cauca en enero de 2014 (primer verano del año), frente a esto la interventoría, en informe" del 1 de octubre de 2013, manifestó lo siguiente:
>
> *(...) Para la ejecución de las anteriores obras, el Contratista presentó por medio de la comunicación CI-00653 un programa de trabajo para la ejecución de la vía de acceso al portal entrada hasta a la elevación 22.5 y para la excavación y tratamientos de los emboquilles entre las elevaciones 260 y 213.*
>
> *Una vez se le encargó la finalización de las obras en los ramales, envió a EPM un programa para la terminación de las obras, considerando como alternativa el uso de stop logs en los ramales del túnel izquierdo. La finalización de estas obras de acuerdo al programa enviado por el Contratista, sería el 15 de mayo de 2014. Esta solución no se hizo efectiva porque se requería realizar la desviación en el mes de enero de 2014. En vista de que el uso de los stop-logs en el túnel izquierdo no fue una alternativa conveniente, se solicitó al Contratista* ***un nuevo programa que incluyera la finalización de todas las obras para la desviación del rio, incluyendo las excavaciones y tratamientos del portal entrada, conservando los diseños actuales. El Contratista presentó el programa mediante la comunicación CI-00863 del 24 de septiembre de 2013. En este programa el cual incluía la finalización de las excavaciones y tratamientos en portal entrada y las demás obras requeridas para realizar la desviación del rio Cauca, el Contratista estima que puede finalizar las obras el 20 de agosto de 2014. Esta fecha de finalización ponía en peligro la desviación del rio en el segundo periodo seco del año (julio de 2014), por lo que fue descartada.***
>
> ***Como alternativa adicional se están realizando ajustes al diseño para involucrada construcción de un tercer túnel. Una vez se definan los trabajos a realizar para la desviación del rio Cauca con la opción antes mencionada, se solicitará al Contratista la presentación de un programa de obras para la ejecución de dichas actividades.***

---

soporte técnico para esta sugerencia se presenta a continuación, junto con una evaluación de los aspectos geotécnicos del desvío.

- Auto de imputación No.1484 de 2 de diciembre de 2020. Folio 17.813. Pág. 93.**Desde agosto de 2013, EPM estudiaba la alternativa de construir un tercer túnel de desviación (Galería Auxiliar de Desviación — GAD**), con el fin de garantizar la desviación del rio en enero del año 2014, toda vez que el incumplimiento de esta fecha acarrearía mayores tiempos en el inicio de generación del proyecto. Con esta decisión EPM se apartó no sólo de los diseños originales sino también de la recomendación de su Junta de Asesores, respecto del cambio de diseño que incluía la GAD; decisión que aumentó el riesgo del proyecto.

[264] Auto de imputación No.1484 de 2 de diciembre de 2020. Folio 17.810. Página 87.

A continuación, se presenta un resumen del estado de avance de las obras encargadas al Consorcio CCC Ituango".

Ante esta situación y la necesidad de dar cumplimiento al cronograma de entrada del proyecto en las fechas- programadas para no perder el cargo por confiabilidad, desde 2013 (**Acta 21 al Comité de seguimiento del contrato BOOMT de 15 de mayo de 2013** ***"EPM explica que de todas formas está explorando alternativas para proceder en caso de que CTIFS no cumpla, que incluyen asignar al consorcio CCCI parte de los trabajos, desviar el río sin terminar completamente algunos frentes, construir una galería adicional, entre otras****.(...)*". **EPM empezó a estudiar la posibilidad de construir un tercer túnel para desviar el río en enero de 2014 y poder iniciar los trabajos de levantamiento de la presa.**

Ahora bien, respecto de la realización del tercer túnel la apoderada parte de una idea errada en la medida en que considera que el BOARD de expertos no estuvo en desacuerdo con dicha decisión y que eso fue lo que precisamente EPM expresó. Así mismo, se refiere al cruce de información entre Hidroituango y EPM en 2014, en las cuales el gerente de Hidroituango exigió que dicha modificación por ser la alteración de una característica inmodificable, debía haber sido aprobada por HI.

Ahora bien, de nuevo la apoderada tergiversa las aseveraciones realizadas por el Despacho, pues en ningún momento le imputó responsabilidad a los miembros de la junta directiva ni al Gobernador de Antioquia para el periodo 2012-2015, por el diseño o la decisión de realizar un tercer túnel, decisión que tanto de los testimonios como del material documental obrante en el plenario, este Despacho comprueba que fue tomada por EPM.

No obstante lo anterior, a la junta directiva de Hidroituango lo que se le cuestiona es NO haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma.

En este sentido es importante recordar tal y como se ha venido explicando a lo largo de estas respuestas, que el papel de Hidroituango era el de vigilar y controlar que EPM desarrollara en debida forma las prestaciones establecidas en el contrato BOOMT, aun cuando es algo evidente, resulta necesario destacar que como primera prestación EPM debía construir una hidroeléctrica que produjera energía.
En este sentido, la labor de Hidroituango no se podía limitar a aceptar todo lo que EPM le dijera, así existiera una relación de confianza, pues Hidroituango tenía un rol claramente establecido desde el contrato.

En este contexto no se le exige a la junta directiva que, como mal lo pretende hacer ver la apoderada, tomara decisiones técnicas supliendo a EPM, sino que se enterara de esas decisiones, confrontara los diferentes mecanismos de seguimiento, entre ellos el principal que eran las actas del comité de seguimiento al contrato, así como los documentos que proferían los diferentes estamentos de seguimiento y control y asesoría establecidos por EPM, como era entre otros el BOARD de Expertos, la interventoría de los contratos, las actas de los comités de obra y diseño, **documentos que en virtud del libro abierto se encontraban a disposición de Hidroituango**[265] y se le exigía a la junta que las decisiones que tomara tuvieran en cuenta ese contexto, pues es importante recordar que el principal objetivo de la junta directiva es tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objeto[266], y de manera particular, cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales[267].

Sobre este punto, en el auto de imputación se dijo lo siguiente:

---

[265]Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia recibida. Respuesta 1. P-01. Carpeta BOOMT con anexos y modificaciones. BOOMT con anexos. Contrato BOOMT. Anexo 6.12. *"2.1. Acceso de Hidroituango a la información – libro abierto.El contratista se obliga a tener a disposición de Hidroituango en una plataforma informática compartida, en forma expedita y oportuna, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice el contratista durante el desarrollo del proyecto. Mediante el mecanismo de "el libro abierto", el contratista mantendrá, bajo un sistema de centros de costo, los registros de todos los costos, erogaciones e ingresos relacionados con el proyecto, lo cual actualizará semanalmente y lo pondrá a disposición de Hidroituango; la información que utilice el Contratista para la gestión del Proyecto, a la cual tendrá acceso Hidroituango para cumplir su labor de verificación, estará disponible en medios informáticos o magnéticos, o los que de acuerdo con el avance de las tecnologías de información y comunicaciones (TICs) sean en el momento requerido los adecuados para el cumplimiento de los fines previstos en este documento. Igualmente, Hidroituango, en ejercicio de su labor de verificación, durante la vigencia del contrato, puede inspeccionar, examinar, comprobar, sin que se cause retraso ni se interfiera en las decisiones que tome el Contratista, el progreso del proyecto, y su puesta en funcionamiento, así como su operación y mantenimiento hasta la restitución de la central, de acuerdo con la metodología del Libro Abierto, así como todos los documentos del Contratista relacionados con el contrato, salvo la información sobre estrategia comercial del contratista. Para el efecto, Hidroituango dará el aviso correspondiente de manera previa al Contratista, para que el contratista pueda coordinar lo pertinente con la debida oportunidad y diligencia para el ejercicio de los derecho por parte de Hidroituango".*

[266] artículo 44 de la Escritura Pública 1691 de 10 de octubre de 2011 (Z:\PRF 2019-01104 UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA J ESTATUTOS\ESTATUTOS) - Propósito que se reitera en el Código de Buen Gobierno de la Sociedad.

[267] Carpeta principal 74. DD75. Visita especial EPM E HI. Nueva carpeta. Sociedad Hidroituango S.A. Respuesta estatutos. Estatutos. Estatutos de la Junta Directiva de HI. Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003. *"Artículo 44. "Funciones. La Junta Directiva estará revestida de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad, ordenar la firma de cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objeto. Reunida la Junta Directiva con el quórum correspondiente que señalen estos estatutos de acuerdo con la ley, sus funciones serán las siguientes: (…)* ***3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)".*

> *"desde el Acta de seguimiento al BOOMT No. 16 del 20 de septiembre de 2012, se dejó más que claro que el cronograma presentaba atrasos criticos y que la fecha de entrada en operación estipulada estaba lejos de cumplirse:*
> *(…)*
> *Es más, en acta de seguimiento de BOOMT No.17 de 25 de octubre de 2012,los representantes de Hl en dicho comité -entre quienes se encontraba el gerente de Hi- expresaron que podría ser prematuro decirle a la Junta Directiva que se iba a desplazar la entrada del proyecto, lo anterior, por considerar que apenas se iban a iniciar las obras principales. En esta acta, resultaba evidente que los representantes de Hi en el comité de seguimiento le estaban ocultando información esencial a la junta, situación que con una simple lectura del acta podría haber sido advertida por los miembros de la junta directiva y los podría haber llevado a tomar determinaciones como modificar la integración del comité de seguimiento y en el caso del Gerente, en virtud de los Estatutos a removerlo. Así mismo, haber advertido que desde finales de 2012 se planteaba una probabilidad alta de que el proyecto no pudiera entrar en operación en 2018 lo que habría generado una alerta tal que le permitiera a los miembros de la junta repensar la manera como se estaba desarrollando el proyecto y tomar las mejores determinaciones para evitar seguir desarrollando planes consecutivos de aceleración e incrementando de manera significativa los gastos en perjuicio del proyecto, con la consecuente destrucción de valor del mismo.*

Así mismo, las actas dieron cuenta de las diferentes irregularidades presentadas en el proyecto así:

En Acta de seguimiento de BOOMT de 21 del 15 de mayo de 2013, el Gerente de Hl planteó que teniendo en cuenta los rendimiento bajos de los túneles de desviación, le inquietó si era viable desviar el río en la fecha indicada, lo anterior se expresó en los siguientes términos:

3.3 Avance del Proyecto

El Dr. Maya Salazar plantea que dado que en túneles de desviación los rendimientos son tan bajos le inquieta si se podrá desviar el río en la fecha prevista.

EPM manifiesta que con el consorcio CTIFS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer de las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originados por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resumen, el nuevo programa pactado mediante la AMB3, que sanea todas las situaciones no

En el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013, se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos, así:

3. **Desarrollo Comité**

EPM expuso los temas tratados en la visita número 3 de la Junta de Asesores del proyecto Ituango. Esta junta está conformada por los especialistas Bayardo Materón, Nelson Pinto, Gabriel Fernández, Juan David Quintero y Helmut F. Miller.

A manera meramente enunciativa, se pone en conocimiento de Hidroituango los temas de la visita, se hizo énfasis en lo relacionado con la desviación, en especial al cumplimiento del hito N° 1 en la fecha prevista.

EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.

EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones. Asimismo, la Junta de Asesores planteó las siguientes tres alternativas para la segunda desviación:

1. Taponamiento del portal de los túneles colocando mallas
2. Construcción por voladura dirigida
3. Sistema combinado

Lo anterior es prueba suficiente de que, en efecto la alternativa de desviación del río que contemplaba un tercer túnel de desviación (GAD), nunca fue avalada por el Board de expertos, quienes plantearon las alternativas expresadas por EPM, como respuesta a una decisión ya tomada, con miras a minimizar los riesgos en el proceso constructivo.

A su vez, en el Acta No.28 del 5 de mayo de 2014 se consignan de nuevo retrasos y modificaciones en los hitos y en el cronograma:

3. Desarrollo del Comité

Hitos del contrato BOOM

HI informó que se está realizando en esta misma fecha, 5 de mayo, una Junta Directiva Virtual para aprobar el cambio del hito N° 2, "Terminación de la construcción de la Ataguía" que había sido modificada mediante el AMB 3 para el 6 de mayo de 2014, pero que debido a condiciones geológicas desfavorables, así como por la presencia de un coluvión desde la elevación 225 m, no fue posible adelantar las excavaciones tanto por margen derecha como por la margen izquierda, razón por la cual se trasladó para el 14 de diciembre de 2014.

Con respecto al hito N° 4, que corresponde al "Inicio de los concretos en la sala de montajes, concretos primarios unidades 4 a 1 y concretos para la viga grúa para las unidades 4 a 1", programado inicialmente para el 20 de julio de 2014 según el contrato BOOMT, no se incluyó en la presente JD virtual, éste se llevaría a aprobación a la JD del 26 de mayo de 2014.

HI informó que los los temas a tratar en la JD del 26 de mayo sería el referente al cronograma, donde se presentarían los argumentos que existen para los atrasos; además, se tratará el tema del tercer túnel.

Por su parte, el Acta 42 del 24 de noviembre de 2015 da cuenta de los costos adicionales de la GAD:

La Galería Auxiliar de la Desviación "GAD" tiene dos componentes:

Canal de descarga 4: Obra adicional por cambio de método constructivo y ampliación de sección.

Las demás obras: que comprende toda la GAD, tendría un valor aproximado de $190.000 millones, incluyendo la descarga de fondo, el bye pass, los dos ramales y revestimientos, entre otros. EPM advierte que la GAD se podría independizar en dos o más frentes de obra que no presentarían interferencias.

Sobre la aceleración, EPM le hizo otra propuesta al contratista que consiste en reconocerle un bono, pero con la condición de entrar el 30 de noviembre de 2018; si no se entra en esta fecha, éste sería decreciente en los nueve (9) meses siguientes. El contratista solicitó un bono de USD 25 millones.

Los costos de la aceleración en el peor de los escenarios, serían alrededor de $380.000 millones, sin incluir el bono.

Ahora bien, alega además la apoderada que a EPM sí se le pidieron explicaciones sobre lo manifestado por el BOARD en su informe No 3 y que el reporte que dio en su momento era que la preocupación del BOERD radicaba en la dificultad de encauzar el río por el tercer túnel, por la incertidumbre desde el punto de vista hidráulico.

Sobre este punto es importante recordar que el hecho de que algo sea físicamente factible, no lo hace aconsejable para el proyecto y esto es lo que precisamente plantea el BOARD de expertos, quienes conscientes de los apremios del proyecto consideraron que era preferible acelerar otras etapas del mismo y NO la desviación del río.

Y eso es lo que textualmente consagraron en el informe No 3.

Cabe resaltar que, tanto el BOARD de expertos en el acta No 3 expresó "haber sido sorprendido"[268] por EPM con la decisión ya tomada de realizar el tercer túnel, aún sin tener claridad de cómo lo iba a hacer, lo cual se encuentra además corroborado en los testimonios rendidos por el señor Juan Luis Cadavid Restrepo[269] y por el

---

[268] *Carpeta principal No.65 – Folio 13915 – Información DD94- Correspondencia recibida – Respuesta 4 – P 4 – Actas y contratos CM – Anexo 1 – Actas Board – Junta de Asesores 3 reunión informe No.3_29NOV13: "En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y complementar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta. Además, la alternativa de desviar el río sin las estructuras de cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío , para garantizar el mantenimiento de la fecha de enero de 2014, no fue apoyada. La Junta, se manifestó a este respecto en las conclusiones de su informe como se transcribe abajo: "La Junta de Asesores considera que los riesgos técnicos inherentes a la aceleración del desvío del río no son aceptables y recomienda ejecutar el diseño original optimizando con el contratista principal CCC. El desvío del río debe ser efectuado después del término de las excavaciones y del concreto de estructuras incluso la instalación de las guías de las compuertas". Incluso se procuró demostrar que, en caso de retraso en el cierre mismo, las fechas finales de generación podrían ser mantenidas, con el desvío del río en el verano de julio-septiembre siguiente y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa, que en el cronograma estaba prevista con mucho holgura.* ***En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra".***

[269] *"(…) Nosotros llegamos a la reunión con los asesores un lunes, presentamos todos los estudios en que estamos enterando al Board de los avances de los estudios nuestros y los avances del proyecto. Llegamos a las 8 a.m. como es lo normal a EPM y se nos informó que los miembros de la Junta estaban en una reunión en la Gerencia. Esa reunión se tardó mas o menos hora y media, fue una reunión larga, nosotros los esperamos y luego se integraron a la reunión con nosotros y llegaron un poco bastante alterados, porque se informó por parte de la Gerencia, que se había tomado la decisión de hacer el tercer túnel, porque EPM requería cumplir con el cronograma del proyecto que ya estaba bastante atrasado. Eso molestó bastante, porque no era una decisión técnica, sino política, y no era una solución usual para un proyecto de esta magnitud, se molestaron bastante. Ellos en reuniones anteriores, nosotros habíamos presentado diferentes tipos de soluciones, porque las*

señor Gabriel Jaim Lacouture Correa[270], es suficiente para considerar que contrario a lo afirmado por la apoderada sí se trató de una decisión improvisada.

Ahora bien, que desde la decisión de que los túneles originales de desvío no contaran con las estructuras de cierre, el proyecto se encontraba en una situación calificada por el BOARD como "inusual", ante la premura de cumplir con los tiempos de entrada en operación (aún cuando desde 2012 se sabía que era poco probable), en el acta 6 del Board de expertos y después de buscar las soluciones técnicas posteriores. Cabe anotar que para el acta 3 del Board Integral en calidad de asesor presentó un preproyecto tal y como se explicó en el testimonio del señor Gabriel Lacouture del preproyecto, se presentó una solución más estructurada, el BOARD simplemente se expresó en el sentido de dar su opinión sobre cuál de estas opciones planteadas era la menos riesgosa, lo que en ninguna medida puede entenderse como un aval de las situaciones irregulares anteriormente planteadas.

Por otro lado, sostiene el apoderado que su representado no omitió valorar las circunstancias que enmarcaban el proyecto, y se refirió de nuevo a que el señor Calle Restrepo se declaro impedido cuando tuvo que hacerlo, pues bien sobre la primera apreciación del apoderado, este Despacho se remite a lo explicado líneas atrás en relación con el nexo de causalidad y la concurrencia de conductas y en este punto reitera que el hecho de haber avalado todas las decisiones de EPM sin tener en cuenta toda la información disponible fue lo que permitió que el proyecto se siguiera desarrollando bajo planes de aceleración o de recuperación de tiempos que a su vez suponían la inversión de mayores recursos, lo que tuvo un impacto significativo en relación con el tercer túnel de desviación, pues si bien en abstracto, contando con los tiempos necesarios para adelantar las distintas verificaciones técnicas del caso y revisando los procesos constructivos de manera detallada la realización de un túnel puede no tener mayores dificultades, en el caso concreto del proyecto, al no contarse con las holguras necesarias y ante una geología que se había presentado como compleja desde el inicio del proyecto, la modificación en corto tiempo de las características inmodificables del proyecto, en contravía de la

---

veníamos estudiando antes para tratar de evitar los atrasos del proyecto y nunca no las aprobaron, siempre insistiendo que la solución ideal para el proyecto era construir los diseños originales (…)".

[270] *"(…) en esa tercera reunión, nosotros llegamos el día lunes a las 8 a.m., nos sentamos en la mesa en la sala de reuniones donde se hacían esos encuentros con el Board y en esos encuentros participamos varios del equipo de Integral, el Director del proyecto y los que íbamos a exponer y participaban un equipo de EPM, el Board de asesores y a veces, por lo general un representante de la interventoría también en el sitio. En esa reunión llegamos todos muy puntuales, estábamos sentados esperando que llegara la gente de EPM, y nos dijeron que los de EPM estaban en una reunión con el Gerente de EPM y ahí estuvimos esperando. Mientras esperábamos estábamos discutiendo informalmente que vamos a presentar el tercer túnel y luego llegaron la gente de EPM, y expresaron que el tercer túnel es una decisión tomada y vamos adelante con esa decisión* ***y ahí fue donde el Board, en ese reporte dice que fueron sorprendidos con la decisión ya tomada de ese tercer túnel e Integral también fue sorprendido****, EPM la veía muy viable porque según beneficios programáticos, no quiero especular, pero EPM tomó la decisión con base, veían los beneficios que tenían y tomaron la decisión en ese momento y el Board es donde dice ahí que no les fue consultada ni si quiera fue discutida sino que la decisión ya estaba tomada (…)".*

opinión del BOARD de expertos quienes consideraban que era preferible recuperar los tiempos en otras obras principales, sin duda puso en una situación de vulnerabilidad el proyecto, llevando a que se concretara la llamada “contingencia de 2018.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Continúa el apoderado indicando:

> *Finalmente, el quinto reproche realizado a mi representado se afirma que él suscribió el 22 de diciembre de 2015 la AMB 15 al Contrato de Obras Principales, apartándose de la debida diligencia de un Gerente General de EPM. Acusación que se cae por el simple hecho de que mi cliente no suscribió el mencionado documento, tal y como se expondrá posteriormente, por lo cual no hay lugar a indicar que no existió la supuesta falta de diligencia del señor CALLE RESTREPO.*
>
> *Lo anterior permite demostrar que mi representado actuó diligentemente en calidad de miembro de la Junta Directiva de Hi y, contrario a lo que pretende demostrar la Delegada, sus actuaciones estaban dirigidas a lograr que a pesar de las adversidades el proyecto de la Hidroeléctrica llegara a buen término y se cumpliera con el objetivo de ese megaproyecto, ello sin generar en ningún punto perjuicios para ninguna de las entidades públicas implicadas En conclusión, por un lado, la CGR omitió demostrar la culpabilidad de mi cliente bajo los postulados establecidos constitucionalmente, esto es, bajo la modalidad de culpa grave, pues la sustentó bajo los parámetros del buen hombre de negocios que, como se explicó, es la misma culpa leve del artículo 63 del Código Civil y vulneró su derecho al debido proceso. En este sentido, no podría predicarse una responsabilidad fiscal por no haberse acreditado uno de sus elementos constitutivos, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y deberá archivar el proceso en contra de CALLE RESTREPO. Por otro lado, no incurrió en la culpa grave que podría demandársele a mi cliente como servidor público*
>
> ***D. MI REPRESENTADO, EL SEÑOR CALLE RESTREPO, NO SUSCRIBIÓ LA AMB NRO. 15 AL CONTRATO DE OBRAS PRINCIPALES, NI ERA MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE HI AL MOMENTO DE LA SUSCRIPCIÓN DEL AMB, LO QUE HACE INEXISTENTE ESTE REPROCHE.***
>
> *Se reprocha a mi representado suscribir el AMB 15 del 22 de diciembre de 2015. Sobre el particular, es importante destacar lo señalado por la Delegada, en los siguientes términos: "Por último, resulta reprochable para el Despacho, el hecho de que, actuando como Gerente General de EPM y con pleno conocimiento de que el tercer túnel de desviación no había sido aceptado por la Junta de Asesores de EPM, Juan Esteban Calle Restrepo suscribió el 22 de Diciembre de 2015 la AMB 15 al Contrato de Obras*

Principales, la cual se formalizó con la construcción del Sistema Auxiliar de Desviación (SAD), cuya construcción inició en agosto de 2015." (Resaltado fuera del texto) Sobre el particular se debe recalcar que, al revisar el documento sobre el que se fundamenta el reproche del señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, se evidencia que él no suscribió el mencionado AMB. Nro. 15. Es decir, el hecho en el que se sustenta el cargo de la Delegada no existió por lo que procede el archivo. Dicha situación, se encuentra contemplada en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, donde se indica que al comprobarse que el hecho no existió se debe archivar el proceso fiscal, así: "Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma." Además, mi representado no tenía la calidad de miembro de la Junta Directiva de HI en la fecha de suscripción del AMB 15, a saber, mi cliente fue miembro de la Junta hasta el día 9 de junio de 2014 y el AMB fue suscrito el día 22 de diciembre de 2015. Es decir, habían trascurrido casi un año y medio desde la culminación de labores de mi cliente en la Junta Directiva de HI y la firma del AME. Lo anterior permite evidenciar que es completamente irracional e injustificado imputarle culpa grave al señor CALLE RESTREPO por una conducta que no cometió.

Por consiguiente, en aplicación de la citada norma, la Delegada deberá archivar el presente reproche, con fundamento en la inexistencia del hecho imputado a mi representado. Por otro lado, al entenderse que dicha conducta no existió, la Delegada debería disminuir la cuantía del daño patrimonial endilgado a mi prohijado. Lo anterior, debido a que su responsabilidad debe ser individualizada frente a la participación que tuvo en el supuesto daño patrimonial. En consecuencia, deberá desestimarse el presente cargo y determinarse, con claridad, la implicación del archivo sobre la cuantía del daño imputado.

R:/ Si bien es cierto que la suscripción de la referida AMB no fue adelantada por el señor Calle Restrepo, sino por Luis Javier Vélez Duque, omite el apoderado lo que fue por él expuesto en el escrito de descargos del señor Luis Javier Vélez, y es que precisamente, el gerente de EPM (Juan Esteban Calle Restrepo), daba su visto bueno directo para la suscripción de este tipo de documentos. Se tiene entonces, que se incurrió en una imprecisión en el Auto de imputación, y que lo correcto sería haber afirmado que "*aprobó la suscripción de la AMB No. 15*", no obstante al haber obrado su aprobación, no es dable "archivar" el cargo, tal como lo indica el apoderado, en primer lugar, porque la normativa fiscal no da lugar a "Archivar cargos", sino al archivo de la investigación en contra del presunto responsable, cuando se encuentre probado que no tuvo incidencia alguna en la materialización del daño, lo cual no ocurre en el presente caso.

Se hace pertinente traer a colación lo señalado por el apoderado en el escrito de descargos de Luis Javier Vélez Duque, en el que refiriéndose a la suscripción de la AMB 19:

> *"De otro lado, se cumplió con todo el procedimiento de revisión auditora para la suscripción del AMB 19, fue auditada y validada antes de su suscripción, tanto por la Secretaría Jurídica como por la Auditorio. Interna de EPM, fue autorizada por la Vicepresidencia Ejecutiva de Proyectos e Ingeniería, instancia jerárquica inmediatamente superior a la Vicepresidencia de Proyectos Generación, a través de la cual debía surtirse trámite de autorización previa, y f**ue autorizada sin objeciones u observaciones por el Gerente General de EPM** en el Comité de Contratación de la Gerencia General de EPM, tal como consta en el "Acta de Contratación No 48" de dicho comité" (Negrillas propias)*

De la argumentación del apoderado, se infiere que, en efecto el gerente general de EPM, aprobaba la suscripción de las AMB, por ende, la No.15 pasó por la misma cadena de aprobación.

Cabe recordar adicionalmente que, el principio de confianza **solamente puede invocarse si quien lo invoca actúa de manera diligente y cuidadosa en el desarrollo de sus propias funciones.** Cabe recordar que sobre el particular, la Corte Suprema de justicia ha considerado lo siguiente:

> *"En orden a examinar la violación del deber de cuidado objetivo, rige la regla de la confianza, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la intersubjetividad permanente del ser humano, razón por la cual, **quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida en que actúa diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo** propio. Sería imposible el desenvolvimiento de un despacho judicial si, por razón de la complejidad de su actividad funcional, el funcionario director ni siquiera tuviera derecho a entregar desempeños materiales o jurídicos al personal subalterno o auxiliar, y a confiar en que ellos realizarán la tarea con el mismo criterio de delicadeza y probidad. Pero, se insiste en que el principio de confianza no otorga derechos sobre los demás, simplemente obedece a una regla de la experiencia que razonablemente rige la interacción humana, motivo por el cual **sólo el cumplimiento del individuo en lo que le obliga y es su aporte al trabajo mancomunado, lo habilitaría para confiar y no verse afectado por la malicia o despreocupación de los demás partícipes**".* (Sentencia del 9 de septiembre de 1997, MP: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Proceso No. 12655)

Esta misma lógica ha sido adoptada por la Procuraduría General de la República en diferentes pronunciamientos entre ellos en el fallo de segunda instancia proferido en contra de la exalcaldesa encargada de San Gil Santander[271], en el cual se dijo:

> *"(…) el principio de confianza en los subalternos no desconoce el deber del superior jerárquico de cumplir diligentemente sus funciones y deberes constitucionales y legales", pues como lo señala la Constitución Política "(…) quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida que actúe diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo propio (…)".*

Se tiene entonces, que en efecto la AMB referida, si fue conocida y aprobada por el señor Calle Restrepo.

Por lo anteriormente expresado, el argumento no está llamado a prosperar.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal, de forma solidaria, a título de culpa grave y como gestor fiscal en contra del señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO; en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.**

ARGUMENTOS DE DEFENSA Y VALORACIÒN PROBATORIA COMUNES A LOS PODERDANTES DE LA DRA. TAMAYO

Teniendo en cuenta que los argumentos esgrimidos por la Apoderada de RAFAEL ANDRÉS NANCLARES OSPINA, JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, MARÍA

[271] https://www.procuraduria.gov.co/portal/En-fallo_de_segunda_instancia__Procuraduria_suspendio_a_exalcaldesa_encargada_de_San_Gil__Santander__.news

EUGENIA RAMOS VILLA y SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, en los escritos de descargos presentados coinciden en la mayor parte en su argumentación y respecto de los argumentos del señor FEDERICO RESTREPO POSADA, se da una identidad parcial en los siguientes acápites:

- "A modo de Proemio" que en el escrito de argumentos de defensa del Señor Federico Restrepo corresponde a "Cuestión Previa)
- "Funciones Corporativas de la Junta Directiva de Hi
- "La Dimensión del Proyecto Hidorituango implicaba la división del trabajo en personal especializado, con experiencia, trayectoria y conocimientos especializados de acuerdo con los roles asignados
- "División de trabajo dentro de un megaproyecto: premisa indispensable para la concepción y desarrollo del mismo.
- Principio de confianza: pilar fundamental para el desarrollo de un megaproyecto
- Ausencia de daño patrimonial como elemento esencial de la responsabilidad fiscal
- Ausencia de nexo de causalidad entre los supuestos fácticos en los cuales se sustentan los cargos y el presunto daño patrimonial.
- Ausencia de culpa grave necesaria para predicar responsabilidad fiscal-inaplicabilidad de la Ley 222 de 19995.

Para efectos prácticos, procederá a darse respuesta a los argumentos comunes y se realizará el análisis del respectivo material probatorio. A renglón seguido se abordarán los argumentos particulares, si los hay, correspondientes a cada uno de los imputados atrás enunciados. Inicia la apoderada su exposición como sigue:

> ***A modo de proemio***
> *"El día 26 de abril de 2018, dos días antes de presentarse la contingencia en el proyecto más ambicioso del país durante los últimos años, en informe "Executive Summary presentado por el Dr. Nigel Legge, representante de la firma Nigel Legge Associates Ltd -Zurich (Londres)- a las aseguradoras del proyecto, luego de realizar una visita a la hidroeléctrica, en abril de 2018, destacó:*
>
> *"Un progreso considerable se ha logrado en los últimos 12 meses con ambos**, las obras civiles y los trabajos electromecánicos, y la gerencia y el desarrollo del proyecto se consideran buenos y generalmente consistentes con las mejores prácticas internacionales.** El asegurado continúa comprometido positivamente con el proceso de aseguramiento de riesgos del asegurador, atendiendo las recomendaciones y suministrando la información." (Dr. Nigel Legge, Londres, Abril de 2018). "Después de los retrasos en las etapas tempranas de construcción del proyecto, principalmente relacionados con la pobre geología y problemas de estabilidad, se implementaron una serie de estrategias para acelerar las obras y en 2015 EPM acordó un programa de aceleración con el contratista de las obras principales, CCC. **Las medidas de aceleración han probado ampliamente que fueron***

efectivas y actualmente el progreso de la obra es 81.4% comparado con 82.5% programado. La operación comercial de la unidad 4 está programada para noviembre del 2018 y este hito será logrado. Bajo el programa actual la última unidad 8 estará en operación en marzo de 20213." (negrillas nuestras".

Como se desprende de los párrafos anteriores, el Dr. Nigel Legge se sorprende gratamente de la capacidad, tenacidad e inteligencia de quienes lideraron el proyecto más ambicioso de generación de energía en el país, resaltando la gerencia y el desarrollo de este consistente con las mejores prácticas internacionales; de tal forma que desde que se acordó el plan de aceleración en 2015 con el Consorcio CCC a la fecha del informe (28 meses), el proyecto había logrado recuperarse de un retraso del 10,4% en noviembre del 2015 a sólo 1,1%, acorde con el informe ya mencionado, y que permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango.

Dos meses antes de presentarse este concepto por el reasegurador en Zurich, Londres, la empresa DELOITTE, auditora oficial del seguimiento al cronograma de la CREG, el día 23 de febrero de 2018 presentó el informe No. 17 de "Auditoría la obligación de cumplir con la Curva S y el Cronograma para la Construcción y Puesta en Operación Comercial de la Hidroeléctrica Ituango al 31 de diciembre de 2017", en el cual se consideró un adelanto de ocho (8) días en el inicio de la operación comercial en la Unidad 4, tal como se visualiza en la gráfica que se presenta en la parte final del informe, la cual se inserta a continuación.

Adicionalmente, se destaca que a esta fecha el proyecto presentaba una ejecución financiera de 6,8 billones de pesos, de los 9,2 billones planeados como presupuesto del proyecto.

(…)

A las dos revisiones realizadas al proyecto en abril de 2018, la del reasegurador en Zurich y la de la empresa Deloitte, ha de sumarse un tercer informe rendido en abril de 2018 por la interventoría del proyecto, en la cual se precisa que se estaba cumpliendo con el cronograma, lo que garantizaba que la primera unidad entraría a generar en noviembre de dicho año.

En efecto, la firma INGETEC-SEDIC, encargada de la Interventoría del proyecto, relaciona el avance o evolución de la obra física y el costo de la misma desde enero de 2017 a mayo 2018, el cual fue documentado en los informes de interventoría que se relacionan a continuación, debiendo aclarar que los informes se presentan mes vencido, y como la contingencia ocurrió el 28 de

abril de 2018, pero el colapso avanzó y sólo quedó finalmente expuesto el 30 del mes y año mencionado, el informe de interventoría no contempló ni documentó esta contingencia hasta el informe presentado en junio del mencionado año.

Como puede observarse en los informes de la interventoría (instancia oficial de seguimiento a la obra) se ve clara y contundentemente que a abril de 2018 la obra ya estaba con los atrasos prácticamente recuperados (-0.57%) faltando todavía 7 meses para la terminación de la primera etapa (noviembre de 2018) e igualmente el costo se encontraba por debajo de lo presupuestado.

(...)

También cabe destacar que la Junta Directiva que sesionó durante los períodos 2016 a 2019 estuvo enterada de estos avances, de obra física y de costo, ya que los reportes consignados en las actas así lo demuestran:

Lo anterior, permite concluir que el plan de aceleración implementado para la recuperación de los atrasos presentados en la obra física fue eficiente, eficaz y arrojó los resultados esperados. Adicionalmente, los costos a abril de 2018 estaban por debajo de lo presupuestado, lo que demuestra claramente que el plan de aceleración no generó sobrecostos.

Como lo acreditan cuatro informes presentados por las entidades oficiales, cada uno en su rol y con intereses distintos como son: Deloitte, auditor oficial de la CREG; el Dr. Nigel Legge, representante de las firmas reaseguradoras; INGETEC-SEDIC, como Interventor del proyecto; y la Junta Directiva de HI, el proyecto a abril de 2018 estaba prácticamente cumpliendo cronograma lo que garantizaba que la primera máquina del proyecto Hidroeléctrico Ituango entraría a generar en noviembre de dicho año tal como estaba previsto.

Es importante precisar, antes de continuar la exposición, que el proyecto, HIDROITUANGO es una obra de gran dimensión:

"Puede decirse que el proyecto hidroeléctrico Ituango tiene una presa de 225 metros de altura, una mole de más o menos el tamaño de dos estadios de fútbol uno encima del otro y que ataja por un momento las aguas del río Cauca, cerca del antiguo puente de Pescadero. Y que la caverna de máquinas tiene 240 metros de longitud, 23 de ancho y 49 de altura: una estructura interior más o menos de la altura del edificio central de EPM en Medellín y ahí se alojarán ocho poderosas turbinas… (…)".

*Sólo dos días después del informe presentado por el reasegurador en Zurich Londres, y de haber rendido los informes de las otras tres entidades, el 28 de abril de 2018 se presentó un taponamiento del túnel de desviación luego de una fuerte acreciente del Río Cauca, y, a partir de este hecho, quienes habían sido exaltados por su capacidad e inteligencia ahora resultaban enjuiciados, por su supuesta torpeza "**No actuaron con la diligencia que le es exigible a una persona en sus propios negocios", "incumplieron sus deberes como administradores".***

La pregunta que surge obligada, después de revisar el concepto presentado por Dr. Nigel Legge y el informe de la firma auditora oficial para hacerle seguimiento al cronograma DELOITTE, el informe del interventor y las actas de la Junta Directiva de HI, es sí el proyecto se encontraba prácticamente ajustado al cronograma y todo indicaba que entraría en operación en la etapa prevista para dar cumplimiento a la CREG, ¿cuáles fueron las causas que originaron la contingencia?

La delegada en el auto de imputación de responsabilidad fiscal a folios 1052, dio la respuesta a este interrogante, o así al menos lo deja entrever cuando señala:

*"2) terminación de las obras de desviación por parte de CCCI-contratista de las obras principales- bajo un plan de aceleración lo que aunado a problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuertas para los túneles de desviación y la decisión de no ponerlas por falta de tiempo, en contravía de lo aconsejado por el board de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y **específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista**, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación Ituango como asesor, de EPM como contratante y **de hidroituango desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto.***

Sindéresis que es reiterada en varios apartes del auto de imputación de responsabilidad fiscal, frente a los cuales citaré la parte relevante para el análisis:

"De lo anterior se concluye que la causa del colapso de la GAD obedeció a las fallas que anota el informe de los reajustadores, de donde este Despacho refrenda la conclusión de que la contingencia no obedeció

exclusivamente a una causa ***externa, sino que la misma fue producto de defectos constructivos, problemas en el seguimiento y control de las obras****, como consecuencia de la ejecución acelerada de las obras para intentar cumplir a toda costa con una fecha de entrada de generación de energía" (Folio 106) (negrillas nuestras)*

"De lo anterior se concluye que la causa del colapso de la GAD obedeció a las fallas que anota el informe de los reajustadores, las cuales indican deficiencias en el seguimiento a los procesos constructivos en lo que la Interventoría participó activamente y sobre los que tenía la obligación contractual y legal de supervisar. (…)

"De acuerdo con el informe de los reajustadores, se incurrieron en errores en el diseño, hubo sobre excavaciones, existieron fallas en la construcción y en la revisión de las obras, sumado a la previsibilidad de la existencia de una zona de cizalla que no fue debidamente tratada, causas todas estas que derivaron en la contingencia de abril de 2018*, hecho que fue determinante para que se generara el daño al patrimonio del Estado, toda vez que tales situaciones ocasionaron mayores inversiones las cuales, como se probó llevaron a destruir el valor presente neto del proyecto e imposibilitaron la entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, lo que, a su vez generó una merma patrimonial al Estado como consecuencia del lucro cesante" (Folio 199). (Negrillas nuestras)*

"Al estudiar la conducta, se probó que el colapso de la GAD, ***también encuentra como concausa problemas constructivos atribuibles al consorcio contratista****, entre otros, por la sobre excavación que no permitió generar el efecto de arco, la no utilización de medidas de seguridad adecuadas, no utilizar el método de observación en debida forma, etc." (Folio 362). (Negrillas nuestras).*

Otro aparte de la causa de la contingencia es el descrito en el folio 345 del auto de imputación de responsabilidad así:

"Dado lo anterior, ***se tiene probado que problemas relacionados con la construcción de la GAD****, sirvieron como concausa a que se derrumbara parte del túnel auxiliar de desviación, causándose así un taponamiento del mismo, situación que coaduyo (sic) a que la presa no pudiese ser explotada económicamente a partir de noviembre de 2018" (Negrillas propias)*

Partiendo de las premisas, conclusiones y argumentos plasmados en el auto de imputación de responsabilidad fiscal frente a las causas que

originaron la contingencia y correlativamente la generación de unos costos mayores en la ejecución del proyecto, surge una pregunta obligada:

¿Si los problemas que originaron la contingencia y por ende todos los sobrecostos del proyecto y la no entrada en operación de la central hidroeléctrica fueron los defectos constructivos del tercer túnel o Galería Auxiliar de Desviación (GAD), y dicha responsabilidad se endilga por la falta de diligencia del contratista y la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación Ituango como asesor de EPM como contratante ***y de Hidroituango desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto20****, entonces por qué no vinculó a este proceso a quienes precisamente cumplieron ese rol de vigilancia y control durante los años en los que se construyó la GAD?.*

El Despacho pasó de soslayo el hecho contundente, cierto e incontrovertible que el tercer túnel, el cual asevera que adoleció de defectos constructivos por parte del constructor y de vigilancia y control por parte de los entes involucrados para el tema, se llevó a cabo en más del 95.5% entre los años 2016, 2017, etapa en la cual mis poderdantes no fungieron como miembros de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, ***y, por lo tanto, esa responsabilidad de vigilancia y control, la cual reclama la Contraloría, no puede requerirla de la Junta Directiva saliente, sino de quien ostentaba dichos roles en el periodo en que fue construida la misma.***

Rta: Para dar respuesta al argumento de defensa anterior, es necesario precisar que el mismo se dirige a cuestionar el nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Parte la apoderada de una premisa equivocada cual es la de identificar como único hecho generador del daño el Colapso de la GAD.

Sobre el particular, resulta necesario recordar tal y como lo transcribe parcialmente la apoderada que, de conformidad con la imputación, se precisó que los hechos generadores del daño investigado frente a los señores RAFAEL ANDRÉS NANCLARES OSPINA, JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA y SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, eran los siguientes: (fl 18225 a 18257):

1. Atrasos y defectos en la ejecución del contrato de los túneles de desviación suscrito con el Consorcio CTIFS que supuso la implementación de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, todo lo anterior como consecuencia de situaciones atribuibles fundamentalmente al contratista, las cuales no fueron mitigadas a tiempo por EPM y por Hidroituango desde su rol de vigilancia y control establecido en el contrato BOOMT y

2. Terminación de las obras de desviación por parte de CCCI-contratista de las obras principales bajo un plan de aceleración lo que aunado a problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuerta para los túneles de desviación y la decisión de no ponerlas por falta de tiempo, en contravía de lo aconsejado por el BOARD de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación Ituango como asesor, de EPM como contratante y de Hidroituango desde sus funciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto.

Respecto de FEDERICO RESTREPO POSADA los hechos generadores del daño eran los siguientes:

1) atraso en los diseños y la construcción de las vías de acceso al proyecto, así como en los diseños de las obras principales, que llevaron desde el principio a que se idearan e implementaran planes de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos, lo anterior como consecuencia de falta de planeación, de desordenes administrativos de hidroituango, del hecho de que la junta directiva no conminara al gerente a cumplir en tiempo las decisiones que se adoptaban, y de decisiones improvisadas que introdujeron modificaciones sustanciales a las características del proyecto,

2) atraso en la suscripción del contrato de construcción de los túneles de desviación como consecuencia de problemas de planeación que se manifestaron en decisiones administrativas y presupuestales inoportunas,

3) Atrasos y defectos en la ejecución del contrato de los túneles de desviación suscrito con el consorcio ctifs que supuso la implementación de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, todo lo anterior como consecuencia de situaciones atribuibles fundamentalmente al contratista, las cuales no fueron mitigadas a tiempo por epm ni por hidroituango desde su rol de vigilancia y control establecido en el contrato boomt, y

4) Terminación de las obras de desviación por parte de ccci -contratista de las obras principales- bajo un plan de aceleración lo que aunado a problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuertas para los túneles de desviación y la decisión de no ponerlas por falta de tiempo, en contravía de lo aconsejado por el board de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia

de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación ituango como asesor, de epm como contratante y *de hidroituango desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato boomt como dueño del proyecto*

Así mismo se precisó que se trataba de una **secuencia de hechos concatenados que puso en estado de vulnerabilidad el proyecto lo que condujo a que se diera la contingencia de 2018 y generaron un incremento de las inversiones que condujo a la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.**

Cabe recordar que una cosa es la causalidad física de un evento y otra cosa es la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"*[272]*.*

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y que dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, lo cierto es que el daño que se estudia en esta causa fiscal es la destrucción del valor presente neto del proyecto y el lucro cesante que se dio como consecuencia de su no entrada en operación.

Dicho daño tal y como se explicó, se dio como consecuencia de una serie de hechos concatenados que tuvieron como origen las conductas concurrentes de los diferentes actores que desempeñaban roles específicos de cara al desarrollo del proyecto Hidroituango, tal y como se explicó desde el acápite de hechos.

El hilo conductor entre las conductas que fueron determinantes para la producción del daño, consiste en la cadena de errores tanto de orden administrativo como técnicos ampliamente probados en esta causa fiscal, que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto y que**

[272] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

desencadenaron en la Contingencia de 2018. Todo lo cual generó mayores inversiones injustificadas que destruyeron el valor presente neto del proyecto y así mismo impidieron, como consecuencia de haber ajustado los tiempos del proyecto, que el mismo entrara en operación en la fecha programada lo que generó el lucro cesante.

En este sentido, si bien es cierto que la contingencia se dio en el año 2018, es decir tiempo después de que los poderdantes antes mencionados, hubiera dejado los cargos que ostentaban y por los cuales se les imputó responsabilidad fiscal, ese hecho por sí mismo no resulta suficiente para romper el nexo de causalidad. En efecto el Consejo de Estado ha reconocido que aún en los eventos en los cuales el daño (entendido como erogación de un recurso) ha ocurrido con posterioridad a que una persona abandone el cargo, en todo caso esta persona está llamada a responder fiscalmente si dicha erogación es producto de una decisión adoptada por este en ejercicio de dicho cargo.

> **"***En ese sentido, la responsabilidad fiscal del gestor de recursos y bienes del Estado cuanto este es un funcionario público, no se agota al separarse de sus funciones, sino cuando de su gestión no pueda derivarse un daño patrimonial al Estado o, habiéndolo causado, haya caducado la acción que conduzca a la declaratoria de la responsabilidad, eventos que no acaecieron en el caso concreto, por lo que la Sala desestimará este fundamento de la alzada.* **En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta**. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo. *De lo expuesto se colige que existe un claro nexo causal entre la conducta del actor, celebración del contrato, y el pago que se hiciera a favor del contratista, a pesar que la ejecución de la prestación no se reflejara en la satisfacción del interés general"*[273]

En el caso concreto, **las acciones y omisiones que le fueron atribuidas a los miembros de la Junta Directiva de HI para el periodo 2012-2015, en ejercicio de una gestión fiscal directa**, antieconómica, ineficiente e inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango, fueron las siguientes:

[273] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012) Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00247-01

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.
2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.
4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de PEM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

En el caso concreto, **las acciones y omisiones que le fueron atribuidas al señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, en ejercicio de una gestión fiscal directa**, antieconómica, ineficiente e inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango, fueron las siguientes:

1. En calidad de delegante no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario en la junta directiva de Hidroituango.
2. En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y

capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, mínimo bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.

Al señor **JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, en su calidad de Gerente de HI, por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa** antieconómica, ineficiente, inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. No haber tenido en cuenta para la elaboración de su propuesta de la composición de la planta de Hi el informe PENTA, que había sido contratado precisamente con el fin de establecer la mejor estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de Hl del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte de la sociedad que gerenciaba, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de Hl.
2. A pesar de conocer de primera mano los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, decidió no hacer uso directo-en su calidad de representante de la sociedad dueña del proyecto-, ni instar a la junta a implementar los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos.
3. Haber ocultado a la Junta Directiva información trascendental, relacionada tanto con la imposibilidad de entrada en operación en la fecha incialmente contemplada, como con la advertencia del BOARD de expertos asociada a los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018.

Estas conductas incidieron de manera directa en la producción del daño, toda vez que las mismas, aunadas a los atrasos ya acumulados y defectos en la planeación que tenía el proyecto, diluyeron la capacidad de seguimiento que debería tener la junta directiva de Hidroituango sobre el proyecto, concretamente sobre las actuaciones de EPM, a pesar de la obligación establecida para el dueño del proyecto de conformidad con el anexo 6 del BOOMT.

Lo anterior impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Todo lo anterior, llevó a que EPM acelerara de manera negligente el proyecto, reconociendo mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de hidroituango, se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos que colapsó. Todo lo cual generó el daño al patrimonio del Estado descrito en esta causa fiscal como la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.

En este contexto, es necesario precisar frente a las aseveraciones de la apoderada, relacionadas con los informes de Legge, Deloitte y la interventoría que según ella son prueba de la efectividad del plan de aceleración, que los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino cuando dichas determinaciones permiten reconducir de manera efectiva de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación lo cual se encuentra probado con los siguientes documentos**:

- **Informe de interventoría 2020** (Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O- CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020 (septiembre de 2020), en el cual se estableció:

> ***"****Observaciones generales al programa de trabajo*
>
> *Como resultado de las mesas de trabajo para programa con aceleración, el Contratista por medio de la comunicación CI-04657 entregó el 16 de octubre de 2015 el programa con aceleración para revisión final de EPM y de la Interventoría. Este programa, fue aprobado por las partes (EPM y Contratista) con la AMB 16 el 23 de diciembre de 2015.*
>
> *Hasta el mes de abril de 2018, se realizó el seguimiento y control al avance de las obras contando con este programa.* ***De acuerdo a dicho programa, el ejercicio de seguimiento indicaba que, con una buena dinámica de trabajo, era posible terminar las obras necesarias para el inicio de llenado del embalse a partir del 1 de julio de 2018.***
>
> *El programa firmado con la AMB 16, perdió vigencia a raíz de la contingencia del proyecto desde finales de abril de 2018, por lo tanto, los comentarios que se presentan a continuación, se encaminan a indicar las acciones emprendidas en cada uno de los frentes de trabajo desde el momento de la presentación de la contingencia con el objeto de minimizar los efectos sobre las comunidades, la*

protección del proyecto y además el avance del mismo en la medida de lo posible.

Bajo el marco de la AMB-36, para la estabilización del proyecto se vienen realizando mesas de trabajo, donde se analizan alternativas de diseño y metodologías constructivas en la medida que se va determinando el alcance de las obras a ejecutar. En base a esto y en los compromisos adquiridos en los comités de obra, el Contratista con la comunicación CI-13046 del 6 de febrero de 2020, presentó un programa preliminar PHI-PTV-GEN-001-R0 para las obras que se están ejecutando en los diferentes frentes, en las cuales se tienen definidos los diseños. ***La Interventoría realiza el seguimiento y control a las obras en base a este programa, sin embargo, en la medida en que se realizan ajustes de diseño y se solicitan obras nuevas que obedecen a la atención de la contingencia, el programa pierde vigencia****. Por tal motivo es prioritario definir un programa general que permita realizar el adecuado control y seguimiento a todas las obras del Proyecto".*

Como conclusiones de la interventoría se estableció en el mismo documento, que *"a pesar de contar con avances importantes en la limpieza y retiro de materiales de la central, a la fecha, no es posible determinar en su totalidad las afectaciones en la misma, porque aún no se ha tenido acceso a todos los sitios",* así se plasmó en el mismo:

"(…) y además debido a que el grupo de expertos de EPM y la Asesoría continúan realizando inspecciones y analizando los trabajos necesarios para la recuperación de las cavernas y galerías, que estuvieron sometidas al paso de agua durante nueve meses, entre mayo de 2018 y febrero de 2019. ***En la medida en que se realizan las inspecciones se determinan los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no ha permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto.***

Las obras actuales están encaminadas al taponamiento definitivo de la galería auxiliar de desviación GAD, que ya cuenta con el pre tapón terminado, el taponamiento del túnel de desviación derecho, la estabilización de los distintos sitios afectados, como las galerías en la central y el talud de la parte alta de la plazoleta de compuertas, además el retiro de escombros de la central y los tratamientos de estabilización al interior de las cavernas, el retiro de equipos afectados en la central y la limpieza de los túneles de descarga. Todas estas obras están enfocadas a mitigar y prevenir los riesgos, proteger las comunidades, conservar el medio ambiente y el avance de las obras de estabilización del proyecto en la medida de lo posible.

Con la situación presentada a raíz de la pandemia actual generada por el Covid-19, se evidencian afectaciones en la ejecución de las obras, desde el mes de marzo de 2020 hasta la fecha*, debido a que el Contratista de las Obras Principales debió aislar parte del personal que realizaba labores operativas y de supervisión de las obras por contagio y por nexos, lo que afecta los rendimientos.*

Además, desde mediados de junio comenzó el retiro del personal y el 5 de julio de 2020, se suspendieron casi todas las actividades de producción, por la salida de personal en atención a los protocolos para manejo del Covid-19. Solo hasta mediados

del mes de agosto de 2020, las actividades prioritarias se empezaron a reactivar, sin completar las cuadrillas de trabajo (…)".

Del informe de interventoría se deduce que a septiembre de 2020, en la medida en que se realizaban las inspecciones se determinaban los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no había permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto, lo que aunado a la situación generada por el Covid-19, afectó la ejecución de las obras desde el mes de marzo de 2020.

- **En el informe gerencial – estado actual del proyecto a octubre de 2020 – (**Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A **–** presentación Asamblea Departamental – Sociedad Hidroituango S.A.- Estado actual del proyecto), se indicó:

"Ituango – características de energía y potencia

Características

Potencia nominal de la central (MW)	*2.400*
Unidades de generación	*8*
Potencia por unidad (MW)	*300*
Salto neto de diseño (m)	*197.6*
Salto mínimo normal (m)	*186.6*
Salto máximo normal (m)	*201.2*
Nivel del embalse máximo normal (msnm)	*420*
Nivel del embalse mínimo de operación (msnm)	*390*
Caudal medio de río (m3/s)	*1.010*
Caudal de diseño (m3/s)	*1.350*
Caudal por unidad m3/s)	*169*

Hitos representativos realizados:

- Terminación de la presa y obras anexas (galerías, inyecciones, instrumentación, vías).
- Recuperación del túnel de acceso a la casa de máquinas.
- Lleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2 (60.000 m3 de concreto).
- Cierre y reforzamiento de las compuertas de la Galería Auxiliar de Desviación – GAD-
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%).
- Recuperación de bóveda de casa de máquinas unidades de la 3 a la 6 (Avance del 100%).

*- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%).***
*- Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%).***
*- Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).***
- Colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento de las obras.

Obras Generales por realizar para la generación:

- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2.
- Recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8.
- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2.
- Continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho.
- Continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción.
- Continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto.
- Iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8.
*- **Iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.***

Informe legal:

- Desde 1998, cuando la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó la constitución de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. como promotora del proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango el Departamento de Antioquia ha contribuido con sus decisiones a que éste sea realidad.
- Con su participación como accionista de Hidroituango, tanto directa como a través del IDEA, el Departamento ha sido relevante en la toma de las determinaciones que se han requerido para poner en marcha la iniciación de su construcción, lo que se logró sin que se comprometieran recursos económicos de nivel departamental, y sin necesidad de incurrir en endeudamiento que lo hubiera afectado a futuro.

- Fue así como se llegó a la celebración del contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, filial de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN que fue su garante, como Casa Matriz, para que se hiciera cargo del desarrollo del Proyecto. De dicho contrato es titular EPM desde enero de 2013, cuando previa autorización de la Asamblea de Accionista de Hidroituango, EPM Ituango se lo cedió a EPM, empresa que hoy es su titular como parte Contratista del mismo.

- El contrato, como es conocido, comprende la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Central hidroeléctrica, que EPM tiene derecho de poseer y explotar comercialmente durante la vigencia del contrato, con la obligación de restituir a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. al vencimiento de dicho plazo tanto los inmuebles del Proyecto que hoy tiene en usufructo, como la Central Hidroeléctrica. La inversión, como es conocido, le es compensada a EPM de manera periódica según se estipuló en el contrato, luego de lo cual y adicionalmente EPM le debe transferir a la sociedad, también de manera periódica, la llamada "Remuneración", que está distribuirá entre sus accionistas, según decidan sus órganos de dirección y administración, en el momento es que se perciban tales ingresos.

*- **Recibir ingresos depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.*

- La puesta en marcha de la Central, que estaba prevista para el 28 de noviembre de 2018, no fue cumplida, por causa de los eventos ocurridos en el proyecto desde el 28 de abril de 2018 cuando se inició el taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación del río Cauca, hecho ampliamente conocido.

- Dichos eventos produjeron la primera consecuencia en el contrato en relación con el Hito 7, "Cierre de Compuertas e inicio de llenado del embalse" que debía haberse cumplido el 1º de julio de 2018, y no se logró.

*- **El incumplimiento de este Hito dio lugar a que la sociedad, a través de su Junta Directiva, decidiera iniciar un procedimiento judicial para el cobro de la cláusula penal de Apremio correspondiente al hito 7, por valor de $117.825.423.750, proceso que fue fallado de manera negativa por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 12 de noviembre de 2019, la cual, tras ser apelada por HIdroituango, fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia radicada en el sistema de consultas el 24 de septiembre de 2020, pero aun no ha sido notificada a las partes.***

- Como resultado de dicha situación, se hará la solicitud formal de la convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio

de Medellín, de acuerdo a lo estipulado en el contrato BOOMT, según está estipulado en su cláusula 8.02. A ello se procederá en los próximos días, con el fin de precaver la caducidad de acciones.

Para Hidroituango es fundamental:

4. Que el proyecto se termine de manera eficaz y segura en el menor plazo posible, para lo que se requiere la continuidad y fluidez en las relaciones entre las partes involucradas.
5. Salvaguardar los derecho de la sociedad y de los accionistas.

- Por tales razones, desde antes de conocerse la providencia que negó en segunda instancia las pretensiones de Hidroituango, y aún con anterioridad a conocerse las solicitudes de Conciliación Prejudicial que EPM presentó contra sus contratistas principales, la sociedad Hidroituango se ha venido preparando para ejercer los derechos que le confiere el contrato BOOMT, acudiendo a los procedimientos establecidos en su clausulado como mecanismos de solución de disputas entre las partes del Contrato.

- En efecto, para el análisis de la contingencia organizó en su interior un equipo de profesionales con la suficiente formación profesional, conocimiento y experiencia en el manejo del contrato BOOMT, que se encarga del análisis de los hechos ocurridos desde el inicio de la construcción de las obras del proyecto. El trabajo de este equipo hace énfasis en los hechos acaecidos a lo largo del proyecto y muy especialmente de los sucesos de abril de 2018 y las consecuencias que ello ha acarreado al proyecto y a la sociedad, para de ahí generar las recomendaciones de las acciones que correspondan por parte de los Asesores externos que la sociedad ha contratado para el efecto.

- Estas acciones se han iniciado con los acercamientos a EPM con el objeto de dar comienzo a la negociación de sus diferencias mediante el arreglo directo, para lo cual sus directivos, con el Gerente a la cabeza, se reunieron el pasado 7 de octubre con el Gerente de EPM y sus asesores a fin de comunicarle su propósito de generar puentes de diálogo para la solución de sus diferencias en torno al contrato BOOMT.

- Como resultado de dicha reunión, se dará inicio formal a un procedimiento de arreglo directo, sin perjuicio de la radicación de convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín por el hito 7, antes mencionado, con el fin de evitar la caducidad de acciones.

> *- Todas estas actividades han sido conocidas por la Junta Directiva y por el señor Gobernador, quien como su presidente, ha solicitado reuniones ordinarias y extraordinarias con la finalidad de analizar todos y cada uno de las acciones a realizar, incluyendo el acercamiento con EPM y su propósito de iniciar el procedimiento de arreglo directo así como la solicitud de demanda arbitral, acciones que le fueron comunicadas a la Junta Directiva en sesión del 6 de octubre pasado**, con el beneplácito de la misma.***

En el informe Gerencial a octubre de 2020, se deduce que los hitos representativos realizados dentro del proyecto no alcanzan un avance del 100%, tales como: Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%), Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%),** Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%),** Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).**, lo que demuestra que el proyecto no se encontraba con las condiciones de su operación y puesta en marcha para la generación de energía.

Así mismo se estableció que las **Obras Generales por realizar para la generación, para esa fecha (octubre de 2020), se indicaron entre otras: c**ontinuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2., recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8, continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2, continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho, continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto, iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8 e **iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.**

De otro lado, se dejó establecido que para recibir ingresos **depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.

- **En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del mes de agosto de 2020 HI 113** (carpeta 75 – referencia cruzada ER0110943 – Folio 15973-01- informes de avance EPM-BOOMT -2020), **se estableció sobre el estado actual del proyecto, lo siguiente**:

"*Premisas programa – contingencia, recuperación y puesta en servicio – Proyecto Ituango – Cronograma versión 20200415:*

Se presenta la versión del cronograma para la contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto Hidroeléctrico Ituango. Para dicho producto el Asesor reúne información suministrada por EP, General Electric (GE), ATB Riva Calzoni, GH Cranes & Components y CCCI, el cual se ajustó bajo las siguientes premisas:

- Premisas generales:

- *La estabilización, recuperación y puesta en servicio del Proyecto Ituango está sujeta a la superación de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial.*
- *Para ejecutar las actividades previstas en el presente cronograma se consideró la comunicación del 2 de marzo de 2020 y Radicación: 2020033433-2-000, donde la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA aclara que EPM tiene facultad para realizar las obras o actividades que de acuerdo con el criterio técnico se requieran, con el propósito de disipar de manera óptima la energía del agua embalsada, garantizar la integridad del vertedero y, en ese sentido, mitigar y reducir el riesgo asociado a la operación continua del mismo. Por tanto, esta aclaración por parte de la Autoridad Ambiental habilita la continuidad de las obras necesarias para la estabilización del proyecto.*

- Premisas particulares:

- *Puente grúa: En el presente programa base, los hitos que represente la necesidad del puente grúa en el proyecto son ajustados a los requerimientos para el montaje de las unidades generadoras, los cuales deben estar en obra para iniciar su montaje, en su orden, las vigas carrileras a mediados de agosto de 2020 y los equipos de la viga-puente a mediados de septiembre de 2020, lo anterior está basado en información entregada por el fabricante GH indicando* ***que los equipos llegarían a FOB a mediados del mes de junio de 2020****, para así cumplir con el hito de pruebas y liberación del puente grúa para finales de noviembre de 2020; en comparación con el programa original anterior a la emergencia sanitaria originada por el COVID19, se evidencia un desplazamiento cronológico de 90 días aproximadamente.*
- *Blindajes pozos de presión: ATB en su comunicación fechada el 25 de marzo de 2020,* ***manifestó que podría presentar unas afectaciones en la importación, fabricación y montaje de los blindajes para los pozos de presión en 150 días aproximadamente****. A partir de esta premisa se programó la fabricación y montaje de los blindajes de los primeros cuatro pozos de presión secuencialmente, a partir del mes de septiembre de 2020. Es de resaltar, que la fabricación y montaje no se encontraba en la*

ruta crítica para el programa base anterior a la emergencia sanitaria y contaba con una holgura de 140 aproximadamente, por lo tanto, no afecta la puesta en generación.

- Unidades de generación

- *A partir de esta simulación de programa base, GE realizará el montaje del tubo de aspiración como estaba establecido originalmente, es decir con el ingreso por la casa de máquinas y almenara, el cual se estima sea instalado en dos fases, el tramo recto del tubo aspirador se instala en sitio y el codo del tubo aspirador será pre ensamblado en la sala montajes en paralelo con las actividades de obras civiles de CCCI, para posteriormente sea trasladado al sitio y conectado al tramo recto.*
- *Dado que se cuenta con un tuno de aspiración en obra, el presenta programa base se ajustó según el cronograma de fabricación y suministro de 3 tubos de aspiración adicionales por parte del proveedor.*
- *Para agosto de 2020 se requiere las obras civiles necesarias para el montaje del tubo aspirador de la primera unidad generadora, las cuales están a cargo de CCCI, las anteriores actividades se simularon programáticamente teniendo en cuenta las experiencias aprendidas por el contratista en actividades similares ya realizadas y principalmente en programa preliminar el cual fue el producto de los acercamientos por medio de mesas técnicas de trabajo adelantadas en conjunto.*
- *Con el fin de cumplir a cabalidad con tiempos previstos en el presente programa base, se requiere del compromiso total todos los participantes, buscando la optimización de los procesos de toma de decisiones, construcción, montaje y puesta en generación donde se incluyen los acuerdos que permitan el trabajo en paralelo de ensamble de piezas empotradas y obras civiles.*

- Conducciones superiores

- *Para realizar los trabajos en seco de las conducciones superiores se consideró por lo menos adquisición de dos tapones mecánicos, alternativa que está en proceso de contratación, la cual se estima iniciar mediados del mes de junio del 2020. No obstante, la fecha de instalación del tapón en conducción 2,* ***para facilitar la terminación del revestimiento, está prevista para septiembre de 2021.***
- *Con base en inspecciones sub acuáticas realizadas por medio de video a las estructuras de captación,* ***se estima en este programa base la ejecución del mantenimiento a la estructura de captación y la limpieza de las rejas coladeras de la conducción 1, para iniciar a más tardar en septiembre de 2021****, actividad indispensable para realizar las pruebas con agua de la unidad generadora.*

- ***Conclusiones:***

- ***Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión incluye un retraso de 100 días aproximadamente.***
- *Es importante resaltar que para que el presente programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.*

En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del **mes de agosto de 2020 HI 113** (informes de avance EPM-BOOMT -2020), se estableció sobre el estado actual del proyecto que Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión **incluye un retraso de 100 días aproximadamente.**

De otro lado, resaltó que para que el programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.

➢ En visita especial realizada por el Despacho a EPM, se solicitó que se explicara el Estado actual del proyecto, frente a lo cual, con corte a septiembre de 2020, se explicó lo siguiente:

"El avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango a 30 de septiembre de 2020,medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, es del 79.4%.

(…)

Se han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del río y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.

Además se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto, tales como:

- *La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD.*
- *Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m3 de concreto colocados.*
- *Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas.*
- *Bombeo y retiro de residuos en las cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas (…)"*[274]*.*

No obstante los avances atrás referidos, se tiene probado que a hoy, 3 de septiembre de 2021, no se ha puesto en marcha ni siquiera la primera unidad, por lo que resulta evidente que **el proyecto no ha comenzado a generar energía**.

Los anteriores informes, demuestran que no pude hablarse de efectividad, cuando el proyecto no ha entrado en operación y en consecuencia no produce siquiera 1kw de energía, lo que, se repite, a la fecha y 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación.

Adicional a lo anterior, resulta necesario recordar que de conformidad con la Resolución 820 de 2018, la ANLA[275] suspendió la Licencia Ambiental y permitió únicamente el desarrollo de las obras para la atención de la emergencia, lo cual se encuentra supeditado a la entrega y estudio del Informe sobre estabilidad que está siendo adelantado por la empresa POYRY[276].

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión, la misma no es la única causa del aumento inusitado de las inversiones ni del hecho de que el proyecto no entrara en operación en la fecha programada.
Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo**

[274] Z:\PRF 2019-01104_UCC PRF 014-2019 – HIDROITUANGO - \EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No.74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E H\Nueva carpeta\AC

[275]

[276] *"El estudio contratado con PÖYRY, para el levantamiento de la medida preventiva interpuesta por la ANLA, a través del contrato CT-2018-001241 y cuyo objeto es ""Emitir un dictamen claro, preciso, detallado y objetivo, sobre las condiciones actuales de estabilidad (bajo el escenario de contingencia) y futura (bajo el escenario de operación) del Proyecto Hidroeléctrico Ituango" tiene como fecha para la entrega el mes de diciembre de 2020, de acuerdo al acta de modificación bilateral N° 5 (AMB5). Lo anterior con el fin de garantizar que el consultor tenga acceso a las obras del proyecto y a los estudios adelantados para su recuperación". Ver Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 75\FOLIO 15951 REFERENCIA CRUZADA EPM ER00111912\NUEVA\Acta 70*

que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>
En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **<u>destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.</u>**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **<u>eficiente y determinante</u>** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **<u>resulte idóneo para su configuración</u>**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **<u>causa idónea y eficiente para la producción del daño</u>**"*[277].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que **<u>no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción</u>**. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[278].

[277] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A
[278] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:

Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[279]*:*

"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.

"(…).

*"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*

Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[280]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[279] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

[280] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.
En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

6. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

7. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

8. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

9. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

10. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI-CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[281] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

[281] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

La administración de Hidroituango[282], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles

[282] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada "contingencia de 2018".

En ese orden de ideas, ha existido concurrencia de conductas en la concreción del daño señalado en esta providencia.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Continúa la apoderada su argumentación, afirmando que:

> *"Ahora bien, el Despacho ha inferido en algunos de los apartes del auto de imputación que los errores constructivos se exteriorizaron por haber presentado aceleraciones del plazo que generaron que el contratista realizara las obras sin tomar las precauciones que eran necesarias para contrarrestar las posibles fallas que pudiesen presentarse y, por ello, es necesario recordar, que si bien las decisiones de construir la GAD y de implementar el plan de recuperación de atrasos se tomaron durante el año 2015, las mismas fueron desarrolladas solo a partir del año 2016. De ahí entonces que, si la decisión de recuperar los atrasos era inadecuada, ¿por qué la Junta Directiva que sesionó a partir del 1 de enero de 2016 al revisar las decisiones que se habían tomado en el proyecto, no asumieron los correctivos que eran del caso?*
>
> *(…)*
>
> *Ahora bien, es dable preguntarse si era tan ineficiente e ineficaz el plan de recuperación de atrasos o denominado plan de aceleración que se había dispuesto en el año 2015 por los hoy investigados, ¿por qué no se reprochó la ejecución de este en los años posteriores (y aún en la fecha)*

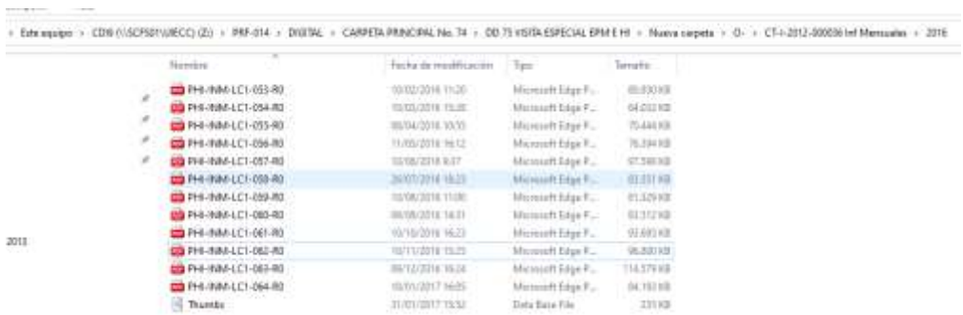
a los gestores fiscales que actuaron después del año 2015? O, ¿es que acaso la formulación del plan de aceleración junto con la ejecución no es un todo que amerite analizarse fiscalmente?

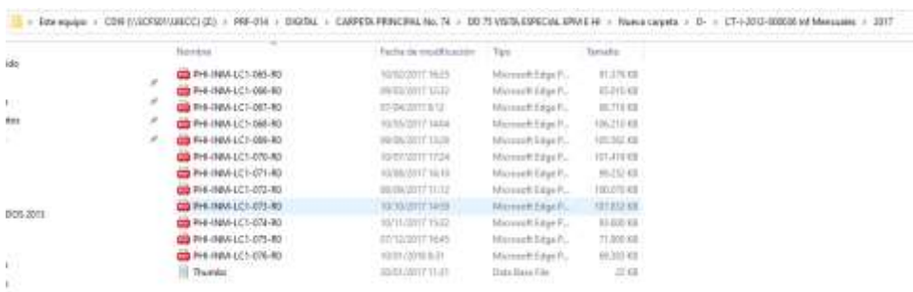
"Las anteriores preguntas surgen claramente obligadas en atención a que el plan de recuperación de atrasos (denominado plan de aceleración) se formalizó mediante el Acta de Modificación Bilateral No. 16 al contrato CT-2012-000036 entre EPM y el Consorcio CCC: Construcción de la Presa, Central y Obras Asociadas del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, la cual se suscribió el 23 de diciembre de 2015 y los costos asociados a esta estrategia tan solo fueron analizados, aprobados e incorporados como costos del proyecto en el Acta de Junta Directiva de Hidroituango No 171 de mayo 22 de 2017 cuando se reconoce el Plan de Aceleración como parte técnica del proyecto.

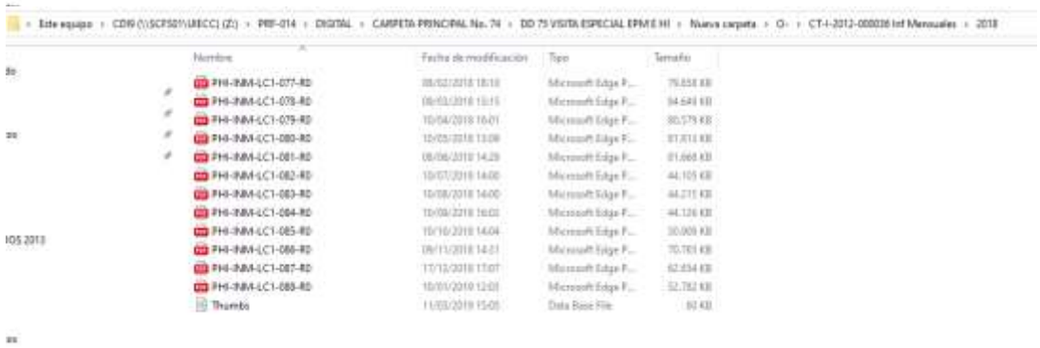
R/: En relación con este argumento, es necesario precisar que el mismo parte de una tergiversación de lo dicho en el auto de imputación. Pues de un lado, como se explicó en precedencia, la apoderada confunde la causalidad física con la imputabilidad jurídica, igualmente encuentra como única causa del daño el colapso de la GAD, lo cual como se explicó en precedencia no obedece a la realidad probatoria que enmarca esta causa fiscal.

Ahora bien, extraña la apoderada de manera puntual, el hecho de que el señor Luis Pérez Gutiérrez no haya sido vinculado en calidad de Gobernador de Antioquia para la época en la cual se construyó la mayor parte del Sistema Auxiliar de Desviación y de la GAD que colapsó.

Sobre este punto, resulta necesario precisar que al momento de abrirse el proceso de responsabilidad fiscal, se evaluó la información con la que se contaba en las actas de junta directiva, y se estableció que en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se continuó ejecutando la decisión tomada por la junta directiva de la cual hacían parte sus mandantes como miembros, la junta siguiente (periodo iniciado en 2016) no contó con elementos que le permitieran inferir que estaba ocurriendo una situación que implicara detener las decisiones anteriores que se estaban ejecutando, lo que solo se hizo evidente en la contingencia de 2018.
En efecto, este Despacho procedió a revisar los informes de interventoría que corresponden a los años 2016 a 2018, los cuales se encuentran en la Carpeta 74 /DD75/VISITA ESPECIAL EPM E HI/O.







En dichos informes de interventoría se observa se refiere exclusivamente a los avances porcentuales en la ejecución de la GAD para cada periodo. Un ejemplo de lo anterior, se observa en el informe de interventoría PHI-INM-LC1-062-R0, correspondiente a noviembre de 2016 en el cual textualmente se lee lo siguiente:

> *"Galería auxiliar de desviación (sector 2 hacia aguas abajo) Para este período aguas abajo se culminó el tramo entre el km 1+121,80 y km 1+154,28 para un avance de excavación en bóveda de 33,00 m, adicional al total acumulado del 100% de excavación del sector en bóveda. Para este período, se continuó con excavación en terreno tipo II el cual se tiene desde abscisa km 0+891,00. Tratamiento consistente en la instalación de pernos BRL 8 de 6,0 m en bóveda separados cada 1,80 m y dispuestos al tresbolillo; pernos en hastiales de las mismas características, separados cada 2,5 m y dispuestos al tresbolillo; dos capas de concreto lanzado con fibra sintética en bóveda y hastiales. Galería auxiliar de desviación (sector 2 hacia aguas arriba) En el período aguas arriba se obtuvo un avance entre el km 0+689,70 y km 0+629,70 para un avance de*

excavación en bóveda de 60,00 m, adicional al total acumulado del 56,41% de excavación del sector en bóveda"

Como se observa, no se dice nada sobre problemas de orden constructivo que pudieran llevar a pensar que el desarrollo de las obras de la GAD no cumplía con la *lex artis*, lo que sólo se revelaría, después de ocurrida la contingencia.

Adicional a lo anterior, fueron los miembros de junta que estuvieron en el periodo 2012-2015, quienes adoptaron una estructura administrativa para Hidroituango que no atendía a las obligaciones de vigilancia y control que debía desarrollar hidroituango de conformidad con lo establecido en el BOOMT lo que a su vez permitió que EPM manejara el proyecto a su antojo modificando aún las características que contractualmente habían sido clasificadas como inmodificables y la adopción de planes de aceleración en detrimento del proyecto, en los términos explicados en el auto de imputación. En este sentido, fue la junta y el Gobernador, el Gerente de Hidroituango y el Gerente de EPM para el periodo 2012-2015, quienes tomaron determinaciones sin tener en cuenta la información disponible en dicho momento la cual revelaba tanto un diagnóstico de la estructura administrativa necesaria para que hidroituango pudiera cumplir con el nuevo rol asignado en el contrato BOOMT (informe PENTA), los atrasos en el desarrollo de diseños y obras, como los problemas con el contratista de los túneles, los problemas con las vías, el hecho de que a partir de octubre de 2012 era claro para EPM y para el representante de Hi -conforme a lo sostenido en el acta de comité de seguimiento al BOOMT- que era improbable comenzar a generar energía eléctrica en la fecha pactada, así mismo en este periodo el BOARD de expertos se pronunció sobre la inconveniencia técnica de alejarse de los diseños originales prescindiendo de los elementos hidromecánicos de los túneles originales y la realización de un tercer túnel para suplir tal ausencia.

En este sentido, resulta evidente que quienes hicieron parte de la junta directiva, los gerentes de las sociedades y quien se desempeñó como Gobernador de Antioquia para el periodo que inició en 2016, se vincularon al proyecto **con posterioridad a la ocurrencia de las situaciones anteriormente referidas** y que no fueron tenidas en cuenta en sus decisiones por la junta saliente. Así mismo, la información disponible a partir de 2016 no da cuenta de situaciones anómalas o de defectos constructivos que pudieran alertar a quienes ejercieron sus funciones a partir del año 2016 y sólo hasta el año 2018 con ocasión de la "contingencia" fue que se materializaron las consecuencias de las decisiones cuestionadas por este Despacho.

Visto lo anterior, al momento de proferirse el auto de apertura este Despacho no encontró que se contara con indicios serios suficientes para que se realizara la vinculación de los miembros de la junta que sólo se desempeñaron como tales desde 2016, ni del Gobernador de Antioquia para el mismo periodo, así como tampoco se encontró en desarrollo del proceso pruebas que permitieran inferir la

una responsabilidad en cabeza de dichos funcionarios, por lo que las dudas de la apoderada no tienen un sustento en el acervo probatorio obrante en el plenario.
Ahora bien, el hecho de que en opinión de la apoderada puedan existir otros presuntos responsables, ello no genera ninguna irregularidad de cara al proceso, pues, cabe recordar que la solidaridad establecida en el 2344 del Código Civil y positivizada posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, se erige en una garantía para el ente de control como acreedor de la obligación reparatoria producto del proceso de responsabilidad fiscal, que le permite en tal calidad exigir la reparación de uno, varios o todos aquellos que hayan participado en la generación del daño al patrimonio del Estado, en este sentido, la solidaridad por pasiva no implica la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva en el proceso de responsabilidad fiscal[283].

Bajo el contexto anterior a lo que sí está obligado el ente de control es a demostrar los elementos de la responsabilidad fiscal a saber: un daño, una conducta calificada a título de culpa grave o dolo y un nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Elementos que se encuentran plenamente probados en relación con los miembros de junta directiva, los gerentes de las sociedades y el entonces Gobernador de Antioquia, que ejercieron dichos cargos en el periodo 2012-2015.

Por lo que los argumentos anteriores no están llamados a prosperar.

Prosigue la apoderada, argumentando que:

> *"Ahora, en el acta No 158 de diciembre 28 de 2015 se resalta que lo que se aprobó en la reunión de la Junta Directiva fue la* ***autorización*** *al Gerente de HI para, previa la verificación de la matriz de riesgos del contrato BOOMT, autorizara el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración, lo que se materializó en el año 2017 según lo aprobado por la Junta Directiva de HI en el Acta Nro. 171, atendiendo a los beneficios que EPM planteó en el documento en el cual justificó la elaboración de la estrategia tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018. Sin embargo, el plan de recuperación de atrasos fue implementado en su totalidad durante los años 2016 a 2018.*

[283] "*En conclusión, cuando existen obligaciones solidarias pasivas, es facultad del acreedor demandar a todos los deudores solidarios conjuntamente, o a uno de ellos a su arbitrio para exigir la totalidad de la deuda, lo cual implica que la* ***solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial, y que ni el juez tenga la competencia de conformar la relación procesal litis consorcial, así como tampoco el demandado la posibilidad jurídica de solicitarla****."* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original) CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO , D.C. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010) Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00073-01(38341)

Para el efecto, el Acta Nro. 158 de diciembre de 2015, página 208, dispone:

"ORDEN DEL DIA

1. "Consideración y decisión de la Junta directiva sobre la petición de EPM de autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerando la utlidad escalanada y condicionada" En consecuencia, autorizar al Gerente de Hidroituango, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto, con el fin de viabiliar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018"

La Secretaria de la Junta Directiva informa, que de acuerdo a los votos recibidos por correo electrónico en la fecha y dentro del horario establecido, hau quórum para deliberar y decidir. El doctor Rafael Nanclares, actúa como suplente del señor Gobernador de Antioquia, doctor Sergio Fajardo Valderrama.
DESARROLLO
1. "Consideración y decisión de la Junta directiva sobre la petición de EPM de autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerando la utilidad escalonada y condicionada" En consecuencia, autorizar al Gerente de Hidroituango, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendiendes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicios del Proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firma en el año 201829".

Y en el Acta Nro. 171 de mayo 22 de 2017 el entonces gerente de HI, Dr. Gustavo Jimenez, le informó a la Junta Directiva que se instalaron unas mesas de trabajo permanente para analizar los valores glosados por GAE. En el punto b. de los "Acuerdos del 10 de Mayo de 2017" quedó plasmado el reconocimiento de lo planteado en la AMB Nro. 16 de diciembre 23 de 2015 firmada entre EPM y el consorcio CCC, con respecto al reconocimiento de los gastos de mano de obra, equipos y comisión, los que serán incluidos como costo del proyecto.

El el Acta Nro. 171 de mayo 22 de 2017, se observa a folios 304:

"4.2 Glosas GAE
Al respecto, el Doctor Jiménez indica que el día 3 de mayo de 2017, se instaló una mesa de trabajo permanente, en el marco del Comité del BOOMT, a fin de discutir y llegar a acuerdos sobre los valores glosados por GAE, en las que ha participado EPM, e Hidroituango como partes del contrato y GAE como asistente.
El resultado de estas mesas de trabajo fueron los siguientes:
• • Acuerdos del 10 de Mayo de 2017
• a) Se reconocen los costos asociados a la liquidación del contrato con IMPSA, en atención a las justificaciones económicas y de conveniencia expuesta por EPM
• b) Los gastos asociados a equipos y mano de obra, incluidos en la AMB 16 con CCCI, serán incluidos en los costos del proyecto, atendiendo las consideraciones técnicas expuestas por EPM en dichas mesas.

En consecuencia, se procederá a remitir a la firma auditora GAE el acuerdo al que llegaron el día 10 de mayo, a fin de que GAE proceda con la revisión y posterior validación o no de estos rubros, con el fin de incluirlos o no dentro del costo base de remuneración del proyecto".

Lo anterior es ratificado en el Acta Nro. 172 de junio 27 de 2017 cuando en el informe del Gerente página 326 "Punto 4.3 Glosas GAE gestión y auditoria especializada":

"4.3 Glosas GAE gestión y auditoria especializada
Continúa la presentación el doctor Jiménez, (la cual hace parte integral del acta) recordando a los miembros de Junta que se vienen desarrollando unas mesas de trabajo con funcionarios de GAE, EPM e Hidroituango, estas mesas de trabajo han tenido como resultado los siguientes acuerdos.

(…)

Aclara el doctor Jiménez que los valores de los contratos y las AMB´s incorporados como inversión del Proyecto por las partes, HIDROITUANGO y EPM, deberán ser analizadas por GAE para determinar si serán o no incluidos como costo base de la remuneración del contrato BOOMT".

Como puede establecerse de la lectura de las citadas actas, las decisiones que se consideraron acertadas sobre el Plan de Aceleración y el reconocimiento de los costos fueron ejecutadas en el periodo posterior al que mis mandantes se desempeñaron como miembros de la Junta Directiva de Hidroituango".

R/: En primer lugar, tal y como se explicó al momento de hacer referencia al plan de aceleración si bien, la aprobación de la inclusión de los costos se supeditó a la verificación de la matriz de riesgos[284], se encuentra probado de los distintos correos electrónicos en los cuales se encuentra la votación a la decisión, así como del acta de No 53 de 7 de febrero de 2017 al comité de seguimiento del contrato BOOMT, que se dio una **aprobación programática al plan de aceleración[285].**

Ahora, frente a lo aprobado en el acta 158 de 28 de diciembre de 2015, y el cual es traído en los argumentos de la Apoderada, es importante traer a colación el *"informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM",* el cual fue puesto a disposición de los miembros de la Junta Directiva de HI para su posterior aprobación, en el cual se plasmó como **situaciones que han impactado el programa del proyecto, lo siguiente**:

> *"Desde el inicio del proyecto se han presentado diversas situaciones de carácter primordialmente técnico, de orden público y otras circunstancias que han afectado el cronograma de obras originalmente considerado, tanto para el contrato de construcción de obras de desviación como para el contrato de construcción de obras civiles principales, las cuales se describen a continuación:*
>
> - *Retraso en la entrega de las vías de acceso al proyecto.*
>
> *Diversas situaciones tales como dificultades con la obtención de predios, movilizaciones y bloqueos por parte de mineros que se consideraban afectados con las obras, tiempos necesarios para desarrollar e implementar concertaciones con la comunidad que se consideró afectada por el proyecto vial, y materialización de condiciones geológicas y geotécnicas más complejas que las estimadas en la etapas de exploración preliminar y diseño, ocasionaron que las vías de acceso a los principales frentes de obra no estuvieran disponibles con lo inicialmente planeado, situación ésta que a su vez, finalmente resultó impactando la adjudicación de los contratos de desviación y obras civiles principales, así como el cronograma del proyecto.*
>
> - *Adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación.*

[284] En efecto, revisada el acta 196 de la Junta Directiva de Hidroituango de fecha 15 de noviembre de 2018 se encuentra lee textualmente que "Preguntan los asistentes sobre la inversión en el tercer túnel; **el Gerente informa que está *glosado porque desde un comienzo se dijo que quedaba para análisis de Hidroituango aceptarlo como Costo Base de Remuneración***."

[285] Carpeta principal 48. Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia. Recibida. Respuesta 4. P1. Actas comité BOOMT. Acta Comité BOOMT No.53.*"(…) EPM indica que, la aceptación del cambio de los hitos, reconfirma la aprobación de JD del plan de aceleración, con lo cual HI está de acuerdo, **pero solo para efectos programáticos**. La auditoría revisaría en detalle la parte técnica, para verificar si se debe glosar obra ejecutada, o en su defecto, cargar todos los costos de la aceleración del proyecto. Con lo anterior, HI ordenará a la auditoría GAE revisar los costos de las obras de aceleración (…)".*

Para poder cumplir con la fecha de desviación del río Cauce originalmente considerada por HI, es decir, la primera quincena del año 2013, y teniendo en cuenta el tiempo considerado por el Diseñador (90 días calendario) para demoler los tabiques de protección contra el río, ubicados en los portales de entrada y salida de los túneles de desviación por parte del Contratista de obras civiles principales, la orden de inicio del contrato de construcción de obras de desviación debió haberse dado por tardar en el mes de febrero de 2011. Lo anterior, dado que el plazo considerado por HI para ejecutar dicho contrato era de 610 días calendario.

EPM Ituango al recibir el proyecto por parte de HI en el mes de abril de 2011, acelera la contratación de construcción de obras de desviación, pero en cumplimiento de la normatividad de contratación y a la matriz de riesgos del contrato BOOMT, informa a los oferentes sobre el cambio de entidad contratante, solicita refrendación de propuestas y, por último, entrega los informes de análisis y recomendación y realizar la respectiva audiencia pública para adjudicar el contrato.

Finalmente luego de suplir todas las etapas necesarias en EPM Ituango, se adjudica el contrato de construcción de obras de desviación, túnel de acceso y construcción de galería superior norte al Consorcio CTIFS y se imparte la orden de inicio anticipada del contrato 11 de agosto de 2011.

Así las cosas, considerando el plazo para la entrega de las obras de desviación (610 días calendario) el tiempo necesario para demoler los tabiques de protección (90 días calendario), la entrega de las vías de acceso a los portales de entrada y salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central y la no ocurrencia de ninguna contingencia, la desviación del río Cauca ya no era posibles antes del 11 de julio de 2013.

Debido a los atrasos en la entrega de la vía de acceso a los principales frentes de obra y situaciones de carácter geológico y geomorfológico, no era posible construir a tiempo ni en las condiciones originalmente consideradas en el diseño, el portal entrada de los túneles de desviación, situación esta que sumada a problemas geológicos encontrados en el portal de salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central, impactan el programa de construcción de obras inicialmente considerado.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Contratista de la desviación no logra entregar oportunamente el túnel de desviación y el túnel de acceso a la central, ***situaciones estas que impactan el programa de construcción de obras, tanto del contrato de desviación como del contrato de obras civiles principales****, retrasando el cronograma de obras del proyecto Ituango en 13 meses, dado que la desviación del río Cauca solo pudo realizarse el 14 de febrero de 2014.*

- *Adjudicación e inicio del contrato de construcción de obras civiles principales.*

Luego de recibido el proyecto, EPM Ituango acelera la revisión y ajuste de las especificaciones técnicas del contrato de construcción de obras civiles principales y acelera la elaboración del pliego de contratación, involucrando en los mismos la normatividad aplicable de EPM, tal como se pactó en el contrato BOOMT y considerando la situación real del contrato de construcción de las obras de desviación, dado que dos de los principales frentes de ejecución del futuro contrato dependían de la terminación de los túneles de desviación y del túnel de acceso a la central a cargo del contratista CTIFS.

No obstante lo anterior, y dados los atrasos por la reprogramación en la adjudicación del contrato de desviación, los problemas de la entrega de vías de acceso y la materialización de situaciones geológicas desfavorables, EPM Ituango decide proseguir con la contratación de obras civiles principales con el propósito de no afectar el programa de excavación del vertedero, dada la necesidad de acopiar preliminarmente 5 millones de m3 de enrocado en el depósito Ticuita 1, de tal forma que luego de desviado el río, construida la ataguía y limpiado el lecho del río, se alcanzaran las ratas de colocación necesarias para no afectar el programa de construcción de la presa.

- *Problemas presentados durante la ejecución del contrato de obras civiles principales.*

Luego de adjudicado el contrato de obras civiles principales del proyecto al Consorcio CCC Ituango e impartida la orden de inicio el 1º de octubre de 2012 se presentaron afectaciones de carácter geológico en el complejo de cavernas que impactaron el cronograma de construcción de obras principales en aproximadamente 7 meses adicionales".

Como **estrategias, obras y trabajos para recuperación de plazo**, se indicó en el documento, lo siguiente:

"EPM, con el propósito de acelerar el programa de construcción de obras del proyecto, estableció con el Contratista de obras civiles principales ***unas estrategias enfocadas a viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018.*** *A continuación se presentan las estrategias que fueron concertadas y que se ah implementado con el propósito de optimizar su efecto sobre el cronograma:*

- *Galerías, accesos y obras adicionales para desligar obras subterráneas de obras de superficie, impactando rutas críticas y accediendo más rápido a frentes de obra.*

Como resultado de esta estrategia se analizaron, optimizaron y finalmente se construyeron una serie de galerías que permitieron desligar las obras subterráneas de la conducción de actividades predecesoras asociadas a las

excavaciones a cielo abierto. Con este enfoque, se recuperaron atrasos en el inicio de la galería de compuertas, pozos de carga, excavación de túneles de conducción inferior y excavación de almenaras, entre otras.

Así mismo, algunas de estas galerías permitieron acceder aguas arriba y aguas debajo de la presa para optimizar los rendimientos de colocación de los enrocados de las etapas 1, 2 y 3, dada la dificultad (circunstancias de orden público y acciones de las comunidades) de construir vías a cielo abierto por la margen derecha y las interferencias asociadas con la excavación del vertedero.

- *Mano de obra y equipos adicionales para extender y optimizar los turnos de trabajo incrementando el número de horas laboradas y consecuentemente un aumento de producción".*

Teniendo en cuenta las situaciones que han impactado el programa del proyecto, así como las estrategias, obras y trabajo para recuperación de plazo, **se establecieron como premisas para negociar la aceleración de obras con el Consorcio CCCI lo siguiente**:

"EPM, con el propósito de recuperar o reducir los atrasos en el programa de construcción de obras del proyecto y sobre la base de alinear los intereses de EPM con los del proyecto y con los del contratista, ***considera imprescindible acometer un programa especial de aceleración que permita incrementar los rendimientos y productividad en las obras faltantes del proyecto****.* ***Considerando, que este programa implica para el contratista un esfuerzo adicional de gran magnitud no previsto contractualmente, le permitirá obtener el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que e resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada).***

Si bien las obras extras como galerías, accesos y obras adicionales permitieron el cumplimiento de etapas importantes del proyecto, estimamos que es indispensable acometer mecanismos constructivos que permitan corregir o mitigar el impacto negativo en el avance de las obras afectado por factores exógenos y ajenas a las partes. ***Por estas razones, y sobre la base de lo dispuesto en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, se presenta esta propuesta de mecanismo de aceleración de obras con el objetivo final de lograr la entrada en operación comercial de la primera unidad (U4) en la fecha matriculada en la CREG, esto es noviembre 30 de 2018.***

Las principales premisas tenidas en cuenta por EPM para negociar con el Consorcio CCCI la aceleración de obras del proyecto, son:

- *Negociación integral de todos los conceptos de recuperación*

La negociación ha sido abordada por EPM con un criterio de costo integral, en el cual se incluyen las estrategias implementadas, los costos no recuperables

y el reconocimiento económico por el éxito de dicha aceleración. Dicho esquema permite obtener beneficios con relación a un esquema de negociación individual de conceptos (personal, equipos comunes y especializados, utilidad escalonada y condicionada) dado que alguna manera se transfiere parte del riesgo al contratista por no alcanzar la meta de entrada en operación.

- *Alineación de intereses de EPM, HI, el Proyecto y el Contratista.*

EPM siempre ha manifestado dentro de las negociaciones que el logro de la meta está intrínsecamente asociado a que, tanto el contratista como el contratante, alcancen sus intereses de entrega de obras y puesta en operación oportuna, bajo un esquema en el cual le sean reconocidos al Contratista todos los costos en que este incurra y se logre poner en funcionamiento el proyecto en la fecha esperada.

- *Reconocimiento para el Consorcio CCC Ituango en función del tiempo real recuperado.*

En este aspecto, EPM luego de un análisis detallado de la relación costo/beneficio de los escenarios de no entrar oportunamente en operación vs incurrir en un plan de aceleramiento para alcanzar la meta inicial, concluyó, que si bien es cierto el programa general tiene un atraso de 20 meses, sino se logra recuperar como mínimo 9 meses no es procedente la entrega de ningún valor de reconocimiento al contratista. No obstante, si la recuperación de atrasos es entre 18 y 9 meses, se propuso un esquema de reconocimiento al contratista línea decreciente por un valor máximo de setenta mil millones de pesos ($70.000.000.000) si se recuperan 18 meses y un valor de cero (0) si se recuperan menos de 9 meses de atraso.

- *Reconocimiento de costos por mano de obra y equipos adicionales.*

EPM fue contundente en manifestar al contratista que no reconocería los conceptos de Imprevistos (I) y Utilidad (U) sobre los costos incursos para alcanzar el plan de aceleración, ello significa que no se afecta el concepto de Imprevistos y de Utilidad "normal" del contrato.

Sin embargo, dado que los atrasos del proyecto no son aún atribuibles al Contratista, y que sería necesario surtir un proceso que estableciera en forma definitiva su responsabilidad y, dado que bajo este escenario para el Contratista sería una opción viable solicitar más bien un plazo adicional para la terminación de las obras, alternativa a toda luz inconveniente para el proyecto. En su defecto, se encontró que la mejor alternativa es reconocer el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que el resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada)".

Como **beneficios por plazo recuperado**, se establecieron entre otros: - La entrada del Proyecto Ituango es indispensable para la atención del crecimiento de la demanda de energía eléctrica y potencia proyectada por la UPME a partir de diciembre de 2018, **- El aporte del proyecto es requerido en el año 2018 para que en el sistema interconectado nacional se alivien las restricciones, mejore la interconexión con la Costa Atlántica, atienda los Grandes Consumidores especiales (GCE) y las posibles ventas a Panamá**, - **El mercado de contratos a alargo plazo actualmente es deficitario y la entrada comercial de Ituango es necesaria para darle liquidez,** - El beneficio en Valor Presente Neto (VPN) del proyecto para diferentes escenarios de recuperación de atraso, incluyendo el esquema de reconocimiento considerado por EPM se mantiene, tal como se muestra en el siguiente gráfico y **Los costos proyectados para el pago del Plan de Aceleración, no modifican los costos de referencia del proyecto.**

Ahora como **implicaciones de No pactarse oportunamente esta propuesta de aceleración y en consecuencia no lograr la entrada de operación comercial en diciembre 1 de 2018**, se presentarían estas consecuencias, entre otras, las siguientes: - Dejar de recibir los ingresos por ventas de energía en el MEN, tanto por contratos como por bolsa de energía (estimado anual de 300 millones de USD), - Perder la asignación de obligaciones de energía firme por 1085 GWh por 20 años valoradas a un precio de 13,998 USD/MWh (dólares de 2008), Ejecución de la garantía de entrada en operación comercial de las cuatro unidades por un monto de 41.383.939 dólares, Ampliación del plazo de la garantía de conexión cuyo monto actual es de 272.370.987.024 pesos.

Como conclusión, se estableció, lo siguiente:

> *"Por todo lo anterior, EPM propone este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018**, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 mas $70.000.000.000 (máximo) por utilidad.***
>
> *Con base en lo expuesto, **se solicita a la Junta Directiva de Hidroituango autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerado la utilidad escalonada y condicionada**. En consecuencia, autorizar al Gerente del HI, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del proyeco, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018".*

Teniendo en cuenta lo expuesto en el documento, a través de los **correos de los miembros de la junta directiva de HI se aprobó el costo de aceleración de las obras del proyecto hidroeléctrico ituango, previa convocatoria por la secretaria general, para deliberar y decidir por comunicación a través de correo electrónico, lo cual se efectuó de la siguiente manera:**

✓ El señor **Jesús Aristizábal**, expresó: *"Por medio del presente correo electrónico doy mi aprobación al costo de aceleración de las obras del proyecto Hidroeléctrico ITUANGO. Tema puesto a consideración a través de la junta virtual de la Sociedad Hidroituango S.A. E.S.P.".*

✓ **Jorge Mario Pérez Gallón**: *"Buenos días, no tengo comentarios ni observaciones a la documentación presentada, por lo tanto doy mi voto afirmativo a los solicitado".*

✓ **Rafael Nanclares**: "Estoy de acuerdo y doy mi aprobación".

✓ **Alejandro Granda Zapata**: *"Cordial saludo. De acuerdo con los elementos y razones expuestas en el documento anexo, es preciso el desarrollo de acciones que permitan acelerar las obras requeridas para la operación de la Hidroeléctrica en los tiempos comprometidos. Por lo anterior voto positivo por el plan de aceleración y, como ha sido una constante en el trabajo de las entidades que acá participan, se deberán dejar las valoraciones jurídicas, técnicas y financieras que respalden cada una de las actuaciones que permitirán su efectiva concreción.*

Mil gracias a todos por su respaldo, apoyo y permanente enseñanza para permitirme hacer parte del desarrollo de un proyecto tan importante para la vida de muchas regiones de Antioquia y Colombia".

✓ **María Eugenia Ramos Villa**: "*Buenas tardes, de acuerdo con el concepto anexo, doy mi voto positivo para que se inicien los trámites tendientes a lograr con el contratista del proyecto, la implementación de las estrategias de aceleración requeridas para entrar en operación en diciembre/18 tal como está programado".*

Lo expresado en líneas anteriores, permite concluir para este Despacho, que en el Acta de Junta Directiva No.158 de diciembre de 2015, los miembros de la junta directiva de HI, autorizaron el reconocimiento de los costos de **del Plan de Aceleración de obras, considerando la utilidad escalonada y condicionada y en consecuencia se autorizaba al Gerente de HI** previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en

servicio del proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018, lo que no se puede entender como lo realiza la Apoderada en el sentido de indicar que las decisiones que se consideraron acertadas sobre el plan de aceleración y el reconocimiento de los costos fueron ejecutadas en el período posterior al de la señora María Eugenia Ramos y Rafael Nanclares, cuando se desempeñaron como miembros de la Junta Directiva de HI, teniendo en cuenta que en el Informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto de diciembre de 2015 (Grupo EPM – proyecto hidroeléctrico Ituango contrato CT-2012-000036- construcción de la presa, central y obras asociadas – contratista Consorcio CCC Ituango), se plasmó que era **imprescindible acometer un programa especial de aceleración que permita incrementar los rendimientos y productividad en las obras faltantes del proyecto**, **considerando, que este programa implica para el contratista un esfuerzo adicional de gran magnitud no previsto contractualmente, le permitirá obtener el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que e resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada), así mismo EPM proponía** este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018**, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 mas $70.000.000.000 (máximo) por utilidad.**

De otro lado, se observa en los correos electrónicos de cada uno de los miembros de la Junta Directiva de HI que para la aprobación del acta No.158 de diciembre de 2015, ninguno manifestó o cuestionó el informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM, teniendo en cuenta que se puso de presente antes de la votación, que el documento era necesario para analizar el tema que iba ser sometido a consideración de la aprobación por los miembros de la Junta Directiva de Hi.

Así mismo, para dar esta aprobación tal y como consta en los anexos del acta 158, se encuentra demostrado que la Junta Directiva tuvo acceso a la información en la cual se describía el plan de aceleración lo que le permitió comprender, que incluía la construcción de galerías, accesos y obras adicionales, así como mano de obra adicional. Todo lo cual estaba enmarcado en el reconocimiento condicionado de mayores valores al contratista de obras principales. Lo que también incrementó las inversiones en el proyecto, incidiendo de esta forma en que se destruyera el valor presente neto del mismo.

Así las cosas, el Despacho reitera lo expresado en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, cuando se dijo que este plan de aceleración tuvo como origen, tal y como se muestra en la misma justificación la cadena de hechos irregulares e

injustificados explicados en esta causa y que fueron producto de conductas que no atendieron ni siquiera a la prudencia que se le exige a una persona poco diligente con la gestión de sus propios negocios. En efecto, en dicha justificación, dentro de las causas de atraso se enuncian las siguientes: Retraso en las vías de acceso al proyecto, adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación, adjudicación e inicio del contrato de obras civiles, problemas durante la ejecución de obras civiles principales lo que se concretó en el Acta de Modificación Bilateral No.16 al contrato con CCCI.

Ahora bien, aun cuando EPM como ejecutor era quien debía instrumentalizar esta decisión en el contrato con CCCI, ello no le resta responsabilidad a la aprobación que se dio en la junta directiva de Hi, puesto que la misma, le dio vía libre al ejecutor del proyecto para aumentar las inversiones.
En este contexto, cabe recordar que Hi es el dueño del proyecto y que en esa medida todas las acciones que hayan generado mayores inversiones o mayores tiempos y ocasionaron la pérdida del valor presente neto de la inversión y el lucro cesante, perjudican tanto a EPM como a Hidroituango.

Además de lo anterior, llama la atención la afirmación que realiza la apoderada, en el sentido de considerar que *"las decisiones que se consideraron acertadas sobre el plan de aceleración y el reconocimiento de los costos fueron ejecutadas en el periodo posterior al que mi mandante se desempeñó como Gobernador de Antioquia, y sus subalternos como miembros de Junta Directiva de Hidroituango".*
Pues parte de una percepción subjetiva de un supuesto aval dado por los miembros de junta directiva, que se desempeñaron como tal en el periodo comprendido entre 2016 y 2018.

Revisada el acta 171 de 22 de mayo de 2017 se refiere específicamente a los costos de equipos y mano de obra en efecto en la misma se lee

> *"Al respecto, el Doctor Jiménez indica que el día 3 de mayo de 2017, se instaló una mesa de trabajo permanente, en el marco del Comité del BOOMT, a fin de discutir y llegar a acuerdos sobre los valores glosados por GAE, en las que ha participado EPM, e Hidroituango como partes del contrato y GAE como asistente.*
>
> *El resultado de estas mesas de trabajo fueron los siguientes:*
>
> *• • Acuerdos del 10 de Mayo de 2017*
> *a) Se reconocen los costos asociados a la liquidación del contrato con IMPSA, en atención a las justificaciones económicas y de conveniencia expuesta por EPM*
> *• b) Los gastos asociados a equipos y mano de obra, incluidos en la AMB 16 con CCCI, serán incluidos en los costos del proyecto, atendiendo las consideraciones técnicas expuestas por EPM en dichas mesas.*

En consecuencia, se procederá a remitir a la firma auditora GAE el acuerdo al que llegaron el día 10 de mayo, a fin de que GAE proceda con la revisión y posterior validación o no de estos rubros, con el fin de incluirlos o no dentro del costo base de remuneración del proyecto".

Acuerdos del 18 de mayo de 2017

Se aprueba incluir como inversión del Proyecto el valor total del contrato con la firma GRODCO, el cual fue cedido a CMI, debido a que el valor del contrato corresponde a las obras efectivamente ejecutadas y pagadas, como consta en las actas aportadas por EPM en dichas mesas de trabajo.

En este sentido, se procederá a remitir a la firma auditora GAE el acuerdo al que llegaron el día 18 de mayo, a fin de que proceda con la revisión y posterior validación o no de estos rubros, con el fin de incluirlos o no dentro del costo base de remuneración del proyecto.

VALORES RECONOCIDOS COMO COSTOS DEL PROYECTO PARA REVISIÓN DE GAE

CONCEPTO	*VALOR EN MILLONES DE PESOS*
Liquidación IMPSA	*$15.295*
Concepto Bureou veritas	*$361*
Pago Grodco	*$46.594*
AMB 16 – CCCI	*$169.496*

Respecto del Acta 172 sin embrago, la misma se refiere de manera genérica a las distintas Glosas realizadas por GAE las cuales no necesariamente están asociadas a costos referidos a la SAD.

Así mismo en el documento: "Respuesta a su solicitud de información" del 7 de febrero de 2020 (fl 24297, Referencia cruzada, descargos Ma Eugenia Ramos y Rafael Nanclares) se lee: *"**Actualmente las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT están en proceso sin definición** frente a las inversiones que usted señala. La conclusión de este análisis le permitirá a Hidroituango sentar su posición ante EPM sobre su responsabilidad en la materialización del riesgo y las erogaciones que contractualmente le correspondan".* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)
En este sentido, no corresponde con la realidad probatoria el hecho de que la junta directiva, los gerentes de las sociedades y quien fungió como Gobernador de Antioquia a partir de 2016 hubieran ejecutado las decisiones pues lo cierto es que a noviembre de 2018 y aún a 2020, los costos asociados a la GAD estaban glosados.

Así mismo, en este punto la ejecución de dichas decisiones se veía exclusivamente en obra, por lo que esto aunado al hecho de que en los documentos disponibles en

este corte no se refieren defectos constructivos, hacía que los órganos de administración de hidroituango no contaran con los elementos suficientes para elevar alertas o imponer multas, en virtud de lo previsto en el contrato BOOMT.

Ahora bien, como se explicó en la respuesta anterior, lo cierto es que quienes ejercieron las funciones referidas a partir de 2016 no contaban con la misma información que tenían quienes se desempeñaron como miembros de la junta directiva entre 2012 y 2015, por lo que la responsabilidad por estos hechos se encuentra tal y como se demostró en cabeza de estos últimos. Por lo que estos argumentos no tienen vocación de prosperidad.
Continúa la apoderada alegando lo siguiente:

> *"De esta manera, utilizando las mismas conclusiones que el Despacho plasmó en el auto de imputación de cargos, es absolutamente claro que mis poderdantes no son responsables ni le son atribuibles los hechos causantes del daño, por falta de vigilancia y control en la construcción del tercer túnel, correlativamente tampoco el presunto incremento en las inversiones que dieron lugar a la presunta pérdida del valor presente neto del proyecto, y que éste no entrara en operación en la fecha programada ocasionando también un lucro cesante, por la potísima razón de que en el período en el cual se construyó el túnel y se implementó el plan de recuperación de atrasos no ocupaban el cargo de miembros de Junta Directiva de HI, y posterior al 31 de diciembre de 2015 no cumplieron cargo, rol o competencia asociada a la revisión y seguimiento del contrato BOOMT".*

R/: Sobre este punto, tal y como se anotó en precedencia, la apoderada considera de manera errada que la única causa del daño es el colapso de la GAD y confunde la causa física de un hecho con las causas jurídicas.

En efecto, cuando se dio el colapso de la GAD los señores RAFAEL ANDRÉS NANCLARES OSPINA, JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA no eran ni miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, ni Gerente de EPM y HI, y el señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA ya no era gobernador de Antioquia ni sus subalternos hacían parte de la Junta Directiva de Hidroituango.

No obstante, cuando se verificaron los hechos generadores del daño y las conductas correlativas a estos hechos, atribuibles jurídicamente a sus mandantes, las mismas sí se desarrollaron cuando dichas personas, desarrollaban sus funciones.

En este punto es muy importante recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido pacífica al señalar que una persona puede ser responsable fiscal así el daño se haya concretado después de su salida del cargo. Lo anterior claro está si se comprueba el nexo de causalidad entre las conductas desplegadas por el

funcionario en ejercicio del mismo y el daño. La alta corporación ha sostenido lo siguiente:

> *"En ese sentido,* ***la responsabilidad fiscal del gestor de recursos y bienes del Estado cuanto este es un funcionario público, no se agota al separarse de sus funciones****, sino cuando de su gestión no pueda derivarse un daño patrimonial al Estado o, habiéndolo causado, haya caducado la acción que conduzca a la declaratoria de la responsabilidad, eventos que no acaecieron en el caso concreto, por lo que la Sala desestimará este fundamento de la alzada. En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta.* ***Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo****. De lo expuesto se colige que existe un claro nexo causal entre la conducta del actor, celebración del contrato, y el pago que se hiciera a favor del contratista, a pesar que la ejecución de la prestación no se reflejara en la satisfacción del interés general"*[286].(Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En el caso concreto, si bien los imputados no se encontraban en el cargo al momento de darse uno de los eventos cual es el colapso de la GAD (año 2018) lo cierto es que las malas decisiones de administración explicadas en el auto de imputación, llevaron al proyecto a un alto estado de vulnerabilidad lo que desencadenó y se hizo evidente en la mal llamada contingencia de 2018.

En efecto, el proyecto tuvo atrasos significativos cuyas causas fueron explicadas ampliamente, entre las que se encuentran las citadas líneas atrás.

Lo que llevó a que múltiples aspectos del proyecto se desarrollaran con constantes planes de aceleración o recuperación de tiempos que implicaba reconocer mayores valores a los subcontratistas.

De igual forma es de anotar que en la minuta del contrato BOOMT EPM (anexo 1.02 (7)) consignó las siguientes salvedades:

> *SALVEDADES REALIZADAS POR EPM SOBRE EL CRONOGRAMA ACORDADO*
> *PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO*
> *Con respecto a la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre*
> *Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín quien fue el interventor de los diseños definitivos del proyecto, la Interventoría acepta haciendo las siguientes salvedades:*

[286] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012) Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00247-01.

• No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto.
• El programa calculado tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que faltan por ejecutar.

Todos estos compromisos actualmente los adelanta HI bajo su responsabilidad, por lo tanto todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por HI, no se clasificará como imputable a EPM.

Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando claras la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control".

Lo que evidencia que el contrato desde un principio se convirtió en una labor de medio y no de resultado y que Hidroituango y EPM permitieron que ello ocurriera.
Así mismo, dentro de ese marco se presentaron grandes dificultades en la construcción de los túneles de desviación del río (hito 1 y ruta crítica) que llevaron entre otras cosas a tener que modificar las características acordadas como "inmodificables del proyecto", para dar paso a la construcción de una alternativa no recomendable por los expertos del Board, que sin embargo fue adoptada.

De manera concomitante, la junta de Hidroituango desde su papel de vigilancia y control y bajo la excusa de los principios de no coadministración y permitió que se diluyeran sus capacidades para desarrollar la función que se le encomendaba en el contrato BOOMT y que era por demás teniendo como única preocupación cumplir a cualquier costo con una fecha de entrada en operación y preocupados por quién debía asumir con base en la matriz de riesgos los costos, lo anterior sin tener en cuenta lo realmente importante del proyecto que era llevarlo a término de manera eficaz es decir que el mismo proveyera la energía eléctrica que requiere tanto el Departamento como el País, en las condiciones de costos planeadas. Así mismo, los miembros de la junta obviaron el análisis de información determinante, como por ejemplo el acta de octubre de 2012 del comité BOOMT, en la cual se hacía evidente la imposibilidad de entrar a generar energía en 2018.

Lo anterior impidió que la junta de Hidroituango tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas Hidroituango no hizo uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto en atención a que producto de sus propias decisiones debilitaron sus capacidades de vigilancia y control.

Todo lo anterior, llevó a que EPM acelerara de manera negligente el proyecto, prescindiera de estructuras básicas para el desarrollo del proyecto como se encontraba pensado originalmente, reconociera mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se modificaran lo que contractualmente se había definido como "características inmodificables del proyecto" y construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos que colapsó. Todo lo cual generó el daño al patrimonio del Estado descrito en esta causa fiscal como la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.

Por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.
A renglón seguido aduce la apoderada:

> *"En relación con los supuestos atrasos generados, es evidente, surge ab-initio, que si al momento de realizarse el informe por el reasegurador y el auditor DELOITTE, el proyecto había prácticamente logrado superar los atrasos que le permitían colocarlo con un cumplimiento del cronograma y el presupuesto muy por debajo del proyectado para este momento de conformidad con el avance de la obra, es lógico suponer que las medidas tomadas para la recuperación de atrasos habían sido efectivas, tanto así que la ejecución no fue objeto de reproche en lo que se lleva de la investigación fiscal.*
>
> *Es importante destacar que el informe de la firma DELOITTE, quien era la auditora oficinal y única entidad autorizada para presentar el avance del proyecto tanto para la CREG y XM, es contundente en señalar que la obra no presentaba ningún atraso, es más podría inferirse un adelanto en la ejecución de ocho (8) días y un presupuesto ejecutado muy por debajo del proyectado de acuerdo al avance de obra, lo cual demuestra con creces que a pesar de las dificultades y complejidades tales como problemas geológicos, de orden público, ola invernal, consecución de predios, entre otros, las medidas implementadas para mitigar y recuperar el atraso, habían sido totalmente efectivas, de tal manera que la generación de la primera máquina estaba programada para noviembre de 2018, cumpliendo así con el cronograma del proyecto.*
>
> *DELOITTE es la única entidad autorizada oficialmente para informar a la CREG y a XM para reconfigurar la matriz energética de oferta y demanda en el país, y que este informe es presentado como una garantía de control para estas entidades, que les permite medir el*

cumplimiento de un proyecto frente a los compromisos asumidos con la CREG.

De igual manera puede revisarse en el informe presentado por el Dr. Nigel Legge, también oficial para el reaseguramiento del proyecto, que éste a abril de 2018 estaba cumpliendo y sólo tenía un atraso de 1.1% y todavía faltaban 7 meses para la fecha estipulada de entrada en operación la máquina 4.

La anterior información guarda consonancia con lo reportado en las sesiones de Junta Directiva de Hidroituango durante los últimos meses del año 2017 y los primeros tres meses del año 2018, en donde se da cuenta del avance del proyecto y sus porcentajes de cumplimiento con respecto al cronograma, y la ejecución presupuestal que siempre estuvo por debajo de lo programado.

(…)

Ahora bien, en las actas de junta directiva realizadas a partir del mes de enero de 2016, se observa cómo se brinda un informe del avance de la construcción de la GAD, en las cuales se puede percibir el adelanto de la obra, la cual estaba proyectada para finalizar en noviembre de 2017, y a partir de inicios del año 2018 empezaría a funcionar. En las mismas actas de la Junta Directiva después del año 2016, puede evidenciarse claramente que no hubo discusión respecto del plan de aceleración y las inversiones consideradas necesarias al proyecto. En crítica de la Contraloría bien pudiese haberse desechado el plan de aceleración y asumir la supuesta conducta diligente – sin saberse cuál – para lograr la entrada en operación en la fecha planteada en el cronograma director.

Por ello, y ante los varios argumentos aislados y no relacionados con la verdadera causa que expuso la Contraloría, es dable concluir que ninguna incidencia tuvo la contingencia con la decisión de no implementar el Business Intelligence recomendado por Penta a Hidroituango, como otro sistema de control y seguimiento al proyecto, por cuanto era evidente que el diagrama de GANTT y el tablero de control que operaba como sistema de seguimiento del proyecto, presentaba mejores ventajas debido a las particularidades de este, y que este seguimiento y control, fue tan efectivo que se logró recuperar los atrasos con la implementación de las medidas necesarias que permitían cumplir con las obligaciones asumidas con la CREG en la oferta presentada ante dicha entidad.

Ahora bien, es evidente que el sistema de seguimiento y control a través del diagrama de Gantt y del tablero de control evidenciaron oportunamente los retrasos de proyecto a la sociedad HI de tal forma que se pudieron solicitar medidas a EPM como contratista, para recuperar los retrasos y garantizar la entrada en operación en los plazos previstos y cumplir con las obligaciones asumidas con la CREG en la oferta presentada ante dicha entidad.

Tampoco podría admitirse que los atrasos que se habían presentado por la falta de rendimiento del sub-contratista en el desarrollo del contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, aunados a factores como los problemas de adquisición de predios, dificultades de orden geológico, problemas de orden público, acciones de protesta de comunidades foráneas, e incluso por la falta de capacidad del contratista para reaccionar frente a estas actividades adversas, hubiesen tenido la virtualidad para incidir en la contingencia presentada, pues es claro que los atrasos de la obra habían sido conjurados con las estrategias implementadas en orden a generar mecanismos de seguimiento estricto al sub-contratista aludido, además de generar estrategias que iban desde la ampliación de horarios y frentes de trabajo, hasta la implementación de maquinarias y técnicas de intervención que optimizaron y aumentaron los rendimientos, a punto de recuperar en su totalidad los atrasos del proyecto.

En efecto, la implementación de diferentes acciones para lograr mayores rendimientos, la negociación para lograr que el contratista de obras principales Consorcio CCCI sustituyera al Consorcio Túneles Ituango FS en algunas de las actividades contractuales, y finalmente la implementación del plan de recuperación de atrasos (o comúnmente llamado plan de aceleración), habían sido totalmente eficaces para recuperar las demoras presentados en el proyecto por diferentes factores.

Igual análisis, podría desprenderse de todos los aspectos en los cuales se ha basado la imputación de cargos, y en los cuales se advierte prima facie que no tienen una incidencia directa ni indirecta que pueda asociarse con la contingencia presentada el 28 de abril de 2018".

R/: Ahora bien, en lo que atañe a "la efectividad" de las medidas tomadas, lo cual fundamenta la apoderada en que *"el progreso de la obra es 81.4% comparado con 82.5% programado". La desviación a esa altura se encontraba ya dentro del riesgo permitido, de un riesgo que atendimos y mitigamos, pero que estaba desde 2011 mucho antes de que nosotros llegáramos a la Gobernación"* y dado que, en atención a ello SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, afirma en el escrito de defensa presentado

y suscrito directamente por él que "*su Delegatura, me reclamó que no me informé, pero como probamos que sí, para llamarme a juicio fiscal, modificaron la imputación, atribuyéndome no haber tomado medidas eficaces. Hoy, que demostramos las medidas eficaces, mi pedido legítimo es el reconocimiento de que (en mí tiempo) fuimos diligentes y eficaces".*

En primer término, resulta necesario precisar qué significa la palabra "efectivo", de conformidad con el diccionario de la real academia de la lengua, en su primera acepción es real y verdadero y en su segunda acepción eficaz.

A su vez la palabra eficacia, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa "Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera".

En este mismo sentido el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (el cual fue derogado por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020), consagraba lo siguiente:

> *ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía,* ***la eficacia****, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo;* ***que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas****. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*
> *La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración".*

En el mismo sentido, cabe recordar que la eficacia está consagrada dentro de los principios de la vigilancia y control fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 403 de 2020, en los siguientes términos:

> ***b) Eficacia:*** *En virtud de este principio,* ***los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos***

Bajo esta definición, los hechos ocurridos y debidamente probados en esta causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada de los señores RAFAEL ANDRÉS NANCLARES OSPINA, JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA y SERGIO FAJARDO VALDERRAMA no obedece a la realidad, por cuanto, por definición, la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino en que dichas determinaciones permitan reconducir de manera

oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación, pues **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación lo cual se encuentra probado con los siguientes documentos**:

- **Informe de interventoría 2020** (Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O- CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020 (septiembre de 2020), en el cual se estableció:

"Observaciones generales al programa de trabajo

Como resultado de las mesas de trabajo para programa con aceleración, el Contratista por medio de la comunicación CI-04657 entregó el 16 de octubre de 2015 el programa con aceleración para revisión final de EPM y de la Interventoría. Este programa, fue aprobado por las partes (EPM y Contratista) con la AMB 16 el 23 de diciembre de 2015.

Hasta el mes de abril de 2018, se realizó el seguimiento y control al avance de las obras contando con este programa. ***De acuerdo a dicho programa, el ejercicio de seguimiento indicaba que, con una buena dinámica de trabajo, era posible terminar las obras necesarias para el inicio de lllenado del embalse a partir del 1 de julio de 2018.***

El programa firmado con la AMB 16, perdió vigencia a raíz de la contingencia del proyecto desde finales de abril de 2018, por lo tanto, los comentarios que se presentan a continuación, se encaminan a indicar las acciones emprendidas en cada uno de los frentes de trabajo desde el momento de la presentación de la contingencia con el objeto de minimizar los efectos sobre las comunidades, la protección del proyecto y además el avance del mismo en la medida de lo posible.

Bajo el marco de la AMB-36, para la estabilización del proyecto se vienen realizando mesas de trabajo, donde se analizan alternativas de diseño y metodologías constructivas en la medida que se va determinando el alcance de las obras a ejecutar. En base a esto y en los compromisos adquiridos en los comités de obra, el Contratista con la comunicación CI-13046 del 6 de febrero de 2020, presentó un programa preliminar PHI-PTV-GEN-001-R0 para las obras que se están ejecutando en los diferentes frentes, en las cuales se tienen definidos los diseños. ***La Interventoría realiza el seguimiento y control a las obras en base a este programa, sin embargo, en la medida en que se realizan ajustes de diseño y se solicitan obras nuevas que obedecen a la atención de la contingencia, el programa pierde vigencia****. Por tal motivo es prioritario definir un programa general que permita realizar el adecuado control y seguimiento a todas las obras del Proyecto".*

Como conclusiones de la interventoría se estableció en el mismo documento, que *"a pesar de contar con avances importantes en la limpieza y retiro de materiales de la central, a la fecha, no es posible determinar en su totalidad las afectaciones en la misma, porque aún no se ha tenido acceso a todos los sitios",* así se plasmó en el mismo:

> *"(…) y además debido a que el grupo de expertos de EPM y la Asesoría continúan realizando inspecciones y analizando los trabajos necesarios para la recuperación de las cavernas y galerías, que estuvieron sometidas al paso de agua durante nueve meses, entre mayo de 2018 y febrero de 2019.* ***En la medida en que se realizan las inspecciones se determinan los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no ha permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto.***
>
> *Las obras actuales están encaminadas al taponamiento definitivo de la galería auxiliar de desviación GAD, que ya cuenta con el pre tapón terminado, el taponamiento del túnel de desviación derecho, la estabilización de los distintos sitios afectados, como las galerías en la central y el talud de la parte alta de la plazoleta de compuertas, además el retiro de escombros de la central y los tratamientos de estabilización al interior de las cavernas, el retiro de equipos afectados en la central y la limpieza de los túneles de descarga. Todas estas obras están enfocadas a mitigar y prevenir los riesgos, proteger las comunidades, conservar el medio ambiente y el avance de las obras de estabilización del proyecto en la medida de lo posible.*
>
> ***Con la situación presentada a raíz de la pandemia actual generada por el Covid-19, se evidencian afectaciones en la ejecución de las obras, desde el mes de marzo de 2020 hasta la fecha****, debido a que el Contratista de las Obras Principales debió aislar parte del personal que realizaba labores operativas y de supervisión de las obras por contagio y por nexos, lo que afecta los rendimientos.*
>
> *Además, desde mediados de junio comenzó el retiro del personal y el 5 de julio de 2020, se suspendieron casi todas las actividades de producción, por la salida de personal en atención a los protocolos para manejo del Covid-19. Solo hasta mediados del mes de agosto de 2020, las actividades prioritarias se empezaron a reactivar, sin completar las cuadrillas de trabajo (…)".*

Del informe de interventoría se deduce que a septiembre de 2020, en la medida en que se realizaban las inspecciones se determinaban los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no había permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto, lo que aunado a la situación generada por el Covid-19, afectó la ejecución de las obras desde el mes de marzo de 2020.

- **En el informe gerencial – estado actual del proyecto a octubre de 2020 – (**Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A **–** presentación Asamblea Departamental – Sociedad Hidroituango S.A.- Estado actual del proyecto), se indicó:

> *"Ituango – características de energía y potencia*

Características

Potencia nominal de la central (MW)	*2.400*
Unidades de generación	*8*
Potencia por unidad (MW)	*300*
Salto neto de diseño (m)	*197.6*
Salto mínimo normal (m)	*186.6*
Salto máximo normal (m)	*201.2*
Nivel del embalse máximo normal (msnm)	*420*
Nivel del embalse mínimo de operación (msnm)	*390*
Caudal medio de río (m3/s)	*1.010*
Caudal de diseño (m3/s)	*1.350*
Caudal por unidad m3/s)	*169*

Hitos representativos realizados:

- Terminación de la presa y obras anexas (galerías, inyecciones, instrumentación, vías).
- Recuperación del túnel de acceso a la casa de máquinas.
- Lleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2 (60.000 m3 de concreto).
- Cierre y reforzamiento de las compuertas de la Galería Auxiliar de Desviación – GAD-
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%).
- Recuperación de bóveda de casa de máquinas unidades de la 3 a la 6 (Avance del 100%).
*- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%).***
*- Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%).***
*- Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).***
- Colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento de las obras.

Obras Generales por realizar para la generación:

- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2.
- Recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8.

- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2.
- Continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho.
- Continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción.
- Continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto.
- Iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8.
- ***Iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.***

Informe legal:

- Desde 1998, cuando la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó la constitución de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. como promotora del proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango el Departamento de Antioquia ha contribuido con sus decisiones a que éste sea realidad.
- Con su participación como accionista de Hidroituango, tanto directa como a través del IDEA, el Departamento ha sido relevante en la toma de las determinaciones que se han requerido para poner en marcha la iniciación de su construcción, lo que se logró sin que se comprometieran recursos económicos de nivel departamental, y sin necesidad de incurrir en endeudamiento que lo hubiera afectado a futuro.
- Fue así como se llegó a la celebración del contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, filial de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN que fue su garante, como Casa Matriz, para que se hiciera cargo del desarrollo del Proyecto. De dicho contrato es titular EPM desde enero de 2013, cuando previa autorización de la Asamblea de Accionista de Hidroituango, EPM Ituango se lo cedió a EPM, empresa que hoy es su titular como parte Contratista del mismo.
- El contrato, como es conocido, comprende la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Central hidroeléctrica, que EPM tiene derecho de poseer y explotar comercialmente durante la vigencia del contrato, con la obligación de restituir a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. al vencimiento de dicho plazo tanto los inmuebles del Proyecto que hoy tiene en usufructo, como la Central Hidroeléctrica. La inversión, como es conocido, le es compensada a EPM de manera periódica según se estipuló en el contrato, luego de lo cual y adicionalmente EPM le debe transferir a la sociedad, también de

manera periódica, la llamada "Remuneración", que está distribuirá entre sus accionistas, según decidan sus órganos de dirección y administración, en el momento es que se perciban tales ingresos.

*- **Recibir ingresos depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.*

- La puesta en marcha de la Central, que estaba prevista para el 28 de noviembre de 2018, no fue cumplida, por causa de los eventos ocurridos en el proyecto desde el 28 de abril de 2018 cuando se inició el taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación del río Cauca, hecho ampliamente conocido.

- Dichos eventos produjeron la primera consecuencia en el contrato en relación con el Hito 7, "Cierre de Compuertas e inicio de llenado del embalse" que debía haberse cumplido el 1º de julio de 2018, y no se logró.

*- **El incumplimiento de este Hito dio lugar a que la sociedad, a través de su Junta Directiva, decidiera iniciar un procedimiento judicial para el cobro de la cláusula penal de Apremio correspondiente al hito 7, por valor de $117.825.423.750, proceso que fue fallado de manera negativa por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 12 de noviembre de 2019, la cual, tras ser apelada por HIdroituango, fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia radicada en el sistema de consultas el 24 de septiembre de 2020, pero aun no ha sido notificada a las partes.***

- Como resultado de dicha situación, se hará la solicitud formal de la convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín, de acuerdo a lo estipulado en el contrato BOOMT, según está estipulado en su cláusula 8.02. A ello se procederá en los próximos días, con el fin de precaver la caducidad de acciones.

Para Hidroituango es fundamental:

6. Que el proyecto se termine de manera eficaz y segura en el menor plazo posible, para lo que se requiere la continuidad y fluidez en las relaciones entre las partes involucradas.

7. Salvaguardar los derecho de la sociedad y de los accionistas.

- Por tales razones, desde antes de conocerse la providencia que negó en segunda instancia las pretensiones de Hidroituango, y aún con anterioridad a conocerse las solicitudes de Conciliación Prejudicial que EPM presentó contra sus contratistas principales, la sociedad Hidroituango se ha venido preparando para ejercer los derechos que le confiere el contrato BOOMT, acudiendo a los procedimientos

establecidos en su clausulado como mecanismos de solución de disputas entre las partes del Contrato.

- En efecto, para el análisis de la contingencia organizó en su interior un equipo de profesionales con la suficiente formación profesional, conocimiento y experiencia en el manejo del contrato BOOMT, que se encarga del análisis de los hechos ocurridos desde el inicio de la construcción de las obras del proyecto. El trabajo de este equipo hace énfasis en los hechos acaecidos a lo largo del proyecto y muy especialmente de los sucesos de abril de 2018 y las consecuencias que ello ha acarreado al proyecto y a la sociedad, para de ahí generar las recomendaciones de las acciones que correspondan por parte de los Asesores externos que la sociedad ha contratado para el efecto.

- Estas acciones se han iniciado con los acercamientos a EPM con el objeto de dar comienzo a la negociación de sus diferencias mediante el arreglo directo, para lo cual sus directivos, con el Gerente a la cabeza, se reunieron el pasado 7 de octubre con el Gerente de EPM y sus asesores a fin de comunicarle su propósito de generar puentes de diálogo para la solución de sus diferencias en torno al contrato BOOMT.

- Como resultado de dicha reunión, se dará inicio formal a un procedimiento de arreglo directo, sin perjuicio de la radicación de convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín por el hito 7, antes mencionado, con el fin de evitar la caducidad de acciones.

*- Todas estas actividades han sido conocidas por la Junta Directiva y por el señor Gobernador, quien como su presidente, ha solicitado reuniones ordinarias y extraordinarias con la finalidad de analizar todos y cada uno de las acciones a realizar, incluyendo el acercamiento con EPM y su propósito de iniciar el procedimiento de arreglo directo así como la solicitud de demanda arbitral, acciones que le fueron comunicadas a la Junta Directiva en sesión del 6 de octubre pasado**, con el beneplácito de la misma.***

En el informe Gerencial a octubre de 2020, se deduce que los hitos representativos realizados dentro del proyecto no alcanzan un avance del 100%, tales como: Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%), Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%),** Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%),** Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).**, lo que demuestra que el proyecto no se encontraba con las condiciones de su operación y puesta en marcha para la generación de energía.

Así mismo se estableció que las **Obras Generales por realizar para la generación, para esa fecha (octubre de 2020), se indicaron entre otras: c**ontinuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2., recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8, continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2, continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho, continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto, iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8 e **iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.**

De otro lado, se dejó establecido que para recibir ingresos **depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.

➢ **En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del mes de agosto de 2020 HI 113** (carpeta 75 – referencia cruzada ER0110943 – Folio 15973-01- informes de avance EPM-BOOMT -2020), **se estableció sobre el estado actual del proyecto, lo siguiente**:

> "*Premisas programa – contingencia, recuperación y puesta en servicio – Proyecto Ituango – Cronograma versión 20200415:*
>
> *Se presenta la versión del cronograma para la contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto Hidroeléctrico Ituango. Para dicho producto el Asesor reúne información suministrada por EP, General Electric (GE), ATB Riva Calzoni, GH Cranes & Components y CCCI, el cual se ajustó bajo las siguientes premisas:*
>
> *- Premisas generales:*
>
> • *La estabilización, recuperación y puesta en servicio del Proyecto Ituango está sujeta a la superación de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial.*
> • *Para ejecutar las actividades previstas en el presente cronograma se consideró la comunicación del 2 de marzo de 2020 y Radicación: 2020033433-2-000, donde la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA aclara que EPM tiene facultad para realizar las obras o actividades que de acuerdo con el criterio técnico se requieran, con el*

propósito de disipar de manera óptima la energía del agua embalsada, garantizar la integridad del vertedero y, en ese sentido, mitigar y reducir el riesgo asociado a la operación continua del mismo. Por tanto, esta aclaración por parte de la Autoridad Ambiental habilita la continuidad de las obras necesarias para la estabilización del proyecto.

- Premisas particulares:

- *Puente grúa: En el presente programa base, los hitos que represente la necesidad del puente grúa en el proyecto son ajustados a los requerimientos para el montaje de las unidades generadoras, los cuales deben estar en obra para iniciar su montaje, en su orden, las vigas carrileras a mediados de agosto de 2020 y los equipos de la viga-puente a mediados de septiembre de 2020, lo anterior está basado en información entregada por el fabricante GH indicando* ***que los equipos llegarían a FOB a mediados del mes de junio de 2020****, para así cumplir con el hito de pruebas y liberación del puente grúa para finales de noviembre de 2020; en comparación con el programa original anterior a la emergencia sanitaria originada por el COVID19, se evidencia un desplazamiento cronológico de 90 días aproximadamente.*
- *Blindajes pozos de presión: ATB en su comunicación fechada el 25 de marzo de 2020,* ***manifestó que podría presentar unas afectaciones en la importación, fabricación y montaje de los blindajes para los pozos de presión en 150 días aproximadamente****. A partir de esta premisa se programó la fabricación y montaje de los blindajes de los primeros cuatro pozos de presión secuencialmente, a partir del mes de septiembre de 2020. Es de resaltar, que la fabricación y montaje no se encontraba en la ruta crítica para el programa base anterior a la emergencia sanitaria y contaba con una holgura de 140 aproximadamente, por lo tanto, no afecta la puesta en generación.*

- Unidades de generación

- *A partir de esta simulación de programa base, GE realizará el montaje del tubo de aspiración como estaba establecido originalmente, es decir con el ingreso por la casa de máquinas y almenara, el cual se estima sea instalado en dos fases, el tramo recto del tubo aspirador se instala en sitio y el codo del tubo aspirador será pre ensamblado en la sala montajes en paralelo con las actividades de obras civiles de CCCI, para posteriormente sea trasladado al sitio y conectado al tramo recto.*
- *Dado que se cuenta con un tuno de aspiración en obra, el presenta programa base se ajustó según el cronograma de fabricación y suministro de 3 tubos de aspiración adicionales por parte del proveedor.*
- *Para agosto de 2020 se requiere las obras civiles necesarias para el montaje del tubo aspirador de la primera unidad generadora, las cuales*

están a cargo de CCCI, las anteriores actividades se simularon programáticamente teniendo en cuenta las experiencias aprendidas por el contratista en actividades similares ya realizadas y principalmente en programa preliminar el cual fue el producto de los acercamientos por medio de mesas técnicas de trabajo adelantadas en conjunto.

- *Con el fin de cumplir a cabalidad con tiempos previstos en el presente programa base, se requiere del compromiso total todos los participantes, buscando la optimización de los procesos de toma de decisiones, construcción, montaje y puesta en generación donde se incluyen los acuerdos que permitan el trabajo en paralelo de ensamble de piezas empotradas y obras civiles.*

- Conducciones superiores

- *Para realizar los trabajos en seco de las conducciones superiores se consideró por lo menos adquisición de dos tapones mecánicos, alternativa que está en proceso de contratación, la cual se estima iniciar mediados del mes de junio del 2020. No obstante, la fecha de instalación del tapón en conducción 2,* ***para facilitar la terminación del revestimiento, está prevista para septiembre de 2021.***
- *Con base en inspecciones sub acuáticas realizadas por medio de video a las estructuras de captación,* ***se estima en este programa base la ejecución del mantenimiento a la estructura de captación y la limpieza de las rejas coladeras de la conducción 1, para iniciar a más tardar en septiembre de 2021****, actividad indispensable para realizar las pruebas con agua de la unidad generadora.*

- ***Conclusiones:***

- ***Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión incluye un retraso de 100 días aproximadamente.***
- *Es importante resaltar que para que el presente programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.*

En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del **mes de agosto de 2020 HI 113** (informes de avance EPM-BOOMT -2020), se estableció sobre el estado actual del proyecto que Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial

de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión **incluye un retraso de 100 días aproximadamente.**

De otro lado, resaltó que para que el programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.

➢ En visita especial realizada por el Despacho a EPM, se solicitó que se explicara el Estado actual del proyecto, frente a lo cual, con corte a septiembre de 2020, se explicó lo siguiente:

> *"El avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango a 30 de septiembre de 2020,medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, es del 79.4%.*
>
> *(…)*
>
> *Se han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del río y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.*
>
> *Además se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto, tales como:*
>
> - *La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD.*
> - *Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m3 de concreto colocados.*
> - *Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas.*
> - *Bombeo y retiro de residuos en las cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas (…)"*[287]*.*

No obstante, los avances atrás referidos, se tiene probado que, a hoy, 3 de septiembre de 2021, no se ha puesto en marcha ni siquiera la primera unidad, por lo que resulta evidente que **el proyecto no ha comenzado a generar energía**.

[287] Z:\PRF 2019-01104_UCC PRF 014-2019 – HIDROITUANGO - \EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No.74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E H\Nueva carpeta\AC

Lo que se corrobora con el hecho de que el ANLA no ha levantado aún la cautela impuesta mediante Resolución 820 de 2018[288], atrás citada.

En este contexto, es necesario precisar frente a las aseveraciones de la apoderada, relacionadas con los informes de Legge, Deloitte y la interventoría que según ella son prueba de la efectividad del plan de aceleración, que los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino cuando dichas determinaciones permiten reconducir de manera efectiva de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad.

Los anteriores informes, demuestran que no puede hablarse de efectividad, cuando el proyecto no ha entrado en operación y en consecuencia no produce siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha, se repite, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación.

De otro lado, **es necesario recordar que en el caso concreto confluyen en la producción del daño varios agentes, puesto que se está un escenario de concurrencia de conductas**, siendo todas ellas determinantes e idóneas para la producción del daño patrimonial al Estado.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

En este sentido, la efectividad de las decisiones, en un proyecto de largo plazo como el que nos ocupa, no puede verse como mal lo pretende hacer la apoderada, como el simple hecho de que en una circunstancia puntual se tenía un avance significativo, pues dicho avance se realizó a costa de decisiones que pusieron en un punto de vulnerabilidad el proyecto que llevó a la mal llamada contingencia del año 2018.

---

288 *"Como es de su conocimiento, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA- mediante la Resolución 0820 de junio 1 de 2018 impuso una medida preventiva de suspensión de actividades regulares relacionadas con la etapa de construcción, llenado y operación del embalse, que no sean requeridas para la atención de la contingencia presentada desde el día 28 de abril de 2018".*Ver Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Recibida\Informacion_Adicional_Visita_26062019\Anexo 9\1_Actividades que deben continuar

Respecto del nexo entre las conductas endilgadas a sus prohijados, este Despacho se remite a lo ya dicho líneas atrás en las cuales se explicó por qué las acciones y omisiones descritas en el auto de imputación fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

Por lo anteriormente dicho, se concluye que este argumento no resulta de recibo. Continúa la apoderada afirmando:

> **1.** *Antes de desarrollar los capítulos que he propuesto como temática fundamental de la defensa en este auto de imputación de cargos, es estrictamente necesario resaltar cuatro premisas fundamentales:*
> *"La Contraloría Delegada ha fundamentado el auto de imputación de cargos, en una falacia argumentativa: LA FALACIA DE LA CAUSA FALSA, que consiste en pensar que la causa de un suceso es aquello que sucede antes. "Es el error más frecuente en la argumentación causal. Responde al mismo defecto mental que las generalizaciones precipitadas. De hecho, es la generalización precipitada de una asociación de sucesos. [Es usada] sin pudor para atribuir culpas a quien no corresponden".*
> *"Así entonces, la Contraloría partió de la contingencia y de allí derivó como causas posibles para la causación del daño todas las decisiones técnicas, administrativas y financieras asumidas en el desarrollo del proyecto Hidroituango, lo que no logra concatenar ni explicar es cómo cada hecho al cual atribuye el daño, contribuyó en la producción del resultado, toda vez que, bajo la sindéresis de su racionamiento, tendría que responder hasta el ingeniero Jose Tejada Sáenz, quien tuvo el ingenio de concebir la idea del Megaproyecto. En síntesis, la Contraloría desconoce el principio de prohibición de responsabilidad objetiva, garantía común a toda manifestación del derecho sancionador, y se limita a efectuar una argumentación defectuosa de causalidad natural".*

R/: En primer término, es necesario recordarle a la apoderada que los procesos de responsabilidad fiscal son de naturaleza reparatoria, en esta medida son diferentes a los procesos penales y/o disciplinarios y por lo tanto en los mismo no se realiza imputación de cargos alguna. El Auto de imputación en el proceso de responsabilidad fiscal acredita los elementos de la responsabilidad fiscal a saber: un daño, una conducta activa u omisiva calificada a título de culpa grave o dolo y el nexo de causalidad entre estos dos primeros elementos.

Ahora bien, en relación con el argumento planteado por la apoderada, es necesario precisar qué se entiende por responsabilidad objetiva:

> *"responsabilidad sin falla, caracterizado porque no requiere que el estado ha incurrido en una falla del servicio para que se vea comprometida su responsabilidad patrimonial, **al actor le basta probar el hecho dañoso, el daño sufrido y el nexo causal entre uno y otro**."*[289]

[289] HERNANDEZ, Elier Eduardo, ."Responsabilidad Extracontractual del Estado", Ediciones Nueva Jurídica, Pag. 14

En este sentido la responsabilidad objetiva implica que para efectos de su declaratoria no exista la necesidad de probar que la acción u omisión que produjo el daño se desplegó con culpa grave o dolo.

En el caso de la responsabilidad fiscal, la responsabilidad objetiva está proscrita, lo que significa que para que la misma se configure es necesario probar que la conducta se puede calificar a título de culpa grave o dolo en los términos del art 63 del Código Civil. Tal y como se hizo en el auto de imputación.

Ahora bien, hecha la anterior precisión, lo que la apoderada estructura desde la llamada "FALACIA DE LA CAUSA FALSA", se relaciona con el nexo de causalidad. Como se ha explicado líneas atrás, se trata de un argumento recurrente que ya ha sido abordado por este Despacho.

Es importante precisar que esta aseveración de la defensa parte de una percepción subjetiva de la apoderada quien considera que en el Auto de imputación se incurrió en el yerro de asumir que todos los antecedentes resultan una causa eficiente del daño. Lo cual no es cierto, pues el Despacho ha sido claro en explicar la incidencia que cada una de las conductas tuvo en la producción del daño.

El despacho se remite a lo dicho líneas atrás en el sentido de que se precisó que se trataba de una **secuencia de hechos concatenados que puso en estado de vulnerabilidad el proyecto desencadenando en la contingencia de 2018** y generaron un incremento de las inversiones que condujo a la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.

En este punto, cabe recordar que una cosa es la causalidad física de un evento y otra cosa es la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"*[290].

[290] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y que dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, lo cierto es que el colapso de la misma se ocasionó como consecuencia de una serie de situaciones enmarcadas entre otras cosas en una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto**.

En el caso concreto, **las acciones y omisiones que le fueron atribuidas al SEÑOR FAJARDO**, en ejercicio de una gestión fiscal directa, fueron las siguientes:

1. En calidad de delegante no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario en la junta directiva de Hidroituango.
2. En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, mínimo bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.

Las acciones y omisiones atribuidas a los MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA HI, para el periodo referido, fueron las siguiente:

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.
2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de PEM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Las acciones y omisiones atribuidas al señor **JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR , en su calidad de Gerente de HI,** fueron las siguientes:

1. No haber tenido en cuenta para la elaboración de su propuesta de la composición de la planta de Hi el informe PENTA, que había sido contratado precisamente con el fin de establecer la mejor estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de Hl del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte de la sociedad que gerenciaba, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de Hl.

2. A pesar de conocer de primera mano los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, decidió no hacer uso directo-en su calidad de representante de la sociedad dueña del proyecto-, ni instar a la junta a implementar los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos.

3. Haber ocultado a la Junta Directiva información trascendental, relacionada tanto con la imposibilidad de entrada en operación en la fecha incialmente contemplada, como con la advertencia del BOARD de expertos asociada a los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018.

Estas conductas **incidieron de manera directa en la producción del daño,** en la medida en la cual permitieron que se tomaran decisiones en la junta directiva de Hidroituango que diluyeron la capacidad de seguimiento que debería tener dicho órgano de administración sobre el proyecto, concretamente sobre las actuaciones de EPM, a pesar de la obligación establecida para el dueño del proyecto de conformidad con el anexo 6.12 del BOOMT.

Lo anterior impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que

permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Todo lo anterior, llevó y permitió que EPM acelerara de manera negligente el proyecto, reconociendo mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de hidroituango, se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos que colapsó. Todo lo cual, aunado a las situaciones ocurridas entre el año 2008 y 2011 así como a las decisiones allí tomadas, generó el daño al patrimonio del Estado descrito en esta causa fiscal como la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.

Tal y como se explicó líneas atrás, este Despacho hizo uso en debida forma de la teoría de la causalidad adecuada, identificando las conductas idóneas y determinantes para la causación del daño y no como mal lo quiere hacer ver la apoderada "meros antecedentes", razonando incluso al absurdo y afirmando sin fundamento que bajo la lógica adoptada en el auto de imputación "*tendría que responder hasta el ingeniero Jose Tejada Sáenz, quien tuvo el ingenio de concebir la idea del Megaproyecto".*

Por todo lo anterior, se concluye que este argumento no está llamado a prosperar.

La Apoderada manifiesta adicionalmente:

> *"(…) Resulta por demás inexplicable que la Contraloría Delegada pretenda atribuir la causación del daño a cualquier hecho o decisión acaecido entre la concepción del proyecto y el 31 de diciembre de 2015, esto es, se ha negado a investigar, de manera muy conveniente, el desarrollo del proyecto entre el 1 de enero de 2016 a la fecha de ocurrencia de la contingencia el día 28 de abril de 2018, generando con ello una clara violación al principio de investigación integral que le es exigible como entidad de control (…)".*
>
> *"Surge un interrogante forzado luego de leer la decisión tomada por la Delegada en el auto de imputación de cargos: Si algunas de las decisiones tomadas al interior del proyecto por Empresas Públicas de Medellín, tales como la construcción del tercer túnel de desviación (GAD) y el plan de recuperación de atrasos (denominado plan de aceleración) fueron ejecutadas durante los años 2016 a 2018. ¿Por qué la Contraloría no investigó a los funcionarios a quienes les correspondió implementar estas decisiones desde los mismos roles y posición de*

quienes hoy enfrentan este auto de imputación?; me refiero en este caso, a los miembros de la Junta Directiva".

R/: Esta afirmación de la apoderada no atiende a la realidad del proceso, pues en ningún momento esta Delegada se ha negado a investigar lo ocurrido a partir del 1 de enero de 2016. Distinto es que la apoderada no comparta el hecho de que este Despacho no haya imputado a quienes fungieron como miembros de junta directiva, gerentes de las sociedades y Gobernador de Antioquia a partir de 2016. Sin embargo, este Despacho se remite a lo sostenido líneas atrás en donde se explicaron de manera suficiente los motivos por los cuales dadas las circunstancias de tiempo modo y lugar en que desempeñaron sus funciones no se encontraron indicios serios para su vinculación ni posteriormente material probatorio que diera cuenta de los elementos de la responsabilidad fiscal.
Por lo que estos argumentos no están llamados a prosperar.

De otro lado, la apoderada indicó:

"Finalmente, es necesario precisar que resulta muy fácil lanzar críticas sin ningún sustento técnico frente a cómo debió manejarse un megaproyecto de esta naturaleza y tal parece que, en este mismo juego, participa la delegada cuando crítica cada decisión que fue tomada en el proyecto, pero no dice entonces cuál sería la decisión adecuada, ni la sustenta desde el punto de vista técnico, legal y financiero.

Lo que sí hizo fue elaborar el extenso trabajo de ahondar en conductas, por mínimas que sean, que hoy le parecen muy reprochables pero vistas desde el retrovisor sin considerar el momento, lugar y circunstancias en que se tomaron.

En efecto, la Contraloría General de Medellín, siempre estuvo al tanto del desarrollo del proyecto a través de auditorías integrales y seguimientos al proyecto, y siempre encontró ajustadas las decisiones tomadas al interior del mismo.

Ahora todos parecen enjuiciar las decisiones que antes encontraron ajustadas. Tal parece que aquí no se hace uso del principio de racionalidad Kantiana, porque la Delegada simplemente pensó como piensa una letrada que lleva en ejercicio bastantes años de su vida, que lee el mundo a la luz de infracciones a deberes funcionales, porque revisa las decisiones desde un frio escritorio, porque es precisamente su quehacer cotidiano, y conforme a esa lectura que pretende imponer un deber ser a mis defendidos, que a su juicio no cumplieron con unos deberes, pero tampoco dice cuál era la conducta esperada, la diligencia debida, las decisiones que consideró eran las ajustadas, luego, y cuando se razona así, se transita por los caminos de lo inocuo, summum ius summa iniuria

> *Por esto, uno de los componentes del principio de legalidad es la tipicidad estricta, para prevenir que el Estado abuse del poder punitivo, por ejemplo, al efectuar reproches artificiales, sin determinar adecuadamente el comportamiento esperado, derivado de la norma.*

R/: En primer lugar es importante precisarle a la apoderada que en el auto de imputación no se "lanzan críticas" sino que a partir del material probatorio obrante en el plenario, se demuestra o no la existencia de los elementos de la responsabilidad fiscal a saber: un daño al patrimonio o a los intereses patrimoniales del Estado una conducta activa u omisiva desplegada en ejercicio de gestión fiscal o con ocasión o por contribución con la misma, que pueda ser calificada a título de culpa grave o dolo.
Así mismo, la calificación de las conductas como "mínimas" parte de una apreciación subjetiva de la apoderada que va en contravía de lo demostrado en el proceso, pues se encuentra probada la importancia de las mismas en la consumación del daño endilgado en la presente causa fiscal. Así mismo estas conductas se han estructurado en relación con el marco obligacional exigible a cada uno de los vinculados a esta causa fiscal desde el rol que le correspondía de cara al desarrollo del proyecto, por lo que la conducta esperada que según la apoderada no fue señalada, es aquella que se describe en las fuentes normativas que enmarcan el actuar de los vinculados a saber: La Constitución, la Ley, los Estatutos, el contrato BOOMT entre otras que fueron precisadas en el auto de imputación.
De igual forma es preciso recordar que quienes administran recursos públicos, deben cumplir con el principio-deber de la buena administración de los recursos más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de* ***la buena administración****, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse,* ***el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano****,* ***de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados****"*[291]*.*

Ahora bien, cabe recordar que la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es reparatoria[292], por lo que el desarrollo de la misma no implica la aplicación del

[291] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)
[292] Corte Constitucional- Sentencia C-338-14. M.P. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Cuatro (4) de junio de 2014. *(…) En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable)* ***sino***

poder punitivo del Estado. De igual forma es necesario precisar que en el ámbito fiscal no existe como en el penal un preciso catálogo de conductas del cual se derive la responsabilidad. En efecto cabe recordar que la tipicidad ha sido definida como:

> *"En cuanto al componente tipicidad, la Corporación ha indicado que, la conducta debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal"*[293]*.*

En este sentido, lo que se exige en el auto de imputación, es que se determinen claramente los elementos de la responsabilidad fiscal, carga con la que cumplió plenamente este Despacho. Por lo que el argumento planteado no está llamado a prosperar.

Frente a este argumento expuesto por la Apoderada, es importante indicar que el proceso de responsabilidad fiscal, de conformidad a las normas que lo rigen, no se basa en *"lanzar críticas sin ningún sustento técnico frente a cómo debió manejarse un megaproyecto de esta naturaleza*", como lo manifiesta la Togada, pues en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal desde que se profirió el Auto 945 (apertura de proceso), el Auto No.1484 (Auto de imputación) y el presento proveído (fallo con responsabilidad fiscal respecto de unos presuntos responsables y sin respecto de otros), se demostró que se configuran los tres elementos de la responsabilidad fiscal, como son la conducta, el daño y el nexo causal, los cuales han sido analizados y soportados en cada uno de los proveídos y de conformidad a los requisitos establecidos en la ley.

Frente a lo expuesto por la Apoderada, respecto a las auditorías realizadas por la Contraloría General de Medellín, las cuales encontró ajustadas las decisiones tomadas al interior del proyecto[294], es importante indicar por esta Instancia, que

---

eminentemente reparatoria o resarcitoria*, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001*." –negrilla ausente en texto original (…)":

[293] Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, SP4319-2015-Radicación No. 44792 del 16 de abril de 2015. M.P. María del Rosario González Muñoz.

[294] Informe definitivo de Auditoria Especial Hidroeléctrica Ituango, suscrito por la doctora Bibiana Janeth Estrada Correa, Contralora Auxiliar de Auditoria Fiscal EPM 2 Energía, remitido al doctor Juan Esteban Calle, Gerente de Empresas Pública de Medellín, con el radicado 201400006583. En la cual se concluya*: "De la evaluación realizada al proyecto hidroeléctrico de Ituango, de acuerdo con la Guía de Auditoría Territorial a los componentes y factores descritos, se concluye que con respecto a los principios de la gestión fiscal de economía y eficiencia no se presentan observaciones, no obstante, se presenta presunta vulneración al principio de gestión fiscal de eficacia en la ejecución del proyecto Hidroeléctrico Ituango, tal como se detalla en los hallazgos descritos en este informe":*

cada Ente de Control es autónomo en las decisiones que adopta en el marco de sus competencias, por lo que no es pertinente traer a colación informes o resultados de otras Contralorías, cuando la Contraloría General de la República, dentro del marco de sus funciones encontró en la auditoría realizada a Hidroituango, irregularidades que dieron lugar aabrir el proceso de responsabilidad fiscal No.014-2019.

Así mismo este argumento se relaciona con el principio de confianza legítima, sobre el particular, es necesario recordar que la misma ha sido definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> "*un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático*"[295]

De tal definición, es posible identificar una serie de elementos, a saber:

1. Es corolario de la buena fe, es decir que encuentra fundamento en dicho principio.
2. Supone una decisión de la administración que altere súbitamente las reglas de juego que regulaban las relaciones particulares.
3. Ampara unas expectativas válidas creadas a los particulares en razón de conductas activas u omisivas de la Administración.
4. No es un principio absoluto, sino que el mismo, en cada caso concreto debe ser ponderado con otros como son el Interés General y el principio democrático entre otros.

Los elementos atrás indicados son suficientes para establecer el alcance y los límites de dicho principio, así como la posibilidad que tienen los particulares en ciertas circunstancias, recordando siempre que, *"no podrá el particular acomodar caprichosamente el contenido del principio institucionalizado a sus conveniencias particulares, sino que el contenido del mismo se restringirá a los alcances del acuerdo que le institucionalizó. Es intolerable toda ductibilidad del contenido de los principios constitucionales orientada a satisfacer convicciones o intereses particulares"*[296] .

---

[295] Sentencia C-131 de 2004.

[296] VIANA CLEVES, María José. El principio de Confianza Legítima en el derecho Administrativo Colombiano, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 43.

Establecer que se trata de un corolario de la buena fe (positivizado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia[297]) nos lleva a tener que precisar una relación de Género- Especie entre los dos conceptos, la buena fe será el Género y la Especie el principio de confianza legítima. Dicha relación obliga a afirmar sin lugar a dudas que la ausencia de buena fe impide hablar de confianza legítima.

Por lo anterior, debe analizarse en cada caso concreto, la existencia de dicha buena fe, la cual además deberá ser evaluada de manera subjetiva, teniendo en cuenta las características de quien la alega.
Así mismo, es importante recordar que ampara unas **expectativas válidas**, las mismas han sido definidas por la doctrina como: *"aquellas esperanzas que surgen a favor de un particular y que se fundamentan en signos externos o **en bases objetivas lo suficientemente concluyentes para que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta** y para que cualquier observador externo pueda reconocerlas y calibrar su dimensión objetivable. Suponen un impacto real y efectivo no previsible y especialmente dañino"*[298] (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Las cuales deben surgir de un comportamiento que indiscutiblemente indique que ese debe ser el comportamiento a seguir. Por lo anterior en el caso de omisiones habrá que analizarse cuidadosamente caso por caso si las mismas logran o no, constituir un comportamiento del cual pueda concluirse una base objetiva que sustente una expectativa válida que amerite ser protegida.
Adicional a lo anterior, el principio de confianza legítima no es absoluto, sino que el mismo supone siempre una ponderación con los demás principios que pueden entrar en colisión en un momento determinado.

De cara a la aplicación del principio de confianza legítima en procesos de responsabilidad fiscal es importante tener en cuenta que quienes se erigen como sujetos pasivos de dicha responsabilidad son sujetos especializados de los cuales puede exigirse un conocimiento pleno de las normas que rigen su actividad.
Adicional a lo anterior, cabe recordar que la administración de recursos públicos es función pública, de ahí se deriva la posibilidad de aplicar a los particulares que prestan un servicio público, catalogado como función pública, los principios correspondientes[299].

[297] ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas
[298] Obcit VIANA CLEVES, María José, P. 210.
[299] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, ARTÍCULO 209. La función administrativa **está al servicio de los intereses generales** y se desarrolla con fundamento en **los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funcione**s.
Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley

Por lo anteriormente dicho, al evaluar la buena fe de los sujetos pasivos de este proceso de responsabilidad fiscal como especialistas y/o, administradores de recursos públicos, no podrá obviarse la sujeción indiscutible al principio de legalidad. De otro lado, el bien jurídico que protege el proceso de responsabilidad fiscal es el Patrimonio Público. En efecto reza el artículo 4º de la Ley 610 de 2000:

> ***Artículo 4°.*** *Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.* (Subrayado por fuera del texto original)

El Consejo de Estado ha definido el patrimonio público en los siguientes términos:

> *"Se entiende por patrimonio público la totalidad de bienes, derechos y obligaciones correspondientes o propiedad del Estado, que le sirven para el cabal cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con lo dispuesto para ello en la legislación positiva. En un sentido amplio de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, se ha considerado que en él se incluyen los bienes inmateriales y los derechos e intereses no susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es llamado, -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos"*[300]*.*

El patrimonio público es además un Derecho Colectivo y dado que su finalidad está dirigida a cumplir las obligaciones del Estado, nos encontramos en presencia de un Interés general, frente al cual se justifica la intervención del Estado en cualquier momento en pro de hacer efectivos los derechos de todos los habitantes.

Cabe recordar, como se dijo anteriormente, el principio de confianza legítima deberá ser siempre ponderado con otros principios como el de Interés General.

En consecuencia, siempre que en un proceso de responsabilidad fiscal se aduzca dentro de los argumentos de defensa la violación del principio de confianza legítima, el mismo se deberá ponderar con el Interés General que encarna el Patrimonio Público y su defensa.

Teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, es necesario referirse de forma puntual al caso concreto y a los argumentos planteados por los imputados en sus Descargos en relación con el principio de confianza legítima. Aduce la apoderada

[300] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil diez (2010), Radicación número: 05001-23-31-000-2006-04776-01(AP)

que la "*Contraloría General de Medellín, siempre estuvo al tanto del desarrollo del proyecto a través de auditorías integrales y seguimientos al proyecto, y siempre encontró ajustadas las decisiones tomadas al interior del mismo"*

En este contexto, es necesario precisar que así en gracia de discusión hubiera existido una omisión por parte de la Contraloría de Medellín de identificar irregularidades generadoras de un daño al patrimonio del Estado, este hecho no genera un interés válido, digno de ser protegido en cabeza de los imputados, toda vez que tal y como se explicó estaban sometidos en sus decisiones al principio de legalidad, debiendo cumplir sus roles de conformidad con el marco normativo y obligacional que les correspondía, lo que tal y como se demostró desde la imputación no ocurrió.

Así mismo, dado que el proceso fiscal encarna un interés general, resulta evidente que la Contraloría General de la República está obligada, independientemente de las investigaciones que adelanten los demás entes de control, a iniciar, tramitar y definir las actuaciones de control que le correspondan incluyendo, como en el caso concreto, el proceso de responsabilidad fiscal y, de encontrar probados los elementos de la responsabilidad, en los términos del artículo 268 de la Constitución Política, establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal y ejercer la jurisdicción coactiva.

Por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

De otro lado, no es objeto de los procesos de responsabilidad fiscal, determinar cuál debía ser la decisión adecuada desde el punto de vista técnico, legal y financiero, sino evidenciar las irregularidades que se presenten en el manejo de los recursos públicos administrados y/o invertidos por las diferentes entidades, que para el caso de autos fueron EPM e Hidroituango, y en el caso más concreto por los poderdantes de la togada, quienes desde cada uno de sus roles, debían tomar las decisiones de manera efectiva de forma tal que permitieran la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tiene en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

Ahora, frente al término inocuo, mencionado en los descargos, el cual de conformidad con la Real Academia de la Lengua significa "que no hace daño", así como respecto de la frase *summum ius summa iniuria*, que significa "La extrema justicia es injusticia extrema", utilizadas por la apoderada en sus escritos de descargos, para establecer que el Despacho no indicó cuál era la conducta esperada, la diligencia debida y las decisiones que consideró eran las ajustadas, no resultan apropiadas en el caso concreto, más si se tiene en cuenta que las decisiones adoptadas por esta Instancia han evidenciado que los hechos ocurridos

y debidamente probados en esta causa, demuestran de manera fehaciente que las decisiones adoptadas pusieron en un punto de vulnerabilidad el proyecto, todo lo cual concluyó en la mal llamada contingencia del año 2018.

Por lo que el argumento planteado no está llamado a prosperar.
Concluye la apoderada que:

> *"Solo para abrir la discusión que retomaré más adelante, dejaré esbozadas algunas preguntas que surgen diáfanas luego de un estudio cuidadoso de las imputaciones realizadas a mis poderdantes:*
>
> ➢ *Si la decisión de implementar un plan de recuperación de atrasos no resultaba acertada para poner al orden del día el cronograma propuesto y así dar cumplimiento a los términos ofertados ante la CREG, entonces ¿cuál hubiese sido la decisión adecuada en las precisas circunstancias en que la misma fue tomada?*
> ► *¿Por qué los miembros de Junta desde 2016 en adelante no suspendieron el plan de recuperación de atrasos si este no era acertado para lograr desatrasar el proyecto?*
> ► *Si se considera que la implementación de las medidas de apremio al contratista (EPM), y la correlativa exigencia de imposición de multas al sub- contratista que tenía a su cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS- era la solución más adecuada para lograr la recuperación de atrasos generados por el bajo rendimiento de éste, debería tener las respuestas para solucionar los siguientes inconvenientes que hubiesen resultado de tomar tal decisión:*
>
> *(i) ¿Cómo hubiese solucionado la permanencia del contratista en obra (una vez sancionado, ya que la sanción no implicaba la dejación de los frentes de obra) generando bajos rendimientos que a la postre hubiesen aumentado los atrasos?*
>
> *(ii) ¿Cómo hubiese solventado los tiempos necesarios para garantizar el debido proceso administrativo al contratista y a la aseguradora por la imposición de medidas de apremio y la correlativa imposición de multas al sub-contratista si se hubiese optado por generar esta medida coercitiva a Empresas Públicas sin afectar aún más el cronograma del proyecto?*
>
> *(iii) ¿Cómo hubiese acreditado que los menores rendimientos presentados por el contratista obedecían única y exclusivamente a la baja calidad del trabajo desempeñado y no, también, a otras circunstancias ajenas e imprevisibles que fueron aducidas por éste, y de cuya acreditación hay suficientes evidencias dentro del expediente, tales como los problemas geológicos, de o*

Rta: En este punto, resulta evidente que la Apoderada pretende que la Contraloría General de respuesta en el sentido de indicar cuál es o cual debió ser la decisión ajustada.

Es importante recordarle a la apoderada que a la Contraloría no le corresponde coadministrar, en tal sentido no le está dado suplir el papel que le atañe a quienes administran los recursos públicos, sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

> *"(L)as Contralorías no pueden participar en el proceso de contratación, puesto que su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones.* ***Tampoco pueden interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora, lo cual está prohibido expresamente por la Carta Política****(…)*[301]*".*

Por lo que este Despacho no podría realizar pronunciamiento alguno en el sentido solicitado por la apoderada.

Sin embargo, ello no es óbice para que como se ha hecho en el caso concreto, se encuentre que las decisiones tomadas por quienes estaban encargados de administrar los recursos del proyecto ya sea de manera directa o por contribución con ocasión de la gestión fiscal, hayan realizado conductas activas y/u omisivas que no hayan atendido a la diligencia mínima que se le exige a una persona negligente en la atención de sus propios negocios y que hayan sido determinantes para la producción del daño al patrimonio del Estado, tal y como ocurrió en el caso concreto y se encuentra demostrado en esta causa fiscal.

Por lo que el argumento de la apoderada en este punto tampoco está llamado a prosperar.

Continúa la apoderada alegando lo siguiente:

> *"Para finalizar, es necesario precisar que la Contraloría lanza fuertes críticas a todas las decisiones tomadas en el proyecto desde el punto de vista técnico, administrativo y financiero, pero lejos está de acreditar con pares de expertos de las mismas calidades, que las decisiones no fueron acertadas en ese preciso momento y bajo las circunstancias y condiciones en que las mismas fueron analizadas, sustentadas y solventadas desde su pertinencia y viabilidad".*

R/: Sobre este punto, es necesario recordarle a la apoderada que no existe una tarifa legal[302] a efectos de probar los elementos que conforman la responsabilidad

[301] Corte Constitucional, Sentencia C-648-2002, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil dos (2002).

[302] Corte Constitucional, Sentencia C-202-2005, Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARTURO RENTERÍA, Bogotá, D.C., Ocho (8) de marzo de dos mil cinco (2005). *"(…) ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo*

fiscal. En este sentido, para calificar las conductas desplegadas por los implicados en la presente causa fiscal, no se requiere de "pares", pues cada uno de los vinculados desarrolló sus conductas activas u omisivas, bajo unos marcos legales dados por los diferentes instrumentos jurídicos de conformidad con el rol que desempeñaban, encontrándose plasmadas las obligaciones de cada vinculado ya sea en el contrato BOOMT, en los Estatutos de Hidroituango, en los distintos contratos, manuales de funciones, en la Constitución y/o en la Ley. Respecto de los cuales esta Contralora Delegada es la competente para establecer si las acciones u omisiones desarrolladas atendieron o no a dicho marco, si las mismas se desarrollaron de manera diligente o no y si existió o no nexo de causalidad entre estas conductas y el daño.

Así mismo, evidenciándose la existencia de temas de orden técnico, el Despacho ha contado con apoyos técnicos, de un lado los profesores de la Universidad Nacional - cuyas hojas de vida se encuentran en el plenario- quienes rindieron el informe técnico en la presente causa fiscal y el cual, valorado con otras pruebas recaudadas por el despacho, permitió encontrar probado el daño y su cuantía. Estos funcionarios le han dado apoyo al Despacho para revisar las distintas pruebas con las que se pretende cuestionar el informe rendido por ellos.

De igual forma, se cuenta con el apoyo de una funcionaria de la Contraloría General con perfil Economista quien por demás tiene amplia experiencia en control fiscal.

De otra parte, se ha tenido de manera permanente, como apoyo técnico a funcionarios de la Contraloría con perfil de ingenieros civiles, quienes le han colaborado al Despacho a los efectos de leer los documentos técnicos arrimados al Plenario, para que el Despacho los valore en debida forma.

En este sentido, cabe recordar que la Contraloría General es una entidad de carácter técnico[303] que desde hace casi 100 años realiza el control fiscal de, entre otros, proyectos de gran envergadura, por lo que cuenta con las herramientas

ha hecho por él. Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador (…)".

[303] *Corte Constitucional, Sentencia C-403-99, dos (2) de junio de 1999. "(…) En suma, el control fiscal es ejercido en los distintos niveles administrativos, a saber, en el sector central y en el descentralizado territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejen fondos o bienes de la Nación. En nuestro sistema constitucional el ejercicio de esta función pública de control obedece a un esquema orgánico y funcional propio, dado que los organismos de control se encuentran dotados de autonomía e independencia, atributos estos que son esenciales al control fiscal ya que sin ellos su ejercicio se hace débil y sobre todo vulnerable; por esto, la Constitución diseñó la* ***Contraloría General de la República como una entidad de carácter técnico*** *dotada de autonomía administrativa y presupuestal, sin funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización".*

suficientes para cumplir sin necesidad de “pares” la función constitucional que tiene asignada.

Ahora bien, el razonamiento que pretende la apoderada en contrario llevaría al absurdo de pensar que si el juez de una causa cualquiera no cuenta con un “par” de quienes está juzgando no puede determinar una responsabilidad. Eso llevaría al absurdo de pensar que si se juzga a un carpintero por un incumplimiento contractual si el juez no cuenta con un par carpintero no podrá determinar si hay o no incumplimiento del contrato.

Distinto es que para efectos de asuntos de orden técnico especializado no se contara con pruebas del mismo orden y el juez de manera arbitraria o con base en sus propios conocimientos tomara determinaciones, lo que no ocurre en el caso concreto, donde se cuenta con amplio material documental técnico[304] y se tienen funcionarios con conocimientos técnicos quienes prestan el apoyo requerido al Despacho.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

La apoderada, continúa explicando en líneas generales en qué consistirá su defensa, en los siguientes términos, el cual si bien se cita de manera especìfica para los señores Ramos y Nanclares no difiere del argumento planteado por la apoderada para los demás poderdantes.

> ***“Se realizó seguimiento constante a las decisiones tomadas al interior del proyecto por la dra. MARIA EUGENIA RAMOS VILLA y el doctor RAFAEL NANCLARES OSPINA***
>
> *“En el desarrollo de los temas propuestos, acreditaré como la dra. MARIA EUGENIA RAMOS VILLA y el doctor RAFAEL NANCLARES OSPINA hicieron un seguimiento constante a las decisiones que eran tomadas al interior del proyecto por personal experto y especializado, las cuales eran sustentadas desde la parte técnica, financiera y legal por comités especializados conformados por personas altamente capacitadas y con roles específicos que generaban la confianza necesaria en el manejo de cada uno de los temas relacionados con la ejecución del proyecto y las decisiones inherentes al mismo”.*

[304] Carpeta principal 48. Folio 10362 – Información DD95- carpeta denominada: informes entregados por el equipo Universidad Nacional de Colombia – Informe de la Universidad Nacional de Colombia. Carpeta principal 79. Folio 16629. Referencia cruzada- USB MAPFRE – Informa Causa Raíz. Así como la totalidad de los documentos de orden técnico allegados por los distintos vinculados, tanto de orden financiero como de ingeniería.

Igualmente, revisaré los aspectos en los cuales se presenta un reproche concreto, con el fin de acreditar de manera suficiente, que cada una de las decisiones tomadas al interior del proyecto y cuyo informe fue rendido a la Junta Directiva en el ámbito de sus competencias, fueron sustentadas y analizadas, además de que en la práctica demostraron ser efectivas y eficientes, en tanto dos días antes de presentarse la contingencia el proyecto se encontraba prácticamente alineado con el cronograma de la CREG y era un hecho que podía entrar en operación en el año 2018, de tal cuenta, que deberá acreditar la Contraloría cuál fue la causa que originó la contingencia, pues está claro y así lo demostraré en el proceso, que la contingencia no tiene nexo de causalidad alguno con las decisiones que fueron tomadas al interior del proyecto durante el tiempo que mis poderdantes se desempeñaron como miembros de la Junta Directiva de la Hidroeléctrica Ituango".

"Los estándares nacionales e internacionales establecen pautas comportamentales para los máximos órganos de dirección, control y manejo en una organización. A nivel internacional, respecto de las atribuciones para la Junta Directiva, la OCDE en 2016, (fecha posterior a la finalización del mandato de la Junta Directiva nombrada entre los años 2012 a 2015, y de la cual hizo parte la doctora MARIA EUGENIA RAMOS VILLA y el Dr. RAFAEL NANCLARES OSPINA), sugirió:

• Que el marco para el gobierno corporativo debe garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas46.
• Que la Junta Directiva efectúe un examen continuo de la estructura interna de la organización, para establecer una cadena de responsabilidades y de gestión clara47.

• Que los miembros de Junta Directiva actúen con pleno conocimiento, de buena fe, con debida diligencia, y según los intereses de la empresa y accionistas. Este principio además es desarrollado de forma textual así:

"En casi todas partes, el deber de diligencia no se extiende a los errores de juicio en las actividades comerciales, siempre que, entre otras cosas, los consejeros no cometan negligencia grave y se adopte la decisión con la diligencia debida. Además, insta a los consejeros a actuar con toda la información necesaria. Desde el punto de vista de la buena práctica, significa que deben cerciorarse de que la información corporativa fundamental y los sistemas de vigilancia del cumplimiento sean, en lo sustancial, sólidos y que apuntalen la función principal de supervisión del Consejo que promueve los Principios"48.

Ampliamente, se ha expuesto a lo largo del escrito, la pertinencia, rigurosidad, y seguimiento debido que los miembros de Junta Directiva efectuaron respecto

de Hidroituango, tanto en decisiones trascendentales, como en asuntos operativos.

Esta apreciación es sumamente valiosa, ya que la Contraloría omitió delimitar los presupuestos de la posición de garante, de debida diligencia, y de deber objetivo de cuidado. Por lo que resulta reprochable, que el acto e interés manifiesto en el escrito de imputación, desconozca también los presupuestos límite planteados a nivel internacional sobre el deber de diligencia. De la misma forma, que resulta reprochable, que, pese a que la evidencia demuestra una adecuada gestión, el ente de control insista con efectuar una imputación.

En todo caso, otra medida, también sugerida con posterioridad por la OCDE consiste en "la creación de comités especializados que presten apoyo a todo el Consejo en el cumplimiento de sus funciones, en especial, respecto de la auditoría y, según el tamaño y el perfil de riesgo de la empresa, también respecto de la gestión de riesgos y las retribuciones"49. Como se expondrá en capítulos posteriores, existían múltiples comités dirigidos a la gestión de riesgos específicos, tal y como sugieren las buenas prácticas internacionales.

Para este caso, también conviene destacar que existen principios técnicos para la gestión del riesgo,50 señalados en la norma ISO 31000, que desde 2009 hasta hoy señalan la necesidad de administrar y gestionar los riesgos de acuerdo con la mejor información disponible. Por ello señalan que la información debe ser oportuna, clara, disponible, actual, y preferiblemente mediada por el examen de expertos51. Desde ya señalamos, que en efecto todas las gestiones adelantadas en Hidroituango acataron los deberes de gestión de riesgos señalados en las normas técnicas de estandarización.

Todos estos estándares, trasladados al ámbito nacional son recogidos por la Superintendencia de Sociedades, entidad que en asocio con Confecámaras (Red de Cámaras de Comercio) y Cámara de Comercio de Bogotá elaboraron en 2020 la "Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo para empresas competitivas, productivas y perdurables". Allí establecen una serie de deberes generales y específicos, que merecen ser analizados en el caso concreto".

*"**Existía claridad en el ejercicio de roles de propiedad, dirección y gerencia, gracias al marco regulatorio interno de Hidroituango, manuales de funciones, las obligaciones señaladas en el Contrato BOOMT (y sus anexos), las deliberaciones y determinaciones de Junta Directiva y los comités de Junta Directiva".***

"La Apoderada, trae a colación la "Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo para empresas competitivas, productivas y perdurables", acogidos por la Superintendencia de Sociedades en asocio con Comfecámaras y Cámara

de Comercio, elaborado en el año 2020, en la cual establece unos deberes generales y específicos, que lo analizó desde el punto de vista de HI, así:

"a) Claridad en el ejercicio de los roles de propiedad, dirección y gerencia, así como la definición de un propósito común: Al respecto, aclaran que la empresa debe contar con una "estructura idónea para la gestión y toma de decisiones que incidan positivamente en la competitividad, productividad y perdurabilidad de la organización". Para ello, sugieren que la organización cuente con "instancias claramente separadas, mediante la definición de roles y parámetros de actuación para los propietarios, la dirección y el equipo gerencial". Y, respecto de las atribuciones de Junta Directiva, destacan que dicha instancia debe facilitar propósitos tales como: dirigir la organización hacia la consecución de "los objetivos empresariales estratégicos"; "la alineación con el propósito común, la misión, la visión y los valores"; que "exista un proceso de toma de decisiones directivas, enfocado en el largo plazo"; promover y fortalecer "las dinámicas empresariales dirigidas a la generación de conocimiento", entre otras.

En el caso concreto, la evidencia demuestra que la Junta Directiva de Hidroituango incorporó un enfoque de sostenibilidad social y ambiental, basado en recomendaciones técnicas. De igual forma, la Junta Directiva procuró la identificación de factores internos y externos que pudiesen afectar el desempeño del proyecto, adoptando medidas de prevención, mitigación y corrección de los riesgos detectados.

Debe añadirse, que existía claridad en el ejercicio de roles de propiedad, dirección y gerencia, gracias al marco regulatorio interno de Hidroituango, manuales de funciones, las obligaciones señaladas en el Contrato BOOMT (y sus anexos), las deliberaciones y determinaciones de Junta Directiva y los comités de Junta Directiva.

De hecho, está acreditado, que de acuerdo con el marco regulatorio de Hidroituango y el marco normativo aplicable, la Junta Directiva efectuó el seguimiento respectivo a la ejecución de la obra, y el cumplimiento de los hitos de acuerdo con la metodología del Diagrama de GANNT, entre otros aspectos.

Medidas como las ya señaladas fueron también analizadas por instancias de auditoría y terceros independientes v.gr. el Reasegurador, la CREG y los entes de control, catalogando a Hidroituango como un ejemplo de cumplimiento de acuerdo con los estándares y prácticas consistentes a nivel internacional. Evidencia de lo expuesto, se traduce en la mitigación de los atrasos de las obras, sin sacrificar o desmejorar las especificaciones técnicas requeridas del proyecto".

Así mismo expresó la Apoderada:

"De igual forma, la Junta Directiva procuró la identificación de factores internos y externos que pudiesen afectar el desempeño del proyecto,

adoptando medidas de prevención, mitigación y corrección de los riesgos detectados.

Debe añadirse, que existía claridad en el ejercicio de roles de propiedad, dirección y gerencia, gracias al marco regulatorio interno de Hidroituango, manuales de funciones, las obligaciones señaladas en el Contrato BOOMT (y sus anexos), las deliberaciones y determinaciones de Junta Directiva y los comités de Junta Directiva.

De hecho, está acreditado, que de acuerdo con el marco regulatorio de Hidroituango y el marco normativo aplicable, la Junta Directiva efectuó el seguimiento respectivo a la ejecución de la obra, y el cumplimiento de los hitos de acuerdo con la metodología del Diagrama de GANNT, entre otros aspectos.

Medidas como las ya señaladas fueron también analizadas por instancias de auditoría y terceros independientes v.gr. el Reasegurador, la CREG y los entes de control, catalogando a Hidroituango como un ejemplo de cumplimiento de acuerdo con los estándares y prácticas consistentes a nivel internacional. Evidencia de lo expuesto, se traduce en la mitigación de los atrasos de las obras, sin sacrificar o desmejorar las especificaciones técnicas requeridas del proyecto".

Promover una cultura de cumplimiento y ética

"(…) Conviene destacar que Hidroituango (para la época en que mis representados tenían vínculos con la organización) ya disponían de una arquitectura de control robusta. No obstante, se implementaron medidas para mejorar su funcionamiento, sumado a procesos de debida diligencia, y de pautas comportamentales éticas, tanto en acatamiento de estándares éticos para servidores públicos, así como del ejercicio propio de las profesiones inmersas en el proyecto. Ya se ha expuesto en extenso que Hidroituango contaba con un sistema altamente eficiente para gestión de riesgos, que incorporaba un sistema de alertas, reportes, rendición de cuentas y de seguimiento, por lo que conviene refirmar que todas estas buenas prácticas corporativas también habían sido implementadas (…)".

c) La Junta Directiva debe contar con una estructura adecuada para facilitar la toma de decisiones directivas y estratégicas.

"(…) En el caso concreto, resulta claro que todos los miembros principales y suplentes de la Junta Directiva contaban con las calidades requeridas. Todas las decisiones que se adoptaron en el marco de las facultades de la Junta Directiva se dieron con el propósito de generar valor en el proyecto, e inclusive los registros documentales demuestran la adecuada preparación para cada tema deliberado en las sesiones de Junta Directiva (…)".

d) La empresa debe definir, de manera clara y expresa, las funciones de la Junta Directiva

"(…) En el caso concreto, existía un sistema robusto normativo a nivel interno y externo, del que se extraían las concretas obligaciones de la Junta Directiva, así como los límites a sus deberes. De hecho, más adelante se expondrá como en virtud del contrato BOOMT los deberes de dirección, supervisión y manejo estaban limitados por el principio de no coadministración. En este sentido, no hubo ninguna desatención de los deberes funcionales de los miembros de Junta Directiva, sino que, tal y como puede observarse, la gestión de riesgos corporativos por parte de sus miembros, eran consistentes de acuerdo con las mejores prácticas contemporáneas".

e) Las reglas de operación de la Junta Directiva deben facilitar la acción efectiva de esta instancia de gobierno.

"En el caso concreto, también es claro que la Junta Directiva tenía un diseño sui generis, amoldado a las necesidades y requerimientos del proyecto hidroeléctrico. Existía un flujo de información constante, se llevaban a cabo sesiones de Junta Directiva con regularidad, y distintos miembros de la administración que intervenían directamente en el órgano colegiado como miembros de Junta Directiva principales o suplentes, rendían sus respectivos informes a SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, quien llevaba a cabo un seguimiento adecuado y coherente con las necesidades de Hidroituango impartiendo las instrucciones, sugerencias y/o recomendaciones requeridas para el proyecto, como ya se expuso.

Por consiguiente, no es consistente la pretensión de la Contraloría de atribuir responsabilidad a mis defendidos por negligencia o desatención de deberes, ya que, tal y como se ha expresado, tanto la estructura organizacional como funcional de Hidroituango, sus órganos de dirección y control, así como la evidencia material del cumplimiento de deberes por parte de sus componentes, incluyendo a mis defendidos, demuestran una adecuada gestión, de acuerdo con parámetros comportamentales hoy vigentes, inclusive".

f) La empresa debe adoptar instrumentos que le permitan fijar con claridad sus objetivos, alinear sus instancias de gobierno en torno a estos y controlar la consecución de las metas trazadas, asegurando decisiones armónicas entre el equipo gerencial y la Junta Directiva.

"(…) En el caso concreto, La Junta Directiva contaba con metodologías, instrumentos y sistemas implementados, que garantizaban un adecuado seguimiento a la ejecución de los deberes del proyecto, pudiendo adoptar decisiones adecuadas, controlar resultados y avances, dentro del margen razonable de esferas de competencias atribuidas a la Junta Directiva, sin que con ello se desconociesen las limitantes establecidas en el contrato BOOMT.

Vale la pena destacar, que la interacción de la información entre los miembros de Junta Directiva, las demás instancias corporativas de Hidroituango, los contratistas, y los entes regulatorios, fue lo que

permitió que el proyecto fuese valorado positivamente de acuerdo con las mejores prácticas internacionales establecidas.

Finalmente, conviene reiterar, que como se ha expresado, La doctora MARIA EUGENIA RAMOS VILLA y el doctor RAFAEL NANCLARES OSPINA como miembros de Junta Directiva de HI, ejercieron sus deberes con la debida diligencia que les era exigible, y de la apreciación sistémica del material probatorio aportado y los argumentos expuestos, resulta válido concluir, que no existe fundamento acusatorio por parte de la Contraloría, que pueda desvirtuar la ausencia de debida diligencia, y probar el respectivo título de imputación subjetivo".

g) La empresa debe contar con mecanismos para gestionar adecuadamente los riesgos de modo que pueda enfrentar los desafíos propios de un entorno dinámico y cambiante.

"(…) En el caso concreto, la evidencia es abrumadora: i) sí existía una arquitectura de control adecuada, que, adicionalmente, fue objeto de actualizaciones, de acuerdo con sugerencias técnicas y científicas; ii) existía un marco completo para gestión de riesgos, seguimiento del proyecto, así como los hitos y objetivos establecidos; iii) el sistema de información y comunicación era eficiente; iv) sin perjuicio de estos mecanismos, también los miembros de Junta Directiva eran diligentes, y transmitían en forma transparente la información al auditor respectivo, así como a los entes de control.

Todo lo anterior permite concluir, que las prácticas adoptadas y las decisiones trazadas para el desarrollo del proyecto, patrones decisorios en los que intervinieron mis poderdantes en el ámbito de las competencias regladas para los miembros de Junta Directiva, si se analizan de acuerdo con los estándares de la épica y los hoy vigentes, siguen siendo consistentes de acuerdo con las mejores prácticas nacionales e internacionales".

Respecto a las "Funciones específicas asignadas a la junta directiva de H.I. en el marco del contrato BOOMT", indicó la Apoderada:

"(…)

A partir de la suscripción del contrato BOOMT, EPM Ituango S.A. E.S.P. asumió la totalidad de las obligaciones y ejerció la totalidad de los derechos adquiridos bajo los contratos preconstructivos a partir de la fecha de la cesión de éstos, y llevó a cabo todas las actividades de construcción y montaje de los componentes que debían ser realizados durante la etapa de construcción, a través de la subcontratación de empresas con la experiencia, solvencia, idoneidad y conocimientos técnicos requeridos para desarrollar y ejecutar el proyecto de conformidad con las técnicas aprobadas y aceptadas

internacionalmente (lex artis), y la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., siguió ejerciendo sólo funciones de seguimiento y verificación al contrato.

A. El objeto de verificación en el contrato.

En cuanto a las funciones asociadas a la Junta Directiva de H.I., en relación con el proyecto hidroeléctrico Ituango, es necesario precisar que a partir de la firma del contrato BOOMT con EPM Ituango, la Junta Directiva debió asumir un nuevo rol como compañía propietaria del proyecto, enmarcado en una labor de supervisión, vigilancia y control de tres aspectos principales del proyecto como se anotó antes (i) el avance de las obras para dar cumplimiento al cronograma propuesto de entrada en operación de la central hidroeléctrica, (ii) el seguimiento a la adquisición de predios y (iii) el seguimiento a la ejecución presupuestal.

En el nuevo papel que asumió la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., pasó de ser el responsable directo de la construcción, financiación y operación del proyecto, a actuar como primer interesado en la correcta ejecución del contrato BOOMT, verificando que todas las obligaciones establecidas fueran cumplidas por EPM Ituango.

La Junta Directiva de la empresa garantizó el seguimiento y control necesario de las obligaciones contraídas en el contrato BOOMT, por EPM Ituango S.A. E.S.P, a través de sendos informes que eran entregados en cada reunión por los comités especializados que fueron creados para hacerle seguimiento al contrato, de tal cuenta que en cada reunión de junta directiva era informada del seguimiento y ejecución del contrato realizado no sólo del equipo de seguimiento conformado al interior de Hidroituango, sino además de las revisiones que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento conformados en la estructura organizativa de EPM para el adecuado desarrollo del proyecto desde los aspectos técnicos, financieros, jurídicos y sociales.

Ahora bien, dicho control, seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales estaban claramente limitadas en el Anexo 6.12, el cual establece los mecanismos de supervisión, coordinación, control y vigilancia del contrato tipo BOOMT por parte de Hidroituango., en el cual se fijan los criterios, procedimientos y herramientas a utilizar para efectuar la verificación y el seguimiento por parte de Hidroituango como empresa propietaria del proyecto hidroeléctrico Ituango.

Siendo necesario precisar, que como criterios fundamentales expuestos en este anexo está la "verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, técnicas, financieras y legales del contratista, en lo referente a la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la central a Hidroituango".

Estableciendo claramente que dicha verificación estará regida por los siguientes criterios, como pilares fundamentales: (i) el objeto de la verificación es el contrato, (ii) Principio de no administración y (iii) Principio de no control previo.

Resulta importante para establecer y dimensionar las responsabilidades y competencias de la Junta Directiva de Hidroituango, el enunciar los dos últimos principios señalados anteriormente y los cuales fueron descritos en los numerales 1.3.2. y 1.3.3., del mencionado anexo así:

"1.3.2. PRINCIPIO DE NO COADMINISTRACIÓN.
"La verificación que realizará Hidroituango durante la ejecución del Proyecto se hará bajo la premisa de "no coadministrar" en ninguna de las etapas del proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central, y comercialización de energía de la misma.
"El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista para la construcción y operación de la central. Cualquier inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista, no a sus Subcontratistas.
"Hidroituango no será interventor de los contratos que celebre el Contratista, (esto es potestad exclusiva del Contratista actuando como contratante), pero es deber y potestad de Hidroituango verificar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato, para garantizar la protección de los intereses de la sociedad y del proyecto.
"1.3.3. PRINCIPIO DE NO CONTROL PREVIO.
"Hidroituango no ejercerá acciones que constituyan control previo, entendiendo éste como intromisión o injerencia previa a las decisiones que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato".

De acuerdo con lo anterior, la Junta Directiva de Hidroituango dentro del ámbito de sus competencias hacía el seguimiento sobre el cronograma, los hitos y la financiación o costos del proyecto, siendo Empresas Públicas de Medellín un contratista con autonomía técnica, administrativa y financiera para tomar las decisiones.

Principio de no coadministración.

Bajo el PRINCIPIO DE NO CO-ADMINISTRACIÓN, pactado en el contrato BOOMT, se fijan las reglas de juego entre contratante y contratista en el proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central, y comercialización de energía de esta, de tal cuenta, que allí se establecen los roles y responsabilidades que tanto el contratante como contratista cumplen en el desarrollo del proyecto.

Para explicar el PRINCIPIO NO CO-ADMINISTRACIÓN debemos recurrir a la concepción del PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD conforme al cual cada individuo debe responder por sus propias acciones y no por las acciones de los demás, existiendo múltiples ámbitos de competencia y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que éste dentro de su respectivo ámbito de competencia, recurriendo a la ilustrativa frase de Jakobs "puede decirse que en el mundo no todo incumbe a todos, puesto que cada persona está obligada a comportarse de acuerdo con lo que la sociedad le exige"76.

Así las cosas, las premisas de comportamiento que le son exigidas a una persona al interior de una organización, dependen del rol o competencias que a éstas le han sido asignadas, pues sólo una diversificación de funciones y competencias permite la concepción y desarrollo de un proyecto de la envergadura de la hidroeléctrica Ituango.

Precisamente, bajo la diversificación de funciones y competencias, se pactó dentro del contrato de BOOMT el principio de NO COADMINISTRACION, orientado a que cada uno de los intervinientes en el proyecto cumplan con el rol que le corresponda dentro de las competencias organizacionales que le son propias, sin interferir en las funciones y competencias de otros.

El tratadista Yesid Reyes Alvarado, señala que este no es un mecanismo exclusivo de la sociedad, sino que es propio de cualquier asociación que pretenda funcionar en forma coherente, y para explicar tal situación ejemplifica el rol que cada persona desempeña en una organización situándolos en un partido de futbol:

"Un partido de futbol seria difícilmente imaginable si los guardametas no se limitaran a cumplir sus funciones, sino que pretendieran servir como jueces, mientras los árbitros olvidaran las suyas y pretendieran tomar parte activa en el partido cobrando tiros libres, o lo hicieran los técnicos, los recogebolas o los espectadores, olvidando lo que a cada uno de ellos les corresponde dentro del "mundo del futbol".77

Partiendo del ejemplo traído a colación, es dable plantear que bajo las normas de NO COADMINISTRACIÓN, quienes ocupan la condición de árbitros (haciendo el símil Hidroituango), si bien tienen competencia para hacer seguimiento a los jugadores e imponer sanciones si su comportamiento infringe las disposiciones normativas propias del juego, no pueden abandonar su condición de árbitro y jugar el partido, pues éste es competencia exclusiva de los jugadores, quienes tienen el entrenamiento, destreza, capacidad y conocimientos para jugar el partido.

De tal cuenta que la Junta Directiva de Hidroituango está obligada solamente a cumplir aquellas competencias y roles que están dentro de su ámbito de competencia dentro de la organización, vale decir, aquellas funciones que le han sido asignadas como órgano social.

Un principio básico de gobernabilidad es que cada órgano tome las decisiones que le incumben y no interfiera con las demás. Cuanto más grande y complejo es un proyecto, y en este caso HIDROITUANGO ciertamente lo es, más importante es la asignación de roles y competencias, de ahí entonces que los miembros de la junta directiva tienen el deber de dirigir, de decidir los asuntos estratégicos, de establecer los controles necesarios y de pedir cuentas al gerente de la sociedad, pero no pueden pretender, porque no está dentro del ámbito de sus responsabilidades, ni competencias, el coadministrar la construcción del proyecto.

Una propuesta argumentativa como la señalada por la Delegada de la Contraloría General de la República, en la cual pretende que la Junta Directiva asuma roles y funciones que no están dentro del ámbito de sus competencias y especialidades, resulta inaplicable. No se puede partir de la premisa de las calidades profesionales de los miembros de la junta directiva, para luego indicar, que éstos debieron tener un mayor control sobre la construcción, y además, que mis poderdantes como miembros de Junta Directiva, debían hacer seguimiento a funciones que no están dentro del ámbito de competencia de este órgano corporativo.

Olvida la Delegada los mínimos postulados del deber de cuidado, establecido como una premisa fundamental para los administradores, y es que sólo se debe actuar dentro del marco de las competencias que le han sido asignadas.

Principio de no control previo.

El principio de no control previo fue establecido como norma de conducta entre las partes intervinientes en el contrato BOOMT, limitando las facultades de supervisión y vigilancia de parte de Hidroituango, al expresar de manera precisa: "Hidroituango no ejercerá acciones que constituyan control previo, entendiendo éste como intromisión o injerencia previa a las decisiones que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato".

Esta limitante de no control previo puede asimilarse a modo de ejemplo a las facultades y limitaciones que tiene la Contraloría General de la República de realizar control previo frente a las entidades que controlan, toda vez que la Corte ha considerado que el control previo de la Contraloría podría implicar que sus actuaciones supongan una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control.78

Esta limitante de no control previo, tiene además un significado importante dentro de las competencias asignadas a cada entidad, órgano o dependencia que interactúa en el desarrollo de un contrato de gran magnitud como este, por cuanto si cualquier decisión constructiva debe someterse al escrutinio del control previo por parte de la Junta Directiva, una megaobra como lo es el proyecto de generación de energía de Ituango, con un alto nivel de complejidad

desde la ingeniería, la geología, el manejo ambiental, la estructura administrativa entre otros, (la cual fue declarada como PINE -Proyecto de Importancia Nacional Estratégica- por el gobierno nacional, precisamente por su importancia, relevancia, tamaño, etc), no podría avanzar, pues si los expertos tuviesen que extender la aprobación previa de las decisiones constructivas a quienes no tienen esta experticia, se terminaría coadministrando y ejerciendo un control sobre decisiones que sólo deben corresponder dentro del ámbito de su competencia por la especialidad y el conocimiento precisamente a quien cumple con el rol de constructor, diseñador e interventor del contrato, quienes deben ser lo suficientemente capaces y experimentados para dirigir el proyecto, (idoneidad, experiencia y experticia que es revisada al momento de realizarse la adjudicación de los subcontratos por parte de EPM) y por ello se plasmó en el contrato BOOMT que el contratista, sólo está obligado a rendir cuentas de las decisiones técnicas que asuma de una manera posterior, evitando de esta manera una coadministración indebida de la Junta Directiva frente a las decisiones que debían tomarse por expertos.

R/: Los argumentos anteriores esbozados por la apoderada están dirigidos a demostrar que la sociedad Hidroituango contaba con una estructura corporativa que cumplía con los estándares nacionales e internacionales que establecen pautas comportamentales para los máximos órganos de dirección, control y manejo de una organización, lo anterior lo respalda citando las sugerencias que en el año 2016 la OCDE hizo en relación con las atribuciones de las juntas directivas. Se refiere de manera expresa a los límites planteados internacionalmente sobre el deber de diligencia y considera que la CGR desconoció en su imputación dichos límites.
Así mismo alega que la Contraloría omitió delimitar los presupuestos de la posición de garante, de debida diligencia, y de deber objetivo de cuidado, igualmente reprocha que se haya realizado una imputación cuando en su opinión se demostró una adecuada gestión que inclusive cumplió con lo descrito en la norma técnica ISO 31000.

La Apoderada alega que en cumplimiento de las mejores prácticas, Hidroituango contaba con múltiples comités dirigidos a la gestión de riesgos específicos, existía una determinación clara de los roles al interior de la empresa, se promovía una cultura de cumplimiento y ética, se contaba con una estructura adecuada para facilitar la toma de decisiones directivas y estratégicas, las funciones de la junta estaban definidas, las reglas de operación de la junta facilitaban la acción efectiva de esta instancia de Gobierno, la empresa tenía instrumentos que le permitían fijar con claridad sus objetivos, la empresa contaba con mecanismos que le permitían gestionar adecuadamente los riesgos.

Así mismo, continúa precisando las funciones específicas de la junta directiva de HI, desde la escritura pública 771 y desde lo dispuesto por el contrato BOOMT.
La apoderada en este punto afirma que *"se garantizó desde la Junta Directiva de la empresa H.I., el seguimiento y control necesario de las obligaciones contraídas en el contrato BOOMT por EPM Ituango S.A. E.S.P, y en cada una de las reuniones realizadas*

por la Junta Directiva, se recibían los correspondientes informes no sólo del equipo de seguimiento del contrato por parte de Hidroituango, sino además de las revisiones que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento conformados en la estructura organizativa de EPM para el adecuado desarrollo del proyecto desde los aspectos técnico, financiero, jurídico y social"
Para explicar su afirmación anterior, procede a explicar lo que en su entender implica la verificación del contrato BOOMT.

Afirma sobre el particular que: *"la Junta Directiva debió asumir un nuevo rol como compañía propietaria del proyecto, enmarcado en una labor de supervisión, vigilancia y control de tres aspectos principales del proyecto como se anotó antes (i) el avance de las obras para dar cumplimiento al cronograma propuesto de entrada en operación de la central hidroeléctrica, (ii) el seguimiento a la adquisición de predios y (iii) el seguimiento a la ejecución presupuestal".*
"En el nuevo papel que asumió la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., pasó de ser el responsable directo de la construcción, financiación y operación del proyecto, a actuar como primer interesado en la correcta ejecución del contrato BOOMT, verificando que todas las obligaciones establecidas fueran cumplidas por EPM Ituango".

Y repite en este punto lo ya sostenido antes en el sentido de: *"La Junta Directiva de HI garantizó el seguimiento y control necesario de las obligaciones contraídas en el contrato BOOMT, por EPM Ituango S.A. E.S.P, a través de sendos informes que eran entregados en cada reunión por los comités especializados que fueron creados para hacerle seguimiento al contrato, de tal cuenta que en cada reunión de junta directiva era informada del seguimiento y ejecución del contrato realizado no sólo del equipo de seguimiento conformado al interior de Hidroituango, sino además de las revisiones que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento conformados en la estructura organizativa de EPM para el adecuado desarrollo del proyecto desde los aspectos técnicos, financieros, jurídicos y sociales"*

Después de lo cual explica y retoma un argumento por demás repetido desde antes de que se profiriera la imputación y es que las obligación de Hidroituango se encontraba enmarcada en los principios de NO COADMINISTRACIÓN y NO CONTROL PREVIO. Concluyendo que la Junta Directiva de Hidroituango está obligada solamente a cumplir aquellas competencias y roles que están dentro su ámbito de competencia dentro de la organización, vale decir, aquellas funciones que le han sido asignadas como órgano social.

No se puede partir de la premisa de las calidades profesionales de los miembros de la Junta Directiva, para luego indicar, que éstos debieron tener un mayor control sobre la construcción, y además, que mi poderdante como Gobernador de Antioquía, debía hacer seguimiento a funciones que no están dentro del ámbito de competencias de sus subalternos con asiento en la Junta Directiva de Hidroituango. Es preciso anotar frente a dicha alusión a las sugerencias de la OCDE realizada en el auto de imputación y que trae a colación la apoderada, precisando que las mismas se hicieron con posterioridad a que sus mandantes dejaran los cargos en virtud de los cuales fueron imputados sirvieron de contexto para precisar los

estándares exigidos en las buenas prácticas de las juntas directivas de las sociedades, pero no fueron el sustento para determinar las acciones y/u omisiones atribuibles a los miembros de junta directiva, para lo cual el Despacho se sirvió de manera puntual de los Estatutos de la sociedad hidroituango, de lo de lo dispuesto en la jurisprudencia nacional, así como de lo dispuesto en el contrato BOOMT y lo comparó con el resto del material probatorio obrante en el plenario y pertinente para el asunto entre los que se destacan las mismas actas de junta directiva de hidroituango y las actas de seguimiento al contrato BOOMT, entre otras.

Ahora bien, la apoderada lanza críticas al auto de imputación al considerar que omitió delimitar los presupuestos de la posición de garante, de debida diligencia, y de deber objetivo de cuidado y así mismo que excedió los estándares internacionales sobre el deber de diligencia. Sin embargo la apoderada no desarrolla de manera clara por qué realiza esta aseveración.

No obstante lo anterior, repite el argumento conforme al cual Hidroituango aseguró el seguimiento a través de sendos informes que eran entregados en cada reunión por los comités especializados que fueron creados para hacerle seguimiento al contrato, de tal cuenta que en cada reunión de junta directiva era informada del seguimiento y ejecución del contrato realizado no sólo del equipo de seguimiento conformado al interior de Hidroituango, sino además de las revisiones que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento. Lo anterior en el marco de los principios de no coadministración y no control previo.

Para valorar este argumento, resulta necesario recordar cuál era el rol que debía cumplir Hidroituango en el contrato BOOMT.

Sobre el particular en el auto de imputación, se precisó lo siguiente:

> *"(…)*
> *Previa la suscripción del Contrato BOOMT, tal y como consta en acta 119 de 22 de diciembre de 2010296, la junta directiva comenzó a analizar cuál debería ser el papel que debía desempeñar Hidroituango en relación con la supervisión, vigilancia y seguimiento al contrato BOOMT.*
> *Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que la comisión designada en la reunión anterior - integrada por representantes de EPM, IDEA y HI- "ha venido trabajando sobre la supervisión y monitoreo del contrato BOOMT y ya se definió el espíritu general de lo que sería la supervisión o monitoreo. A la fecha se le está dando la redacción al documento que sería un anexo del contrato. La semana anterior el documento se redactó y se remitió a EPM para su revisión.*
>
> *Una vez se apruebe por la comisión el documento de lo que se ha denominado la "Verificación" —modificando la denominación de monitoreo y control- se definirá la estructura administrativa que quedará realizando esa verificación. Pide el doctor, Francisco Beltrán que ese documento se ponga previamente en conocimiento de todos los miembros* ***de la Junta Directiva,*** *aunque no quede sujeto a su aprobación.*

Ahora bien, continúa el doctor Gómez, teniendo en cuenta que para definir la planta de cargos que tendrá Hl existe diferencia conceptual con EPM, por cuanto ellos consideran que la organización debe ser la mínima posible y Hl considera que debe ser de mayor entidad, se llegó a la conclusión que lo mejor es contratar una firma externa que, a la luz del documento de verificación, señale la estructura, los perfiles requeridos y el personal que lo debe ejecutar.

Señala el doctor Jesús Aristizabal que se debe establecer la verificación, los procesos y el alcance de esa verificación, con lo ***que se determinará el*** *recurso humano que se requiere.*

Tal y como se lee en lo arriba transcrito, la Junta Directiva vio como una necesidad contratar a un consultor que determine la estructura idónea de la Sociedad para poder realizar la vigilancia al mentado contrato.

En Acta 123 de 16 de febrero de 2011, sin embargo, se presenta una discusión frente a quién debe realizar la reestructuración de la planta de Hidroituango, frente a lo cual el Gerente de la Sociedad pone de presente la importancia de dicha estructura para realizar en debida forma la Supervisión de lo que él mismo denomina "el contrato más importante de Antioquia en los próximos cincuenta años", en los siguientes términos:

Continúa el Señor Gerente manifestando que EPM hace la propuesta de estructura como si Hl fuese su filial. Pero el caso aquí es bien diferente. Expresa que la Administración no tiene interés burocrático alguno en mantener una determinada planta de personal, sino en establecer cuál debe ser la estructura que le permita ejercer la adecuada supervisión del contrato más importante de Antioquia en los próximos cincuenta años, y en la forma como ha quedado definido en la minuta del mismo.

Así mismo y ante la discusión presentada, se deja constancia en los siguientes términos de la situación que se venía presentando en relación con el hecho de que EPM en cabeza de Federico Restrepo, interviniera en la manera como debía decidirse la planta de personal de la Sociedad Hidroituango para efectos del desarrollo de la vigilancia al contrato BOOMT.

El doctor Federico Restrepo señala que no solo los informes se le deben presen sino que el relacionamiento con esta firma debe ser con una comisión de la Junta Directiva.
El doctor Luis Guillermo Gómez insiste en que la participación de EPM en esa comisión implica un conflicto de intereses.

El doctor Federico Restrepo informa que ese tema ya fue estudiado en EPM y consideran que no hay ningún conflicto de intereses.

El doctor Gómez indica que la Administración se alejará, en consecuencia, del manejo de esa firma, pero suministrará la información que se le requiera.

Insiste en que le parece extraño que el controlado sea el que diga cómo se le vigilará.

Los términos en los cuales habrá de desarrollarse la vigilancia por parte de Hidroituango quedaron plasmados en el Anexo 6.12 al contrato BOOMT, en los siguientes términos:

"ANEXO 6.12
MECANISMOS DE SUPERVISION, COORDINACION, CONTROL Y VIGILANCIA DEL CONTRATO TIPO BOOMT POR PARTE DE HIDROITUANGO

En el presente documento se establecen los criterios, procedimientos y herramientas utilizar para efectuar la verificación y el seguimiento por parte de Hidroituango como empresa propietaria del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, al presente Contrato celebrado entre el Contratista e Hidroituango.

Esta Verificación y seguimiento permite a Hidroituango tener el conocimiento continuo de la evolución de la ejecución del Contrato tipo BOOMT, en relación con su cumplimiento, y la detección oportuna de las desviaciones con el fin de generar alertas sobre la necesidad de darles solución.

El Contrato debe estar sujeto a la verificación de Hidroituango, entidad estatal contratante y propietaria titular del proyecto hidroeléctrico, quien como tal tiene la obligación de realizar la correcta negociación, celebración, iniciación, ejecución, supervisión y liquidación del contrato que se suscribe con el Contratista, y prevenir posibles riesgos que debe asumir Hidroituango como consecuencia de la ejecución del Contrato.

De acuerdo con los principios que regulan a las entidades públicas en Colombia, y en especial los principios de los que trata el artículo 209 de la Constitución Nacional, el Contrato está sujeto a la verificación por parte de Hidroituango, para lo cual ésta tiene el derecho y la obligación de examinar y comprobar el cumplimiento del Contrato, en sus aspectos técnicos, legales, administrativos y financieros.

(...) La verificación del Contrato tiene como objeto examinar y comprobar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, técnicas, financieras y legales del Contratista, en lo referente a la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la central hidroeléctrica Pescadero Ituango a Hidroituango, de tal suerte que se mantengan las responsabilidades legales y patrimoniales de las partes y se garantice el desarrollo del Proyecto.

1.2 ALCANCE DE LA VERIFICACION
La verificación del Contrato tiene el propósito de examinar y comprobar durante la ejecución del Contrato, el avance y cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista en términos de oportunidad, calidad y costos, dentro de las buenas prácticas ambientales, de ingeniería, construcción, operación y mantenimiento, al igual que generar alertas sobre la

necesidad de dar solución a las desviaciones que observe Hidroituango con respecto a dichas obligaciones. Para lo anterior Hidroituango activaré los mecanismos previstos en el Contrato, tales como observaciones a los informes o actas correspondientes a la funcionalidad de las obras o los equipos, podrá acudir a las Cláusulas Penales de Apremio, y en general a las medidas contempladas para urgir al Contratista el cumplimiento, todo de acuerdo con lo establecido en el Contrato.

1.3 CRITERIOS FUNDAMENTALES
La verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, técnicas, financieras y legales del Contratista, en lo referente a la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la central a Hidroituango, estará regida, en todo caso, por los siguientes criterios, que constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales se entenderé y ejecutar el presente esquema de seguimiento del Contrato.

• El Objeto de la verificación es el Contrato
• Principio de no coadministración
• Principio de no control previo

1.3.1 OBJETO DE VERIFICACION
De igual forma, en relación con los mecanismos de apremio con los cuales contaba Hidroituango en relación con su contratista (EPM), el contrato BOOMT estableció en la cláusula 4.9, la posibilidad de imponer cláusulas penales de apremio al contratista.

En consonancia con lo anterior, en el acta 122 de 9 de marzo de 2011, se explicó la manera como habrá de operar la aplicación de dichas Cláusulas penales en el contrato BOOMT. Sobre el particular, se adujo lo siguiente:

1.3.2 PRINCIPIO DE NO COADMINISTRACIÓN

La Verificación que realizará Hidroituango durante la ejecución del Proyecto se hará bajo la premisa de "no coadministrar" en ninguna de las etapas del proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central, y comercialización de energía de la misma.

El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista para la construcción y operación de la central. Cualquier inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista, no a sus Subcontratistas.

Hidroituango no será interventor de los contratos que celebre el Contratista, (esto es potestad exclusiva del Contratista actuando como contratante), pero es deber y potestad de Hidroituango Verificar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Contrato, para garantizar la protección de los intereses de la sociedad y del Proyecto.

1.3.3 PRINCIPIO DE NO CONTROL PREVIO

Hidroituango no ejercer acciones que constituyan control previo, entendido éste como intromisión o injerencia previa en las decisiones que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.

2. COMUNICACION E INFORMACION
2.1 ACCESO DE HIDROITUANGO A LA INFORMACION - LIBRO ABIERTO

El Contratista se obliga a tener a disposición Hidroituango en una plataforma informática compartida, en forma expedita y oportuna, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice el Contratista durante el desarrollo del Proyecto (...) Igualmente, Hidroituango, en ejercicio de su labor de verificación, durante la vigencia del Contrato, puede inspeccionar, examinar, comprobar, sin que se cause retraso ni se interfiera en las decisiones que tome el Contratista, el progreso del Proyecto, y su puesta en funcionamiento, así como su operación y mantenimiento hasta la restitución de la central, de acuerdo con la metodología de Libro Abierto, así como todos los documentos del Contratista relacionados con el Contrato, salvo la información sobre estrategia comercial del Contratista

(...) 3. PARÁMETROS DE REFERENCIA
3.1 COMPONENTES MÍNIMOS DE DISEÑOS Y LICENCIA AMBIENTAL
Se consideran componentes mínimos aquellos que, con respecto a la concepción de los diseños detallados de las obras principales y las exigencias de la Licencia Ambiental del proyecto, solo podrán ser modificados de común acuerdo entre el Contratista e Hidroituango (...)"

El contrato BOOMT traía los mecanismos legales para exigirle a EPM el cumplimiento de sus obligaciones, en el Capítulo I "Interpretación y definiciones",

1.02 Definiciones, trae:

"Clausulas Penales de Apremio: Son las sumas que, a título de cláusula pena de apremio, deberá pagar el Contratista a Hidroituango cuando incumpla alguna de las obligaciones a su cargo bajo el presente contrato. Las Clausulas penales de Apremio no tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios ".

Así lo indica el numeral 9.02. del contrato BOOMT:

"Dentro de los cinco (5) días siguientes al conocimiento por parte de Hidrotuango del incumplimiento del Hito u obligación respectiva (...) Hidrotuango deberá reunirse con el contratista con el objeto de verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento (...) (procedimiento de Cura)"

Sin embargo, en acta de Junta Directiva 122 de 9 de marzo de 2011, en la presentación de los elementos esenciales del contrato BOOM a los miembros de Junta, se leen las limitaciones con las que se concibieron las cláusulas penales de apremio:

d).- Cláusulas penales de apremio en la etapa de construcción

> *• En el Contrato se pactó que las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos durante la Etapa de Construcción, sólo se harán exigibles si EPM incumple con las obligaciones relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento, esto es, la entrada en operación comercial de la Unidad 1 (Grupo 1 de Unidades) a más tardar el 24 de junio de 2019.*
> *• Se pactó además que, a opción de EPM, el valor de las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos en la Etapa de Construcción podría ser pagado, o considerado como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración de Hl.*

De lo anterior, fuerza concluir que Hidroituango podía interponer Cláusulas de Apremio en contra de EPM si se incumplían los hitos 1 a 9 pero sólo podía hacerlas exigibles si, no se lograba la entrada en operación en la fecha programada.

Adicional a lo arriba explicado, cabe anotar que Hidroituango y EPM suscribieron un memorando de entendimiento297 denominado "Acuerdo de voluntades entre Empresas Públicas de Medellín (EPM) e Hidroeléctrica ltunago E.S.P. (HI)", de fecha 4 de julio de 2010 , el cual tenía por objeto:

"El presente acuerdo de voluntades define los principios de la negociación directa, los términos generales de un eventual negocio, la metodología de trabajo a seguir y, finalmente, el cronograma de implementación del acuerdo"

Por último, cabe recordar que Hidroituango funge como dueña del proyecto, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho, percibe un beneficio económico, como consecuencia del funcionamiento de la hidroeléctrica, en ese sentido tiene amplias responsabilidades. Cabe recordar lo que de cara a la responsabilidad extracontractual ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien se ha pronunciado, en los siguientes términos:

"En cuanto a la imputación del daño, es pertinente poner de presente que la demanda fue dirigida contra el Municipio de Pereira, la Nación - Ministerio de Cultura y Ministerio de Salud y Protección Social, respecto de los cuales la parte actora consideró que era posible endilgarles responsabilidad, por cuanto el primero y el segundo de los mencionados fueron las entidades que suscribieron el contrato de obra para la restauración del Palacio Nacional, y el último fungía como propietario del mismo (...). En este orden de ideas, la responsabilidad de tales demandados debe analizarse debido a la ocurrencia

> *de un daño vinculado con la ejecución de una obra, ya fuere porque la contrataron o porque eran los propietarios del bien sobre los cuales esta se desarrolló.* ***Se trata de un escenario que la jurisprudencia ha desarrollado bajo el principio de "ubi emolumentum ibi onus esse debet" (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra,*** *al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista '*[305]*.*
>
> *En este sentido, y dada la posición que ocupaba la Sociedad, las acciones y omisiones de quienes conformaban su junta directiva deben verse a través de este prisma, toda vez a pesar de existir un Contratista ejecutor de la obra, la sociedad nunca perdió su titularidad".*[306]

De igual forma, como se explicará más adelante, en relación con al informe PENTA, el Rol de hidroituango de verificación y control del cumplimiento del Contrato BOOMT ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato****. Y de igual manera, precisa, lo cual también resulta acertado, que* ***HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT****.*

Tal y como se precisó en el auto de imputación y se ampliará adelante, Hi no contaba con un software de apoyo para realizar esta función, sino que la misma debía ser realizada de forma manual, coinciden los testigos sobre este punto, en que se contaba con el Diagrama de GANTT el cual es, un cronograma gráfico, elaborado por EPM y los tableros de control (los cuales de conformidad con lo sostenido por el señor Jairo Hernán en su testimonio[307], "no duraron mucho"), todo lo cual era analizado, se repite, manualmente por unos pocos funcionarios -cabe precisar que la anterior estructura administrativa fue producto también de decisiones de la junta directiva de Hidroituango tomadas en el año 2012-.

Ahora bien, aún cuando desde la imputación misma, se ha reconocido que es posible que la junta Directiva de Hidroituango, contara con colaboradores para desarrollar su función, ello por sí mismo no resulta suficiente para eximirse de responsabilidad, pues dentro de las obligaciones de prudencia y cuidado de los miembros de junta directiva está el de informarse de manera previa y suficiente

---

[305] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO,
Bogotá, 3 de abril de 2020, EXP 6601-23-31-000-2012-00147-02 (51846).

[306] Folio 17977 vto. del expediente, que corresponde a la página 421 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

[307]

sobre los asuntos que se van a debatir. Es por eso que resulta inexcusable el hecho de no conocer como mínimo las actas realizadas por el comité de seguimiento al contrato BOOMT y quedarse con la información que alguien más relata en la sesión de la junta. Sobre todo teniendo en cuenta el número de funcionarios con los cuales se hacía la revisión de la gran cantidad de información.

En relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT, en el auto de imputación, después de realizar un estudio del numeral 2.2. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT, así como el Reglamento de dicho comité, el cual se encuentra en el Acta 2 de 22 de junio de 2011 del comité de seguimiento al contrato BOOMT, así como lo sostenido en el Acta 124 de 4 de mayo de 2011 de la junta directiva de Hidroituango, en la cual se le informa a dicho órgano de administración sobre la creación del comité de seguimiento al contrato BOOMT, el Despacho concluye -y en este momento ratifica dicha conclusión- en relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT "*que se trata simplemente de un punto de encuentro entre las dos entidades para facilitar el desarrollo al seguimiento, pero no releva a la junta directiva de las funciones que legal, estatutaria y contractualmente le corresponden".*

Así mismo, en el Auto de imputación, también en relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT se sostuvo lo siguiente:

> "Como se explicó en la parte introductoria del acápite de conducta y nexo de causalidad *el hecho de que existiera un comité de seguimiento al contrato Boomt no le restaba responsabilidad a los miembros de junta directiva, quienes, como es sabido son el organismo de dirección y decisión de la persona jurídica, y están revestidos de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad. En este sentido las funciones de vigilancia y control pactadas contractualmente en el BOOMT les competen directamente a ellos.*
> *De lo anterior es claro que el comité de seguimiento es un mero instrumento de apoyo, tal y como se expresa en el Reglamento de Comité de Seguimiento del contrato de BOOMT en el numeral 3, el cual se explica que el objetivo de éste es el siguiente:* "El Comité es un espacio de comunicación y seguimiento del Contrato y estará vigente durante el desarrollo del proyecto, en sus etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de las obras del proyecto a Hidroituango".
> *Por lo anterior, el Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT en el proyecto HI, tiene como fin facilitarle a la junta directiva de HI sus labores más no desplaza la competencia de sus miembros para la toma de las decisiones necesarias para que Hi cumpla con su objeto"*[308]

Ahora bien, la apoderada en este punto, alega que la junta no solo era informada por el comité de seguimiento al contrato BOOMT *"sino además de las revisiones*

[308] Folio 18030 vto. del expediente, que corresponde a la página 528 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento conformados en la estructura organizativa de EPM".

Este punto resulta muy importante, pues con esta afirmación ella misma demuestra que los miembros de la junta directiva no estaban realizando las funciones de vigilancia y control que les competían, pues no solo no se informaban de manera completa de lo consignado en las actas de seguimiento al contrato BOOMT sino que además daban por cierta la información que entregaba EPM, cuando la función de vigilancia y control supone necesariamente cruzar la totalidad de la información disponible para verificar si las afirmaciones que realiza el contratista son ciertas o no y tomar las decisiones que fueran del caso, ya fuera elevar las alertas que correspondiera o iniciar los trámites para la imposición de multas o de apremios en los términos establecidos en el contrato.

En este sentido, lo que reconoce la apoderada es que EPM a través de sus propios comités suplía la función que debía ser ejercida por la junta directiva de Hidroitunago. Por lo que resulta evidente que este argumento no solo no tiene la virtualidad de enervar la imputación, sino que por el contrario confirma lo sostenido en el auto 1484 de 2020.

Ahora bien, en lo que se refiere a los principios de NO COADMINISTRACIÓN y NO CONTROL PREVIO que la apoderada utiliza para concluir que la junta solamente puede ejercer las acciones que le están permitidas, alegando por demás de manera errada que este Despacho le endilga responsabilidad a su representado por responsabilidades que no tenían sus subalternos que tenían asiento en la junta directiva de Hidroituango en relación con "tener un mayor control sobre la construcción", la apoderada parte de una concepción errada de los principios y de una tergiversación de lo dicho en el Auto 1484.

En efecto, es necesario recordar que este Despacho nunca le ha atribuido a los miembros de la junta directiva acciones u omisiones que excedan los límites de sus funciones estatutarias, legales y/o contractuales. Este Despacho no le ha atribuido a los miembros de junta directiva en el periodo 2012-2015 ninguna responsabilidad de cara al "control de la construcción", como si se tratara del ejecutor de la obra como mal lo insinúa la apoderada.

En efecto, el Despacho tiene claro que el ejecutor de la obra física es EPM y quien tiene la responsabilidad de cara a los subcontratos de construcción es EPM. Lo que se le atribuye a los miembros de junta directiva es la falta de control y seguimiento a EPM en desarrollo del proyecto, contexto en el cual, lo que se le exige a la junta directiva de hidroituango es que para tomar las decisiones se informara plenamente aún de las vicisitudes que se daban en el proceso constructivo pues esas situaciones afectaban sin duda el desarrollo del proyecto y eran parte del marco fáctico en el que hidroituango debía desarrollar sus funciones.

En este sentido, en el auto de imputación, se sostuvo lo siguiente:

> *"Frente a este argumento, el Despacho indica que independiente de la responsabilidad de EPM en la comisión de los hechos, la Junta Directiva tenía el deber de verificar los hechos y de actuar de conformidad con el rol que le imponía el contrato BOOMT.*
> *En igual sentido, se considera que las decisiones tomadas por Hl fueron determinantes en la causación del daño, ya que la modificación de los hitos del contrato y de las características inmodificables, así como la aprobación del plan de aceleración incidieron en la consolidación del daño al patrimonio del Estado probado en esta causa fiscal.*
> *De otro lado, es importante resaltar que de conformidad con el deber de inspección que contempla la Ley mercantil es evidente que todas las acciones que tomara la junta debían estar plenamente informadas. Es apenas elemental que frente a un proyecto de semejante magnitud cualquier cambio que afectara su proceso constructivo o entrada en vigencia, hacía exigible, con mayor razón el deber de los miembros de junta de consultar los detalles mínimos para tomar la decisión, detalles que como se ha expuesto en párrafos anteriores, estaban en las actas del comité de seguimiento y demás documentos, no hacerlo implica una omisión en materia grave que genera un efecto contributivo que tuvo en el daño, la conducta de los miembros de junta"*.

En este contexto, es claro que el no control previo y la no coadministración, no pueden implicar que Hidroituango quede paralizado o que no puede desarrollar la función de vigilancia y control que le corresponde, por lo que vale la pena en este punto, proceder a revisar el contenido de dichos principios y a contrastarlo con la función atribuida por el BOOMT a Hi.

El contenido de los mencionados principios de conformidad con lo dispuesto en el contrato BOOMT es el siguiente:

> *"NO CONTROL PREVIO: Hidroituango no ejercer acciones que constituyan control previo, entendido éste como* ***intromisión o injerencia previa en las decisiones*** *que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.*
> *NO COADMINISTRACIÓN: El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango* ***no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista*** *para la construcción y operación de la central. Cualquier* ***inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista****, no a sus Subcontratistas".*

Revisado lo anterior, es claro que hidroituango en virtud del principio de no control previo no podía suplir a EPM en la toma de decisiones respecto del proyecto, lo que no significa que, una vez tomadas estas decisiones por parte de EPM, Hidroituango

no pudiera elevar alertas o hacer observaciones sobre las mismas a EPM u oponerse a aceptar modificaciones al contrato BOOMT.
Ahora bien frente a la coadministración, la misma lo que pretende es que no exista una injerencia de Hi en la escogencia del contratista o en la manera como se administra el contrato y evitar que Hi tenga comunicación directa con los subcontratistas, pero tampoco significa que si se presentan situaciones con los subcontratistas que pongan en riesgo el proyecto, Hi deba mantenerse al margen y no elevar las alertas que desde su rol le corresponden. Así mismo es claro que en relación con los subcontratistas podía hacerle observaciones a EPM. La observancia de este principio tampoco implicaba para Hi que no pudiera oponerse a la modificación de hitos o de características que habían sido pactadas como inmodificables.

Claro la dificultad en este punto para Hidroituango y su junta directiva radicaba en que para poder desarrollar las funciones atrás descritas debía mantenerse informada de todos los aspectos del contrato, lo que, como se explicó líneas atrás no se hizo en debida forma.

En este punto y simplemente para dar un cierre al argumento planteado se transcriben las acciones y omisiones que fueron atribuidas a los miembros de la junta directiva en el periodo 2012 -2015, para demostrar que no se les atribuyó responsabilidad por acciones u omisiones que excedieran sus competencias estatutarias, legales y/o contractuales:

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.
2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas

hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de PEM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Por todo lo anterior, resulta evidente que los argumentos esbozados por la apoderada no están llamados a prosperar.

De otro lado, la apoderada argumentó:

Seguimiento y control al proyecto a través de comités conformados por personal especializado.

"Con la finalidad de realizar el debido seguimiento a la ejecución del proyecto por parte de EPM, garantizando los pilares fundamentales de no co-administración y no control previo, se crearon varios Comités con asignación de funciones administrativas-técnicas para el seguimiento a los diversos aspectos técnicos que componen el proyecto.

Con la premisa indiscutible que EPM ha estado y está facultada para adoptar las determinaciones técnicas, jurídicas y económicamente viables en pro del proyecto, debe indicarse que las decisiones que sobre el mismo se tomaron y aún se siguen ejecutando, cuentan con el respaldo técnico y visto bueno de los diversos Comités de instancia, los cuales, a su vez, conformaban internamente otros "subcomités" que cumplen y hacen seguimiento a la sub-área que les corresponde.

Los Comités de instancia despliegan un análisis profundo, minucioso y discutido por expertos en el asunto, con altos perfiles técnicos capacitados para el efecto y que al fin, arrojan recomendaciones sobre las decisiones que deben tomarse en el desarrollo del proyecto.

Los Comités son seis en total y se describen a continuación:

A. Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT entre EPM e HIDROITUANGO:

Atendiendo el anexo 6.12 del contrato BOOMT, sólo en este comité y sus subcomités tiene participación la sociedad HIDROITUANGO, para así respetar

los principios de no coadministración y el principio de no control previo, establecidos expresamente en el contrato.

El Comité se creó en el contrato BOOMT como un mecanismo de comunicación, información y seguimiento entre las partes (HI – EPM Ituango), para el desarrollo del contrato, principalmente en temas de oportunidad, calidad y costos del proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, así quedó expresamente establecido en el numeral 2.2. del anexo 6.12 del mencionado contrato.

"2.2. COMITÉ DE SEGUIMIENTO DEL CONTRATO

"El Comité es un espacio de comunicación y seguimiento del Contrato y estará vigente durante el desarrollo del Proyecto, en sus etapas de contratación, construcción, monteje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de la Central a Hidroituango.
"En este Comité se tratarán, entre otros, los siguientes temas:
● Avance general del Proyecto
● Cronograma del Proyecto y cumplimiento de Hitos
● Prepuesto, costos y cronograma de desembolso de inversión del Proyecto
● Plan de contratación del Proyecto
● Avance de la gestión ambiental del Proyecto
● Avance de gestión Predial
● Aplicación de las buenas prácticas de Ingeniería y los estandares de calidad co rrespondientes, al desarrollo del Proyecto a partir de los parámetros técnicos.
● Estados financieros del Proyecto
● Información sobre la operación y mantenimiento de la central, de acuerdo con lo establecido en el Contrato.
(…)"

Este Comité debe operar en las etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de las obras del proyecto a Hidroituango.

El Comité está conformado por 4 miembros, dos designados por cada parte que los representan, con invitación de otros asistentes según la necesidad del tema.

La Junta Directiva de Hidroituango o alguno de sus miembros no hacen ni hacían parte de este Comité dadas las competencias regladas de la Junta. El Gerente de la sociedad participaba de algunas reuniones, pero no estaba dispuesto en la conformación del Comité su participación obligatoria.

Las reuniones del Comité se hacen cada mes o según la necesidad y el lugar de reunión es rotativo entre las sedes de las partes.

De cada reunión se levanta un acta, siendo la primera la instalada el 5 de mayo de 2011 con asistencia por parte de EPM ITUANGO de los doctores Luis Javier Duque Vélez (Gerente de EPM-I) y Juvenal Espinal Betancur (Subgerente Proyectos Generación Empresas Públicas de Medellín E.S.P.); y por parte de HIDROITUANGO la doctora Yomaira Giraldo Macías (Directora de Control Interno) y el ingeniero Oscar Jaramillo Hurtado (Gerente Técnico).

En la citada reunión, se expuso la necesidad de reglamentar el Comité de Seguimiento al Contrato BOOMT, el mismo que fue aprobado a partir de la reunión Nro. 2 celebrada el 22 de junio de 2011, así:

"REGLAMENTO
COMITÉ DE SEGUIMIENTO DEL CONTRATO BOOMT
1. OBJETIVO DEL REGLAMENTO DEL COMITÉ DE SEGUIMIENTO
Establecer y documentar los lineamientos bajo los cuales debe operar el Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT celebrado entre Hidroeléctrica Ituango S.S E.S.P. (Hidroituango) y EPM Ituango SA. ES.P. (EPM Ituango) para el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango y firmado en marzo 30 de 2011.
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN
El presente Reglamento será de aplicación general y obligatoria par los integrantes del Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT
3. OBJETIVO DEL COMITÉ
El Comité es un espacio de comunicación y seguimiento del Contrato y estará vigente durante el desarrollo del proyecto, en sus etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de las obras del proyecto a Hidroituango.
4. INTEGRACIÓN
El Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT estará integrado por cuatro (4) miembros. Cada una de las partes designará dos (2) miembros para su representación. Los miembros del Comité de mutuo acuerdo definirán la invitación a otros asistentes a cada sesión, de acuerdo con la necesidad que impongan los temas a tratar. La designación de los miembros del Comité se hará por el cargo que desempeñe en cada entidad.
5. CARÁCTER ROTATORIO DEL COMITÉ
La coordinación, secretaría de actas y sitio de reunión será rotativa para cada una de las partes y corresponderá a períodos semestrales, acordando tal ejercicio para Hidroituango en el primer semestre y para EPM Ituango en segundo semestre de cada año.
6. COORDINADOR DEL COMITÉ
El Coordinador de la reunión del Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT será designado por cada parte
7. SECRETARIO DE ACTAS DEL COMITÉ
El Secretario de Actas del Comité de Seguimiento será designado por cada parte. Las actas se firmarán al finalizar cada reunión. El Secretario archivará el acta.
8. REUNIONES

El Comité de Seguimiento del Contrato se reunirá ordinariamente, por lo menos, una (1) vez cada mes, de preferencia en una fecha cercana al día 15 de cada mes, y extraordinariamente por acuerdo de las partes cuando las circunstancias así lo requieran. El Coordinador determinará el lugar, fecha y hora de la reunión.
Las reuniones ordinarias serán convocadas con una antelación no inferior a tres (3) días hábiles a la fecha de prevista para su celebración. En el caso de las reuniones extraordinarias deberá convocarse al menos con un (1) día de antelación para efectuarse la reunión.
9. ACTAS
De cada reunión, se levantará un Acta que será suscrita por los miembros del Comité de Seguimiento.
10. COMITÉS DE ASESORES
El Comité podrá constituir otros comités que lo asesoren en el logro de su objetivo y temática especializada (financiero, técnico, legal), para lo cual definirá, de común acuerdo entre las partes, el objeto, las funciones y la duración, entre otros.
11. QUORUM DELIBERATORIO
EL Comité podrá deliberar siempre que concurra a la reunión al menos un (1) mimenro de cada uan de las partes.
12. MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DEL COMITÉ
El presente reglamento será adoptado y modificado de común acuerdo por las partes".

Dado lo anterior, el Comité de Seguimiento cumple con un protocolo de informes y comunicaciones entre las partes contratantes en el BOOMT que cubre temas técnicos, financieros y de cumplimiento de aspectos contractuales, lo que en forma específica para la sociedad HIDROITUANGO se concreta en el informe de seguimiento al avance general del proyecto que de manera mensual se presenta y que contiene el seguimiento técnico, seguimiento financiero, seguimiento legal, seguimiento contractual, entre otras más variables que se han ido aumentando con la ejecución de la obra.

En forma alterna a la rendición del informe de seguimiento mensual por parte de la sociedad Hidroeléctrica, el Gerente de la sociedad del período correspondiente debe informar a la Junta Directa en las respectivas reuniones ordinarias el avance del BOOMT desde el seguimiento técnico, ambiental, social, financiero, contractual, entre otros, con fundamento en las comunicaciones y relacionamiento surgidos en el Comité de Seguimiento.

De la puesta en funcionamiento del referido Comité de Seguimiento, la señora Yomaira Giraldo Macías (Directora de Control Interno) de HI comunicó a la Junta <u>Directiva en Acta Nro. 126 de 27 de julio de 2011 lo siguiente:</u>

"Comité de seguimiento BOOMT: Se ha iniciado la utilización de este instrumento como un espacio de comunicación e información sobre los temas claves de desarrollo del proyecto, tal como se definió en el

numeral 2.2 del anexo 6.12 "mecanismos de supervisión, coordinación, control y vigilancia del contrato tipo BOOMT por parte de Hidroituango". El comité se constituyó con 2 representantes de cada parte, aprobó su propio reglamento y se ha reunido en tres oporunidades". 79

Asimismo, en Acta Nro. 127 de 28 de septiembre de 2011, el señor Oscar Jaramillo, Gerente Técnico de HI, informó sobre temas del desarrollo del contrato suscrito entre HI y EPM I, y concretamente frente al Comité de Seguimiento precisó:

"Comité de Seguimiento: Se han realizado cinco (5) reuniones del comité de seguimiento. Este Comité se ha constituido en un espacio de comunicación e información sobre los temas claves en desarrollo del BOOMT. Participan los doctores Juvenal Espinal y Luis Javier Vélez por EPM I, y Yomaira Giraldo y Oscar Jaramillo por HI."80

A su vez, el Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT conforme a las disposiciones del Anexo 6.12, numeral 2.2, que establece los mecanismos de comunicación e información para el desarrollo del contrato, en cuanto a que permite adicionar al Comité de Seguimiento al contrato Comités Asesores, dispuso en documento "Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT – Funcionamiento de Subcomités Octubre de 2011", la conformación de otros subcomités que tienen como funciones asesorar en las diferentes temáticas especializadas al Comité de Seguimiento.

Por ello, el objetivo de los Subcomités es analizar temas específicos del avance de los aspectos técnicos, predial, físico biótico y social del proyecto hidroeléctrico en el marco del contrato BOOMT, sugeridos por el Comité de Seguimiento o por las necesidades identificadas de los participantes en temas considerados no estratégicos, por ser esta competencia única del Comité de Seguimiento.

Los componentes y representantes de los subcomités fueron definidos así:

CUADRO

Las reuniones de los subcomités se definieron en forma mensual antes de la celebración del Comité de Seguimiento o cuando se presentara la necesidad. En forma general, los asuntos de conocimiento de los subcomités son:

1. *Comité Técnico y predial: Encargado principalmente del seguimiento a la infraestructura vial, construcciones, túneles y en la adquisición de predios necesarios para la ejecución de la obra.*
2. *Comité Físico Biótico: Encargado del estudio ambiental y su impacto social, del proyecto.*

3. *Comité Social: Encargado de manera general de la gestión interinstitucional del proyecto en las relaciones con la comunidad.*
4. *Comité Financiero: Encargado en términos generales de la ejecución presupuestal, administración de riesgos del proyecto, asignación de costos, análisis de las glosas del auditor de costos del proyecto, entre otras. Debe indicarse que a pesar de que inicialmente se consideró este como un subcomité, finalmente el Comité de Seguimiento dispuso que se le diera tratamiento de comité independiente, y se seguiría manejando en reuniones mensuales con la participación de la firma auditora del costo GAE y en reuniones puntuales que así lo requirieran.*

C. Comité de Diseño y Construcción:

Este Comité se conforma por el Diseñador del Proyecto (Consorcio Generación Ituango), la Interventoría de la obra (Ingetec y Sedic S.A)., y el Contratista CCC Ituango - Construcciones y Comercio Camargo Correa S.A, Conconcreto y Coninsa Ramón H. SA-, y EPM desde el componente técnico.

Este Comité nació de la celebración del contrato de construcción de las obras principales, como requisito establecido en el pliego de condiciones y se reúne en forma semanal. Como se indica en su nombre, en este Comité se analizan los asuntos propios del diseño y construcción del proyecto, pero sin decisión dado que este solo es competencia del Diseñador y el Interventor.

D. Comité de Obra:

Este Comité se conforma por la Interventoría del Proyecto con el contratista y se encarga de hacer seguimiento a la ejecución de la obra en temas de construcción y problemas generados en la obra.

La interventoría da instrucciones al contratista, se elevan solicitudes recíprocas, etc. Es el mecanismo de excelencia de comunicación entre la Interventoría y el Contratista.

E. Comité Socio-Ambiental
Conforman este Comité la Interventoría del proyecto, el Diseñador, el contratista y el equipo socio-ambiental de EPM.
Se reúne semanalmente en la obra y se encarga de los asuntos y obligaciones ambientales y sociales durante la construcción del proyecto Hidroituango.

F. BOARD de Asesores

Es un grupo de asesores técnicos altamente calificados, conformado por expertos internacionales de reconocida reputación y reconocimiento en el mundo, que se reúnen necesariamente dos veces al año por una semana completa en el proyecto o cuando EPM, por temas considerados urgentes, los convoque.

El BOARD hace las revisiones que EPM le solicite a los estudios y planos del proyecto, a los procedimientos y programas de construcción ***y hace las recomendaciones que considere adecuadas y convenientes para la optimización de los puntos de vista técnico, económico y ambiental de las obras de la hidroeléctrica***

En las reuniones semestrales, el Diseñador del Proyecto informa a los asesores un contexto general de los avances del proyecto y un detalle especializado y relevante de las dificultades, hallazgos geológicos, hidrológicos, estructurales, etc., presentados en los meses previos a la reunión, así como las soluciones técnicas planteadas y los ajustes de diseño consecuencialmente requeridos. Por su parte, la Interventoría, para contexto de los especialistas del BOARD, presenta un informe detallado de avance del cronograma de las obras.

El BOARD dentro de la asesoría técnica, presenta de forma unilateral un informe de sugerencias, conclusiones y recomendaciones del proyecto. Estas recomendaciones son sometidas al análisis del Diseñador del Proyecto, sobre quien recae, de manera exclusiva, la responsabilidad por el diseño del proyecto y es, por lo tanto, quien tiene la facultad y la obligación de definir si las sugerencias y soluciones técnicas propuestas por el BOARD se acogen y se implementan, o si se acogen con ajustes, o si no se acogen. En la mayoría de las veces el diseñador acoge las recomendaciones o, si se aparta, entrega las debidas sustentaciones y las expone en el próximo encuentro.

Dada la naturaleza de grupo de asesores, las recomendaciones que estos brinden no se consideran instancia obligada del diseñador en cuanto este puede adoptar o no las conclusiones en la ejecución de la obra.

El Diseñador del Proyecto (Integral) dispone, a su vez, de un Board de Asesores propio, cuyos costos son pagados por EPM bajo el contrato de diseño, conformado igualmente por expertos internacionales de reconocida reputación y reconocimiento en el mundo. Las decisiones tomadas por el Diseñador del Proyecto, no solo en cuanto se refieren a aceptar o no las recomendaciones del BOARD de asesores de EPM, sino todas las demás relacionadas con soluciones técnicas y ajustes necesarios de diseño para acomodar las obras a los hallazgos geológicos y de otros ordenes encontrados en terreno a medida que avanzan las excavaciones y construcción, son el resultado del análisis y cálculos de ingeniería detallados hechos por una multiplicidad de expertos de la firma diseñadora, incluidos los expertos de su Board de asesores.

Adicional a los comités mencionados anteriormente, la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., para realizar el seguimiento y control al contrato BOOMT, conformó un equipo de trabajo con un representante de cada una de las áreas de la empresa, quienes eran responsables de la verificación del cumplimiento de las obligaciones del contrato BOOMT, conforme a la competencia asignada.

En síntesis, de la estructura para la toma de decisiones del proyecto y la conformación de comités especializados para el seguimiento de este, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1º. Los asuntos técnicos se discutían y resolvían en los Comités de Obra; cuestiones de gran alcance o significación técnica eran consultadas con el Board de Expertos y también se discutían en el comité de diseño, con el diseñador y su board de asesores y la interventoría.
2º. Los hitos técnicos relevantes del proyecto ya validados se informaban y analizaban tanto al interior de la Vicepresidencia de Proyectos e Ingeniería, como en el Comité Directivo y en la Junta Directiva de EPM. Igualmente, toda decisión técnica importante que implicara una adición o modificación presupuestal pasaba a aprobación de la Junta de EPM
3º. De forma similar, cualquier modificación o aplazamiento de las fechas de los hitos establecidos en el BOOMT debía ser aprobada en la Junta de Hidroituango.

Se destaca, sin embargo, que el análisis, conceptualización y definición de las soluciones técnicas correspondían a los comités y los expertos técnicos en las distintas esferas del proyecto, que eran los capacitados para sugerir y adoptar las alternativas de ingeniería, y las Juntas Directivas de ambas entidades, luego de estudiar la información entregada a éstos, encontraron debidamente razonadas y sustentadas desde el punto de vista técnico, legal y financiero cada una de las decisiones que fueron sometidas a su revisión.

De esta manera, todas las decisiones que eran asumidas al interior del proyecto eran estructuradas, analizadas, estudiadas y revisadas desde las competencias funcionales asignadas a los diferentes comités y grupos de trabajo establecidos al interior del proyecto en las Empresas Públicas de Medellín, y de revisión y seguimiento de este, al interior de la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P.

Finalmente es necesario señalar que los diferentes comités conformados para el estudio y trazabilidad de las decisiones tomadas están conformados por personas con conocimientos técnicos especiales y expertos en los diferentes temas sometidos a su estudio, revisión y decisión, lo cual ha generado la tranquilidad y confiabilidad en que las decisiones técnicas, administrativas, financieras y jurídicas asumidas al interior del proyecto han sido oportunas, eficientes y responsables".

R/: Sobre este punto, se reitera en su totalidad lo dicho en la respuesta anterior y se retoma lo dicho al analizar la tarea de Hidroituango y el Rol de las diferentes instancias de seguimiento y control que tenía EPM.

En relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT, en el auto de imputación, después de realizar un estudio del numeral 2.2. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT, así como el Reglamento de dicho comité, el cual se encuentra en el Acta 2 de 22 de junio de 2011 del comité de seguimiento al contrato BOOMT, así como lo sostenido en el Acta 124 de 4 de mayo de 2011 de la junta directiva de Hidroituango, en la cual se le informa a dicho órgano de administración sobre la creación del comité de seguimiento al contrato BOOMT, el Despacho concluye -y en este momento ratifica dicha conclusión- en relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT "*que se trata simplemente de un punto de encuentro entre las dos entidades para facilitar el desarrollo al seguimiento, pero no releva a la junta directiva de las funciones que legal, estatutaria y contractualmente le corresponden"* Así mismo, en el Auto de imputación, también en relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT se sostuvo lo siguiente:

> *"Como se explicó en la parte introductoria del acápite de conducta y nexo de causalidad el hecho de que existiera un comité de seguimiento al contrato Boomt no le restaba responsabilidad a los miembros de junta directiva, quienes, como es sabido son el organismo de dirección y decisión de la persona jurídica, y están revestidos de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad. En este sentido las funciones de vigilancia y control pactadas contractualmente en el BOOMT les competen directamente a ellos.*
> *De lo anterior es claro que el comité de seguimiento es un mero instrumento de apoyo, tal y como se expresa en el Reglamento de Comité de Seguimiento del contrato de BOOMT en el numeral 3, el cual se explica que el objetivo de éste es el siguiente: "El Comité es un espacio de comunicación y seguimiento del Contrato y estará vigente durante el desarrollo del proyecto, en sus etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de las obras del proyecto a Hidroituango".*
> *Por lo anterior, el Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT en el proyecto HI, tiene como fin facilitarle a la junta directiva de Hl sus labores más no desplaza la competencia de sus miembros para la toma de las decisiones necesarias para que Hi cumpla con su objeto"*[309]

Ahora bien, la apoderada en este punto, alega que las *"decisiones que eran asumidas al interior del proyecto eran estructuradas, analizadas, estudiadas y revisadas desde las competencias funcionales asignadas a los diferentes comités y grupos de trabajo establecidos al interior del proyecto en las Empresas Públicas de Medellín, y de revisión y seguimiento de este, al interior de la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P".*

Este punto resulta muy importante, pues con esta afirmación ella misma demuestra que los miembros de la junta directiva no estaban realizando las funciones de vigilancia y control que les competían, pues no solo no se informaban de manera

[309] Folio 18030 vto. del expediente, que corresponde a la página 528 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

completa de lo consignado en las actas de seguimiento al contrato BOOMT sino que además daban por cierta la información que entregaba EPM a través de sus comités especializados, cuando la función de vigilancia y control supone necesariamente cruzar la totalidad de la información disponible para verificar si las afirmaciones que realiza el contratista son ciertas o no y tomar las decisiones que fueran del caso, ya fuera elevar las alertas que correspondiera o iniciar los trámites para la imposición de multas o de apremios en los términos establecidos en el contrato.
En este sentido, lo que reconoce la apoderada es que EPM a través de sus propios comités suplía la función que debía ser ejercida por la junta directiva de Hidroitunago. Por lo que resulta evidente que este argumento no solo no tiene la virtualidad de enervar la imputación, sino que por el contrario confirma lo sostenido en el auto 1484 de 2020.

Así mismo, el hecho de que los profesionales de EPM y de los subcontratistas que hacían parte de los diferentes comités que aduce la apoderada, tuvieran formación especializada no resulta suficiente para excusar a los miembros de junta directiva quienes, como está probado en el plenario también tenían formación especializada. El problema en el caso concreto no es producto de falta de conocimientos o capacidades de los miembros de la junta directiva, sino que obedece al hecho de no informarse de manera suficiente sobre lo que estaba ocurriendo en el proyecto y quedarse con la información que entregaba en su mayor parte EPM en las sesiones de junta.

Por lo anterior, no está llamado a prosperar el argumento de la Apoderada.

De otro lado, la apoderada indicó:

"La dimensión del proyecto Hidroituango implicaba la división de trabajo en personal especializado, con experiencia, trayectoria y conocimientos altamente especializados de acuerdo con los roles asignados.

"Cuando se emprende un proyecto de las características, dimensiones y envergadura de la Hidroeléctrica Ituango, necesariamente se tiene que partir de una estructura organizativa capaz de integrar una gerencia consolidada y planificada que trabaje a la par con un equipo técnico especializado, que a la vez sea asesorado por personas expertas que permitan guiar y orientar el trabajo.

De esta manera, para la concepción, desarrollo y consolidación de un proyecto de grandes dimensiones se tiene que partir de la división de trabajo en equipos especializados y grupos de expertos, a los cuales les serán asignados dentro del ámbito de sus competencias roles y funciones especializadas.

Así entonces, es claro que el diseño del proyecto estaba asignado a una empresa de reconocida idoneidad y especialidad, que tenía a su cargo la función de realizar no sólo el diseño original de las obras de construcción de la hidroeléctrica, sino además la concepción y diseño de las variables que fuese necesario introducir al diseño inicial de conformidad con las realidades encontradas durante el desarrollo constructivo, toda vez que aunque se hayan realizado todos los estudios necesarios para determinar las condiciones de un terreno; éstos estudios pueden presentar variaciones detectadas durante el trabajo de campo en donde se pueden encontrar condiciones geológicas muy distintas a las arrojadas por los estudios iniciales, tal como fue informado por el ingeniero Iván Dario Sierra Vásquez especialista en geología y geotecnia, en declaración rendida ante este Despacho bajo la gravedad del juramento.

Esta variación en la topografía y condiciones geológicas del terreno se presentan todos los proyectos que impliquen trabajos en zonas como las cordilleras occidental central y oriental en Colombia así como también ocurre en otras partes del mundo ya que como se afirmó, la geología no es una ciencia que pueda aseverar con certeza plena lo que hay debajo del territorio sino hasta que se llega a él durante la ejecución de las obras.

El rol especializado que cumplía el diseñador del proyecto, no era posible encargarlo ni delegarlo en los otros miembros del equipo de trabajo, por cuanto dicha labor implicaba el conocimiento previo de temas especializados y además la experticia necesaria para la aplicación de estos. Adicionalmente resulta importante precisar que el diseño de un proyecto de esta dimensión implicaba la contratación y asesoría de personal experto en hidroeléctricas, pues no se trata de un proyecto que podría diseñarse por personal con conocimientos generales de arquitectura, ingeniería civil, eléctrica y mecánica, sino precisamente por especialistas en este tipo de proyectos de carácter técnico de altísima complejidad y más si se tiene en cuenta la dimensión y magnitud de la central hidroeléctrica Ituango.

A su vez, los constructores del proyecto tenían el conocimiento y experiencia necesarias en la edificación de grandes estructuras para soportar puentes, túneles, represas, edificios, etc, lo cual les permitía dentro de sus roles especializados tomar decisiones constructivas adecuadas para el desarrollo del proyecto, como lo certificaron durante la presentación de su propuesta ante EPM en el año 2012.

Ambos subcontratistas, tanto de diseño como de construcción, a la vez eran supervisados por empresas especializadas que se encargaban de realizar el seguimiento, control, y vigilancia a las labores realizadas tanto por el diseñador como por el constructor, y dentro del rol y competencias asignadas a éstos, se hacía seguimiento estricto a las labores contratadas.

De esta manera, es claro que en un proyecto de las dimensiones de Hidroituango, era estrictamente necesario centralizar la toma de decisiones

técnicas en los expertos especializados en esta materia, y así mismo la competencia y la responsabilidad en las mismas, en quienes cumplen precisamente este rol especializado, sería ilógico que las decisiones técnicas fueran asumidas o tomadas por personas que no tuvieran la experticia, conocimiento, idoneidad y competencia para ello. Precisamente por el nivel de especialidad del proyecto es que se requieren grandes contratos de diseño, construcción, interventoría y asesoría cuyos honorarios son muy superiores a los de otros proyectos de obra civil de menor o baja complejidad.

Por ello, a la par que se entregaron al diseñador y al constructor funciones técnicas asociadas, respectivamente con el diseño y construcción del proyecto, éstos estuvieron acompañados de otros técnicos especializados quienes asesoraban desde la órbita de su rol como expertos, las decisiones de carácter técnico que debían tomarse en el desarrollo del proyecto. Adicionalmente, tanto el diseñador como el constructor eran supervisados por empresas especializadas, y se realizaba un seguimiento estricto de parte de los funcionarios de EPM frente al desarrollo de los diferentes subcontratos celebrados para la ejecución del proyecto.

Lo afirmado hasta ahora tiene una importancia significativa si tenemos en cuenta que la división del trabajo tiene como objetivo potenciar la especialización y con ello los resultados positivos, y por lo anterior, quienes deben tomar las decisiones técnicas del proyecto, son precisamente quienes tienen la experticia y conocimiento especializado, además que le han sido asignados dichos roles y competencias dentro del proyecto.

Fundamentados en la premisa anterior, el contrato BOOMT, estableció en el capítulo I, criterios de interpretación y definiciones que son aplicables a las partes, señalando dentro de estas premisas las "Buenas prácticas de ingeniería: Son aquellas prácticas, métodos, especificaciones, procesos constructivos y operativos, técnicas, estándares, procedimientos, equipos y normas de calidad, seguridad y eficiencia que pueden variar de tiempo en tiempo durante la vigencia del contrato, y que se utilizan usualmente por firmas de ingeniería experimentadas en el ámbito internacional, prudentes y profesionales en el diseño, construcción, montaje, operación, mantenimiento, interventoría, supervisión e ingeniería de plantas de generación de energía hidráulica similares a la Hidroeléctrica"81

Bajo esta inferencia, y toda vez que EPM como contratista, debía hacer la selección de un subcontratista de obra que tuviera la idoneidad, capacidad y especialidad necesaria para llevar a cabo las labores de construcción del proyecto, adjudicó en agosto de 2012, y luego de surtir un proceso licitatorio rígido, el contrato para la construcción de las obras civiles principales – presa, casa de máquinas y túneles de descarga al Consorcio CCC Ituango, integrado por las firmas Construcciones y Comercio Camargo Correa, Constructora Conconcreto y Coninsa Ramón H.

La experiencia de Camargo Correa firma líder del consorcio CCC Ituango en la construcción de grandes centrales hidroeléctricas era ampliamente

conocida en el medio al haber participado en la construcción de proyectos por más de 60.000 MW, entre ellos cuatro de las cinco hidrogeneradoras más grandes del mundo por capacidad instalada: Itaipú con 14,000 MW (Brasil-Paraguay), Belo Monte con 11,200 MW y Tucuruí con 8,100 MW (Brasil) y Guri con 10,000 MW (Venezuela).

Ahora bien, durante el proceso de construcción del proyecto, similar a como ocurre con cualquier proyecto de esta magnitud operaron comités técnicos en donde participaban el diseñador, el constructor y el interventor de las más altas calidades y especialidades, de tal manera que las decisiones técnicas eran discernidas a expertos con alta trayectoria en esta clase de construcciones, y no podía ser de otra manera, toda vez que mientras más complejo sea un proyecto, se hace necesario garantizar que sólo los expertos asuman las decisiones técnicas necesarias para el desarrollo del mismo.

Además del diseñador, constructor e interventor, quienes como se anotó anteriormente son altamente especializados en el desarrollo de grandes proyectos hidroeléctricos, estos contaban con la asesoría de expertos internacionales, tales como el BOARD DE EXPERTOS, el cual fue creado por decisión autónoma de EPM con el propósito de tener un concepto independiente del de sus contratistas en el análisis y solución de los problemas que se iban presentando en la construcción, y el BOARD DE ASESORES DEL DISEÑADOR, los cuales acompañaban la asesoría del diseño que era necesaria para el desarrollo del proyecto.

En síntesis: los asuntos técnicos se discutían y resolvían en los Comités de Obra; cuestiones de gran alcance o significación técnica eran consultadas con la Junta de Expertos, algunos temas iban al comité de diseño en los cuales tenía asiento el diseñador, el interventor, el board de expertos del diseñador y EPM, y luego de tomarse las decisiones técnicas sobre diseño y construcción, las mismas eran informadas al Comité de Seguimiento del BOOMT. Se hace necesario enfatizar que éste último comité no participaba en la toma decisiones, sólo le eran informadas las mismas para el debido control y seguimiento de las obligaciones contraídas en el BOOMT.

Adicionalmente, los hitos técnicos relevantes del proyecto ya validados se informaban y analizaban tanto al interior de la Vicepresidencia de Proyectos de Ingeniería, como en el Comité Directivo y en la Junta Directiva de EPM. Igualmente, toda decisión técnica importante que implicara una adición o modificación presupuestal, un cambio en la modificación de hitos, o aspectos de especial importancia para el proyecto pasaban a aprobación de la Junta de EPM.

De forma similar, cualquier cambio sustancial de un aspecto técnico del proyecto que implicara la modificación o aplazamiento de las fechas de los hitos establecidos en el BOOMT debía ser aprobada en la Junta de Hidroituango por cuanto así quedó consignado en el contrato BOOMT. La Junta Directiva recibía informes de los avances de las obras y el seguimiento al presupuesto del proyecto.

> *De conformidad con lo que viene de anotarse, tratándose de una obra de infraestructura de gran envergadura y complejidad, las decisiones técnicas eran analizadas y planteadas por empresas y profesionales de amplia experiencia, quienes dentro del ámbito de sus competencias tomaban las decisiones técnicas que, sin duda alguna, fueron estudiadas, ponderadas, analizadas y sopesadas antes de ser aplicadas, y que de conformidad con cada uno de los soportes que eran entregados a los organismos de dirección, las mismas no sólo tenían el sustento técnico necesario para ser avaladas, sino además la razonabilidad y el sustento necesario de la pertinencia para tomar dichas decisiones en el momento preciso en que las mismas se presentaron".*

R/: Sobre este argumento, es necesario precisar que este Despacho no ha desconocido nunca la existencia de la necesidad de dividir el trabajo en un proyecto de las dimensiones como el que ocupa esta causa fiscal. Así mismo tampoco el Despacho ha cuestionado a los profesionales de la construcción, diseño e interventoría contratados para el proyecto por parte de EPM, por el contrario ha reconocido su carácter de "especialistas".

Ahora bien, el hecho de que las decisiones técnicas hayan sido planteadas por los contratistas y EPM como "especialistas" no exime de responsabilidad a los miembros de junta directiva en el entendido de que a ellos dentro de la división del trabajo que aduce la apoderada también les competía un rol preciso cual era el de realizar la vigilancia y control del contrato BOOMT para que con él se consiguiera el objetivo cual era obtener una hidroeléctrica que produjera energía. Más si se tiene en cuenta que, como se analizó tanto en la imputación, como en líneas atrás la sociedad Hidroituango tiene objeto único -lograr la construcción y puesta en funcionamiento de la Hidroeléctrica- y como dueño del proyecto obtener unos réditos.

En este sentido, las responsabilidades que puedan llegar a configurarse en cabeza de otros de los vinculados a esta causa fiscal que tienen el carácter de "especialistas" no desvirtúa la responsabilidad debidamente probada de los miembros de la junta directiva de hidroituango vinculados a esta causa fiscal

Aunado a lo anterior, argumentó la Apoderada:

> ***"División de trabajo dentro de un megaproyecto: premisa indispensable para la concepción y desarrollo de éste. El seguimiento a las obligaciones contractuales del BOOMT, no implica coadministrar ni tomar decisiones técnicas, éstas son competencia de quienes cumplen dicho rol dentro del proyecto.***

"La Contraloría General de la Nación parte de una premisa equivocada para sustentar los cargos a mis representados, y es suponer que en su calidad de miembros de Junta Directiva de HI debían realizar un seguimiento al contrato BOOMT más allá de las estrictas competencias asignadas a este órgano de dirección, y además de esto, revisar, sin ser expertos ni especialistas en hidroeléctricas, cada una de las decisiones técnicas que eran tomadas al interior del proyecto, bajo el sofisma argumentativo de que la Junta Directiva de Hidroituango tenía acceso a toda la información del proyecto mediante el mecanismo de Libro Abierto, y en tal sentido, debía realizar un seguimiento más riguroso al desarrollo de las obras, a punto que, la sindéresis realizada por el Despacho lleva implícita la obligación de coadministrar las decisiones técnicas y administrativas tomadas al interior del proyecto por parte de la Junta Directiva; situación que como se anotó anteriormente, no estaba dentro del ámbito de competencias ni responsabilidades de este órgano de dirección.

Para apalancar dicha argumentación la delegada trae a colación las facultades que tenía Hidroituango para la verificación de las obligaciones contractuales del BOOMT, señalando al respecto:

"El hecho de que las decisiones tomadas fueran estudiadas por EPM, no exime de responsabilidad a los miembros de la junta, pues como se ha indicado en este Auto, Hi era el dueño del proyecto y en tal calidad se le asignó la función de desplegar la vigilancia y control del cumplimiento del contrato BOOMT por parte de -EPM en el ámbito de control contemplado en el anexo 6.12 del BOOMT "Mecanismos de supervisión, coordinación, control y vigilancia del contrato tipo BOOMT por parte de Hidroituango", así mismo, para los efectos del control de la ejecución del contrato Hidroituango como empresa propietaria del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, al presente Contrato celebrado entre el Contratista e Hidroituango.

"Esta Verificación y seguimiento permite a Hidroituango tener el conocimiento continuo de la evolución de la ejecución del Contrato tipo BOOMT, en relación con su cumplimiento, y la detección oportuna de las desviaciones con el fin de generar alertas sobre la necesidad de darles solución.

"El Contrato debe estar sujeto a la verificación de Hidroituango, entidad estatal contratante y propietaria titular del proyecto hidroeléctrico, quien como tal tiene la obligación de realizar la correcta negociación, celebración, iniciación, ejecución, supervisión y liquidación del contrato que se suscribe con el Contratista, y prevenir posibles riesgos que debe asumir Hidroituango como consecuencia de la ejecución del Contrato".

Para esta defensa el análisis realizado por la Delegada, es insostenible, por cuanto bajo el artificio del seguimiento a las obligaciones contractuales, pretende que se realice una coadministración del proyecto, y que mis poderdantes asuman roles y competencias que no le han sido asignados, y además, realicen una verificación del proyecto con criterios técnicos que no

son conocidos por éstos, cuando dicha responsabilidad estaba claramente discernida a los expertos o especialistas en la materia.

Pasó por alto el Despacho que las funciones de verificación del proyecto fueron plasmadas y delimitadas de forma precisa en el contrato BOOMT, en donde se dejó establecido que éstas no pueden intervenir ni atrasar las decisiones que tome el contratista, y además se abstendrá de dar vistos buenos previos a las decisiones que tome el mismo, así lo dejó establecido en la definición que sobre este aspecto se realizó en el contrato "Verificación: Es el sistema que utilizará Hidroituango, integrado por las actividades, procedimientos, mecanismos y/o ***acciones que le permitirán examinar y comprobar el cumplimiento de las estipulaciones contenidas este Contrato. En la ejecución de los procesos de verificación, tanto en los aspectos técnicos, como financieros y legales, Hidroituango se abstendrá de intervenir para autorizar o dar vistos buenos a las decisiones que tome el Contratista en relación con los contratos que celebre, salvo en que expresamente se convenga en este Contrato"82*** *(negrillas nuestras).*

Asimismo, se reguló en el anexo 6.12 del BOOMT los mecanismos de supervisión, coordinación, control y vigilancia de dicho contrato por parte de Hidroituango, estableciendo el Derecho de Inspección, pero limitando el mismo para que éste no contemple componentes de co-administración y control previo:

" 6.12. Derecho de Inspección.
"Con arreglo al Anexo 6.12, durante la Etapa de Construcción y la Etapa de O&M, el Representante de Hidroituango ejercerá el Derecho de Inspección con el objeto de verificar el cumplimiento del Contrato, el avance de las obras en general, la operación y el mantenimiento, para lo cual el Contratista deberá darle las oportunidades para realizar estas actividades, coordinando el acceso necesario y aportando ayudas, permisos y equipos de seguridad.
"Ninguna de estas actividades eximirá al Contratista de sus obligaciones o de su responsabilidad bajo este Contrato, ni implica la asunción de riesgo alguno por parte de Hidroituango, *diferente de los ya asignados a éste en la matriz de riesgos contenida en el Anexo 6.14 de este Contrato".83*
"(….)
"Hidroituango para cumplir su labor de Verificación, estará disponible en medios informáticos o magnéticos, a los que de acuerdo con el avance de la tecnología de la información y comunicaciones (TICs) sean en el momento requerido los adecuados para el cumplimiento de los fines previstos en este documento. Igualmente, Hidroituango, en ejercicio de su labor de Verificación, durante la vigencia del Contrato, puede inspeccionar, examinar, comprobar, ***sin que se cause retraso ni se interfiera en las decisiones que tome el Contratista,*** *el progreso del Proyecto, y su puesta en funcionamiento, así como su operación y mantenimiento hasta la restitución de la central, de acuerdo con la metodología del Libro abierto (…)"84 (negrillas nuestras)*

Estas limitantes en la supervisión establecidas dentro del contrato BOOMT, plasman la filosofía de la división del trabajo, propio de los proyectos de gran complejidad, pues si quienes no tienen la experticia y conocimiento pretenden realizar una supervisión que entorpezca las decisiones de quienes tienen la competencia técnica para hacerlo, no podría avanzarse en el desarrollo de ninguna obra, pues sería tan ineficaz e inoperante la división del trabajo, que se terminaría confundiendo las esferas gerenciales, administrativas y técnicas, lo cual sólo traería como resultado un fracaso ineludible de cualquier proyecto.

Esta es una realidad que ha sido objeto de análisis por nuestra Corte Suprema de Justicia, la cual ha ido perfilando la división del trabajo y el principio de confianza como pilares fundamentales para el análisis de la imputación objetiva, cuando se trata de determinar la atribución de responsabilidades en el ámbito de las organizaciones complejas, o en las escalas de producción de bienes y servicios, las cuales pueden analizarse a modo de réplica en este megaproyecto.

Así lo precisó esta Corporación:

*"…**es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros.** Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida" (sentencia de única instancia, 21 de marzo del 2002, radicado 14.124). (negrillas nuestras)*

De esta manera, no resulta coherente ni lógica la posición asumida por la Delegada, cuando pretende escalonar la responsabilidad de revisión del trabajo realizado por especialistas y expertos en hidroeléctricas a la Junta Directiva de HI, esto desborda no sólo los pilares básicos en que se fundamenta el análisis de la imputación objetiva, sino que atribuye responsabilidades que resultan a todas luces incoherentes a la luz de los postulados básicos del principio de responsabilidad por el acto.

De ahí entonces que la sindéresis aducida por la Contraloría para establecer la necesidad de hacer una revisión escalonada por los órganos de dirección y administrativos de Hidroituango en todas las decisiones de carácter técnico que atañen al proyecto, desconoce de manera lasa la necesidad del reconocimiento de los roles y competencias atribuidos a personas

especializadas, así como la división del trabajo y la necesidad de cumplir con sus propias competencias, las que la ley le ha atribuido en su condición de empleado público, sin que sea posible exigir, que el funcionario se extralimite en las competencias funcionales que le han sido atribuidas, además que asuma roles que no le han sido asignados, y que por demás, son de competencia de personas especializadas, y mucho menos, que se atribuya labores de vigilancia y control con respecto a aspectos frente a los cuales carece de la experticia, conocimiento y experiencia necesarios.

Compartimos por ello la posición de la Dra. Laura Zúñiga, cuando sostiene, que:

"Un estudio pormenorizado de la actuación en el seno de organizaciones complejas, como las de tipo empresarial, nos demuestra que, debido a la complejidad del modo de producción industrial y comercialización de los productos, la división del trabajo existente dentro de las organizaciones, la distribución de funciones (de tipo horizontal o vertical), la delegación de las mismas, la existencia del deber de obediencia, el principio de confianza que rige los eslabones de funcionamiento de la cadena organizacional, los comportamientos que pueden dar lugar a lesiones de bienes jurídicos, son conductas de carácter complejo, donde se produce una fragmentarización de la decisión y de la ejecución de las actividades, llevando ello necesariamente, a que estos comportamientos no puedan subsumirse en los modelos de imputación penal existentes, diseñados a partir de un injusto y una culpabilidad construidos bajo los paradigmas de una persona física dotada de voluntad"85

De la mano de los conceptos que han sido esbozados anteriormente, es dable sostener que mientras más especializado es el trabajo, se hace más necesario generar roles y competencias específicas que permitan garantizar que los expertos puedan realizar su trabajo, libre de interferencias de quienes no tienen el conocimiento y experticia necesarios para definir una supervisión de este trabajo especializado.

De tal cuenta, que a la Junta Directiva de Hidroituango, ***solo podría exigírsele el desarrollo de labores de verificación propias de su rol o competencia, que para este caso, corresponde a las labores de vigilancia y seguimiento del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato BOOMT,*** *en cuanto al cronograma y el presupuesto, las cuales realizaba a través del seguimiento estricto a los Secretarios de Despacho, quienes presentaban informes periódicos de su gestión, así como del suplente en la Junta Directiva, toda vez que las decisiones técnicas, si bien eran presentadas al interior de la Junta de Hidroituango, las mismas eran informadas cuando dichas decisiones técnicas habían surtido todos los estudios, análisis, consultas y hasta la aplicación de éstas (tal es el caso del plan de recuperación de atrasos que fue concertado a través de la AMB16.*

Finalmente, y para cerrar por ahora este capítulo, es necesario remembrar al autor colombiano Yesid Reyes Alvarado, quien expone el ***principio de la autorresponsabilidad****, "de acuerdo con el cual cada individuo debe*

responder por sus propias actuaciones y no por la de los demás", el cual resulta aplicable en las reglas de la división del trabajo:

*"**(…) dentro de cada empresa las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas**, y puede por ende confiar en que sus demás compañeros cumplirán así mismo con las labores inherentes a sus cargos; **incluso las labores de vigilancia o supervisión de la forma como se adelantan los trabajos suelen estar expresamente asignadas a determinadas personas, puesto que una empresa no podrá funcionar si todos tuvieran que estar encargados de vigilar las actividades de los demás (…)"87** (negrillas nuestras).*

De esta manera, es claro que no le es exigible a mis poderdantes como miembros de Junta Directiva de HI realizar un seguimiento, control y vigilancia de las decisiones técnicas asumidas al interior del proyecto hidroeléctrico, por cuanto dicha labor estaba asignada a una firma especializada quien cumplía con el rol de interventor de la parte técnica, sólo les era exigible hacer una revisión de la razonabilidad en la toma de decisiones y la debida sustentación técnica de las mismas, como en efecto se hizo a través de los diferentes comités que fueron conformados para ello, entre ellos el Comité de Seguimiento al Contrato BOOMT, el cual recogía todos los insumos y análisis realizados al interior del proyecto para ser presentados a modo de informe a la Junta Directiva en sus reuniones.

Además las decisiones técnicas eran informadas al Comité de Seguimiento del BOOMT, y en las reuniones de Junta Directiva, donde se daba cuenta de la trazabilidad de cada uno de los aspectos técnicos del proyecto, el avance de obras, el presupuesto ejecutado y el cumplimiento del cronograma, y cuando se trataba de decisiones técnicas que implicaban modificación de hitos, como en el caso de la desviación del rio cauca, dichas decisiones debían estar presididas de sendos estudios técnicos, y de la revisión de todos los comités técnicos creados al interior del proyecto para hacerle seguimiento al mismo, de tal cuenta que cuando las mismas eran presentadas en la Junta Directiva de Hidroituango, tenían la sustentación técnica y los estudios necesarios, que le daban a la junta los elementos necesarios para confiar en la razonabilidad y sustentación de cada una de las decisiones asumidas al interior del proyecto.

En ilación a lo anterior, precisamos que la labor de verificación que debía realizar Hidroituango es conforme al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el BOOMT, y por ende, si el contratista venía cumpliendo con sus obligaciones, tal como lo demuestran los informes presentados por la empresa DELOITTE, auditora oficial del seguimiento al cronograma de la CREG, quien en los distintos informes de ejecución del proyecto demuestra cómo se fueron generando estrategias para disminuir el impacto de los atrasos generados por diversas circunstancias, que permitían avizorar la entrada en operación del proyecto en las fechas acordadas con la CREG, no le era dable

> *a mis poderdantes generar alertas innecesarias y sin ningún sustento, ni mucho menos sugerir la imposición de cláusulas de apremio, tampoco les era exigible cuestionar las decisiones técnicas que eran tomadas por expertos en la materia, por cuanto estaban asistidos del principio de confianza que les debía generar el hecho de que la obra estaba direccionada por empresas especializadas y con amplia experiencia en la construcción de hidroeléctricas en todo el mundo.*

R/: La apoderada considera que el Despacho parte de una premisa equivocada al suponer que en su calidad de miembros de Junta Directiva de HI y Gobernador del Departamento de Antioquia*, "debían realizar un seguimiento al contrato BOOMT más allá de las estrictas competencias asignadas a este órgano de dirección, y además de esto, revisar, sin ser expertos ni especialistas en hidroeléctricas, cada una de las decisiones técnicas que eran tomadas al interior del proyecto"*

Sin embargo, como se demostrará a continuación, dicha afirmación parte de una apreciación subjetiva de la apoderada que descontextualiza las afirmaciones hechas por Despacho. En este sentido, es importante precisar de conformidad con el auto 1484 de 2020 cuáles son **las conductas que realmente le fueron imputadas a los señores RAFAEL ANDRÉS NANCLARES OSPINA, JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA y SERGIO FAJARDO VALDERRAMA:**
En el caso concreto, **las acciones y omisiones que le fueron atribuidas al SEÑOR FAJARDO**, en ejercicio de una gestión fiscal directa, fueron las siguientes:

1. En calidad de delegante no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario en la junta directiva de Hidroituango.
2. En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, mínimo bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.

Y **las acciones y omisiones atribuidas a los MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA HI,** para el periodo referido, fueron las siguiente:

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.
2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como

imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de PEM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Al señor **JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR , en su calidad de Gerente de HI, por las siguientes acciones y omisiones** en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. No haber tenido en cuenta para la elaboración de su propuesta de la composición de la planta de Hi el informe PENTA, que había sido contratado precisamente con el fin de establecer la mejor estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de Hl del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte de la sociedad que gerenciaba, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de Hl.

2. A pesar de conocer de primera mano los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, decidió no hacer uso directo-en su calidad de representante de la sociedad dueña del proyecto-, ni instar a la junta a implementar los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos.

3. Haber ocultado a la Junta Directiva información trascendental, relacionada tanto con la imposibilidad de entrada en operación en la fecha incialmente contemplada, como con la advertencia del BOARD de expertos asociada a los riesgos de

prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018.

En efecto en este punto, cabe recordar cuáles eran las **precisas funciones de la junta directiva de hidroituango y cuál era el rol y los alcance de las obligaciones de vigilancia y control impuestas en el contrato BOOMT**:
Sobre el particular en el Auto de Imputación se dijo:

"(…)

En efecto, cabe recordar que como miembro de junta Directiva son predicables de él una serie de funciones en relación con la Sociedad y otras en relación con el contrato BOOMT, las cuales se encuentran interrelacionadas, a saber:

En relación con la Sociedad Hidrotuango

1. La Sociedad Hidrotuango tiene un único objeto que es la promoción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y comercialización de la energía a nivel nacional e internacional de la Central Hidroeléctrica Pescadero – Ituango José Tejada Sáenz.
2. De acuerdo con los estatutos vigentes a la fecha de celebración de las juntas directivas Escritura 771 de fecha 19 de marzo de 2003587: la Sociedad tendrá una Junta Directiva compuesta por cinco (5) miembros principales, cada uno de los cuales tendrá un suplente personal. El artículo 35 indica que serán responsables conjuntamente con el gerente, en los términos previstos en la Ley.
3. En el artículo 44 de la Escritura 771 de fecha 19 de marzo de 2003 se establecen las funciones de la Junta Directiva, dentro de las que se indica que esta revestida de las amplias facultades para manejar los asuntos de la Sociedad y tomar las decesiones necesarias para que la Sociedad cumpla su objeto. En el numeral 3 se indica que tiene la función de cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales. En el numeral 8 dice que debe examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos. Numeral 11: Aprobar el plan de acción de la sociedad y los criterios necesarios para su evaluación y velar por su estricto cumplimiento.
4. En el Reglamento interno de la Junta Directiva588: Artículo 3 señala que la Junta Directiva esta revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad (...) y tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objetivo. Tenían una cualificación reglamentaria para actuar.
5. De acuerdo con el Reglamento interno de la Junta Directiva, artículo 4, eran sujetos cualificados, preferiblemente profesionales, con experiencia y en conjunto, debían tener conocimientos y experiencia en la industria de energía, finanzas, riesgos.
6. De acuerdo con el artículo 6 del Reglamento interno de la Junta Directiva, las convocatorias a las reuniones se harían con no menos de 5 días de anticipación y se debía poner a su disposición toda la información relacionada

con el orden del día y los asuntos a tratar. (No se ha alegado falta de información, ósea que esta estuvo disponible)
7. El artículo 14 del Reglamento interno de la Junta Directiva, están los deberes de los miembros de Junta Directiva, dentro de los que está obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. También es obligación de los miembros de junta participar activamente en las reuniones, conociendo y revisando por adelantado el material de estudio y análisis para las reuniones.

Es más, los miembros de Junta son sujetos altamente cualificados que coadministraban la sociedad, con las más amplias facultades para que la Sociedad cumpliera su único objeto social. Adicional a esto, tenían el derecho y la obligación de solicitar toda la información sobre las decisiones a tomar. Expresamente el reglamento de la Junta Directiva cualifica al exigirle una responsabilidad mayor que el deber de conducta medio, que corresponde al buen padre de familia, respondiendo así hasta por la culpa levísima.

La Corte Constitucional en sentencia C -123 de 22 de febrero de 2006, M. P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. En esa oportunidad la Corte expresó:

" (..) en relación con los administradores, dada la importante labor que desempeñan, por los inmensos poderes que hoy en día detentan, consideró necesario el legislador someterlos a un estricto código de conducta, para lo cual se precisó el marco general de sus actividades, sus funciones y responsabilidad, estableciendo además, normas que agilizaran y facilitaran las consecuentes acciones para el establecimiento de dicha responsabilidad.
Así lo recordó el legislador durante el trámite legislativo de la Ley 222 de 1995, cuando señaló en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes que:

" La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, (....)

En efecto, en el Libro I de la Ley 222 de 1995, se estableció el Régimen de Sociedades, y en el Capítulo IV, de los Órganos Sociales, se consagra en la Sección II lo referente a los administradores (artículos 22 al 25), señalando quienes tienen esta calidad, sus deberes y responsabilidades, y lo relacionado con la acción social de responsabilidad contra éstos. (... .) Así mismo, respecto de la conducta de los administradores, el art. 23 de la ley, señala que deben

obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, así como que sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad y observando los intereses de sus asociados. Además, de manera específica se establecen, los deberes de los administradores en el cumplimiento de su función así: (... ..) Por su parte, el artículo 24 de la mencionada ley, consagra la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, a la que no estarán sujetos los que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. Además, se establece la presunción de culpabilidad para ciertos casos expresamente mencionados, de los cuales se ocupará esta providencia más adelante. (... .) Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad. Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenía, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad".

En relación con el contrato BOOMT *(2 de mayo de 2011)*

1. En el Capítulo I "Interpretación y definiciones", 1.02 Definiciones, trae:
"Características inmodificables: Son las características incluidas en el Anexo 1.02(3) que no pueden ser modificados por el contratista sin la previa aprobación de Hidrotuango".
2. Hidrotuango tenía acceso a toda la información del proyecto mediante el mecanismo de Libro Abierto: es el mecanismo mediante el cual Hidrotuango y la Firma de Auditoria tendrán acceso a la información para realizar la verificación.
3. Hl tenía una facultad de verificación, que de acuerdo con las definiciones consiste: Verificación: Es el sistema que utilizará Hidrotuango, integrado por las actividades, procedimientos, mecanismos y/o acciones que le permitirán examinar y comprobar el cumplimiento de las estipulaciones contenidas en este Contrato. En la ejecución de los procesos de Verificación, tanto en los aspectos técnicos como financieros y legales, Hidrotuango se abstendrá de intervenir para autorizar o dar vistos buenos previos a las decisiones que tome el contratista en relación con los contratos que celebre, salvo en lo que expresamente se convenga en este contrato" El anexo 6.12 señala que la verificación y seguimiento permitiría a Hidrotuango tener el conocimiento de la

evolución del contrato y la detención oportuna de las desviaciones con el fin de generar alertas sobre la necesidad de darles solución.

Más adelante señala: "El contrato debe estar sujeto a la verificación del Hidrotuanqo, entidad estatal contratante y propietaria titular del proyecto hidroeléctrico, quien como tal tiene la obligación de realizar la correcta negociación, celebración, iniciación, ejecución, supervisión y liquidación del contrato que se suscribe con el Contratista y prevenir posibles riesgos que debe asumir Hidrotuanqo como consecuencia de la ejecución del contrato (...) De acuerdo con los principios que regulan a las entidades públicas y en especial los principios de los que trata el artículo 209 de la Constitución Nacional, el Contrato está sujeto de la verificación por parte de Hidrotuanqo, para lo cual tiene el derecho y la obligación de comprobar el cumplimiento del contrato, en sus aspectos técnicos, legales, administrativos y financieros."
4. Otro mecanismo contractual que Contrato, definido como " un Contrato y estará vigente durante de contratación, construcción, mantenimiento, operación y restitución
5. Hl Con arreglo al anexo 6.12 O&M, el Representante de Hidrotuango con el objeto de Verificar el Obras en general, la operación deberá darle las oportunidades el acceso necesario y aportando
6. Hl tenía lo definido en el contrato como "mecanismos de verificación" que tienen la finalidad de identificar oportunamente las posibles desviaciones en sus aspectos técnicos, financieros y legales que permitan generar alertas con respecto a las obligaciones de las Partes en el mismo y sobre la necesidad de darle solución oportuna y eficiente a las mismas. Dentro de los aspectos técnicos, están el cronograma y costo de ejecución, hitos principales del proyecto; dentro de los aspectos financieros la auditoría externa, entre otros.
7. El contrato traía los mecanismos legales para exigirle a EPM el cumplimiento de sus obligaciones, como los Hitos, pero no las implemento antes de incidente, Capítulo I "Interpretación y definiciones", 1.02 Definiciones, trae: "Clausulas Penales de Apremio: Son las sumas que, a título de cláusula pena de apremio, deberá pagar el Contratista a Hidroituango cuando incumpla alguna de las obligaciones a su cargo bajo el presente contrato. Las Clausulas penales de Apremio no tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios ". Así lo indica el numeral 9.02. Dentro de los cinco (5) días siguientes al conocimiento por parte de Hidrotuango del incumplimiento del Hito u obligación respectiva (...) Hidrotuango deberá reunirse con el contratista con el objeto de verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento (...) (procedimiento de Cura)"

Así mismo es importante precisar que hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única misión era obtener una hidroeléctrica que generara energía, y por supuesto como gestores fiscales se les exigía que la misma fuera obtenida en las condiciones de costos y tiempos planeados.

Ahora bien, la apoderada considera que las afirmaciones del Despacho llevan a que hidroituango termine coadministrando.

Sin embargo como se explicaba al dar respuesta a los dos argumentos inmediatamente anteriores, el principio de no coadministración que regía las relaciones entre EPM e Hidroituango tenía una definición precisa que radicaba de manera puntual en no interferir en la escogencia del contratista y en la administración de dicho contrato y en que Hidroituango no realizara observaciones de manera directa a los subcontratistas sino que, de existir alguna observación en relación con los subcontratistas, la misma se canalizar a través de EPM.

Bajo esta definición, en ningún momento el Despacho insinuó al identificar las conductas activas u omisivas atribuibles a los miembros de la Junta Directiva actividad alguna que implicara interferir en la escogencia del contratista o en la administración del contrato ni mucho menos que las observaciones que se hicieran se le dirigieran a los subcontratistas. Tal y como puede observarse, líneas atrás en donde se precisaron las acciones y omisiones atribuibles a los miembros de Junta Directiva.

Así mismo revisadas las anteriores conductas, es claro que este Despacho no está exigiendo que los miembros de la junta directiva dieran vistos buenos a priori ni autorizaciones para que EPM pudiera actuar. Así como tampoco ha pretendido que se "revisaran las decisiones técnicas" sin tener el conocimiento para ello.

Lo que sí se esperaba de la junta directiva de Hidroituango es que en desarrollo de la obligación de vigilancia, control y seguimiento, sobre las obligaciones del contrato BOOMT, y partiendo del hecho probado de que tenía acceso a la información que EPM consignaba a través del "libro abierto" dispusiera de la estructura administrativa para analizar dicha información, de forma tal que pudiera realizar de manera oportuna las alertas a que hubiera lugar y/o a iniciar los procedimientos de imposición de multas que correspondieran y no a que de manera negligente aceptara como cierta toda la información entregada por EPM y en consecuencia permitiera la realización de cambios aún en las características calificadas desde el contrato como "no modificables", contribuyendo de manera determinante e idónea a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y en consecuencia a la producción del daño en la presente causa fiscal.

De donde resulta evidente que las interpretaciones de la apoderada parten de una percepción subjetiva que no atiende a la realidad de lo plasmado en Auto 1484 de 2020.

Continúa la apoderada refiriéndose a las limitantes a la supervisión establecidas en el contrato BOOMT, para concluir que esta limitación atiende a la filosofía de la división del trabajo y concluye que ", *pues si quienes no tienen la experticia y conocimiento pretenden realizar una supervisión que entorpezca las decisiones de quienes tienen la competencia técnica para hacerlo, no podría avanzarse en el desarrollo de ninguna obra, pues sería tan ineficaz e inoperante la división del trabajo, que se terminaría confundiendo las esferas gerenciales, administrativas y*

técnicas, lo cual sólo traería como resultado un fracaso ineludible de cualquier proyecto"

Así mismo en este contexto se refiere al principio de confianza como pilar fundamental para *"el análisis de imputación objetiva" cuando se trata de determinar la atribución de responsabilidades en el ámbito de las organizaciones complejas o en las escalas de producción de bienes y servicios las cuales pueden analizarse a modo de réplica en este megaproyecto"*
En este mismo sentido considera la apoderada *que* no resulta coherente ni lógica la posición asumida por la Delegada, cuando pretende escalonar la responsabilidad de revisión del trabajo realizado por especialistas y expertos en hidroeléctricas al Gobernador de Antioquia y a su Junta Directiva lo cual en opinión de la apoderada desborda los pilares de la imputación objetiva y el principio de responsabilidad por el acto.

En primer término, es importante precisar que existen diferencias importantes entre la imputación en materia penal y en materia de responsabilidad fiscal. Cabe recordar que en esta última no se atribuyen conductas típicas, sino conductas que hayan sido determinantes para que se cause el daño al patrimonio del Estado, así mismo las mismas deben ser calificadas desde lo civil como culpa grave o dolo en los términos del art 63 del Código Civil.

Ahora bien, en el caso concreto, el Despacho ha precisado las conductas de cada uno de los miembros de la junta así como las conductas que se le atribuyen al Gobernador de Antioquia y al Gerente de Hidroituango para la época de los hechos y se ha explicado porqué las mismas fueron desplegadas a título de culpa grave o dolo-desde lo civil- y la razón por la cual las mismas son determinantes para que se produzca el daño al patrimonio del Estado.

En este sentido el Despacho ha cumplido con el deber que le asiste de identificar las conductas que se le reprochan a los miembros de la junta directiva, el Gobernador y el Gerente de Hi, circunscribiéndolas al ejercicio de sus competencias Constitucionales, legales, estatutarias y contractuales.

Ahora bien, de cara al principio de confianza la apoderada lo concreta en que *"Además las decisiones técnicas eran informadas al Comité de Seguimiento del BOOMT, y en las reuniones de Junta Directiva de HI, donde se daba cuenta de la trazabilidad de cada uno de los aspectos técnicos del proyecto, el avance de obras, el presupuesto ejecutado y el cumplimiento del cronograma, y cuando se trataba de decisiones técnicas que implicaban modificación de hitos, como en el caso de la desviación del río cauca, dichas decisiones debían estar presididas de sendos estudios técnicos, y de la revisión de todos los comités técnicos creados al interior del proyecto para hacerle seguimiento al mismo, de tal cuenta que cuando las mismas eran presentadas en la Junta Directiva de Hidroituango, tenían la sustentación técnica y los estudios necesarios, que le daban a la junta los elementos*

necesarios para confiar en la razonabilidad y sustentación de cada una de las decisiones asumidas al interior del proyecto"

Sin embargo es muy importante precisar que **solamente puede invocarse este principio de confianza si quien lo invoca actúa de manera diligente y cuidadosa en el desarrollo de sus propias funciones.** Cabe recordar que sobre el particular, la Corte Suprema de justicia ha considerado lo siguiente:

> *"En orden a examinar la violación del deber de cuidado objetivo, rige la regla de la confianza, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la intersubjetividad permanente del ser humano, razón por la cual,* ***quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida en que actúa diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo*** *propio. Sería imposible el desenvolvimiento de un despacho judicial si, por razón de la complejidad de su actividad funcional, el funcionario director ni siquiera tuviera derecho a entregar desempeños materiales o jurídicos al personal subalterno o auxiliar, y a confiar en que ellos realizarán la tarea con el mismo criterio de delicadeza y probidad. Pero, se insiste en que el principio de confianza no otorga derechos sobre los demás, simplemente obedece a una regla de la experiencia que razonablemente rige la interacción humana, motivo por el cual* ***sólo el cumplimiento del individuo en lo que le obliga y es su aporte al trabajo mancomunado, lo habilitaría para confiar y no verse afectado por la malicia o despreocupación de los demás partícipes****".* (Sentencia del 9 de septiembre de 1997, MP: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Proceso No. 12655)

Esta misma lógica ha sido adoptada por la Procuraduría General de la República en diferentes pronunciamientos entre ellos en el fallo de segunda instancia proferido en contra de la exalcaldesa encargada de San Gil Santander[310], en el cual se dijo:

> *"(…) el principio de confianza en los subalternos no desconoce el deber del superior jerárquico de cumplir diligentemente sus funciones y deberes constitucionales y legales", pues como lo señala la Constitución Política "(…) quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida que actúe diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo propio (…)".*

En el caso concreto, el principio de confianza no puede ser invocado por la defensa de quien fuera el Gobernador de Antioquia para la época de los hechos ni de quienes eran miembros de junta directiva en el periodo 2012-2015, ni del Gerente de Hidroituango para las mismas fechas, pues para que este argumento tuviera vocación de prosperar tendría que encontrarse demostrado que obraron de manera diligente y cuidadosa en el ejercicio de sus propias funciones. Lo que como se demostró no ocurrió en el caso concreto.

310 https://www.procuraduria.gov.co/portal/En-fallo_de_segunda_instancia__Procuraduria_suspendio_a_exalcaldesa_encargada_de_San_Gil__Santander__.news

Ahora bien, insinúa la apoderada que dado que los miembros de la junta directiva no eran especialistas debían haber confiado en lo que hacían los técnicos desde EPM y desde los contratistas y la interventoría del contrato. En este punto además de lo sostenido en relación con el principio de confianza, este argumento de defensa conlleva un razonamiento que resulta contrario no solo a lo plasmado en el contrato BOOMT que impuso en cabeza de Hidroituango una obligación clara de vigilancia, supervisión y control del cumplimiento de las obligaciones del EPM, sino además de lo que la jurisprudencia ha entendido como la responsabilidad en cabeza del dueño del proyecto. Sobre el particular **es necesario recordar lo sostenido por el Consejo de Estado en los siguientes términos:**

> *"En cuanto a la imputación del daño, es pertinente poner de presente que la demanda fue dirigida contra el Municipio de Pereira, la Nación - Ministerio de Cultura y Ministerio de Salud y Protección Social, respecto de los cuales la parte actora consideró que era posible endilgarles responsabilidad, por cuanto el primero y el segundo de los mencionados fueron las entidades que suscribieron* el *contrato de obra para la restauración del Palacio Nacional, y el último fungía como propietario del mismo (...). En este orden de ideas, la responsabilidad de tales demandados debe analizarse debido a la ocurrencia de un daño vinculado con la ejecución de una obra, ya fuere porque la contrataron o porque eran los propietarios del bien sobre los cuales esta se desarrolló.* ***Se trata de un escenario que la jurisprudencia ha desarrollado bajo el principio de "ubi emolumentum ibi onus esse debet" (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra,*** *al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista"*[311]

Bajo la óptica que plantea la apoderada se llega al absurdo de considerar que Hidroituango a pesar de ser la dueña del proyecto simplemente sobraba, pues dado que los técnicos desde EPM eran quienes establecían qué estaba bien y como Hidroituango no tenía conocimientos técnicos, simplemente tenía que aceptar lo que le decían.

En este punto es muy importante precisar además que el Despacho no le estaba exigiendo como mal lo insinúa la apoderada, que Hidroituango ejerciera las labores que le correspondían al interventor, lo que reprocha el Despacho es el hecho de que los miembros de la junta directiva de Hidroituango, no se informaran, en ejercicio de su labor verificación, seguimiento y control de la información de **todas las fuentes de control y seguimiento que tenía EPM** (incluyendo entre otras, las apreciaciones del Board de expertos), **así como lo consignado en las actas de su propio comité de seguimiento al contrato BOOMT**, **para establecer un**

[311] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, 3 de abril de 2020, EXP 6601-23-31-000-2012-00147-02 (51846).

criterio propio que le permitiera determinar su actuar frente a los múltiples problemas que se estaban presentando, y que no llevara a Hidroituango a aceptar todo lo que EPM estaba planteando aún en perjuicio del proyecto.
Lo que se le exigía a la junta Directiva de Hidroituango era que obrara conforme a su propio Rol. De nuevo en este punto, cabe recordar que se trata de una sociedad de objeto único cuya única misión era obtener una hidroeléctrica que generara energía, y por supuesto como gestores fiscales se les exigía que la misma fuera obtenida en las condiciones de costos y tiempos planeados.

Por lo anteriormente dicho, este argumento no está llamado a prosperar.
De otro lado expresó la Apoderada:

"Principio de confianza: pilar fundamental para el desarrollo de un megaproyecto

"Como viene de anotarse en el capítulo antecedente, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol y competencias asignadas puede confiar en que las demás (personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas) van a desempeñarse actuando de manera idónea de conformidad con los roles y competencias asignados a éstos.

Así entonces, el principio de confianza se enmarca en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones.

La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando se trata de megaproyectos como la hidroeléctrica Ituango, en los cuales la persona tiene que interactuar con muchas otras personas que tienen roles y competencias asignadas de acuerdo con las especialidades.

Por ende, si una persona a quien le ha sido asignada una competencia o rol determinado tuviera como exigencia permanente verificar que las demás personas cumplan o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores, ni podría desarrollarse ningún proyecto si no estuviéramos asistidos de la confianza que debe inspirar la división del trabajo de acuerdo con las competencias y roles que cada uno debe cumplir dentro de sus conocimientos y especialidades.

De acuerdo con lo anterior, mis poderdantes como miembros de Junta Directiva de HI, debían confiar en la dirección y gerenciamiento del proyecto que le fue asignada al contratista EPM en forma autónoma, y a su vez, EPM estaba autorizada para confiar en el trabajo desempeñado por las empresas especializadas que había contratado para la ejecución de las obras del Megaproyecto, de los asesores especializados, del seguimiento y control realizado por la interventoría, y a pesar de que cada estamento realizaba seguimiento permanente de las funciones desempeñadas por los otros, lo

cierto es que, cuando se trata de competencias y roles especializados el principio de confianza se torna en una exigencia ineludible, para poder avanzar en el desarrollo de un proyecto.

De ahí entonces que para la concepción y estructuración de un megaproyecto como lo es la hidroeléctrica Ituango, se tiene que partir de dos premisas fundamentales:

1. La primera: la necesidad de realizar una división del trabajo de conformidad con roles y competencias especializadas.
2. La segunda, es partir de la confianza en el trabajo de los demás, toda vez que
"Cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo. Existe un principio de confianza" 88

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que el parámetro de revisión y seguimiento que le era exigible a la Junta Directiva, con respecto a las decisiones que eran tomadas por el contratista EPM, se establecía a través de informes que eran rendidos de manera periódica por los distintos comités de seguimiento al proyecto, quienes a su vez hacían la revisión y parametrización de todos los aspectos relevantes de este en sus componentes técnicos, financieros, legales y ambientales.

Para ejemplificar la situación de mis poderdantes con respecto a las labores de verificación, seguimiento y control al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el BOOMT, me referiré a modo de ilustración a tres pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el principio de confianza como criterio de imputación objetiva, para establecer y delimitar, que no le era exigible a la Junta Directiva de Hidroituango realizar una labor de verificación que trascendiera las competencias y roles asignados al interior del proyecto, y que fueron concretados de manera clara y detallada en el marco del contrato BOOMT.

Quizás uno de los pronunciamientos más radicales frente al tema de la división del trabajo y el principio de confianza legítima, lo encontramos en la sentencia con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, en la cual se señaló:

"(…) Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual "el hombre normal espera que

los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia".

"En efecto, la organización de la sociedad actual se basa en el reparto de roles, cada individuo tiene asignado uno, y conforme a él se espera que se comporte de una determinada manera en cada concreta situación. Si cada sujeto espera que el otro actúe satisfaciendo la expectativa que de él se deriva, su actuación será una y no otra; es decir, no se puede esperar el actuar imprudente de los demás ya que esto llevaría a una situación caótica en la que el exceso de celo provocaría una paralización de cualquier actividad que entrañe riesgo, que no son pocas89.

Luego de un prolijo desarrollo jurisprudencial sobre el desarrollo del trabajo en equipo conforme a roles especializados, la Corte fijó nuevamente su posición frente al principio de confianza dentro del marco de la imputación objetiva, al señalar:

"Sobre el principio de confianza, ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que la sociedad actual se encuentra debidamente organizada y a cada individuo se le impone la satisfacción de determinados roles, y ello conlleva la carga correlativa de confiar en que en idénticas condiciones los demás actúen de acuerdo con los requerimientos socioculturales impuestos por la comunidad en que conviven".90

En reciente providencia, proferida el 18 de noviembre hogaño, la Corte hace un análisis riguroso de la aplicación del principio de confianza, y la división de trabajo en las organizaciones y labores complejas, como es el caso de la liquidación de la extinta empresa Puertos de Colombia, así se pronunció esta Corporación:

"(…) De entrada, conviene resaltar que el principio de confianza, constituye un criterio determinador del deber de cuidado dentro de la llamada teoría de la imputación objetiva, en la cual, en lugar de parámetros de imputación naturalísticos, la atribución de una hipótesis típica se fundamenta en pautas normativas, entre las que están, justamente, el deber de cuidado, la existencia de riesgos asumidos por el sujeto o impuestos por el ordenamiento jurídico, la delimitación social de roles en diversos círculos o ámbitos de organización (especialmente en la producción de bienes o servicios), y el principio de auto responsabilidad, entre otros.

"Atendiendo el fundamento filosófico de esa construcción dogmática de la teoría del delito, la misma está orientada a explicar o a sustentar cómo dentro de la diversidad de cursos causales, aquellos que se concretan en un resultado lesivo de un interés sólo pueden ser cargados a una persona cuando el respectivo curso es su obra o, en otras palabras, siempre que la conducta del sujeto haya creado un riesgo de lesión jurídicamente desaprobado que se materializa en un resultado típico.

"Desde tal perspectiva y en tratándose del desarrollo de actividades con reparto de funciones el principio de confianza, como principio general del derecho, constituye un criterio normativo que permite valorar o desvalorar jurídico-penalmente conductas conectadas o enlazadas, cuyo eventual resultado lesivo de un interés jurídicamente tutelado depende de la observancia del propio deber de cuidado en función del comportamiento de terceras personas, de cada una de las cuales se presume o se espera que actúe de manera responsable y respetuosa frente a las normas que regulan la actividad.
(…)

"La Corte, a pesar de que ha indicado que los efectos del principio de confianza pueden verse restringidos (no excluidos o prohibidos) en situaciones tales como: "(i) Cuando la ley establece expresamente a quien encomienda la labor, que lo haga bajo su responsabilidad; (ii) en los eventos en que existe división de trabajo y el que dirige la tarea dentro del ámbito de sus competencias, es garante de que las personas a su cargo lo desempeñen correctamente; (iii) siempre que se incumple un deber y por ello, se transgrede el derecho"91, no ha señalado como regla objetiva y axiomática que siempre que se presente uno de esos supuestos aquél postulado sea inoperante, pues una afirmación de ese talante sería equivalente a una atribución objetiva de responsabilidad.

"Por el contrario, de antaño tiene establecido que:

[La] determinación de la efectividad del principio de confianza en un ámbito de interrelación está guiada por la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda o de las concretas condiciones en que se desenvuelve una actividad u organización determinada, porque son elementos que posibilitan señalar si una persona, al satisfacer las reglas de comportamiento que de ella se esperan, está habilitada para confiar que el dolo o culpa de los demás que interactúan en el tráfico jurídico no la va a afectar92.

"Y también, en tratándose de la delegación o reparto de funciones en el desarrollo de labores complejas, incluso en el seno de la Administración Pública, ha precisado la Sala:

"[Es] cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Está implica la división de funciones en los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades en equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición de que

no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida93.94 (negrillas nuestras)

Haciendo un símil del análisis realizado por nuestra Corte Suprema de Justicia a las obligaciones derivadas del BOOMT, con relación al seguimiento y control que le era exigible a la Junta Directiva de Hidroituango, hemos de precisar que ciertamente las labores de verificación estaban claramente establecidas al interior del mencionado contrato, y tenían dos limitaciones claras:

1. El principio de no coadministración.

El cual reconocía la autonomía técnica, administrativa y contractual de EPM, para la realización del proyecto, y además le prohibía a Hidroituango intervenir en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscribiera el Contratista para la construcción y operación de la central.
Adicionalmente, se estableció que Hidroituango no sería interventor de los contratos que celebre el Contratista, puesto que esto sería potestad exclusiva del Contratista actuando como contratante, siendo sólo del resorte de Hidroituango la verificación del cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato, para garantizar la protección de los intereses de la sociedad y del proyecto.

2. Principio de no control previo.

Bajo este principio se limitó la labor de supervisión de Hidroituango a acciones que constituyeran control previo, entendiendo éste como intromisión o injerencia previa a las decisiones que el Contratista tomara en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.

De acuerdo con lo anterior, la Junta Directiva de Hidroituango, en el ámbito de sus competencias hacia el seguimiento sobre el cronograma, los hitos y la financiación o costos del proyecto, siendo Empresas Públicas de Medellín un contratista con autonomía técnica, administrativa y financiera para tomar las decisiones.

*De esta manera, mis poderdantes estaban autorizados a confiar en los informes brindados por los diferentes comités integrados para hacerle seguimiento al megaproyecto desde los ámbitos técnicos, legales, financieros y ambientales; los cuales eran presentados en la Junta Directiva de Hidroituango, y que daban cuenta de que las decisiones tomadas desde dichas aristas habían sido previamente analizadas, estudiadas y sustentadas desde su pertinencia y viabilidad por personal experto en la materia, los cuales daban cuenta de manera intachable de un seguimiento estricto al proyecto, unos referentes técnicos y administrativos que incluso, frente a expertos como Nigel Legge, representante del reasegurador en Zúrich, Londres, lo llevó a considerar en el remembrado informe de 2018, que "**las obras civiles y los trabajos electromecánicos, y la gerencia y el desarrollo del proyecto se***

consideran buenos y generalmente consistentes con las mejores prácticas internacionales".

R/: En este punto, es necesario retomar lo dicho en la respuesta anterior, en el sentido de que de cara al principio de confianza la apoderada lo concreta en que *"Además las decisiones técnicas eran informadas al Comité de Seguimiento del BOOMT, y en las reuniones de Junta Directiva de HI, donde se daba cuenta de la trazabilidad de cada uno de los aspectos técnicos del proyecto, el avance de obras, el presupuesto ejecutado y el cumplimiento del cronograma, y cuando se trataba de decisiones técnicas que implicaban modificación de hitos, como en el caso de la desviación del río cauca, dichas decisiones debían estar presididas de sendos estudios técnicos, y de la revisión de todos los comités técnicos creados al interior del proyecto para hacerle seguimiento al mismo, de tal cuenta que cuando las mismas eran presentadas en la Junta Directiva de Hidroituango, tenían la sustentación técnica y los estudios necesarios, que le daban a la junta los elementos necesarios para confiar en la razonabilidad y sustentación de cada una de las decisiones asumidas al interior del proyecto"*

Sin embargo es muy importante precisar que solamente puede invocarse este principio de confianza si quien lo invoca actúa de manera diligente y cuidadosa en el desarrollo de sus propias funciones. Cabe recordar que sobre el particular, la Corte Suprema de justicia ha considerado lo siguiente:

> *"En orden a examinar la violación del deber de cuidado objetivo, rige la regla de la confianza, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la intersubjetividad permanente del ser humano, razón por la cual,* ***quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida en que actúa diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo*** *propio. Sería imposible el desenvolvimiento de un despacho judicial si, por razón de la complejidad de su actividad funcional, el funcionario director ni siquiera tuviera derecho a entregar desempeños materiales o jurídicos al personal subalterno o auxiliar, y a confiar en que ellos realizarán la tarea con el mismo criterio de delicadeza y probidad. Pero, se insiste en que el principio de confianza no otorga derechos sobre los demás, simplemente obedece a una regla de la experiencia que razonablemente rige la interacción humana, motivo por el cual* ***sólo el cumplimiento del individuo en lo que le obliga y es su aporte al trabajo mancomunado, lo habilitaría para confiar y no verse afectado por la malicia o despreocupación de los demás partícipes****".* (Sentencia del 9 de septiembre de 1997, MP: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Proceso No. 12655)

Esta misma lógica ha sido adoptada por la Procuraduría General de la República en diferentes pronunciamientos entre ellos en el fallo de segunda instancia proferido en contra de la exalcaldesa encargada de San Gil Santander[312], en el cual se dijo:

312 https://www.procuraduria.gov.co/portal/En-fallo_de_segunda_instancia__Procuraduria_suspendio_a_exalcaldesa_encargada_de_San_Gil__Santander__.news

> *"(…) el principio de confianza en los subalternos no desconoce el deber del superior jerárquico de cumplir diligentemente sus funciones y deberes constitucionales y legales", pues como lo señala la Constitución Política "(…) quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida que actúe diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo propio (…)".*

En el caso concreto, el principio de confianza no puede ser invocado por la defensa de quien fuera el Gobernador de Antioquia para la época de los hechos ni de quienes eran miembros de junta directiva en el periodo 2012-2015, pues para que este argumento tuviera vocación de prosperar tendría que encontrarse demostrado que obraron de manera diligente y cuidadosa en el ejercicio de sus propias funciones. Lo que como se demostró no ocurrió en el caso concreto.

Ahora bien, insinúa la apoderada que dado que los miembros de la junta directiva no eran especialistas debían haber confiado en lo que hacían los técnicos desde EPM y desde los contratistas y la interventoría del contrato. En este punto además de lo sostenido en relación con el principio de confianza, este argumento de defensa conlleva un razonamiento que resulta contrario no solo a lo plasmado en el contrato BOOMT que impuso en cabeza de Hidroituango una obligación clara de vigilancia, supervisión y control del cumplimiento de las obligaciones del EPM, sino además de lo que la jurisprudencia ha entendido como la responsabilidad en cabeza del dueño del proyecto. Sobre el particular es necesario recordar lo sostenido por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> *"En cuanto a la imputación del daño, es pertinente poner de presente que la demanda fue dirigida contra el Municipio de Pereira, la Nación - Ministerio de Cultura y Ministerio de Salud y Protección Social, respecto de los cuales la parte actora consideró que era posible endilgarles responsabilidad, por cuanto el primero y el segundo de los mencionados fueron las entidades que suscribieron* el *contrato de obra para la restauración del Palacio Nacional, y el último fungía como propietario del mismo (...). En este orden de ideas, la responsabilidad de tales demandados debe analizarse debido a la ocurrencia de un daño vinculado con la ejecución de una obra, ya fuere porque la contrataron o porque eran los propietarios del bien sobre los cuales esta se desarrolló.* ***Se trata de un escenario que la jurisprudencia ha desarrollado bajo el principio de "ubi emolumentum ibi onus esse debet" (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra,*** *al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista"*[313]

[313] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, 3 de abril de 2020, EXP 6601-23-31-000-2012-00147-02 (51846).

Bajo la óptica que plantea la apoderada se llega al absurdo de considerar que Hidroituango a pesar de ser la dueña del proyecto simplemente sobraba, pues dado que los técnicos desde EPM eran quienes establecían qué estaba bien y como Hidroituango no tenía conocimientos técnicos simplemente tenía que aceptar lo que le decían.

En este punto es muy importante precisar además que el Despacho no le estaba exigiendo como mal lo insinúa la apoderada, que Hidroituango ejerciera las labores que le correspondían al interventor, lo que reprocha el Despacho es el hecho de que los miembros de la junta directiva de Hidroituango, no se informaran, en ejercicio de su labor verificación, seguimiento y control de la información de todas las fuentes de control y seguimiento que tenía EPM (incluyendo entre otras, las apreciaciones del Board de expertos), así como lo consignado en las actas de su propio comité de seguimiento al contrato BOOMT, para establecer un criterio propio que le permitiera determinar su actuar frente a los múltiples problemas que se estaban presentando, y que no llevara a Hidroituango a aceptar todo lo que EPM estaba planteando aún en perjuicio del proyecto.

Lo que se le exigía a la junta Directiva de Hidroituango era que obrara conforme a su propio Rol de nuevo en este punto, **cabe recordar que se trata de una sociedad de objeto único cuya única misión era obtener una hidroeléctrica que generara energía, y por supuesto como gestores fiscales se les exigía que la misma fuera obtenida en condiciones de costos y tiempos planeados**.

Ahora bien, la apoderada en el argumento se refiere a las obligaciones del Gerente de Hidroituango – cabe precisar que la apoderada es también la apoderada principal del señor Jhon Maya en esta causa fiscal, quien era el gerente de Hidroituango para la época de los hechos- y las enmarca en los principios de NO COADMINISTRACIÓN y NO CONTROL PREVIO, lo anterior para concluir que dicha supervisión y vigilancia de los órganos de administración de Hidroituango recaía *"sobre el cronograma, los hitos y la financiación o costos del proyecto, siendo Empresas Públicas de Medellín un contratista con autonomía técnica, administrativa y financiera para tomar las decisiones",* lo anterior para justificar por qué el Gobernador de Antioquia como sus subalternos, los demás miembros de la junta directiva de Hi y el gerente de Hidroituango podían confiar en que las decisiones que se estaban tomando al rededor del proyecto en la parte técnica eran correctas. Si bien este argumento ya fue contestado líneas atrás, es importante precisar que el control sobre los hitos, el cronograma y la financiación o costos del proyecto no debía hacerse teniendo en cuenta únicamente el diagrama de GANTT (cronograma gráfico elaborado por EPM) o la curva s de Deloitte de manera descontextualizada y sin tener en cuenta las vicisitudes que se daban en el desarrollo físico de la obra, pues situaciones como las destacadas por este Despacho en los hechos sin duda impactaban los tiempos del proyecto, tanto que en el mismo comité de seguimiento al contrato BOOMT, lo cual por demás quedó plasmado en el acta que se llevaba, EPM e Hidroituango en 2012 ya eran conscientes de lo poco probable que era que

el proyecto comenzara a generar energía en 2018 y el Gerente de la época consideró que no era adecuado informar tal situación a la junta directiva, y si bien en el contexto del principio de confianza, el Gerente obró en contravía del mismo, lo cierto es que no se trataba de una situación insuperable, pues los miembros de la junta de haber desarrollado un mínimo de diligencia en su función (leer las actas de su propio comité de seguimiento) habrían detectado esta grave situación y habrían podido tomar determinaciones en favor del desarrollo del proyecto.
Por todo lo anterior, este argumento tampoco está llamado a prosperar.

De otro lado, el Apoderado indicó:

"Sofisma argumentativo: la Contraloría acoge el principio de confianza o lo desconoce a su conveniencia.

"No puedo dejar pasar por alto, el sofisma argumentativo que es utilizado por la Contraloría para imputar o archivar responsabilidad fiscal a la conveniencia de sus apreciaciones, pues el estricto rigor que de vigilancia y control le es exigido los miembros de la Junta Directiva de HI con respecto a todas las decisiones del proyecto y frente al cual se desconocen por la Delegada las funciones y competencias precisas de dicho órgano de dirección, y la distribución de funciones propias del desarrollo de un megaproyecto, no es el mismo que se exige para el representante legal del contratista EPM, ya que a este si le reconoce el principio de confianza y lo exime de cualquier responsabilidad fundamentado en las competencias o roles atribuidos al mismo: "(…)este despacho encuentra que no es exigible que a JORGE JULIÁN LONDOÑO DE LA CUESTA, en calidad de Gerente General de EPM, ***le sea atribuible responsabilidad fiscal, puesto que de conformidad con la distribución de funciones anteriormente descrita, no le correspondía la supervisión de la construcción del proyecto, ni la suscripción de los contratos atenientes al mismo".96*** *(negrillas fuera de texto).*

Tal parece que a Londoño de la Cuesta no le era exigible otra conducta por cuanto la supervisión y ejecución del proyecto estaba a cargo de otras personas, pero tal racero de interpretación y tratamiento jurídico no le es aplicable a los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, a los cuales bajo una clara falacia argumentativa, se les ha pretendido endilgar el seguimiento, control y hasta la co-administración de todas las decisiones técnicas que se asumieron en el desarrollo del proyecto, pretendiendo hacer exigible que quienes no tienen competencias especializadas, las asuman a pesar de no ser parte de sus funciones, y quienes no tienen conocimientos especiales coadministren la construcción de la hidroeléctrica y tomen decisiones sobre la misma.

Las preclaras conclusiones a las cuales llega la Delegada para archivar el proceso a favor de Londoño de la Cuesta, en contraposición con las acciones exigidas de forma deliberada a personas que por los roles desempeñados y las competencias funcionales, también les tendría que aplicar el mismo rasero de interpretación y decisión, nos coloca en evidencia que este proceso está

> *totalmente sesgado, que los argumentos se aplican a conveniencia, que no es el rigor jurídico ni la evidencia probatoria lo que define finalmente las decisiones, y por ello, ante la impotencia de que la argumentación no sea atendida, y no nos permitan probatoriamente acreditar la verdad sobre el proyecto, no nos queda más que dejar una a una las evidencias de las inequidades presentadas en las decisiones asumidas, las cuales de no enderezarse durante el trascurso del proceso, deberán ser revisadas en sede judicial, con la rigurosidad, ecuanimidad y probidad que demanda el análisis de este proceso, y con un sentido lógico y de clara justicia, y es que los ciudadanos merecen ser tratados de igual manera, tal como se establece en un principio de elemental justicia.*

R/: Sobre este punto, lo primero que resulta importante anotar es que la situación en la cual se encontraba el señor Londoño difiere de manera sustancial con las circunstancias en las cuales se encontraban los miembros de la junta directiva de hidroituango y el Gobernador de Antioquia, tal y como se pasa a explicar:
En el caso particular, se tiene que el Auto 945 del 8 de noviembre de 2019, que abrió la presente actuación expresó que se vinculaba a JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA, toda vez que en su calidad de representante legal de EPM para la época de los hechos, facultado para contratar de acuerdo al manual de delegación de funciones de EPM, actuó en nombre de EPM para garantizar las obligaciones establecidas en el contrato BOOMT, y tomó acciones frente a las inversiones de recursos de EPM asociadas al proyecto.

Es importante mencionar que los estatutos sociales, y las actas de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, las AMB al Contrato de Obras Principales y al BOOMT aportadas a esta actuación, constituyeron los medios de prueba que permitieron determinar la participación de JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA en la presente causa fiscal.

Tanto el material probatorio aludido, como el Certificado de Asistencia a Juntas Directivas, aportado por la Sociedad Hidroeléctrica Ituango[314], **permitió concluir que el JORGE LONDOÑO DE LA CUESTA, no fungió como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango en la época en la que fungió como Gerente General de EPM, esto es entre los años 2016 y 2019.**

Si bien es cierto que en su calidad de Gerente General de EPM, a JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA le correspondía *"Expedir y ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean de su competencia",* **se tiene que al momento del inicio de su ejercicio la mayoría de las decisiones administrativas determinantes para la materialización del daño endilgado habían sido tomadas,** en consecuencia la mayoría de los hechos generadores se habían consumado y la situación no era más que un reflejo de ello.

[314] Carpeta 74, DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI_SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A_RESPUESTA G-H MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA.

Prueba de lo anterior se encuentra en el AMB 10 al BOOMT, suscrita por el señor Londoño el 29 de agosto de 2017, a través de la cual se modificaron las fechas de cumplimiento de los hitos No. 7,8 y 9.

Encuentra el Despacho que, la suscripción del referido documento obedeció a la formalización de la realidad del estado del proyecto, mismo que -como se demostró venía ejecutándose sin holguras, en medio de planes de aceleración y con importantes atrasos desde el año 2011, motivo por el cual no puede sostenerse que en su actuar, el señor JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO obró en contra de sus obligaciones contractuales, ni mucho menos faltando a las obligaciones que la Ley Mercantil[315] endilga a los administradores.

Como es sabido, durante el periodo de la gerencia de JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA, aún se estaban ejecutando las obras de desviación por parte de CCCI[316]-Contratista de las Obras Principales- obras que comprendían la construcción de un tercer túnel, mismo que -tal como se evidenció- adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del Consorcio Generación Ituango como asesor, de EPM como contratante y de Hi desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto.

No obstante, lo anterior, la supervisión, seguimiento y control de las mencionadas obras, correspondía a la Vicepresidencia de Proyectos de Generación de energía de EPM, tal como lo evidencia la tanto la estructura administrativa de EPM, como su Manual de Delegación de Funciones, cargo que ocupaba Luis Javier Vélez Duque- ex gerente de EPM-I- tal como lo evidencia la AMB No. 19 del 6 de diciembre de 2016 y S.S. al Contrato de Obras Principales, a través de la cual se estableció el procedimiento de reconocimiento y pago de las obras adicionales de la GAD, lo que evidenció -entre otras cosas- el impacto económico que las mismas en el presupuesto del proyecto.

Fundado en lo anterior, este despacho encontró que no le era exigible que al señor JORGE JULIÁN LONDOÑO DE LA CUESTA, en calidad de Gerente General de EPM, le sea atribuible responsabilidad fiscal, puesto que de conformidad con la distribución de funciones anteriormente descrita, no le correspondía la supervisión de la construcción del proyecto, ni la suscripción de los contratos atenientes al mismo, pues como se indicó, dicha labor recaía directamente en Luis Javier Vélez Duque, como V.P. Proyectos Generación de Energía de EPM, de lo anterior se concluye que al señor JORGE JULIÁN LONDOÑO DE LA CUESTA no le es atribuible responsabilidad fiscal, pues en su actuar no se evidencia culpa grave o

[315] Ley 22 de 1995. Artículo 23.
[316] Se refiere el Despacho a la GAD y sus obras conexas, cuya construcción inició en agosto de 2015.

dolo como elemento de la responsabilidad, en cuanto a que la función de supervisión del proyecto no estaba a su cabeza, sino en cabeza de otro funcionario, especializado, que tenía todos los conocimientos profesionales y técnicos, quien además conocía e desarrollo del proyecto desde el año 2011. En este sentido, el artículo 121 de la Constitución Política refiere que *"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".*

En consecuencia, sería contrario al ordenamiento atribuir responsabilidad fiscal a un servidor público por una función que no se le ha atribuido y de la cual no tenía manejo o podía evitar, pues de llegar a exigirse se estaría pidiendo que desbordara las funciones asignadas, es decir, que se extralimitara en el ejercicio de sus funciones, abrogándose una competencia de otro funcionario.

En virtud de lo anterior, este despacho procedió mediante auto 1484 de 2 diciembre de 2020[317] a archivar la presente causa fiscal en favor de JORGE JULIÁN LONDOÑO DE LA CUESTA, decisión que fue confirmada por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República, mediante Auto No. ORD - 801119-060-2021 de 19 de marzo de 2021[318].

De donde resulta evidente que el Despacho no se sirvió del principio de confianza legítima para archivar la causa fiscal en favor del señor Londoño, sino que tal determinación surgió de un análisis de los elementos de la responsabilidad fiscal que dio como resultado el hecho de que en cabeza del señor no se configuraba una culpa grave, en atención al conocimiento y control que desde su rol podía ejercer respecto de las situaciones por las cuales se le vinculó a la causa fiscal.

La Apoderada argumentó para Los señores Ramos, Nanclares Pèrez y tambi`pen lo refirió para el señor Fajardo, el siguiente argumento:

"Pronunciamiento frente a los cargos imputados en el auto

> *"A continuación, me referiré de manera pormenorizada frente a los cuatro cargos o supuestos en los cuales el Despacho fundamentó la presunta responsabilidad fiscal de la doctora **MARIA EUGENIA RAMOS VILLA**, haciendo claridad, que frente al último cargo de los imputados en el auto, por ser compartido en forma idéntica con el doctor **RAFAEL NANCLARES OSPINA**, y fundamentarse en los mismos reproches y en la misma posición como miembros de Junta Directiva, haré el pronunciamiento conjunto por economía procesal y para evitar repetir argumentos que son válidos para ambos vinculados.*

[317] Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020. Por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros en el proceso de responsabilidad fiscal UCC-PRF-014-2019 (fls.18.353 y s.s. y página 1173 y s.s.).
[318] Carpeta principal 102 – Folios 2196 y s.s.

*Así las cosas, tenemos que el Despacho reprochó fiscalmente a la doctora **MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA**, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva, los siguientes supuestos:*

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.

2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Procederé entonces a presentar los descargos concretos frente a cada uno de los reproches formulados, y frente al último de ellos, como se advirtió anteriormente, se hará de manera conjunta con RAFAEL NANCLARES OSPINA.

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.

Como prolegómeno a las explicaciones concretas que demanda el cargo imputado por la delegada, es necesario realizar el siguiente interrogante:

¿Podría asegurar la Contraloría, que si la Junta Directiva en el año 2012 hubiera adoptado las propuestas de PENTA (entendiéndose todas porque no dice cuáles), no se hubiese presentado la contingencia en el año 2018?.

Esta pregunta surge obligada antes de comenzar a brindar cualquier explicación al respecto, por cuanto no se entiende ¿Cómo puede haber incidido y de qué manera el no haber aprobado totalmente las propuestas presentadas por PENTA?, pues es claro que la propuesta organizacional presentada fue acogida en su integridad, pero no era conveniente asumir el sistema Business Intelligence - BI para el manejo de la información y de la tercerización, por cuanto ya venía operando un sistema que presentaba mayores ventajas, y no era necesario implementar otro, que no reunía las expectativas ni condiciones para realizar un adecuado seguimiento al proyecto, puesto que como se ha expresado de forma reiterada, un sistema de Business Inteligence tiene sentido, ya que optimiza la herramienta, en la medida en que la información se alimente en tiempo real y ese no era el caso de Hidroituango, además de otras desventajas frente a los sistemas adoptados, como se verá más adelante en este acápite.

*Hay otra pregunta que surge obligada, ya que es claro que los dos cargos que fueron creados en 2017 corresponden a dos contratistas que ya venían ejerciendo las funciones bajo contrato de prestación de servicios, tal como se señala en el Acta 170 del 7 de abril de 2017. ¿Entonces cómo se entiende que si cumplían las funciones bajo contrato de prestación de servicios no se contaba con la "**estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del Contrato BOOMT"?** Pero si a estos contratistas se les crea el cargo para realizar exactamente las mismas funciones bajo vinculación legal y reglamentaria esta decisión es tan acertada que anula los supuestos riesgos de no hacer una verificación y seguimiento al proyecto?*

Adicionalmente, si para el año 2017, como lo afirma la Delegada, se propone retomar dicho informe, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de H.I., entonces ¿Por qué la creación de estos dos nuevos cargos, no logró evitar la contingencia presentada en el año 2018? Tal pareciera que el problema estribara entonces en el sistema de contratación de estos, lo cual no deja de ser un eufemismo retórico sin ningún sustento.

Estas preguntas sin respuesta dejan al descubierto la debilidad de los planteamientos realizados por la Delegada de la Contraloría General de la República, toda vez que se pretende derivar de una decisión administrativa una consecuencia adversa que en modo alguno podría incidir en la contingencia presentada en el año 2018.

Realizadas las inferencias anteriores ilustraré al Despacho respecto al estudio que se adelantó frente a la propuesta organizacional presentada por PENTA, y el análisis que definió asumir la propuesta organizacional, pero no el sistema Business Intelligence - BI para el manejo de la información.

Para el año 2011, la sociedad HI contrató a la firma PENTA Desarrollo Organizacional para que elaborara una propuesta a la sociedad HI sobre la estructura de procesos, administrativa y de cargos que se pudiera implementar para facilitar el cumplimiento de las obligaciones contractuales contempladas en el contrato BOOMT suscrito con EPM- ITUANGO.

Así, el informe final ajustado por PENTA como Consultoría en Rediseño Organizacional, fue fechado el 3 de agosto de 2011 y con un contenido de 103 páginas.

La propuesta de PENTA, como lo indica el auto de imputación de responsabilidad fiscal, fue presentada por el entonces Gerente de la sociedad HI, LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA (período 2008-2011), en reunión de 30 de noviembre de 2011, según acta número 128 de 30 de noviembre de 2011, a los miembros de la Junta Directiva de la empresa.

En forma general, la propuesta que fue expuesta contenía información sobre la estructura de procesos, estructuración organización, funciones y perfiles, y planta de cargos de la sociedad HI.

Asimismo, en la presentación se informaron los costos de la implementación de la propuesta y los ajustes solicitados por la Gerencia, en ese momento a cargo del doctor GÓMEZ ATEHORTÚA, consistentes en la conformación de la planta de cargos con 23 plazas y ajustes a las funciones y perfiles de los cargos (ver presentación adjunta al Acta Nro. 128 de 30 de noviembre de 2011, que se presenta como prueba documental).

Como se consignó en el acta, ***uno de los elementos*** *de la propuesta de PENTA consistía en la consecución de un Business Intelligence - BI para el manejo de la información y de la tercerización o no, de algunos procesos de la nueva estructura, generando cuatro alternativas en la propuesta: dos (2) con BI y dos (2) sin BI y de estas dependía el número de personas que conformarían la estructura.*

El concepto frente a la implementación del Business Intelligence - BI para el manejo de la información fue expuesto por el entonces Director Administrativo y Financiero de HI, doctor JAIRO HERNÁN RAMÍREZ, así:

"A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un Businnes Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer en tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas; está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas. Los costos varían de mil a cinco mil millones de pesos, dependiendo de la complejidad del sistema escalado y su implementación puede demorar de doce a veinticuatro meses.

"Con relación a la implementación de un BI en Hidroituango, concluye el doctor Ramírez que:
- HI no tiene control sobre las fuentes de información que alimentan el BI. (Ingreso, calidad, oportunidad).
- La información oficial que requiere se soporta en informes periódicos (mensuales, trimestrales, semestrales y anuales) entregados por: EPM Ituango,

Auditoría de Costos, Deloitte, Comité de Seguimiento,/ Revisoría fiscal de EPM Ituango, entre otros.
- ***HI no toma decisiones operativas con respecto al Proyecto (No Coadministración, No Control Previo)."*** *(negrillas no son del original)*

"Por lo anterior, y con la finalidad de conocer, recibir y analizar la información que suministra EPM Ituango, en HI se programó Intranet Corporativa y se elaboró un Cuadro de Mando Integral para manejar la informacion del contrato Boomt. Presenta y compara a continuación la esturctura y beneficios de ambas herrameintas tecnológicas."

"Concluye el doctor Luis Guillermo Gómez que el BI ***suministra una información en tiempo real que no es requerida por HI,*** *por cuanto la que se recibirá de EPM I no la tendrán en tiempo real y, de otro lado, su montaje implica tiempo y recursos económicos importantes. Penta expresa en su informe final que se debe tener una fase de transición para su implementación, que puede ser larga de acuerdo con el tipo de BI.* ***Por lo anterior, la intranet y el tablero de mando elaborados por la Empresa, pueden suministrar la información suficiente que HI requiere para la verificación del Boomt y su debida oportunidad".*** *(negrilla nuestra)*

Como puede concluirse, la decisión de la no implementación del BI fue tomada en la administración del Dr. LUIS GUILLERMO GÓMEZ, decisión que fue acertada ya que este sistema no era el adecuado para hacerle el seguimiento al proyecto de Hidroituango por lo expuesto tanto por el Director Administrativo como por el Gerente de HI y por otras razones que plantearemos más adelante.

Como lo indica el auto de imputación de responsabilidad fiscal, la Junta Directiva de noviembre de 2011, luego de varias discusiones y aportes de gran calibre referidos, entre otros, a los costos de implementar las propuestas que había elaborado PENTA, la adecuación que ya había realizado la sociedad en la intranet corporativa y la elaboración de un cuadro de mando integral para

manejar la información del contrato BOOMT, decidió aplazar la decisión para que la Junta Directiva entrante determinara lo pertinente.

De manera posterior, en el primer semestre del año 2012, el entonces Gerente de la sociedad, doctor OSCAR JARAMILLO, enseñó a la nueva Junta Directiva el sistema que había sido elaborado por la sociedad - Cuadro de Mando de Indicadores – para que HI pudiera llevar el control de avance del contrato BOOMT. Así quedó señalado en el acta 131 del 25 de abril de 2012:

"J.-CUADRO DE MANDO
"A continuación, el doctor Oscar Jaramillo enseña a la Junta el Cuadro de Mando de Indicadores que se ha elaborado en HI para llevar el control de avance del contrato medido por porcentajes de avance. Este tablero o cuadro de mando elaborado con Macros en Excel (Visual Basic), ***realmente es un sustituto del Bussines Intelligence (BI)*** *propuesto por el consultor para la Estructura Administrativa – Penta. Indica el Dr. Jaramillo que, con la información presentada de esta manera, permite mostrarle a la Junta Directiva un resumen gerencial del seguimiento al contrato BOOMT, y por consiguiente el estado de avance global del proyecto". (negrilla nuestra)*

En forma consecuencial, en el acta Nro. 133 de 4 de septiembre de 2012, el entonces gerente de la sociedad HI, OSCAR JARAMILLO, en el punto 5 – Avance del BOOMT, expuso a la Junta Directiva la explicación del cronograma básico o de GANTT que se utilizaba para el seguimiento al contrato BOOMT, así:

"5.- Avance del Boomt

"El doctor Oscar Jaramillo hace la presentación que se anexa al acta. Comienza con la explicación del cronograma básico o de GANTT, el cual fue modelado y complementado por tres métodos para estimar el avance de obra: a) Avance Físico o espacio – temporal, b) Conceptual según la complejidad constructiva, c) Por pesos específicos considerando los costos de cada una de las actividades y su porcentaje de participación en el presupuesto de referencia del proyecto establecido en el BOOMT, ajustado según los costos reportados por EPMI en la confección de su cronograma. Se observó que las tres curvas inician con la fecha del BOOMT y su Cronograma Director, es decir marzo 8 de 2011, y termina el 24 de junio de 2019, fecha programada de entrada en operación de la unidad 1. Las tres curvas tienen en cuenta el Cronograma Director".
"Se observa que las tres curvas son casi coincidentes, lo que se explica por el tiempo de ejecución del proyecto (100 meses) y el número de ítems (lotes de control, de trabajo y tareas) involucradas en el cronograma (366 ítems). En síntesis, las curvas representan bien la ejecución del contrato.

"También explicó que la curva S de EPM, cuyo archivo fue enviado recientemente a HI, indica que su curva S inicia en octubre 1 de 2007 y termina en noviembre 30 de 2018, con una duración total de 130 meses. Como puede verse, el cronograma de EPM inicia 37 meses antes que el del BOOMT y

finaliza 7 meses antes que el del BOOMT. Esta diferencia hace que las dos curvas S necesariamente sean diferentes y para que en un momento se asimilen los avances se requiere que se haga un ajuste o empalme. Para este propósito, se iniciaron reuniones ente HI y EPM, a fin de homogenizar los indicadores de avance del proyecto y presentar una sola curva a la Junta Directiva. No obstante, es deber de HI informar también el avance del Cronograma Director del BOOMT".

En términos simples, lo que el entonces Gerente OSCAR JARAMILLO expuso ante la Junta Directiva fue que el programa GANTT que utilizaba la sociedad HI para hacer seguimiento a la obra había sido adaptado con los tres cronogramas a los que la sociedad le hacía seguimiento. El principal componente de la intervención es que las tres curvas de seguimiento tenían en cuenta a su vez, el cronograma director del contrato. Esta adaptación se consideró suficiente y así fue ratificada por el doctor MAYA SALAZAR, de manera posterior cuando le fue encargado por la Junta Directiva como nuevo gerente de la entidad, que realizará el estudio correspondiente de la propuesta realizada por Penta para el desarrollo organizacional de HI.

Como viene de anotarse, ante el nombramiento de un nuevo Gerente y la definición de la estructura administrativa (que no es solo la adopción de un BI) quedó consignado que la Junta Directiva encargaría al nuevo gerente (refiriéndose al doctor John Alberto Maya Salazar que había iniciado su período el 17 de septiembre de 2012), para "hacer una evaluación del estudio presentado por Penta ***y determinar cuál es la Estructura Administrativa que requiere HI*** *de acuerdo con su nuevo rol, y presentar un informe a la Junta en la próxima reunión, que debe ser dentro de dos (2) meses". (negrilla nuestra)*

Cumpliendo con lo ordenado por la Junta Directiva, el Gerente JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR en la reunión ordinaria Nro. 134 de 31 de octubre de 2012, luego de haber realizado las consultas pertinentes, expuso la propuesta de la estructura administrativa de HI, la cual quedó consignada en el acta, así:

"El Gerente, dando cumplimiento a las instrucciones de la Junta Directiva, presento (sic) la propuesta de la estructura de HI (se anexa) que le permite afrontar el nuevo rol de la sociedad dado la ejecución del contrato BOOMT por un tercero, para ello tuvo en cuenta las labores de la empresa antes de dicho contrato, la propuesta del consultor Penta Desarrollo Organizacional, y el análisis de su propio equipo de trabajo.

"Considera que la planta de personal requerida no implica la aplicación de la figura del Bussines Intelligence, por costosa y ***porque con el personal adecuado y la plataforma de información que ha dispuesto EPM es suficiente, también presentó los perfiles requeridos para el personal propuesto y que la escala salarial seguiría los lineamientos de dicha escala en la Gobernación de Antioquia, y que presupuestalmente tiene un valor mensual de $156.1 millones****" (Subrayas propias).*

(…)

La exposición del entonces Gerente, doctor MAYA SALAZAR, obedeció al análisis que hizo con el equipo de trabajo y las consultas que realizó con el mismo operador que hizo la propuesta, PENTA.

Concluyó el doctor MAYA SALAZAR que la adopción del sistema Bussines Intelligence -BI-, no era aplicable para la sociedad HI por ser un sistema más acorde para empresas que tuvieran fin comercial y de competitividad. La exposición del doctor MAYA SALAZAR fue coincidente con las apreciaciones de diferentes intervinientes- Gerente y miembros de Junta Directiva- en la sesión realizada el 30 de noviembre de 2011, conforme consta en el acta 128 de dicha fecha, la cual fue citada anteriormente.

Adicional a lo anterior, en el escrito "Informe final ajustado" de agosto 3 de 2011, la firma PENTA recomendó la estructura de la planta de cargos con la vinculación jerárquica por 13 profesionales. Sin embargo, la estructura que la sociedad HI definió fue de 16 profesionales de acuerdo con las necesidades del momento de la mencionada sociedad.

Ahora, es necesario resaltar que la misma firma PENTA dejó una constancia - nota en la que se indicó que la estructura propuesta era susceptible de modificar. Así se indicó en la página 49 del informe final ajustado:

"Nota: en el modelo organizacional propuesto, se recomienda la tercerización de algunas de las actividades misionales y de soporte corporativo. En caso de que Hidroituango considere durante el proceso de implementación de la nueva estructura, ***con base en un análisis de costo-beneficio, que existe una opción más viable que la tercerización en alguna(s) de las actividades****, deberá justificarlo a la junta directiva y, previa aprobación de este órgano, contratar directamente personal para el desarrollo de las mismas" (negrilla nuestra)*

Asimismo, en el punto 6 del informe, título Recomendaciones (página 46), se presentaron por parte del mencionado Consultor una serie de instrucciones en las cuales planteó como debería implementarse el sistema Bussines Intelligence -BI-, De las recomendaciones dadas se concluye que el sistema propuesto iba a estar totalmente condicionado a que: i) EPM permitiera acceder a sus bases de datos; ii) A que EPM cediera las licencias de los programas; iii) A que HI accediera a la base contable de EPM (lo que lo hacía inviable dado el número de registros que maneja diariamente esta plataforma); iv) A que el sistema del BI fuera compatible con el IBM de EPM: v) A que el contratista que fuera a implementar el BI hubiese trabajado con anterioridad con EPM; entre otras más, siendo estas una serie de planteamientos que hacían que el sistema propuesto no fuera el adecuado ni viable para hacer el respectivo seguimiento que era necesario realizar al proyecto.

*Pero, lo más relevante del informe final es que la firma PENTA recomendó en contratar una **consultoría** para diseñar e implementar el BI lo que implicaba involucrar a otro actor para interactuar con EPM en la consecución de la información, aumentar el personal y, lo más grave aún, es que hizo recomendación directa de una empresa - **I GERENCIA**, por la supuesta "**experiencia y conocimiento que tenemos de la misma."***

Así fue consignado en el citado informe:

5. ESTRUCTURACIÓN DE LA PLANTA DE CARGOS.

5.1. Estructuración de la planta de cargos y vinculación jerárquica.

La planta de cargos es la siguiente:

AREA	NOMBRE DEL CARGO	NIVEL DEL CARGO	# PERSONAS POR CARGO	VINCULACION
GERENCIA GENERAL	GERENTE GENERAL	DIRECTIVO	1	T INDIEFINIDO
GERENCIA GENERAL	ASISTENTE	ASISTENCIAL	1	T INDEFINIDO
CONTROL INTERNO	CONTROL INTERNO	ASESOR	1	T INDEFINIDO
DIRECCIÓN VERIFICACIÓN TÉCNICA	DIRECTOR	DIRECTIVO	1	T INDEFINIDO
DIRECCIÓN VERIFICACIÓN TÉCNICA	ANALÍSTA	PROFESIONAL	1	T INDEFINIDO
DIRECCIÓN VERIFICACIÓN FINANCIERA	DIRECTOR	DIRECTIVO	1	T INDEFINIDO
DIRECCIÓN VERIFICACIÓN FINANCIERA	ANALÍSTA	PROFESIONAL	2	T INDEFINIDO
DIRECCIÓN VERIFICACIÓN LEGAL Y SECRETARIA GENERAL	DIRECTOR	DIRECTIVO	1	T INDEFINIDO
DIRECCIÓN VERIFICACIÓN LEGAL Y SECRETARIA GENERAL	ANALÍSTA	PROFESIONAL	1	T INDEFINIDO
SUBDIRECCIÓN ADMINISTRATIVA FINANCIERA	SUBDIRECTOR	DIRECTIVO	1	T INDEFINIDO
SUBDIRECCIÓN ADMINISTRATIVA FINANCIERA	ANALÍSTA	PROFESIONAL	2	T INDEFINIDO

(...)
"6. RECOMENDACIONES

"6.1. SISTEMAS DE INFORMACIÓN.

"Sistema de Business Intelligence

*Como mencionábamos anteriormente, además de la estructura y procesos recomendamos que Hidroituango **contrate una consultoría** para el diseño de un sistema de BUSINESS INTELLIGENCE, el cual, a partir de la información proporcionada por EPM Ituango, le entregue a la Gerencia General y a las 3 direcciones de Hidroituango información organizada para su gestión y les proporcione un sistema de indicadores (Balanced Score Card).*

*Para este efecto, recomendamos que HIDROITUANGO desarrolle una primera fase en la cual los actores claves determinen el CUADRO DE MANDO INTEGRAL que requerirán tener, para cumplir con sus objetivos de verificación, y que éste se revise con EPM para **asegurar la disponibilidad***

de los datos y la información en los sistemas de esta empresa. Adicionalmente, Hidroituango debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

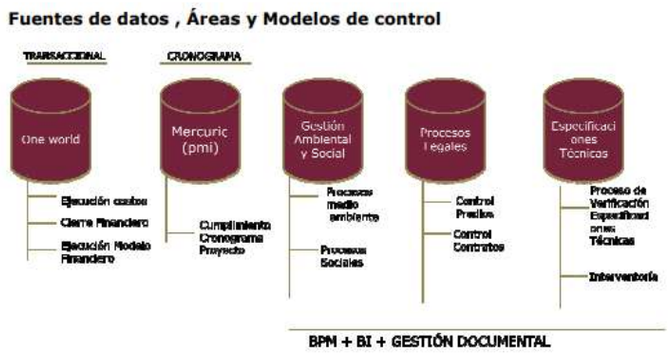
1. Recomendamos comenzar a definir los términos de referencia para que se inicie el proyecto a la menor brevedad posible.
2. Es recomendable trabajar en equipo con EPM para asegurar que él se obtenga un sistema de BI eficaz:
a. Mostrar los pliegos a EPM antes de empezar el proceso de contratación para aprovechar su experiencia.
b. Asegurar que el contratista se acogerá a la plataforma IBM que tiene EPM para poder acoplar a EPM- Ituango.
c. Solicitar que los proponentes hayan trabajado con EPM porque facilita el proceso de enseñanza y agiliza los diseños de cubos para el "data mining" en las bases de datos de EPM relacionadas con EPM ITUANGO.
d. Aprovechar las herramientas de desarrolladas por EPM para el BI.

Con base en lo anterior, proceder a contratar, en una segunda fase, la construcción de los cubos de información y la plataforma de BI requerida para alimentar los cuadros de mando.

"Licencia de uso

*Adicionalmente**, recomendamos que EPM permita** la licencia de uso de la plataforma operativa de sistemas de información a Hidroituango (Neón, Mercurio, Oneworld), a través de la cual HI pueda gestionar la información de sus procesos de soporte corporativo.*

*"Hidroituango tiene implementado el ERP para su propio sistema contable y transaccional, el cual debe tener **las interfases** necesarias con la ERP de EPM para extraer datos contables que correspondan a HIDROITUANGO*



Para llevar a que, a través de sistemas inteligentes y personalizados, cada de las direcciones de Verificación y la Gerencia General tengan un CUARO DE MANDO INTEGRAL que sintetice la información esencial para cada función,

dé alertas y promueva acciones proactivas frente a las mismas, contribuyendo así al trabajo constructivo entre contratante (HIDROITUANGO) y contratista (EPM ITUANGO)

*"**Para desarrollar este sistema, PENTA recomienda a la firma I GERENCIA por la experiencia y conocimiento que tenemos de la misma**." (subrayado y negrillas propias)*

*Para la mejor apreciación de la señora Contralora Delegada, el sistema Bussines Intelligence -BI- es entendido como la inteligencia de negocio, "... **el uso que las empresas hacen de los datos** y de la información que tienen - del mercado, de sus competidores, clientes, proveedores, stakeholders o incluso de sus empleados - y de cómo la procesan para poder tomar decisiones bien informadas."97*

Uno de los objetivos principales del BI es que los usuarios encuentren la información que necesitan para tomar decisiones en tiempo y "forma". La forma incluye, entre otras cosas, el formato en que la información se presente y el nivel de interacción pretendido para obtener el resultado deseado.

El sistema Bussines Intelligence -BI- se fundamenta en la necesidad de las organizaciones en analizar grandes volúmenes de información en series de tiempo, siendo conocidos como un medio tecnológico que permite que la información sea hospedada o guardada, procesada y publicada con la finalidad de que los analistas de información la analicen puedan concluir y/o orientar a la alta gerencia en sus determinaciones.

La aplicabilidad de los BI no es exclusiva para un sector, empezó en el sector bancario y financiero por la necesidad de análisis de información, pero se extrapoló a otros sectores que requerían el manejo de grandes volúmenes de información y el análisis de esta.

En la implementación de un BI no es necesario el flujo de información en tiempo real, aunque si es lo ideal, ya que se puede implementar de forma sincronizada o desconectada donde son relevantes los procesos manuales de ETL (Extraction, Transformation and Load) de información, ya sea automáticos o semiautomáticos, en el segundo caso es necesario el apoyo de personal que haga estas labores, generando posibilidades de errores por esta interfaz manual y disminuyendo la eficiencia y efectividad del proceso.

En el 2011 la tecnología de automatización tipo RPA (Robotic Process Automation) no estaba muy desarrollada como se encuentra a la fecha, por esta razón para los procesos de extracción, transformación y carga de información (ETL) para alimentar un BI se requería de personal de apoyo dedicado a realizar estas tareas.

En el año 2021 el panorama es totalmente diferente en el contexto tecnológico donde existen compañías dedicadas a la automatización de estas tareas y con

Frameworks que soporta cualquier tipo de plataforma Comercial u Open Source.

Es importante señalar que los BI en 2011 carecían de un elemento que hoy se aplica a ellos, aun cuando en el medio se habla más de BIG DATA; ese elemento es la capacidad de analizar esa información y tomar decisiones lo cual hace parte de los actuales desarrollos de AI (Artificial Inteligence o Inteligencia Artificial) que se encuentran aún en fase de pruebas en varios sectores de gobierno en Colombia.

Lo anterior para resaltar que un sistema Bussines Intelligence -BI- en el año 2011 sólo tenía la capacidad de encontrar información, almacenarla y presentarla, pero no de avanzar en ningún tipo de análisis de esta y/o de recomendaciones para los usuarios como lo hubiera sido en este caso la empresa Hidroituango y/o su Junta Directiva.

En términos comunes, el Sistema Bussines Intelligence -BI- es utilizado más que todo en asuntos comerciales, para establecer estrategias y generar competitividad en el mercado, no aplicable en su momento para HI.

Además, existía en HI un sistema de control eficiente y confiable para hacerle seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas del Contrato BOOMT, el sistema GANTT, el cual fue modelado y complementado por tres métodos para estimar el avance de obra: a) Avance Físico o espacio – temporal, b) Conceptual según la complejidad constructiva, c) Por pesos específicos considerando los costos de cada una de las actividades y su porcentaje de participación en el presupuesto de referencia del proyecto establecido en el BOOMT, ajustado según los costos reportados por EPM I en la confección de su cronograma, el cual estaba diseñado para hacerle control de conformidad con las tres curvas establecidos en los diferentes cronogramas, programa que fue implementado por EPM para darle alcance y cumplimiento a la obligación contractual establecida en el anexo 6.12, en donde se establece el acceso a la información por parte de Hidroituango:

"1. "COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN 1.1. "ACCCESO DE HIDROITUANGO A LA INFORMACIÓN -LIBRO ABIERTO.

El contratista se obliga a tener a disposición Hidroituango en una plataforma informática compartida, en forma expedita y oportuna, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice el Contratista durante el desarrollo del Proyecto. Mediante el mecanismo de "el libro abierto", el Contratista mantendrá, bajo un sistema de centros de costo, los registros de todos los costos, erogaciones e ingresos relacionados con el proyecto, lo cual actualizará semanalmente y lo pondrá a disposición de Hidroituango; la información que utilice el contratista para la gestión del Proyecto, a la cual tendrá acceso Hidroituango para cumplir su labor de Verificación, estará disponible en medios informáticos o magnéticos, o los que de acuerdo con el avance de las tecnologías de información y comunicaciones (TICs) sean en el momento requerido los adecuados para el cumplimiento de

los fines previstos en este documento. Igualmente, Hidroituango, en ejercicio de su labor de Verificación, durante la vigencia del Contrato, puede inspeccionar, examinar, comprobar, sin que se cause retraso ni se interfiera en las decisiones que tome el Contratista, el progreso del Proyecto, y su puesta en funcionamiento, así como su operación y mantenimiento hasta la restitución de la Central, de acuerdo con la metodología de Libro Abierto, así como todos los documentos del Contratista relacionados con el Contrato, salvo la información sobre estrategia comercial del Contratista. Para el efecto, Hidroituango dará el aviso correspondiente de manera previa al Contratista, para que el Contratista pueda coordinar lo pertinente con la debida oportunidad y diligencia para el ejercicio de los derechos por parte de Hidroituango".

Bajo esta premisa fundamental, el doctor MAYA SALAZAR en su calidad de Gerente expuso a la sociedad HI que de acuerdo con las necesidades de la sociedad esta se configuraba principalmente en el seguimiento del cronograma básico o de GANTT y que, de acuerdo con la propuesta PENTA, este seguimiento requeriría de varios BI para hacer el respectivo seguimiento (ya que este a su vez tenía tres métodos para estimar la obra), razón por la que se propuso y se acogió una de las propuestas de PENTA, que consistía en la reorganización del personal con funciones específicas y la creación de unas direcciones con funciones de verificación y seguimiento al Contrato BOOMT.

Por lo anterior, se contrataron dos abogados de apoyo a la Secretaría General, se creó una Dirección Técnica, una Dirección Administrativa, ambas direcciones con asignación de recursos de personal calificado, y la Dirección de Control Interno, nómina de cargos que se complementó con algunos contratistas que apoyaban en el cumplimiento de los fines misionales de la entidad.

Ahora, en el año 2017 la sociedad HI no tomó la decisión de ampliar la planta para la creación de dos cargos nuevos que cumplieran labores de seguimiento adicionales a las que se venían realizando, este es un eufemismo fácil de derrumbar, porque lo que hizo la Junta Directiva en sesión del 7 de abril de 2017, conforme al acta 170 de dicha fecha, fue estudiar la posibilidad de que dos personas que venían realizando labores asociadas a la verificación y seguimiento del BOOMT, fueran vinculadas laboralmente atendiendo a los riesgos que una permanencia de este tipo de contratos conllevaba, obviamente por la configuración de un contrato realidad. Así se dejó plasmado en la mencionada acta:

"7. Autorización aumento de la planta de personal en dos (2) plazas, adscrita a la Dirección Técnica para la verificación del contrato BOOMT.

"El Gerente de la Sociedad siendo consecuente con el rol de Hidroituango en cuanto a las actividades de verificación, solicita autorización a la Junta Directiva para la creación de dos cargos requeridos en la Dirección Técnica, ya que a la ***fecha se cuenta con dos contratistas para el apoyo que se***

requiere de manera permanente, y esto jurídicamente es un riesgo para la entidad, ya que la principal característica de los contratos de prestación de servicios son la temporalidad. *(negrilla nuestra)*

"Los nuevos cargos requeridos son:

"Una (1) plaza del cargo Profesional C, responsable de realizar las actividades asociadas a la verificación de las obligaciones técnicas, bióticas y conexas contenidas en el contrato BOOMT suscrito con EPM

"Una (1) plaza del cargo Profesional A, Responsable del apoyo y soporte en el desarrollo de las actividades de verificación técnica estipuladas en el contrato BOOMT.

"Interviene el Dr. Wilson Chinchilla y pone de presente un estudio realizado por la firma PENTA, según el cual, la entidad estaría en capacidad de ejecutar su rol con una planta aproximada de nueve (9) personas. En este sentido, informa el Dr. Jimenez a todos los miembros de Junta que dicho estudio contemplaba un número de trece (13) personas, pero en condiciones diferentes a las actuales.

"La decisión unánime de la Junta Directiva es posponer la decisión sobre el punto presentado para la próxima reunión, para lo cual deberá aportarse el estudio de PENTA y la justificación de cada cargo de manera detallada".

Efectivamente, en la reunión de la Junta Directiva consignada en el Acta No. 171 del 12 de mayo de 2017, se autorizó la conformación de dos (2) plazas nuevas, las cuales, como se señaló anteriormente venían ejerciendo las funciones de verificación del contrato BOOMT a través de contratos de prestación de servicios.

Sin embargo, debe indicarse que en el año 2017 no se adoptó NINGÚN BI como lo indica el auto de imputación. De tal cuenta que dicha afirmación carece de sustento y veracidad. Lo dicho se corrobora con lo manifestado por el Gerente de Hidroituango, Dr. Gustavo Jiménez, en el acta No 171 de mayo de 2017, así:

"Recuerda el doctor Jiménez que actualmente Hidroituago está funcionando con una estructura administrativa de 16 personas sin el sistema Business Intelligence y sin tercerizar las áreas de gestión humana, soporte tecnológico y soporte jurídico."

En todo caso, la conducta reprochada por la Contraloría General de la República se centró en que mi poderdante MARIA EUGENIA RAMOS VILLA, en calidad de miembro de la Junta Directiva de HI, desechó el informe de PENTA, lo cual no es verdad según la explicación que se ha realizado en precedencia, por cuanto se aceptó la propuesta organizacional del consultor, pero no así la instalación de Bussines Intelligence, por cuanto ya se contaba

con un sistema de seguimiento más eficiente para este tipo de proyectos como el GANNT y el control de monitoreo.

Además, debe indicarse que la conducta objeto de crítica es ambigua respecto de la inferencia de que se diluyó el control del proyecto por falta de la implementación del sistema Bussines Intelligence -BI. Al ser ambigua, causa en esta defensa una limitación clara al pronunciamiento, en tanto no se establece ciertamente cómo la adopción de un BI hubiera evitado el supuesto daño patrimonial con la contingencia del año 2018, cuando el cronograma de obra estaba cumpliendo y de conformidad con los informes presentados por Deloitte, el reasegurador y la Interventoría, se cumpliría con el cronograma para la entrada en operación del proyecto.

Ahora, es necesario dejar claro que la adopción de una de las propuestas del consultor PENTA (y no una de ellas como fue el sistema Bussines Intelligence) no es una decisión desacertada, en modo alguno ha acreditado la Contraloría que el sistema de control existente en este momento no permitía el seguimiento oportuno del proyecto. Dicha información no deja de ser una conjetura no verificada, que se opone a las evidencias presentadas, en las cuales se destaca que la decisión de mantener el sistema de control de GANNT y los controles de monitorio, se apoyó en un estudio de costos y necesidades al momento en que se ejecutaba la obra, que fue debidamente analizado, estudiado y planificado.

Por lo anteriormente dicho, debe la Contraloría General de la Republica concretamente probar que la decisión de no adoptar un BI es una causa eficiente del supuesto daño y no simplemente hacer conjeturas, por cuanto, es requisito ineludible en el proceso de responsabilidad fiscal el acreditar de forma clara y contundente que entre una conducta o gestión y el daño se presenta un nexo de causalidad, de tal cuenta que no puede forzarse cualquier hecho como una concausa de un presunto daño, pues de esta manera se violentarían los mínimos postulados del proceso de responsabilidad fiscal.

Con el debido respeto se le recuerda a la Contraloría que la presunción de los investigados es de inocencia y no de culpabilidad, razón por la que la carga de la prueba está en ustedes y no en mi asistido.

R/: Para dar respuesta a este argumento, es importante precisar que el informe PENTA contiene un Diagnóstico preciso y adecuado en relación con el Rol que de conformidad con el contrato BOOMT le correspondía a Hidroituango. En este sentido, la Contraloría no le reprocha a la junta directiva, como mal quiere reconducirlo la apoderada, el simple hecho de no haber adoptado el sistema Business intelligence, sino que al haber obviado las consideraciones realizadas por el informe no se hubiera optado por contar con una estructura administrativa suficiente que le permitiera realizar de manera completa y oportuna el seguimiento al proyecto. En esta medida el despacho concluyó que la decisión de la junta directiva diluyó el control que debía ejercer Hidroituango.

La apoderada continúa su argumento atacando la existencia de un nexo de causalidad entre esta conducta y el daño y parte de la idea que según ella la propuesta organizacional presentada por Penta fue acogida en su integridad, pero no era conveniente adoptar el sistema BI.
Previo a dar respuesta a este interrogante, es importante precisarle a la apoderada que no es cierta la afirmación conforme a la cual la propuesta organizacional se adoptó del informe Penta, pues en el mismo informe PENTA se lee textualmente que:

> *"Teniendo en cuenta que la contratación, diseño, parametrización e implementación del sistema de Business Intelligence requiere de algunos meses y que **es un prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto**, recomendamos que Hidroituango defina inmediatamente un Plan para la implementación del sistema de BI lo más pronto posible, en donde se establezcan responsables y tiempos límite para el proceso, desde la contratación hasta la implementación".*

Ahora bien, al margen de la discusión anterior, para dar respuesta a la apoderada es importante revisar el diagnóstico realizado por PENTA.
En este punto se encuentra probado que desde el Acta 128 de 30 de noviembre de 2011 – con posterioridad a la suscripción del contrato BOOMT-, se presentó el informe PENTA para la estructura de Hidroituango, así como la propuesta de la administración y se decidió que sería la nueva junta, la encargada de tomar dicha determinación.

Cabe recordar que el Estudio Penta sugería cuatro alternativas dependiendo de dos variables: el Business Intelligence y la tercerización de algunas actividades. Al respecto se indicó en acta 128 de 30 de noviembre de 2011, por la Administración de HI, lo siguiente: *"Considera que el informe es acertado en términos generales con relación a la estructura propuesta, para efectos del nuevo rol y condición de verificación del contrato. La Administración quiere presentar unos ajustes mínimos a la propuesta de Penta, basados en el estudio que ha venido realizando y la experiencia y el conocimiento que le han dado los meses transcurridos después de la suscripción del BOOMT, ajustes que pondrá a consideración de la Junta Directiva*". Así mismo se indicó en la sesión, lo siguiente*: "A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un Bussiness Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer en tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas, está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas".*
Ahora bien los objetivos del informe que sobre el particular realizó PENTA fueron los siguientes:

> "*Definir y construir unas Estructuras de procesos y administrativa que le permitan a Hidroituango la verificación del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato BOOMT, y que le garantice desarrollar y ejecutar las actividades necesarias para realizar una verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación y mantenimiento, explotación y restitución de la central hidroeléctrica, incluyendo el soporte institucional y corporativo requerido para realizar una óptima y adecuada gestión.*

> *Construir la estructura de cargos para una adecuada y óptima gestión definiendo los conocimientos, experiencias y responsabilidades requeridas para cada cargo.*
> *Dimensionar la planta de cargos requerida para el funcionamiento normal de HIDROITUANGO lo cual incluye además de la verificación técnica, financiera y legal descrita anteriormente, el soporte institucional y corporativo requerido para su gestión".*

El informe Penta al realizar el diagnóstico de lo que se pretendía tuvo en cuenta tanto a Hidroituango como a EPM[319] e identificó lo siguiente:

> "*Hay unanimidad y alineación entre EPM e Hidroituango en que **la misión de HI debe ser la de verificar y controlar las diferentes obligaciones establecidas en el contrato BOOMT.** Se hizo énfasis en que **no puede existir una Coadministración**.*
> *- Hay unanimidad en que la razón de ser de **EPM Ituango** es la establecida en el contrato: **Ejecutar el proyecto**: Build, Own, Operate, Maintain and Transfer.*
> *- Los actores claves consideran que la relación entre Hidroituango y EPM Ituango debe ser:*
> *o Relación **de tipo informativo a través de libro abierto y comités**.*
> *o Relación de confianza, la cual debe generar una estructura interna de HI más liviana*
> *o **Relación de verificación, control y vigilancia del contrato en temas financieros, técnicos, legales y ambientales**.*
> *o **Relación en la que debe primar la representación de los intereses de los dueños de HI.***
> *o **HI debe dar alarmas** pero no definir pasos a seguir.*
> *o **No control previo**.*

[319] Lo anterior contrasta lo afirmado por el testigo Jairo Hernán en el sentido de considerar que a la sociedad hidroituango no se le permitió intervenir la elaboración del informe PENTA. Lo que es contradictorio con lo que él mismo dijo, en el sentido de que existía una comisión de junta directiva de Hi el testigo sobre el particular expresó: "Esto *se llevó a comité de contratación en la sociedad Hidroituango y también se le informó a la Junta Directiva de la Sociedad. Siguiendo con ese mismo orden, **la Junta Directiva de la Sociedad ordenó de que el contratista no interactuara con la sociedad Hidroituango sino con una comisión de Junta y efectivamente así empezó PENTA a trabajar creo que con reuniones semanales o cada 10 días, yo no estaba enterado de esos avances porque a la Sociedad le habían prohibido interactuar con el contratista** y ya más adelante empezaron a manifestarse una serie de inconvenientes porque el contrato necesitaba un supervisor y ese supervisor o interventor era una persona de Hidroituango debidamente probada y capacitada para manejar todos los temas también relacionados con estructuras, plantas de cargos y dimensionamiento, pues tenía amplia experiencia en ese asunto, entonces era la persona más indicada para interventor. **Entonces en una Junta posterior se autorizó la figura de que entrara el supervisor tuviera algún contacto y que todas las relaciones se manejaran entre el Gerente de la sociedad y la comisión que la Junta había designado.** Es así como empiezan a darse una serie de sucesos como ya el primer pago, la ampliación de plazo del contrato, que era una suma así como de 100 millones de pesos, **el contratista presenta a las comisiones de junta y a la Junta todos sus avances, recibe su retroalimentación por parte de ellos y ya finalmente le dicen que haga la multiplicación o la experticia donde se veían los resultados del estudio y que lo muestre a la sociedad Hidroituango, es donde yo me entero, me empiezo a enterar de cómo va el estudio**, simplemente me enteraba a partir de unas reuniones de presentación de ellos".*

- Los actores entrevistados consideran que los puntos críticos de la relación son:
*o **Cumplimiento del cronograma a través del cumplimiento de los Hitos.***
o Se entiende que el proyecto inició con un atraso.
o Tenencia a tiempo de los recursos ($ requerida en el momento oportuno)
o Control de costos a través de organización internacional.
*o **Control de rentabilidad del proyecto***
*o **Garantía de cierres financieros***
o Cambios en la administración pública.
o Costos de operación de HI
o Control de la matriz de riesgos.
*o **Claridad en los roles de cada parte**.*
*o **Tener una estructura adecuada con los perfiles requeridos***
*o **Sistemas de información**.*
- Así mismo, consideran que estos puntos críticos se pueden prevenir:
o Generando confianza
o Conociendo la legislación ambiental
o Información actualizada del entorno político.
*o **Continuidad del proyecto sin cambios drásticos**.*
o Información clara y abierta.
- Ante la pregunta de cómo considera que se debe organizar Hidroituango, contestaron:
*o **Organización mínima y liviana, de acuerdo a las necesidades para la ejecución de su misión***
*o **Estructura eficaz y eficiente.***
o Gran capacidad de buscar aliados y/o outsourcing para temas críticos – contratar para cada hito" (Negrilla y Subrayado del Despacho)

Así mismo, concluye Penta que *"Después de analizar las obligaciones del contrato, los entendimientos de los actores claves entrevistados y los diferentes modelos de negocio de los tres tipos de empresa (Auditoras, Verificadoras, Holding), PENTA concluyó que **el modelo organizacional debe parecerse al de una especie de empresa holding, que verifica el desempeño de sus unidades estratégicas**". Aclarando que no es un parecido legal, pero que, gracias a estudiar la forma en que trabaja una holding, podemos **sugerir el trabajo a partir de una plataforma de Business Intelligence**".*

Adicional a lo anterior, en el informe final de Penta, se lee lo siguiente:

"*El **objeto social** de la empresa es: La promoción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y comercialización de la energía de la Central Hidroeléctrica Ituango a nivel nacional e internacional.*
*Su **misión** es: **Diseñar y construir la Central Hidroeléctrica Ituango, garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018 y comercializar su energía. Todo ello con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental**.*
Su visión** es: **En diciembre de 2018, HIDROITUANGO S.A. E.S.P., será generadora y comercializadora de energía, altamente competitiva en el mercado nacional e internacional. Será ejemplo por sus aportes al manejo armónico del medio ambiente y su compromiso con el desarrollo social y

económico de las comunidades que lo rodean, impactando positivamente a la región, a Antioquia y a Colombia.
A partir del estudio del marco estratégico de Hidroituango, concluimos que desde la firma del contrato BOOMT, ***el rol fundamental de Hidroituango cambia radicalmente, pasando de ser el responsable directo en la construcción y financiación del proyecto, a ser el responsable de la verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación, mantenimiento, explotación y restitución de la Central Hidroeléctrica, es decir, del cumplimiento del contrato BOOMT firmado con EPM ITUANGO****.*
Teniendo en cuenta lo anterior y, analizada la documentación, los diagnósticos y el contrato, consideramos que Hidroituango tiene la necesidad de verificar 5 puntos fundamentales durante la ejecución del contrato, ***de acuerdo con su razón de ser y para asegurar sus ingresos y resultados futuros:***
• ***Cumplimiento del cronograma de actividades a través de un plan de verificación.***
• Ejecución de costos.
• Esquema de financiación (disponibilidad de capital).
• Gestión ambiental y gestión social.
• Modelo financiero del contrato*.*
Con base en lo anterior, durante la ejecución del contrato, Hidroituango puede tomar 4 tipos de decisiones fundamentales:
1. ***Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***
2. Modificar el contrato.
3. Modificar los términos del modelo financiero distintos de los establecidos en el contrato.
4. Hacer efectivas las garantías de cumplimiento
Teniendo en cuenta esto, Hidroituango debe tener una estructura organizacional y de procesos ***que le permita tener toda la fundamentación necesaria para tomar decisiones, derivadas de la verificación de los aspectos fundamentales****".*
"(…)
Al analizar el contrato y los roles de todos los actores claves alrededor del mismo, consideramos que Hidroituango no debe ser una empresa auditora, sino VERIFICADORA. ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato****" (ver mapa punto 2.2.).*
Vista, entonces, de esta manera, el rol primordial de Hidroituango es verificar que el contratista (EPM Ituango) cumpla con los compromisos adquiridos en el contrato BOOMT. Los clientes fundamentales de HI son sus propios accionistas. Por lo anterior, ***HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT****.*

Específicamente, en relación con el BI el informe dice lo siguiente:

"Como mencionábamos anteriormente, además de la estructura y procesos ***recomendamos que Hidroituango contrate una consultoría para el diseño de un sistema de BUSINESS INTELLIGENCE, el cual, a partir de la***

información proporcionada por EPM Ituango, le entregue a la Gerencia General y a las 3 direcciones de Hidroituango información organizada para su gestión y les proporcione un sistema de indicadores *(Balanced Score Card).*

Para este efecto, recomendamos que HIDROITUANGO desarrolle una primera fase en la cual los actores claves determinen el CUADRO DE MANDO INTEGRAL que requerirán tener, para cumplir con sus objetivos de verificación, y que éste se revise con EPM para asegurar la disponibilidad de los datos y la información en los sistemas de esta empresa. Adicionalmente, Hidroituango debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Recomendamos comenzar a definir los términos de referencia para que se inicie el proyecto a la menor brevedad posible.

2. Es recomendable trabajar en equipo con EPM para asegurar que se obtenga un sistema de BI eficaz:

a. Mostrar los pliegos a EPM antes de empezar el proceso de contratación para aprovechar su experiencia.

b. Asegurar que el contratista se acogerá a la plataforma IBM que tiene EPM para poder acoplar a EPM- Ituango.

c. Solicitar que los proponentes hayan trabajado con EPM porque facilita el proceso de enseñanza y agiliza los diseños de cubos para el "data mining" en las bases de datos de EPM relacionadas con EPM ITUANGO.

d. Aprovechar las herramientas de desarrolladas por EPM para el BI.

Con base en lo anterior, proceder a contratar, en una segunda fase, la construcción de los cubos de información y la plataforma de BI requerida para alimentar los cuadros de mando"

(…)

"Penta recomienda implementar el modelo organizacional propuesto, a la mayor brevedad posible en los aspectos corporativos y administrativos.

- En cuanto a la estructura propuesta para realizar los procesos de verificación, la implementación debe hacerse gradualmente. Es decir, a medida que se vaya implementando la plataforma de Business Intelligence, se debe ir avanzando en la estructura propuesta para el desarrollo de estas funciones.

- Esta estructura, naturalmente, se deberá revisar y ajustar en la medida en que avanza el proyecto y se modifican los procesos, de acuerdo a las necesidades que se vayan presentando, que no es posible prever.

- Teniendo en cuenta que la contratación, diseño, parametrización e implementación del sistema de Business Intelligence requiere de algunos meses y que ***es un prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto****, recomendamos que Hidroituango defina inmediatamente un Plan para la implementación del sistema de BI lo más pronto posible, en donde se establezcan responsables y tiempos límite para el proceso, desde la contratación hasta la implementación.*

Recomendamos que este proceso inicie inmediatamente, ya que la implementación de la estructura ideal propuesta depende fundamentalmente de contar con este sistema.

- Adicionalmente, recomendamos que se defina un plan de implementación y Transición que garantice la migración del modelo actual al modelo propuesto. ***Actualmente, sin sistema de BI, Hidroituango tendrá que desarrollar las funciones propias de su razón de ser de una forma manual y terminar de***

> ***cerrar algunos procesos que hacen falta, después de la firma del contrato BOOMT, para lo cual recomendamos migrar a una estructura de transición, la cual, una vez implementado el sistema de BI, debe migrar a la ideal propuesta***.
> *Es necesario revisar la estructura organizacional actual y empezar el cambio organizacional, definiendo una estructura de transición que puede funcionar mientras se implementa el sistema de BI".*

El informe Penta como puede verse generó unos Diagnósticos adecuados teniendo en cuenta tanto la misión visión de Hidroituango como la finalidad de dicha empresa y los roles que debería cumplir cada parte del contrato BOOMT

Respecto de EPM tiene claro que se trata del ejecutor de la obra. Respecto de Hidroituango, tiene presente la dimensión del Rol de verificación, y reconoce los principios de no control previo, no coadministración[320] y también reconoce la existencia de una relación de confianza entre EPM e Hidroituango. Bajo estas premisas, de la lectura de las cláusulas de contrato BOOMT concluye, de manera acertada, que para desarrollar su labor dentro del contrato BOOMT, Hidroituango ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato***. *Y de igual manera, precisa, lo cual también resulta acertado, que* ***HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT***.
En el mismo sentido, el informe Penta también destaca cuáles son las acciones que Hidroituango puede tomar. Siendo la primera: 1. ***Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***

En este contexto es que el informe Penta sugiere la adopción del Business Intelligence (BI), para la implementación del modelo organizacional propuesto y de manera temporal mientras se establecía dicho software, debía desarrollar las funciones propias de su razón de ser de una forma manual y terminar de cerrar algunos procesos que hacen falta, después de la firma del contrato BOOMT, para lo cual Penta recomendaba migrar a una estructura de transición.

[320] Lo anterior se encuentra además corroborado en el testimonio del Señor Jairo Hernán quien al preguntársele sobre el particular adujo lo siguiente: *"(…) PREGUNTADO POR EL DESPACHO. El contenido del informe PENTA estaba dirigido a establecer un diagnóstico y unas soluciones, obviamente para que Hidroituango pudiera realizar de manera óptima el seguimiento y control al contrato BOOMT. Yo quiera saber si Usted recuerda si dentro de ese informe PENTA, la empresa PENTA, tuvo en cuenta el principio de no coadministración que existía entre Hidroituango y EPM. CONTESTADO. Pues yo creo que sí, porque fueron premisas que se establecieron desde el principio y que PENTA conocía cuando se le entregó el contrato BOOMT también o cuando se le dijo que Hidroituango y por acuerdos de socios no coadministraba, inclusive por esta razón, pues fue también que se acudió con este tercero para que hiciera el BOOMT y también el diagnóstico no quedaran funciones de coadministración".*

Ahora bien, respecto del BI, el informe Penta es claro en precisar que se trataba de un prerrequisito para implementar la estructura organizacional propuesta. Lo anterior por cuanto para efectos de la verificación se requería mantener tanto la información entregada por EPM como la información propia de manera organizada, de forma tal que ello permitiera realizar los contrastes entre ambos tipos de información, a efectos de que Hidroituango pudiera ejercer las acciones que desde su rol le competían.

En este sentido, el testigo Jairo Hernán Ramírez Gómez, reconoce la importancia que el BI tenía pues afirmó en su testimonio: *"Si, el Business Intelligence, no refiriéndome a un caso particular sino en términos globales lo que es un Business Intelligence, es un sistema que permite disponer en tiempo real de información para tomar decisiones oportunas y obtener ventajas competitivas. Normalmente está diseñado para directivos y para personal que toma decisiones estratégicas, eso en términos generarles es un bussines intelligence. Mirada así las cosas, todo proceso administrativo gerencia o empresarial necesita un bussines intelligence, otros lo llaman sistema de información, y de ahí tiene muchas derivaciones según la especialidad que sea el Bussiness. Un Bussines es importante que toda organización lo tenga. Si nos vamos al caso particular de EPM, perdón, de las características de un Bussiness es para responder estrategias de negocios normalmente se focaliza mucho en información cuantitativa, se alimenta de muchas fuentes de información, la información se captura a través de interfaces, es utilizado para altos volúmenes de información. La implementación de un bussiness sobre todo para un proyecto de estos tan particular, primer proyecto en Colombia que se desarrolla con características de BOOMT en un proyecto de esta envergadura. Entonces ese sistema como tal que estaba en el imaginario del contratista, en el PENTA, en el imaginario del contratista PENTA, estaba un Bussines Intelligence de tal forma que si en la casa de máquinas se cae una roca en este momento inmediatamente el eco retumba en la Sociedad Hidroituango, o sea, esa era como la concepción que se tenía, todo lo que ocurra en el proyecto en tiempo real fuera conocido por Hidroituango".*

No obstante lo anterior, también expresa en su testimonio, las razones por las cuales finalmente no fue adquirido. En los siguientes términos:

"Pero eso era muy difícil, en esos momentos no hay y yo no creo que no hay un sistema de información para un proyecto de esta magnitud que responda a ese ofrecimiento que nos hacían. Entonces es un sistema que requiere tiempo y mucho conocimiento porque hay que adaptarlo a las condiciones particulares del BOOMT, el BOOMT es un contrato muy complejo, es un sistema que hay que actualizarlo y mantenerlo. Y fuera de eso requiere adicionalmente de un sistema de aseguramiento de la calidad. Fuera de eso un Bussiness Intelligence requiere control sobre las fuentes de información, si a Usted un sistema le da, igualmente le saca. Pero si Usted lo alimenta de información que no es oportuna y no es confiable, entonces tampoco es confiable el Bussiness. Son factores determinantes la calidad y la oportunidad, es un sistema que facilita la toma de decisiones y opera con información cuantitativa, lo que permite realizar diagnósticos, proyecciones y simular procesos productivos". (…) ***"Porque una Empresa de estas meterse en un Businness Intelligence que no se encuentra en el mercado, que hay que hacerlo, y fuera de eso bien costoso, pues Hidroituango es una Entidad muy limitada en recursos, porque los recursos para el funcionamiento se los daba también EPM, y había que***

solicitarlos, entonces no era que Hidroituango tuviera manos abiertas para pedir todo lo que necesitara y para Hidrotuango en ese momento decir que un sistema de información que valía dos millones y medio de dólares algo parecido cinco mil millones de pesos pues no era muy fácil ni pedirlos e implementarlo y tener recursos para desarrollarlo".

Lo que critica el Despacho en el Auto de Imputación, en relación con este punto, no radica en el hecho de que Hidroituango hubiera o no comprado el BI. Sino que hubiera obviado lo dicho por el Informe Penta que dimensionaba de forma acertada el Rol de Hidroituango, y hubieran permitido que EPM impusiera la manera como se iba a realizar la verificación por parte del dueño del proyecto y que bajo una lógica inadecuada, de manera contraria a la realidad y al texto mismo del contrato, se hubiera pensado y permitido que Hidroituango no realizara ni siquiera las acciones fundamentales para reconducir el desarrollo del Proyecto que le competían desde su rol.

Así mismo, revisada el Acta 128, se enlistan en ella las razones sobre la conveniencia o no de adoptar el BI en los siguientes términos.

Con relación a la implementación de un B I en Hidroituango, concluye el doctor Ramírez que:

- HI no tiene control sobre las fuentes de información que alimentan el BI. (Ingreso, calidad, oportunidad).
- La información oficial que requiere se soporta en informes periódicos (mensuales, trimestrales, semestrales y anuales) entregados por: EPM Ituango, Auditoria de Costos, Deloitte, Comité de Seguimiento, Revisoria fiscal de EPM Ituango, entre otros.
- HI no toma decisiones operativas con respecto al Proyecto. (No Coadministración, No Control Previo)

Lo anterior, permite concluir que en desarrollo de la labor que le correspondía a HI, no contaba con autonomía respecto de EPM, ni siquiera desde el punto de vista financiero, pues de conformidad con el BOOMT EPM era quien a través de los costos del proyecto le daba los recursos a Hi para financiarse. Lo que aunado a que era EPM quien entregaba la información, corrobora la afirmación del testigo en el sentido de establecer que Hidroituango estaba **"sujeto a un tercero, en este caso el contratista que era EPM**".

Lo anterior lo corrobora además el señor Jiménez en su testimonio, en el cual afirmó:

> *"(…) PREGUNTADO DEL DESPACHO. Cuando Usted dice que a Hidroituango, EPM le daba los recursos, Usted se refiere vía capitalización o a que se refiere. CONTESTADO. No. Los recursos para la sociedad Hidroituango, después de la firma de contrato BOOMT, Hidroituango tenía que presentarle el presupuesto*

> *y aprobarlo por junta **directiva y con ese presupuesto le solicitaba a EPM que con cargo a los costos del proyecto le adelantara esas platas para su funcionamiento**. En otras palabras, los costos de funcionamiento de Hidroituango hacen parte de los costos del proyecto. **EPM le daba flujo de caja a Hidroituango. Entonces análisis y conclusiones eran las que nosotros hacíamos en el equipo de trabajo, entonces nosotros dice: Primero, Hidroituango no tiene control sobre las fuentes de información que alimentaría ese Bussiness Intelligence, ni el ingreso, ni la calidad ni la oportunidad. Estábamos sujetos a un tercero, en este caso al contratista que era EPM.** Segundo, la información oficial que se requiere en Hidroituango está soportada en informes periódicos no son informes inmediatos en tiempo real, por ejemplo informes mensuales, trimestrales y anuales que entregaba EPM Ituango, que entregaba la misma auditoría de costos y el mismo auditor de la curva S Deloitte, el comité de seguimiento de Hidroituango que era cada mes daba información, la misma revisoría fiscal de EPM Ituango, entre otros. No se trataba de una información en tiempo real, sino una información que iba fluyendo a medida que se iba desarrollando y aprobando. Y como punto final Hidroituango no toma decisiones operativas en relación con el proyecto, no coadministra ni tiene control previo (…)".*

Sujeción que se ejemplifica y observa claramente en el acta 173 de 24 de julio de 2017de la junta directiva de Hi en la que se observa el esfuerzo que debía hacer Hidroituango para obtener recursos.

> *"Indica el doctor Jiménez que de los cuareta y tres m il trecientos veinticuatro millones ochenta mil doscientos treinta y tres pesos ($43.324.080.233), la Sociedad ha solicitado al contratista para el funcionamiento diez mil novecientos ochenta y nueve millones ($10.989.000.000). los cerca de treinta y tre mil millones de pesos restantes han sido asumidos por la Sociedad con el dinero que se tenía en caja.*
> *Recalca que de conformidad con lo señalado en el contrato BOOMT es el contratista quien debe aportar esos dineros a la Sociedad, previa aprobación de la Junta Directiva. Por lo que reitera que el contratista desembolse el dinero solicitado en la Junta Directiva anterior, esto con el fin de tener flujo de caja y así poder desarrollar actividades conexas al funcionamiento de la Sociedad.*
> *Interviene el doctor Wilson Chinchilla, manifestando en su condición de representante de Empresas Públicas de Medellín, no ve la pertinencia de disponer de esa cantidad de dinero, teniendo en cuenta que ese dinero irá con cargo a los costos del proyecto a un interés del 11.70%. En este sentido desde la eficiencia económica no es rentable para Hidroituango.*
> *Aclara que todo lo que requiera la Sociedad, conforme lo establece el BOOMT, deberá ser aportado por EPM, pero la tenencia de ese dinero en caja sin un propósito claro no es rentable para la Sociedad.*
> *Interviene el doctor Jiménez, señalando que la Sociedad en cualquier momento podrá tener alguna alternativa presentada por los socios de la entidad, y es para ello que requiere contar con recursos, independiente al rol de verificación. (…)"*

Ahora bien, de otro lado, en el contexto de la contingencia de 2018, es importante recalcar la diferencia entre la causalidad física de un evento y la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"*[321]*.*

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y que dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, lo cierto es que dicha situación fue únicamente el reflejo de una serie de hechos consecutivos y concatenados producto de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto**.

En particular haber desconocido el diagnóstico realizado por PENTA incidió de manera directa en la producción del daño, en la medida en la cual diluyó la capacidad de seguimiento que debería tener la junta directiva de Hidroituango sobre el proyecto, concretamente sobre las actuaciones de EPM, a pesar de la obligación establecida para el dueño del proyecto de conformidad con el anexo 6.12 del BOOMT.

Lo anterior impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Todo lo anterior, llevó a que EPM acelerara de manera negligente el proyecto, prescindiera de estructuras básicas para el desarrollo del proyecto como se encontraba pensado originalmente, reconociera mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se modificaran lo que contractualmente se había definido como "características inmodificables del proyecto" y construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos que colapsó.

---

[321] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

Todo lo cual generó el daño al patrimonio del Estado descrito en esta causa fiscal como la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.

Precisado lo anterior, pasan a revisarse los demás argumentos de la apoderada, relacionados con la no adopción del BI, la planta de personal constituida para Hidroituango y la eficiencia de los sistemas implementados por Hidroituango para realizar el seguimiento, en especial el diagrama de GANTT y los cuadros de seguimiento.

En este Punto el Despacho analizará tanto lo sostenido por la apoderada, como lo sostenido por los testigos que se refirieron a este tema en esta causa fiscal y el material documental pertinente.

En primer término, asevera la apoderada que la decisión de no implementar el BI fue tomada en la administración del Dr. LUIS GUILLERMO GÓMEZ, Sin embargo revisada el acta 128 de 30 de noviembre de 2011, que es por demás la última acta del año 2011 textualmente se dijo lo siguiente:

> Propone el doctor Beltrán a la Junta que la Administración adelante los elementos básicos frente a lo que sería la implementación del BI, sin comprometerse o comprometer a la futura administración en su decisión, y que sea ella, en su leal saber y entender, la que defina lo mejor para la compañía y para sus accionistas. Es aprobado por unanimidad.

Dejando en cabeza de la junta entrante las decisiones en relación con la estructura Administrativa de Hi pero también de la implementación o no del BI. Lo que desvirtúa la afirmación realizada por la apoderada.

De otro lado, en lo que se refiere a la suficiencia de la planta de personal adoptada, en primer término, es necesario recordar lo que sobre el particular sostuvo el señor **Jairo Hernán Ramírez Gómez, en su testimonio en el cual expresó:**

> "(…) la información que se empezó a dar a **Junta *Directiva cuando hubo cambio de administración en el año 2011 a 2012, era que Hidroituango era una sociedad muy costosa y creo que en una junta alcanzaron a hablar que costa 10 mil millones de pesos mensuales, perdón anuales, cuando esto era completamente falso, los salarios y el personal de Hidroituango en la parte administrativa salarial con prestaciones no costaba toda esa plata, lo que si costaba 10 mil millones de pesos mensuales tal vez, perdón anuales, eran los costos de gerenciamiento de EPM que esos si eran muy altos, solamente los de gerenciamiento porque después todos los costos eran cargados al costo del proyecto, y eso si era, los diez mil millones era más o menos de 45 o 60 días era lo que costaba EPM, no la sociedad Hidroituango, entonces hubo una confusión con eso****, razón por la cual al Gobernador le informaban que Hidroituango era muy costosa, que había que*

tomar una decisión, entonces me disculpan, pero fue más o menos lo que yo ví en su momento, porque muchas de las cosas solamente las conocí después de que la Contraloría emitió su informe. PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Usted recuerda cuánto podía costar realmente la planta de personal y el mantenimiento administrativo de Hidroituango antes de la reforma que hicieron, después del 2012. CONTESTADO. Si, la voy a ilustrar en lo siguiente. Cuando Hidroituango empezó, en la sociedad nos empezamos a organizar como una empresa que efectivamente iba a construir, operar y mantener el proyecto, ***entonces comenzamos a hacer simulaciones y empezamos a vincular personal, es más se creó una plaza en su momento para el tamaño de lo que pensaba hacer de 39 personas, 39 funcionarios, pero resulta que más adelante cuando comenzó el proyecto a crecer y los acuerdos entre socios y ya pensamos en la subasta, porqué se pensó en la subasta, porque se encontró que la Sociedad Hidroituango no tenía el músculo financiero para construirlo ni los socios, salvo EPM, porque ni el IDEA ni el Departamento y sobre todo porque cualquier inversión o cualquier préstamo que se lograra conseguir para construir para el proyecto, a la Gobernación y al IDEA les iban a arrancar su capacidad de endeudamiento, entonces ahí fue cuando surge primero el proceso de subasta y luego la decisión de que sea EPM. En ese trascurso de tiempo creo que Hidroituango llegó a una planta de personal de 54 personas por muy poco tiempo.*** *Desafortunadamente no tengo en estos momentos ese presupuesto de esa época, pero entonces ya entra el BOOMT, se adjudica y empieza esto a trabajar y a Hidroituango a ejercer sus funciones. Es el año 2011, muy crítico porque paralelamente está el estudio de PENTA, Hidroituango con una planta de personal de 54 o 55 personas, algunas ante la decisión tomada de que el proyecto lo hiciera EPM Ituango, entonces algunos funcionarios se fueron retirando y quedaron como 42 de los cincuenta y pico y de esos entonces había que empezar ley de garantías en junio 29 del año 2011, PENTA trabajando por un lado, nosotros con ley de garantías y con una nómina para aguantarla ahí 6 meses mientras terminaba ley de garantías, pues iba a hacer algo muy costoso. Entonces decidimos pensar en un plan de retiro voluntario para que esa nómina se adelgazara más o menos hasta, quedó como con 17 y luego con el tiempo ir vinculado a otras 7, para quedar con un estimativo de 24 personas que necesitaba Hidroituango. En otras palabras, la nómina pues de Hidroituango en un principio yo creo que no es tan trascendental porque íbamos hacer los constructores y luego fue avanzando con estas cosas. Se dio el plan de retiro voluntario, pasó la ley de garantías y en noviembre de 2011, presentamos a Junta Directiva, la propuesta, ya con el estudio final de PENTA, con las 4 alternativas y una propuesta de Hidroituango si mal no recuerdo de 24 plazas.* ***La planta de PENTA, sin Business Intelligence y sin tercerización de procesos era una planta de 33 funcionarios".***

Según los expertos de PENTA el personal mínimo requerido para cumplir con su función sin BI y sin tercerización era de 33 personas (lo que contradice la afirmación de la apoderada en el sentido de considerar que el estudio Penta proponía 13

personas) Sin embargo, se redujo a 16, de las cuales afirma el testigo Jairo Hernán que el 60 o 70 % estaban realizando la vigilancia y control del contrato BOOMT[322]. Así mismo, según lo sostenido por el señor GUSTAVO JIMÉNEZ[323], para efectos de llenar los cuadro de mando se contaba con 4 funcionarios.

> ***"PREGUNTA:*** *Cuantos funcionarios estaban encargados de llenar esos cuadros de mando que usted mencionaba.* ***RESPONDIÓ:*** *como el cuadro de mando integral tiene que ver con la parte financiera, parte técnica, parte del recurso humano, entonces cada una de las áreas manejaban esos indicadores y se sacaba el informe para para poder informarnos la Junta directiva.* ***PREGUNTA:*** *Cuantos funcionarios hacían esta labor?.* ***RESPONDIÓ:*** *Aproximadamente pues unos* ***4 funcionarios".***

Como puede verse aún cuando de conformidad con el Diagnóstico PENTA hidroituango requería de 33 funcionarios para adelantar su labor de conformidad con el rol asignado por el contrato BOOMT, contó con un personal inferior. De donde se demuestra que contrario a lo afirmado por la apoderada la junta Directiva de Hidroituango ni siquiera aceptó la propuesta organizacional del consultor.

---

[322] *PREGUNTADO POR EL DESPACHO: De cara al seguimiento del contrato BOOMT, cuántos funcionarios de Hidroituango finalmente terminaron haciendo ese seguimiento y si Usted me podría hablar de los perfiles de esos funcionarios. CONTESTADO. Hay que separar dos cosas, uno es el seguimiento y verificación legal, la verificación técnica, la verificación financiera y la verificación administrativa. Eso en número de funcionarios es pequeño, pues pequeño, hablemos del 60 o 70% de la planta de personal, porque los otros son temas eran muy administrativos. Por ejemplo por la parte legal, el jurídico aparte de responder por la parte societaria también necesitaba hacer verificación legal y sus analistas uno o dos que tuviera abogados, también tenían que ver mucho con la parte de juntas, actas, archivos, varias actividades, pero eran muy poquitos los que se necesitaban debido pues a que el proyecto todavía no había empezado a generar, estaba en etapa de construcción y se hacía muy fácil no era tan difícil la verificación que había que hacer, aunque si había una verificación muy estricta en lo legal, en lo financiero y en lo técnico, estimo en lo personal un 65 o 70% repartido en verificación y el otro en temas operativos y administrativos. PREGUNTADO POR EL DSPACHO. Y ese 65% o 70% más o menos a cuántos funcionarios equivale, CONTESTADO. Aquí tengo el documento que se llevó a la junta directiva de octubre 31 de 2012, donde se describieron las plazas y donde están las funciones y el perfil que debían tener. Entonces me voy a remitir: por Gerencia General: un gerente general que es el responsable del gerenciamiento y cumplimiento de todo lo del BOOMT y todo lo administrativo de HIdroituango, un director de control interno que ya sabemos que sus funciones son muy conocidas también en dirigir y organizar la verificación y evaluación del sistema de control interno, un asistente administrativo para la Gerencia General, un director de verificación técnica para verificar la ejecución del contrato BOOMT desde el punto de vista técnico, dos analistas de verificación técnica, o sea en la gerencia técnica estaba la especialidad del seguimiento, en ese caso eran 3 profesionales para la técnica, en la financiera un director para la verificación financiera, un analista de verificación y un analista financiero administrativo y ya seguirían cargos de contadora, analista, asistente administrativo y oficios varios y mensajería que no tenían que ver nada con la verificación, sino eran labores de apoyo y por la secretaria general, un director de verificación legal y un analista de verificación legal y un asistente administrativo total para un planta de 16 personas frente a una de 33 que había planteado PENTA (…)".*

[323] Poner ubicación del video

De otra parte, frente a la afirmación de la apoderada que indica que se prescindió del BI por cuanto se contaba con un sistema de seguimiento más eficiente para este tipo de proyectos como el GANNT y el control de monitoreo, resulta necesario analizar la efectividad de dichos mecanismos, de conformidad con lo establecido en el material probatorio obrante en el plenario.

En el caso concreto, tal y como se encuentra probado en el plenario tal y como lo certificó EPM[324] con ocasión de la visita especial realizada en octubre de 2020:

> *"En el contrato BOOMT se estableció el mecanismo de "libro abierto" mediante el cual, EPM se obliga a tener a disposición de Hidroituango, en una plataforma informática compartida, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice durante el desarrollo del Proyecto, además mantendrá a disposición de HI, los registros de todos los costos, erogaciones e ingresos relacionados con el proyecto.*
>
> *Para darle cumplimiento a lo anterior, EPM procedió a darle acceso a los funcionarios que Hidroituango autorizó a los sistemas de información One World, Neón, Ariba, Enter y Mercurio, cuya descripción se da a continuación:*
>
> • ***Neón:*** *Permite la gestión de la contratación desde la planeación hasta la adjudicación y cierre de los contratos, así como la gestión de la información básica de los proveedores.*
>
> *Está en proceso de reemplazo por Ariba, actualmente soporta procesos de contratación Abys Especiales y NoAbys como lo son: Compra energía, Compra, suministro y transp. Gas natural, Mercado energía mayorista a largo plazo, Mercado energía mayorista secundario, Prestación de servicios de salud, Recaudo, Seguros, entre otros.*
>
> *A los funcionarios de Hidroituango se les asignó, tanto en Neón como en Ariba el perfil denominado "Perfil auditor externo", para la consulta de los contratos suscritos para la construcción del Proyecto hidroeléctrico Ituango.*
>
> • ***Ariba:*** *Sistema de información, para soportar la adquisición de bienes y servicios del Grupo EPM, administrar las relaciones con los proveedores, generar los documentos que constituyen un contrato, lanzar los eventos a los proveedores y recibir sus respuestas.*
> *Es un sistema que permite el trabajo colaborativo, (áreas requeridoras, cadena de suministro y proveedores) con el fin de apalancar la cadena de suministro y afianzar el relacionamiento con los proveedores.*
>
> • ***One World:*** *ERP-Sistema de información financiera con módulos que apoyan la gestión de diferentes procesos: Contabilidad, impuestos, cuentas por pagar, cuentas por cobrar, inventarios, presupuesto, activos fijos y mantenimiento.*

[324] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\A-\1

> *A los funcionarios de Hidroituango se les asignaron perfiles solo para consultas, es decir, están autorizaciones para leer, pero no están autorizados para escritura, modificaciones y borrado. La información a la cual tienen acceso es a la consulta de las transacciones realizadas referente al proyecto Ituango.*
> *(…)*
> • ***Enter:*** *Solución informática corporativa que facilita la gestión, el control y la búsqueda de la documentación institucional.*
>
> • ***Mercurio:*** *El sistema MERCURIO es el encargado de apoyar la gestión de las comunicaciones oficiales del Grupo EPM, permitiendo la radicación de documentos recibidos, producidos, internos y memorandos electrónicos, así como su trámite a través de diferentes flujos".*

A dichas plataformas tenían acceso los funcionarios de Hidroituango designados para dichas tareas. Como puede verse en el material probatorio (cuadros de Excel entregados por EPM en los cuales se relacionan los funcionarios de Hi que contaban con acceso a las mismas[325]) se trataba de unos pocos funcionarios.

Ahora bien, la información en dichas plataformas como puede verse de su contenido era voluminosa y compleja, por lo que para efectos de su análisis de conformidad con el Rol que se le asignó a Hi se requería de una estructura robusta que lo realizara, sobre todo si se tiene en cuenta que al no contar con un software especializado dicha tarea de cruce de información debía realizarse manualmente.

En este contexto, sin embargo aduce la apoderada que se contaba "un sistema de seguimiento más eficiente". Sobre el particular, coinciden los testigos (Jairo Hernán Ramírez Gómez[326] y Gustavo Jiménez[327]) al afirmar que Hidroituango realizaba el seguimiento sirviéndose del diagrama de GANTT, los tableros de control (cuadro de mando integral) y los informes que desde el área legal, técnica y financiera realizaban los funcionarios de Hidroituango.

Sobre el particular, el señor Gustavo Jiménez sostuvo lo siguiente:

> ***PREGUNTA:*** *En el objeto del testimonio, se nos informó en su momento, que usted conocía las razones por las cuales no se implementó en el año en el que inicialmente la propuesta fue expuesta a la Junta directiva quisiera saber, ¿usted cómo tuvo conocimiento de esta situación si usted solo ingresó a HI hasta el año 2016?* ***RESPONDIÓ:*** *sí yo cuando entré pues obviamente uno hace un diagnóstico de la de la empresa en lo que a mí me correspondía como gerente, en los términos de Gerencia Administrativa, pues en una parte administrativa, financiera, logística, jurídica, legal, y dentro de la parte*

[325] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\A-\2
[326] Ubicación del testimonio
[327] Ubicación del testimonio

> *administrativa pues se revisó el personal compuesto por 16 personas, sus funciones y sus actividades y lo que nos correspondía a nosotros como dentro de la responsabilidad de gerenciar la empresa. Dentro de este proceso, pues yo conocí que la empresa pues inicialmente fue creada para construir el proyecto después el negocio se hizo con EPMI, pues ya la sociedad dejó de tener la función de construcción del proyecto, y que contaba con unas 60-70 personas, y entonces se contrató el diseño de lo que sería la parte administrativa de la sociedad, que inicialmente estaba compuesta por 13 personas, y bajo otro tipo de condiciones, pero entendiendo que eran unas 4 posibilidades entre ellas tener un modelo de Business Intelligence pero que en el en el momento en que realmente se pudo evaluar de qué es Business Intelligence no cumplía pues, una función técnica para el proyecto* ***porque, es más de negocios, entonces se optó más bien por hacer el seguimiento del Diagrama de Gantt que se tenía dentro de la organización y dentro de EPM, que nos sirviera para hacer las funciones que teníamos nosotros como sociedad,*** *además de la demora que que tenía significaba la implementación de este sistema y también la la optimización del costo, entonces se optó por mantener esa planta hasta cuando yo entré que era de 16 personas con las cuales se cumplían hasta ese momento del 2016 las funciones para las cuales estaba la sociedad, esto que era pues de examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en términos de oportunidad, calidad, y costo.* (Resaltado del Despacho)

En igual sentido, en el mismo testimonio se sostuvo lo siguiente:

> *PREGUNTA: Dr Gustavo desde el contenido de ese informe que se presentó ahorita en pantalla el BI, traía una una idea de manejo de información de la sociedad, usted nos puede explicar cómo se manejaba la información desde la sociedad en el tiempo que usted fue gerente de la sociedad. RESPONDIÓ:* ***Si, nosotros lo manejamos a través, de lo que eran los diagramas de Gantt, que se tenían para el proyecto y para todas las actividades y etapas del proyecto que venía andando y que para nosotros desde el punto de vista técnico y financiero, y de acuerdo a la también al trabajo que hacíamos con los auditorías nos servían para el control y la función que nos correspondía a nosotros de seguimiento y verificación del proyecto y de todas las actividades del proyecto por parte de los constructores, y en general todas las funciones****. PREGUNTA: Estaban incluidas en ese seguimiento las actividades del seguimiento del contrato BOOMT. RESPONDIÓ: Si señora, las actividades del BOOMT, que era pues la función que a nosotros nos correspondían y vigilar dentro de la ejecución del contrato esa verificación sin coadministrar, que era una cosa importante que les quiero reiterar, sin control previo que era lo que era la función que quedó por parte de la sociedad. PREGUNTA: usted sabe cuando se adoptó este diagrama de Gantt para el seguimiento de las actividades del contrato BOOMT. RESPONDIÓ: pues no recuerdo bien, pero entiendo que fue por allá por los años 2010- 2011. PREGUNTA:* ***Quiere decir esto que, el diagrama que usted acaba de hacer referencia no lo contemplo el Informe Penta.*** *RESPONDIÓ: No, no lo contemplaba pues como fundamental,* ***sino que también ellos hacían recomendaciones para hacer ese estudio pues del Business Intelligence,***

> ***hasta donde sé, era para la sociedad una recomendación, no una camisa de fuerza, sino una recomendación,*** *pero que le reitero dentro de los procesos gerenciales que se tienen de eso, es básicamente para negocios. PREGUNTA: Por qué se mantuvo el diagrama de Gantt como un mecanismo de seguimiento a las obligaciones del BOOMT?. RESPONDIÓ:* ***Porque con eso pues la parte técnica hacía ese, esa verificación y control, en los términos de de las especificaciones técnicas de costos del proyecto y del cronograma de ejecución, y para poder cumplir con las obligaciones que teníamos con con la CREG.*** *PREGUNTA: Como los pone usted, este diagrama indicadores de cumplimiento. RESPONDIÓ: sí señora sí señora* ***nos daba indicadores de cumplimiento y también pues, como teníamos la auditoría de la gestión de auditoría especializada de GAE, entonces se confrontaban todos los diagramas y se hacía el seguimiento****. PREGUNTA: Con ese diagrama la sociedad tuvo alguna dificultad en algún momento para la lectura de los avances de la obra?. RESPONDIÓ: No señora ninguno. PREGUNTA: indíquenos si* ***ese diagrama era el que daba los insumos para los informes que se tenían que presentar a la Junta directiva. RESPONDIÓ: Sí, así es en ese sentido se hacía pues todos los informes y el seguimiento a la curva S, que iba también para la CREG, para no solamente para la gente sino para la CREG y para la Junta.*** (Resaltado del Despacho)

Sobre el mismo tema en atención a preguntas realizadas por el Despacho el testigo también afirmó lo siguiente:

> ***PREGUNTA:*** *¿Quién elaboraba el Diagrama de Gantt?.* ***RESPONDIÓ:*** *Pues cuando yo llegué, ya estaba elaborado pero entiendo que* ***para el proyecto fue elaborado pues por epm, dentro del área técnica de epm, y con la con él digamos, con la aquiescencia dentro de la sociedad de la dirección técnica****.* ***PREGUNTA:*** *Quien alimentaba ese diagrama?.* ***RESPONDIÓ:*** *La hacía el técnica nuestra en lo que a nosotros nos correspondía. PREGUNTA: Sí, me podría explicar un poco mejor, perdón no lo entendí, cuando dice "nuestra" a quien se refiere.* ***RESPONDIÓ:*** *Sí, pues dentro de la función dentro, de nuestra función del área técnica era hacer el seguimiento.* ***DESPACHO:*** *Precise quien.* ***RESPONDIÓ:*** ***Hidroituango tenía que hacer una función de seguimiento y verificación, ese seguimiento de verificación se basaba en el diagrama de Gantt y lo hacía el área técnica nuestra, de lo que nos correspondía a nosotros pero eso se confrontaba obviamente dentro de unas reuniones que hacíamos nosotros unas dos veces al mes con el área técnica de EPM****.* ***DESPACHO:*** *Nos podría explicar cómo funciona el diagrama de Gantt.* ***RESPONDIÓ:*** *Se tenía una* ***descripción de actividades por cada una de las etapas del proyecto en términos de tiempo, si de tiempo, de costo, de calidad, de Cantidad, si, ese es el proceso como decía el diagrama de Gantt, se hacían los cortes que permitiera de alguna manera hacer LA curva S de seguimiento, que era enviada a los organismos de control como como era pues el caso de la CREG, perdón de los organismos normativos como la CREG y también para la Junta directiva.*** ***PREGUNTA:*** *Esa descripción de actividades la hacía HI, o EPM.* ***RESPONDIÓ:*** ***La hacía EPM y la hacíamos nosotros y se confrontaba con EPM****, porque*

> *esa era nuestra, nuestra función seguimiento y verificación.* (Resaltado del Despacho)

Sobre el diagrama de GANTT es preciso anotar que el mismo es un cronograma visual de un proyecto que era elaborado por EPM. Respecto de los tableros de control (ver qué tenemos) y los mismos, tal y como lo reconoce el señor Jairo Hernán Ramírez Gómez duraron muy poco[328] y los informes que pasaba cada funcionario de hidroituango, implicaban también la participación de EPM

En efecto el señor **Jairo Hernán Ramírez Gómez**, **expresó frente al cuadro de mando integral**, lo siguiente:

> *"(…)* ***El cuadro de mando integral es como un sistema que controla las obligaciones que estaban plasmadas en el BOOMT y llevarles un cronograma más o menos cuando si se cumplían las obligaciones o no****, lógicamente los sistemas van avanzando a medida que EPM va avanzando en su desarrollo, y luego esta intranet y esto, empezaron ya a surtir otros cambios internos, porque ya la información con la que se contaba a través de los sistemas que EPM suministraba y de la verificación que se llevaba en el BOOMT, ya era manejada por otro lado, entonces, esto si era una propuesta que se había hecho y se había trabajado en Hidroituango un tiempo. PREGUNTADO POR LA DRA. ALEJANDRA SANDOVAL. Quién alimentaba el cuadro de mando integral. CONTESTADO.* ***Todos en los planes de desarrollo y trabajo mandaban información, creo que era una persona que estaba adscrita, si mal no recuerdo, a la Gerencia Técnica o de Estructuración Financiera o Control Interno, no recuerdo****. PREGUNTADO POR LA DRA. ALEJANDRA SANDOVAL. Ese cuadro de mando integral mostraba indicadores de cumplimiento. CONTESTADO. Si mostraba indicadores de cumplimiento. PREGUNTADO POR LA DRA. ALEJANDRA SANDOVAL. Mostraba también el avance del cronograma respecto a la ejecución del contrato BOOMT. CONTESTADO.* ***Si, esos eran los informes que presentaba el Director Técnico de Hidroituango en su momento, que era permanente sobre su control del avance del cronograma****. (…) Entonces los informes de la dirección técnica, eran muy confiables e iban revelando la realidad del desarrollo del proyecto, el cronograma, curva S, avance de obras, eran muy estrictos y muy completos (…) El mero hecho que no se tuviera ese cuadro de mando integral, en la empresa si se manejaban indicadores de tipo presupuestal, cómo se iba con la ejecución del proyecto, cómo iba en la parte presupuestal, cómo iban los presupuestos futuros, qué se necesitaban, cómo iban en el cumplimiento de tierras y servidumbres, de la inversión social, o sea, si bien no existían consolidados en un cuadro de mando integral las diferentes dependencias si llevábamos control de indicadores y lo informábamos a la Gerencia. (…)* ***Entonces para mí hablar de cuadro de mando integral es como hablar de un cuadro de indicadores que se tenían en otros informes que se***

[328] "(…) *Si ese cuadro de mando integral no tuvo mucha vida, porque más adelante como lo había dicho con los informes al comité de verificación y* ***los reportes que hacía EPM de su sistema de información l****lenaban los requisitos con los informes que se detallaban por cada una de las dependencias encargadas de su verificación (…)".*

> ***producían de la verificación**. (…) CONTESTADO. Lo que pasa es que cuando se habla de cronogramas, hay varios tipos de cronogramas de cumplimiento, uno, por ejemplo es el que habla de la curva S, cómo va en cumplimento de tiempo, y todo ese cronograma está soportado en actividades que van sumando y hay unas que se adelantan paralelamente y otras no. Entonces, una cosa es hablar del cronograma y el porcentaje de cumplimiento desde el punto de vista económico y otro del avance técnico del proyecto (…)".*

Del análisis del material probatorio atrás referido, este Despacho concluye lo siguiente:

1. Hidroituango y su junta directiva basaba su seguimiento en el Diagrama de Gantt, en un primer momento en el cuadro de mando integral, que no duró mucho y en los informes que presentaban las distintas áreas de Hidroituango, las cuales contaban en razón a la estructura administrativa adoptada para la sociedad, con unos pocos funcionarios.
2. De otro lado, el Diagrama de GANTT era un cronograma visual[329] que había sido concebido por EPM, y que era también alimentado por EPM y "por el área técnica" de Hidroituango en lo que a ellos competía.

---

[329] Es necesario precisar en este punto que en la aplicación de los diagramas de Gantt se identifican diferentes desventajas, a saber:
*"a. El diagrama de barras solo indica uno de los procedimientos cómo se puede efectuar un proyecto, sin posibilidades de actuaciones alternativas y **no muestra en forma explícita la relación que existe entre las actividades**.*
b. No explica cómo puede mejorarse el rendimiento de un proyecto en lo que se refiere a optimizar o acortar tiempos de ejecución, utilización racional y ponderación de la fuerza operativa de la mano de obra, ahorro en gastos innecesarios, mejor aprovechamiento de las herramientas y del equipo etc.
c. No deslinda las actividades de Planificación y Programación. En los diagramas de Gantt, se realiza la planificación y la programación al mismo tiempo, lo que puede conducir a una programación en la cual el tiempo de cualquier evento sea diferente del que realmente hubiese necesitado, por lo que el gráfico ya no representaría la realidad del proyecto.
*d. Como consecuencia del punto anterior también involucra un problema de visualizar cuales actividades deben controlarse con mayor acuciosidad durante el proceso. De esta manera **si ocurriese un retraso en alguna de las actividades, el marco rígido dentro del cual está enmarcado el diagrama, obliga, para cumplir con el plazo fijado a acelerar las actividades siguientes, con los consiguientes aumentos en los costos, posiblemente no previstos. Esta aceleración de las actividades siguientes no se visualiza con claridad, cuál o cuáles serían las actividades a sufrir acortamiento de tiempo ni en que medida para que la duración del Proyecto sea la estimada. Mucho menos indica cuánto dinero va a costar dicha aceleración.***
e. Es difícil poder representar la secuencia de ejecución de un gran número de actividades, por lo que solo se puede trabajar con las actividades principales, agrupando en forma global todas aquellas actividades secundarias que lógicamente deberán ser controladas por separado para no tener retrasos lo que implica un exceso de sistemas de control por parte de los mandos directivos".(Negrilla y subrayado por fuera del texto original) Martínez Miralbés, Mario Augusto, Tésis, "Métodos Modernos de Programación", 2001 , Universidad de San Carlos de Guatemala, en http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/02/02_1004.pdf

3. Es muy importante en este contexto, recordar lo que se encuentra probado en el plenario, de cara al tipo de información y a la calidad de la misma, que debía ser analizada por Hi. El sistema de libro abierto implementado por EPM en el cual Hidroituango tenía acceso a la totalidad de la información del proyecto, la cual evidentemente era muy voluminosa e implicaba realizar análisis complejos. De lo dicho por el testigo Jairo Hernán, estos análisis terminaban siendo mediados también por EPM.

De lo anterior, este Despacho concluye que no se adecúa a la realidad probatoria la afirmación de la apoderada en el sentido de considerar que Hidroituango contaba con un sistema eficiente de seguimiento, pues no tenía ni el personal requerido establecido por el estudio PENTA en caso de que no se contara con el sistema BI en 33 personas, Hidroituango tenía solo 16 personas de las cuales entre 4 y 11 se dedicaban a realizar el seguimiento al contrato BOOMT, de manera manual, dicho seguimiento, dependía del Diagrama de GANTT el cual era elaborado por EPM, alimentado por EPM y revisado en lo que le competía a Hidroituango pero siempre con base en las reuniones que cada dos semanas realizaba con EPM.

Dado el volumen de la información que debía ser analizada y dada la labor de seguimiento que le correspondía a Hi, como contratante, dueño del proyecto y sociedad con objeto único cuyo propósito era obtener una hidroeléctrica funcional, y a quienes les correspondía soportarse en la información proporcionada por EPM y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tiene EPM durante la ejecución del contrato, resulta evidente que Hidroituango no contaba con la estructura administrativa adecuada para tal fin.

Lo anterior, como consecuencia de la decisión administrativa de desechar el informe Penta, lo que diluyó la capacidad de vigilancia y control de Hi. En este punto, se repite que lo que se le cuestiona a los miembros de la junta directiva que se desempeñaron en el periodo 2012-2015, no es el hecho de no haber comprado el BI, como mal lo plantea la apoderada sino el hecho de Desechar el informe Penta, el cual presentaba unos diagnósticos adecuados, los cuales de haber sido tenidos en cuenta habrían permitido que Hi de manera oportuna detectara las situaciones que se estaban presentando, y desarrollara las acciones que le competían ya sea elevando las alertas o dando inicio a los procedimientos para la imposición de multas, y no procediera como lo hizo, simplemente aceptando todo lo que EPM le decía.

De otro lado indicó la apoderada:

> ***"A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber***

aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

En la exposición realizada por la Delegada de la Contraloría General de la República para fundamentar el reproche realizado a mi poderdante, se resaltan dos conclusiones precisas frente a las cuales nos pronunciaremos de manera separada para ahondar en explicaciones y permitir al Despacho un mayor entendimiento de las situaciones presentadas y el manejo que se dio a estas, previo el análisis técnico, jurídico y financiero que antecedió a las mismas.

En efecto, para sustentar el cargo enunciado la Delegada hace dos afirmaciones precisas:

1. Se encuentra probado que en desarrollo del contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, se presentaron graves atrasos, los cuales tuvieron como causa de un lado la entrega tardía de las vías de acceso al proyecto, pero también situaciones atribuibles al contratista. Por ello reprocha que mi poderdante como miembro de Junta Directiva haya aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
2. Para la Delegada, la conducta esperada para mi poderdante, en calidad de miembro de Junta Directiva, era el instruir al Gerente de HI para acudir a los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos).

Con la finalidad de brindar las explicaciones correspondientes en un orden lógico y coherente que permita la comprensión de las mismas, empezaré por explicar las razones por las cuales se accedió a la modificación del cumplimiento de las fechas de los hitos 1, 2 y 6 solicitadas por el contratista EPM, y en segundo lugar, asumiré la improcedencia de la imposición de medidas coercitivas de apremio para el contratista EPM y de multas para el Subcontratista Consorcio CTIFS.

1. Razones que justificaron acceder a la solicitud de modificación de fechas para el cumplimiento de hitos por parte del Contratista EPM.

Antes de ser nombrada como miembro de Junta Directiva la doctora MARIA EUGENIA RAMOS VILLA, se venían presentando una serie de atrasos en la obra, derivados de algunas circunstancias exógenas tales como problemas geológicos, inviernos que provocaron derrumbes, invasiones de población foránea con expectativas de indemnización por minería, problemas de orden público, protestas de las comunidades, sumado a que el contratista de las vías de acceso presentaba retrasos en la ejecución del contrato y poco rendimiento en las actividades, lo cual estaba asociado a los factores antes mencionados.

Esta situación fue revisada en reunión de Junta Directiva de la Empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., del 25 de abril de 2012, conforme al acta 131, en la cual el Dr. Luis Javier Vélez Duque informa que se deben modificar

las fechas de cumplimientos de algunos hitos, y "explica que el retraso en el avance de las vías no posibilitó su inicio y, por ello, el contrato arrancó más tarde de lo programado. Todo viene del contrato con Pescadero I que se recibió con un atraso del 90%. Por ello se debe modificar dos hitos que se deben cumplir el año entrante".

Posteriormente, mediante comunicación radicada 2012002331 del 14 de junio de 2012, dirigida al ingeniero Oscar Jaramillo Hurtado, Gerente Encargado de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. el doctor Luis Javier Vélez Duque, Gerente de la empresa EPM Ituango S.A. E.S.P, solicitó la modificación de algunos hitos del cronograma previsto en el contrato BOOMT, fundamentando la solicitud en una serie de circunstancias ocurridas en el desarrollo de los contratos de construcción de obras del proyecto que actualmente se encontraban en ejecución, ajenas a la gestión y control de parte de EPM Ituango, siendo relevante para brindar las explicaciones correspondientes en estos descargos destacar los siguientes apartados de la comunicación:

"Con fundamento en las razones que adelante se explican, relacionadas con una serie de circunstancias ocurridas en el desarrollo de los contratos de construcción de obras del proyecto que actualmente están en ejecución ajenas a la gestión y control por parte de EPM Ituango, se solicita la modificación de los hitos que se indican más adelante, acordados en el contrato BOOMT, suscrito entre EPM Ituango S.A. E.S.P. y la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., por cuanto se considera que no es posible su cumplimiento.

"La imposibilidad de desviar el río Cauca en enero de 2013, a pesar de los esfuerzos y estrategias que se han implementado por parte de EPM Ituango para recuperar los retrasos implica que esta actividad se tendrá que aplazar hasta enero de 2014, Considerando la interdependencia existente entre los plazos parciales del contrato, será necesario modificar otros ítems del contrato como se indica a continuación.

"(….)

"Esta solicitud de modificación de hitos encuentra su fundamento en lo indicado en la página 00204 del Anexo 1.02. (7) del contrato BOOMT, que hacen referencia a las salvedades del Cronograma Director.

(…)

"Efectos de los atrasos del contrato de la infraestructura vial en el inicio de las obras de desviación. Una vez EPM Ituango recibió el contrato de las vías, implementó en la obra medidas de choque orientadas a minimizar los atrasos que presentaba la obra, con énfasis en los relacionados con los accesos requeridos para iniciar las obras de desviación. Estas medidas, que están documentadas en informes de la interventoría que han sido de conocimiento de Hidroituango en tiempo real, en virtud de la metodología de libro abierto y los comités de seguimiento del contrato BOOMT, incluyeron acciones tales como la de pasar equipos de excavación desde la margen izquierda hasta la

margen derecha del rio Cauca utilizando una garrucha, para obviar la falta del puente.
"(…)

"Una de las premisas básicas sine qua non, sobre las cuales fue construido y acordado por las partes el Programa Director de referencia del Proyecto (Anexo 1.02(7), del cual surgen, precisamente, los hitos establecidos en el numeral 1.02 "Definiciones del Capítulo I "INTERPRETACIÓN Y DEFINICIONES", del contrato BOOMT, era que indispensablemente se debía contar con los acceso a los diferentes sitios de las obras del contrato de desviación en mayo de 2011, fecha consistente en lo acordado por H.I. con el contratista de las vías en la AMB2. El no logro de este acuerdo programático, no imputable a EPM Ituango, conduce a la imposibilidad de cumplir con otros hitos del programa y es, por lo tanto, razón suficientemente objetiva para reconsiderar el acuerdo de los hitos del contrato BOOMT.
*"**Sobre este asunto, es menester precisar que el incumplimiento en la entrega de los accesos prioritarios por parte del contratista constructor fue causado por contingencias geológicas, climáticas y de orden público que no eran del control de aquel, ni de Hidroituango ni de EPM Ituango."***
(cursivas y negrillas nuestras)

Como viene de anotarse, a lo largo de la ejecución del contrato de obra de vías se presentaron circunstancias de orden público, de carácter técnico, y en general un sinnúmero de situaciones (que serán debidamente acreditadas con abundante material probatorio que se entregará en este escrito), que generaron demoras y retrasos en la construcción de las vías de acceso a los principales frentes de obra, las cuales afectaron la disponibilidad de esas vías en las fechas inicialmente planeadas, lo que impactó negativamente el desarrollo del Proyecto.

Las circunstancias que originaron los retrasos en las vías de acceso se encuentran debidamente acreditadas en las Actas del Comité de Seguimiento del BOOMT, en la que tenían asientos representantes de HIDROITUANGO y EPM Ituango S.A. E.S.P., así como en los informes presentados por EPM Ituango a la Junta Directiva de la HI, de las cuales destaco las siguientes:

*• **Las diferencias entre la Geología esperada y la encontrada en el proyecto**: En la ejecución de las obras se presentaron hechos que retrasaron ostensiblemente el desarrollo del proyecto, que se refieren a diferencias importantes entre la geología esperada y la realmente encontrada en el macizo rocoso en el que se desarrollaban las obras. En efecto, en Acta No. 12 del Comité de Seguimiento del BOOMT de mayo de 2012 se señaló con relación a la geología que se habían encontrado diferencias en lo esperado en la composición del suelo.*

En las Actas No. 13 y 14 del Comité de Seguimiento BOOMT del 20 de junio y 18 de julio de 2012, respectivamente, se manifiesta que se ha encontrado roca de menor calidad que la inicialmente considerada en los estudios y diseños. Lo anterior obligó a EPM a realizar ajustes a los diseños para permitir

el buen funcionamiento de las obras y facilitar la desviación del Río Cauca, lo que trajo consigo modificaciones sustanciales a algunos aspectos de la obra.

En efecto, en el acta No. 13 del Comité de Seguimiento se informa que la roca encontrada ha sido de menor calidad a la esperada, y en el Comité No. 14, se establece claramente: "Condiciones Geológicas: igual a lo expresado en la reunión anterior: se ha encontrado roca de menor calidad que la inicialmente considerada en los estudios y diseños. Precisamente este es uno de los argumentos que ha esgrimido el contratista para justificar los menores rendimientos en las excavaciones de las obras de desviación".

• ***Retrasos por parte del contratista:*** *En el Acta No. 13 del Comité de Seguimiento del BOOMT del 20 de junio de 2012, queda claro que el contratista de los túneles de desviación presentaba retrasos y rendimientos muy bajos, por lo que los representantes de HIDROITUANGO y EPM consideraron en ese momento que no se cumpliría el programa de trabajo que tenía fecha de terminación probable para mayo de 2013, y a pesar de que se informó de los requerimientos realizados al contratista, también se advirtió que "los abogados de EPM están revisando los inconvenientes jurídicos ante una eventual terminación del contrato, por diferentes elementos como cambios de diseño, el tipo de roca que han encontrado, etc."*

• ***Problemas de Seguridad y Orden Público:*** *De conformidad con los informes presentados a la Junta Directiva de Hidroituango, (los cuales se enuncian en el acápite de pruebas), se puede evidenciar, como uno de los*
• problemas asociados al retraso de las obras tiene que ver con el desarrollo del proyecto en un contexto complejo y por fuera de los círculos de la institucionalidad, con actores armados, redes ilegales y criminales con alta capacidad de confrontación (FARC, ELN, BACRIM), narcotráfico, entre otros, situaciones que originaron retrasos considerables en el desarrollo del proyecto, por cuanto se presentaron actos que impactaron considerablemente el rendimiento de los trabajos tales como:
• ✓Actos de intimidación, secuestro y asesinatos por criminales.
• ✓De vinculación mediante constreñimiento al desarrollo de las acciones violentas en contra del proyecto.
• ✓De limitación de la movilidad por actividades ilegales reguladas por criminales.
• ✓Terrorismo contra instalaciones y equipos de los contratistas, tales como incineración de equipos del contratista y transporte público.
✓Terrorismo contra las vías de acceso
• Terrorismo contra las líneas de transmisión a través de la voladura de torres de energía.

• • ***Problemas asociados con manifestaciones sociales****: De conformidad con los informes presentados a la Junta Directiva de Hidroituango, se presentaron múltiples dificultades relacionadas con manifestaciones de organizaciones sociales, invasión y tomas de carreteras y vías en la región de influencia del proyecto y paros constantes que generaron atrasos*

considerables en el desarrollo de las obras, los cuales fueron originados por diferentes factores tales como:
• (i) El desplazamiento de mineros foráneos que pretendían obtener indemnizaciones, y que no habían sido censados por no tener asiento en la zona de influencia del proyecto,
• (ii) La inconformidad de la comunidad por el desarrollo de las obras,
• (iii) Generación de invasiones en la zona de influencia del proyecto que requerían desalojo.

*• **Problemas asociados con fuertes lluvias que originaron derrumbes y perdidas de banca:** Durante los años 2010 y el 2011, producto del aumento extraordinario y sostenido de las lluvias, Colombia afrontó el mayor*
• desastre natural de su historia reciente, el "Fenómeno de la Niña", el cual afectó más del 90% del país (1060 municipios), impactó todos los sectores de la sociedad colombiana, especialmente los más pobres (cerca de 3 millones de personas) y deterioró gravemente la infraestructura productiva, vial e institucional. Según la CEPAL (2012), las pérdidas ascendieron a cerca USD 7.200 millones. La magnitud de la tragedia desbordó los mecanismos públicos tradicionales de atención de desastres de la época.
El fenómeno de la niña causó serios daños en gran parte del territorio nacional y cambió la vida de las poblaciones en términos sociales, económicos, políticos y culturales. La magnitud de este desastre natural fue la causa de la declaración de la emergencia económica, social y ecológica (Decreto 4579 de 2010) y de la creación de la gerencia del Fondo de Calamidades (Decreto 4709 de 2010).
Según el documento denominado VALORACIÓN DE DAÑOS Y PÉRDIDAS OLA INVERNAL EN COLOMBIA 2010-2011, publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo – BID y por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – Cepal en enero de 2012, la ola invernal se manifestó con intensas lluvias, que afectaron con inundaciones avalanchas y remociones en masa a varias zonas del país.
• En infraestructura, el cincuenta y cinco por ciento (55%) del daño ocurrió en Antioquia, Atlántico, Bolívar, Magdalena y Sucre. En Antioquia los daños estuvieron concentrados en infraestructura y servicios sociales. En cuanto a la infraestructura vial, en las vías se presentaron derrumbes, pérdidas de banca, inundaciones y otros problemas que afectaron la transitabilidad segura de las vías y ocasionaron en muchos casos su cierre parcial y/o total, presentándose problemas que en muchos casos requerían de grandes inversiones para solucionarlos. Esta situación no se presentó únicamente en las vías de orden nacional, sino que en muchos casos afectó en mayor proporción a las carreteras de orden departamental y municipal.

Dicha situación originó retrasos en las obras del proyecto, toda vez que las vías sufrieron taponamientos, derrumbes, deslizamientos, entre otras situaciones que afectaron el rendimiento de los trabajos, a más de que imposibilitaban en muchos casos avanzar en los frentes de obra. Adicionalmente las fuertes lluvias ocurridas en este período hacían suspender los trabajos por espacios de varias horas, lo cual generó un impacto negativo en el desarrollo del proyecto.

*• • **Dificultades para la obtención de predio:** Conforme se encuentra documentado en los diferentes informes presentados a la Junta Directiva de Hidroituango y al Comité de Seguimiento, por parte del Comité Técnico y Predial, en la margen derecha del Río Cauca, en la zona de influencia directa del proyecto hidroeléctrico Ituango, en jurisdicción del Municipio de Briceño (Ant.), se ubican tres predios que fueron afectados con declaratoria de utilidad pública e interés social, necesarios para las obras de vía sustitutiva hacia el Municipio de Ituango, construcción de túnel Chirí, zonas de embalse, zonas de protección y compensación del embalse del proyecto hidroeléctrico Ituango.*

Los tres predios fueron estratégicos para el proyecto, pero tenían muchos problemas jurídicos que impidieron ser adquiridos por Hidroituango o por EPM con anterioridad vía negociación directa, problemas relacionados con: informalidad en la tenencia y propiedad de la tierra, posesiones, existencia de cosecheros, procesos de pertenencia, sucesiones sin liquidar y sin adjudicar, litigios entre propietario y mayordomo, entre otras, situaciones que no permitían obtener una entrega de los inmuebles, ni autorización para iniciar y realizar las obras, lo cual indudablemente afectó el cronograma del proyecto, al tener que adelantar procesos de expropiación administrativa y generar la vinculación de personas que tenían litigios pendientes por posesión, herederos determinados e indeterminados, entre otros.

*• **Movilizaciones sociales y bloqueos por parte de mineros que dilataron los tiempos de concertación de las soluciones de compensación con la comunidad afectada por el proyecto vial.** Tal como fue ilustrado por el Comité Técnico social en los diferentes informes presentados al Comité de Seguimiento del contrato y a la Junta Directiva de Hidroituango, se presentaron constantes bloqueos de mineros foráneos que pretendían una concertación de soluciones de compensación con el proyecto, los cuales no habían sido previamente censados porque no habitaban en la zona, pero encontraron una oportunidad para pretender una indemnización obstaculizando las vías, y presionando el reconocimiento de perjuicios que no se encontraban acreditados, lo cual generó fuertes retrasos, toda vez que estas manifestaciones, muchas de ellas en vías de acceso a las obras, no permitían el desarrollo de los trabajos necesarios por parte del contratista, y por ende afectaron el rendimiento del mismo en los diferentes frentes de trabajo.*

Luego de ser analizadas todas las situaciones antes descritas por parte de la Junta Directiva de Hidroituango, se consideró que los atrasos presentados en el cronograma del proyecto, no se debían exclusivamente a los bajos rendimientos que presentada el Consorcio CTFIS, sino a un cúmulo de factores concurrentes, los cuales no era posible prever y conjurar de manera anticipada por el contratista EPM, y que además se ajustaban a las salvedades previstas por EPM al momento de suscribir el contrato BOOMT.

El análisis sobre la modificación de la fecha de cumplimiento de los hitos 1, 2 y 6 propuesta por EPM, fue realizado en las reuniones de la Junta Directiva de Hidroituango, tal como consta en las actas 133 del 4 de septiembre de 2012,

134 del 31 de octubre de 2012 y 136 del 13 de diciembre de 2012, en donde se revisó ampliamente el tema, y finalmente se autorizó la modificación contractual, entregando la instrucción y autorización al Gerente para la suscripción del Acta de Modificación Bilateral No. 3, en la cual se variaron las fechas de los hitos 1, 2, y 6, teniendo entre otras consideraciones, las siguientes:

"Que se han presentado circunstancias tales como: 1. Problemas geológicos, 2. Inviernos que provocaron constantes derrumbes, 3. Invasiones de población foránea con expectativas de indemnización por minería, 4. Problemas de orden público, 5. Protestas de comunidades locales que obstaculizaron y paralizaron obras, 6. Problemas legales para adquisición de predios en la margen derecha del rio, entre muchos otros hechos que se presentaron. Estas circunstancias han arrojado como un hecho cierto e incontrovertible la imposibilidad de desviar el río Cauca en el año 2013, tal como estaba establecido en el Hito 1 del Cronograma Director".

Como viene de anotarse, el conjunto de situaciones presentadas al interior del proyecto ajenas al contratista EPM, llevaron a reconocer la necesidad de aceptar el aplazamiento del cumplimiento de los hitos 1, 2 y 6, por las diferentes causas que habían originado retrasos en las obras y que ya fueron objeto de explicación, pues era evidente que cuando Empresas Públicas de Medellín suscribió el contrato BOOMT ya se habían consolidado unos atrasos en la obra no imputables a éste como contratista, y que había dejado plasmadas como salvedades en el clausurado del contrato, pero siempre se insistió en que debía cumplirse con la entrada en operación de la unidad 1 (hito 9), situación frente a la cual nunca se cedió.

En efecto, al revisar las reuniones de Junta Directiva Nos. 132 a 135 realizadas en el segundo semestre del año 2012, encontramos que los miembros de Junta quienes fungían como Secretarios de Despacho del Gabinete Departamental, tomaron una posición propositiva y crítica frente a los atrasos de la obra, siendo enfáticos en que se aceptaba la modificación de las fechas de cumplimiento de los hitos 1, 2 y 6, pero insistiendo en que EPM debía tomar las medidas necesarias para recuperar los atrasos del proyecto y cumplir con la entrada en operación de la unidad uno, y el cumplimiento del cronograma en lo que se refiere a la entrada en operación de la mencionada unidad para que no afectara el cargo por confiabilidad de acuerdo a los compromisos asumidos con la CREG, tal como puede revisarse del contenido de las actas donde reposa el resumen de las intervenciones realizadas por éstos.

Así en el acta 132 de la reunión Junta Directiva de HI realizada el día 10 de julio de 2012, en relación al seguimiento del cronograma a través de la metodología del "libro abierto" informó el doctor Oscar Jaramillo que el cronograma del proyecto presentaba dificultades que debían ser conocidas por los miembros de la Junta Directiva, para lo cual resalta los atrasos que se tienen con relación al cronograma de referencia del BOOMT, con el fin de que se tomen las medidas pertinentes.

"Advierte que estos temas se han tratado con EPM I en los comités de seguimiento y, al respecto, se recibió una primera propuesta sobre cancelación de los dos primeros Hitos y en la actualidad se tiene a consideración otra sobre modificación del cronograma, desplazando un año el desvío y nueve (9) meses la entrada en operación de las máquinas que está siendo revisada por HI" (pág. 5).

Una vez recibido el informe por parte del Gerente encargado, Dr. Oscar Jaramillo, los representantes del Departamento de Antioquia en la Junta Directiva de HI, toman una posición propositiva para revisar la situación y encontrar soluciones concertadas, es así como el Dr. MAURICIO VALENCIA CORREA, Secretario de Infraestructura del Departamento de Antioquia precisó:

"Ante la complejidad de la información aportada (…) solicita que la información se les presente en un plano, dividido en cada uno de los procesos contractuales y según el alcance de cada uno de ellos. Lo anterior, para tener claridad sobre la ruta crítica de los diferentes contratos y del proyecto" (pág. 5 y 6).

El doctor Oscar Jaramillo como Gerente encargado continúa con el informe sobre la Construcción de la Presa, Central y obras asociadas, así como la desviación que comprende los túneles de desviación y obras de casa de máquinas. Una vez el doctor Jaramillo culmina su intervención, el doctor MAURICIO VALENCIA CORREA como representante del Departamento de Antioquia, en su calidad de Secretario de Infraestructura, vuelve a asumir una actitud propositiva, tal como se observa en la redacción del acta:

"Reitera en este punto el doctor Mauricio Valencia su preocupación por la presentación que se hace de los contratos, y expresa que esta Junta requiere participar del desarrollo del proyecto y no simplemente escuchar informes. Por ello, la información se debería presentar en un marco general: un plano para entender la relación de los contratos, y de alrededor de ciento sesenta (160) contratos relacionar los 5 o 6 más importantes y, de ellos resaltar los que estén en situación crítica, los iniciados y los que estén cumpliendo cronogramas. El doctor Jaramillo recuerda que desde comienzos del año les han solicitado una reunión para dar esas explicaciones. Para resolver las inquietudes del doctor Valencia, el doctor Jorge Mario Pérez propone una visita al proyecto. El doctor Valencia propone que, además de la visita, se efectúe una reunión extraordinaria de Junta con la participación del interventor del proyecto, para que presente su información directamenta a la Junta. La Junta aprueba que en la primera semana de agosto se haga la reunión extraordinaria de Junta con el interventor y, posteriormente, la visita al proyecto". (pág. 6).

Por su parte, la doctora MARIA EUGENIA RAMOS VILLA, Directora de Planeación del Departamento de Antioquia, en coherencia con su homologo Secretario de Despacho, toma la iniciativa para proponer soluciones a los temas planteados de conformidad con las diferentes intervenciones realizadas

por los asistentes a la reunion de Junta Directiva, siendo necesario resaltar del contenido del acta las siguientes intervenciones:

"Resume la doctora Ramos expresando que se identifican problemas en obras civiles y adjudicación de las obras principales que se pueden minimizar con planes de contingencia. Considera crítico el tema del túnel de desviación, y pregunta cómo se resolverá. El doctor Pérez expresa que se han aumentado los frentes de trabajo, se le ha exigido al contratista mejoramiento a los equipos que están operando y el buen manejo de la logística para cumplir con los rendimientos de la propuesta que hizo para llegar al 16 de abril del 2013. Eventualmente, se prevé que el contratista de las obras principales, como era la concepción incial del proyecto, asuma parte de esas obras". (pág. 7).
"(…)
"La doctora María Eugenia Ramos considera de la mayor importancia la presente junta y, en aras de mantener la dinámica y el entendimiento del proyecto, ratifica que se debe realizar la visita al proyecto y la reunión extraordinaria de la Junta con la presencia del interventor, en la primera semana de agosto, con el análisis del desarrollo del proyecto como tema exclusivo. Propone el doctor Jorge Mario Pérez hacer visita a los proyectos Proce III e Hidroituango la primera semana de agosto y, despues de ella, se convocará la reunión extraordinaria de Junta. Es aprobado por unanimidad. Los representantes de EPM se encargarán de programar la visita al proyecto". (pág. 12).

En el acta No. 133 de Junta Directiva de Hidroituango realizada el día 04 de septiembre de 2012, al revisar el seguimiento al cronograma del BOOMT, se señala en el acta la posición asumida por la Junta Directiva de HI frente a la propuesta de modificación de fecha de cumplimiento del hito presentada por EPM I. Siendo necesario destacar de esta intervención que Deloitte, la firma que hace la auditoria a la curva S en representación de la CREG, manifestó en su informe que no ve la existencia de impacto grave insalvable, que afecte la entrada en operación en la fecha matriculada en la CREG. Así fue analizado el seguimiento al cronograma por parte del Gerente de Hidroituango:

"-Modificación del cronograma del proyecto: EPM I remitió una solicitud de aplazamiento del cumplimiento del Hito 1, túneles de desviación y acceso a casa de máquinas por un año, y modificación de la entrada en operación de la central por nueve meses. Anticipa que no encuentra viable las modificaciones solicitadas, por las siguientes razones: desplazamiento de la remuneración operativa para la Sociedad, EPM y EPM I han manifestado públicamente que no existe retraso alguno del cronograma del proyecto; incumplimiento de la curva S y de la obligación de energía firme comprometida a partir de diciembre 1 de 2018, ***no obstante, Deloitte, la firma que hace la auditoría a la Curva S en representación de la CREG, manifiesta en su informe que no ve la existencia de impacto grave insalvable que afecte la entrada en operación en la fecha matriculada en la CREG; HI expresó en el pasado Comité de Seguimiento la posibilidad de desviación en el mes de junio dada la hidrología del río Cauca y la existencia de dos veranos, uno más largo en el primer trimestre y otro mas corto al final del segundo***

trimestre, esta posibilidad fue consultada por EPM al Consorcio Generación Ituango, asesor y diseñador del proyecto; además, tal como están definidos los hitos y las cláusulas de apremio en el contrato se podría discutir y redefinir la condición contractual de las multas de apremio. De todos modos, se reconoce el esfuerzo de EPM para que el desvío se de en una fecha lo mas cercana posible de la inicialmente pactada". *(negrillas nuestras, pág. 4 y 5).*

Luego de realizada esta intervención, el doctor MAURICIO VALENCIA CORREA, miembro de la Junta en representación del Departamento de Antioquia toma la palabra para afianzar el compromiso de la Junta en que el proyecto cumpla con el cumplimiento del cronograma. Intervención que es apoyada por el doctor IVAN MAURICIO PÉREZ, quien resalta la necesidad de hacer una jornada de trabajo más extensa para que la junta tenga la información y asuma las decisiones con responsabilidad. Así se dejó plasmada en el acta la intervención de cada uno de ellos:

"El doctor Mauricio Valencia considera que la junta debe asumir con responsabilidad, y desde el momento en que esté enterada, el tema de modificar el cronograma, y debatirlo con el grupo de EPM: si va a generar o no sobrecostos, si los tiempos son recuperables o se van a tener desfases irrecuperables, para que la Junta pueda tomar la decisión con las consecuencias que ello conlleve. Presenta los ejemplos de Carbocol y Refricar.

"El doctor Iván Mauricio Pérez expresa que la información que tienen es precaria y se precisa de una sesión de trabajo extensa para que la Junta tenga la información y asuma la decisión, ya que tiene implicaciones económicas, sociales y jurídicas, amén de las políticas y comunicacionales y, al final, también se le podría reclamar responsabilidad a sus miembros". (Pág. 5).

La doctora MARIA EUGENIA RAMOS VILLA, reitera la importancia de realizar una visita al proyecto y la realización de una sesión de trabajo intensiva en la cual se informen con detenimiento las circunstancias tecnicas, al igual que sus consecuencias y alternativas. Así se dejó sentada en el acta la intervención realizada por la doctora Ramos Villa:

"La doctor María Eugenia Ramos agrega que no se pretende pasar por alto el tema y son conscientes de su trascendencia, ya que hay complejidades técnicas expuestas por EPM I, pero también las hay que tiene que ver con su entrada en operación y sus implicaciones a nivel nacional. Por ello reitera la importancia de la visita al proyecto y la realización de una sesión de trabajo intensiva en la que se informen con detenimiento las circunstancias técnicas, al igual que sus consecuencias y alternativas.

"Finalmente, la Junta acuerda, para abordar el tema y tratarlo de forma exhaustiva, una reunión el próximo miércoles 26 de septiembre a partir de las 8:00 a.m., en EPM. Agrega el doctor Jorge Mario Pérez que en esta reunión

se debe hacer una presentación conjunta con el análisis de los hechos desde la presentación de la subasta en el 2008, mostrando la realidad actual del proyecto: los inconvenientes con el contratista, que son graves y complejos, al igual que las alternativas que se han pensado con el contratista de obras principales y las actividades que se han hecho para mitigar esos inconvenientes" (Pág. 5).

En el acta No. 134 de la Junta Directiva de fecha 31 de octubre de 2012, se trató nuevamente el tema de la solicitud realizada por EPM de acceder a la modificación de las fechas de cumplimiento a los hitos. En esta reunión el Gerente de la Sociedad el doctor John Alberto Maya Salazar informó con relación a la modificaciòn del cronograma del proyecto: HITOS que se había presentado en la reunión anterior por parte de los directivos de EPM, proponiendo una alternativa diferente a la formulada por los directivos de EPM y señala que los miembros de la Junta de la Gobernación y el IDEA solicitan que el contratista presente una propuesta que cumpla con la curva S de la CREG y no comprometa el cargo por confiabilidad. Así se dejó plasmado en el acta:

"-Modificación del cronograma del proyecto: HITOS

"El Gerente de la sociedad hizo una presentación (se anexa) sobre los antecedentes de la solicitud de modificación de hitos planteada por el contratista, expuso sobre las diversas circunstancias que han afectado el desarrollo de la obra, y realizó una propuesta de modificación diferente a la presentada por la contratista.

*"**Si bien hay consenso en la necesidad de la modificación de los hitos, los miembros de Junta que representan a la Gobernación y al IDEA, solicitan que la contratista con su matriz presenten una propuesta que reúna lo expuesto por las partes, que siga la curva CREG y que no comprometa el cargo por confiabilidad.***

Juvenal Darío Espinal, Subgerente Desarrollo Proyectos Generación, aclara que si bien el año 2013 tiene para el mes de agosto un "veranillo", no es prudente, ni coherente con el desarrollo de las obras, comprometerse al hito del desvío del río para esa época, que las obras se siguen adelantando y acelerando y que si se puede hacer en ese mes se haría, pero no se compromete. En la próxima reunión del Comité de Seguimiento del BOOMT las partes harán un nuevo análisis técnico de la situación y acordarán la forma de modificar los hitos" (Pág. 3).

En el acta 136 de reunión de Junta Directiva de HI de fecha 13 de diciembre de 2012. el Gerente de HI, doctor John Alberto Maya Salazar, informó a los miembros de la Junta Directiva, que se realizaron una serie de reuniones de carácter técnico, para estudiar y analizar los argumentos expuestos por EPM I para modificar las fechas establecidas inicialmente en los hitos 1, 2 y 6 (pág. 3).

Precisó el doctor Maya Salazar que:

"Después de dicho análisis, de comparar las curvas S de factibilidad, CREG y contrato BOOMT, se llegó a la conclusión de reconfigurar las fechas de los hitos 1, 2 y 6, teniendo en cuenta la imposibilidad de desviación del Rio Cauca en el mes de enero de 2013.

*"Con fundamento en lo anterior, el Gerente de HI comunica qu se han proyectado una propuesta de modificación al contrato respecto al cambio de fechas de los hitos 1, 2 y 6**, haciendo salvedad que el contratista realizara todos los esfuerzos necesarios para la recuperación de tiempos y puesta en operación del proyecto en la fecha prevista para el año 2018.** (pág. 3).*

Como viene de anotarse, luego de varias reuniones técnicas entre los representantes de EPM e Hidroituango, las cuales analizaron la imposibilidad fáctica de dar cumplimiento a las fechas establecidas para los hitos 1, 2 y 6, se acordó el aplazamiento de las fechas de entrega de los mismos, bajo la condición que se llevarían a cabo estrategias para recuperar los atrasos generados en diferentes situaciones, y que de ningún modo se cedería frente a la necesidad de dar cumplimiento a la cursa S, y así cumplir con los compromisos asumidos con la CREG.

De esta manera, se trabajaría arduamente entre las partes para conjurar las situaciones de orden público, invasiones foráneas, protestas sociales y demás factores que habían incidido en los atrasos del proyecto, a la par, que EPM estudiaría diferentes estrategias de recuperación de los plazos que serían informadas a la Junta Directiva para hacerle el debido seguimiento al cronograma del proyecto, de tal manera que se pudiese cumplir con los compromisos asumidos con la CREG. Estrategias de intervención interdisciplinarias que permitieron colocar el proyecto prácticamente al día y calificarse como una de las mejores prácticas gerenciales de carácter internacional, como lo pudo revisar el reasegurador en Zurick a tan sólo dos (2) días de presentarse la contingencia, tal como se dejó sentado al inicio de esta disertación.

Finalmente es necesario acotar, que el cumplimiento de las fechas acordadas en la modificación de los hitos 1, 2 y 6, se cumplió a cabalidad, tal como consta en el Acta del Comité de Cumplimiento de Hitos, No. 2 del 28 de febrero de 2014, signada por el doctor Wilson Chinchilla Herrera, en calidad de Vicepresidente de Proyectos e Ingeniería EPM E.S.P. y el doctor Jhon Alberto Maya Salazar, en calidad de Gerente de Hidroituango y representante de la mencionada empresa ante el Comité de Seguimiento al contrato BOOMT., de ahí entonces que dicha circunstancia no originó o fue el causante de un hecho generador de daño patrimonial, como lo deduce la Contraloría General de la República en el auto por el cual se imputa responsabilidad fiscal a mi poderdante.

2. Improcedencia de imponer medidas de apremio al contratista EPM y multas al subcontratista CTIFS.

El segundo reproche que se advierte en la argumentación del cargo es el hecho de no haber promovido la imposición de medidas de apremio al contratista EPM, y correlativamente la imposición de multas al subcontratista CTIFS, por lo cual dedicaré este acápite a explicar la improcedencia de tomar tales medidas, por cuanto no se colmaban los requisitos jurídicos para hacerlo, y además, que las mismas en modo alguno garantizaban la recuperación de los atrasos que a la fecha presentaba el proyecto.

*En efecto, como viene de anotarse**,** los atrasos en el proyecto generados en múltiples situaciones, tales como las demoras presentadas en la adjudicación y definición de los procesos contractuales, (muchos de los cuales se habían generado con anterioridad a que mi poderdante fuese designada como miembro de junta directiva), los problemas de orden público en la zona de influencia del proyecto, los problemas geológicos, las invasiones foráneas, las protestas de mineros y pobladores de la zona, los bajos rendimientos del sub-contratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-, no se hubiesen conjurado con las medidas que a lo largo de la imputación de responsabilidad fiscal, ha presentado la Delegada como las esperadas, "las que hubiese tomado un buen hombre de negocios", sino con medidas multidisciplinarias, desde el punto de vista social, de seguridad y de estrategias técnicas que generaran mayor eficiencia en el desarrollo de los trabajos como las que finalmente lograron colocar el proyecto prácticamente al día y calificarse como una de las mejores prácticas gerenciales de carácter internacional, como lo pudo revisar el reasegurador en Zurick a tan sólo dos (2) días de presentarse la contingencia, como se explicó al inicio de este escrito de descargos.*

Por ello, es necesario reiterar que la delegada para fundamentar este reproche, parte de dos premisas equivocadas:

i (i) El considerar que el imponer cláusulas de apremio al contratista EPM, hubiese solucionado los problemas de atraso que venían presentándose debido a diferentes factores tales como problemas de orden público, dificultades geológicas, invasiones foráneas, y además el bajo rendimiento del sub- contratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-.

i (ii) Adicionalmente, el suponer, que la imposición de multas al Consorcio CTIFS, hubiese generado en éste los rendimientos esperados en la ejecución del contrato, y que además era viable esta solución jurídica, pues da por sentado, sin estarlo, que los bajos rendimientos presentados por este consorcio son atruibles a un incumplimiento contractual, cuando claramente se encuentra documentado en el expediente, que los bajos rendimientos presentados por el contratista se debían a una gran cantidad de factores concurrentes.

A continuación, expondré las razones de orden fáctico, jurídico y de conveniencia que en su momento fueron analizadas, y que no permitían

jurídicamente imponer medidas de apremio a EPM, y tampoco éste, realizar imposición de multas al Consorcio CTIFS, las cuales fueron revisadas por un grupo de profesionales de diferentes disciplinas, quienes fueron coincidentes en la inviabilidad de imponer esta clase de medidas, tal como lo expondré en los acápites siguientes".

2.1. "Análisis de la inviabilidad de imponer multas al Consorcio CITFS

Para la Delegada se "encuentra probado" que el contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, presentó graves atrasos a causa de la entrega tardía de las vías de acceso al proyecto, así como situaciones atribuidas al contratista por no tener adecuada planeación, metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación, bajo rendimiento en la ejecución de las labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público y las dificultades geológicas de la zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones. (ver páginas 924 y 925 del auto).

En resumen, para la Contraloría existieron dos grupos de causas para el incumplimiento del sub-contratista Consorcio CTIFS encargado de la construcción de túneles de desviación: i) Las atribuibles a hechos ajenos al sub-contratista: como el retraso en la construcción de las vías de acceso al proyecto, las situaciones de orden público y dificultades geológicas en la zona de influencia del proyecto; y, ii) Las atribuibles a la defectuosa ejecución propia del sub-contratista Consorcio CTIFS por su supuesta deficiencia contractual.

Ahora bien, es pertinente en este momento preguntarnos ¿Si a sabiendas que en la ejecución del contrato se presentaban varios factores concurrentes que afectaron el desarrollo de las obras a cargo del sub-contratista CTIFS, era posible imponer multas a éste por el bajo rendimiento en las obras encomendadas?.

Este tema fue abordado por un grupo de profesionales de EPM con las más altas calidades jurídicas, técnicas y administrativas (Secretaria General, Secretario Auxiliar, Subdirectora de contratación y abogados de dicha subdirección, Gerente, Subgerente y Director de Generación de Energía, El Jefe y Director del Área de Proyectos, y profesionales de esta Área), quienes luego de revisar la viabilidad y conveniencia de imponer multas al Subcontratista Consorcio CTIFS o realizar un proceso de negociación que permitiera estratégicamente recuperar los atrasos del proyecto, elaboraron un documento donde plasmaron los análisis realizados y las conclusiones que llegaron, de las cuales extraigo las siguientes:

*"**En esta alternativa, también analizamos la posibilidad de perseguir al Consorcio Túneles Ituango FS por el pago de perjuicios, pues teóricamente lo ideal sería que EPM pudiera cobrarlos. En efecto, esto es lo primero que se plantearía un buen administrador: "si el contratista me***

causó perjuicios al incumplirme el contrato, debo perseguirlo para satisfacer su pago." Dicho en otras palabras, si es claro que el Consorcio incumplió sus obligaciones, este camino sería prácticamente un imperativo para EPM. No obstante, dadas las circunstancias fácticas y jurídicas que rodearon este contrato, creemos que esta acción judicial tiene amplias probabilidades de resultar fallida.

"Después de evaluar al detalle la ejecución del contrato, nos quedó la certeza de que el Proyecto se ha retrasado por múltiples razones. De hecho, estamos convencidos de que el incumplimiento de los plazos contractuales es consecuencia de la ocurrencia de responsabilidades compartidas, tales como, responsabilidad del proyecto, del consorcio, e igualmente, de factores externos adversos bastante representativos y evidentes entre ellos, la compleja situación de orden público que afrontó el Consorcio Túneles Ituango FS. (negrillas nuestras)

"Adicionalmente, para entablar una demanda, es necesario iniciar al menos un trámite administrativo o judicial que resulta dispendioso e incierto. Si se optara por este camino, independientemente de los resultados, que creemos no serían satisfactorios, perderíamos un tiempo valioso de ejecución del proyecto, el cual sería imposible de recuperar. La razón, es que, aunque en el numeral 5º de la cláusula segunda de la AMB-3 se incluyó la potestad unilateral de tomar posesión de la obra en caso de que se avizorará que no se cumpliría con el programa de obra pactado, ello requiere de un trámite administrativo de pronóstico incierto, pues se requiere garantizar el debido proceso, y adicionalmente, sería un procedimiento cuya duración sería mayor al tiempo que se tendría para implementar oportunamente las acciones que le permitan a EPM desviar el rio en junio de 2014.

"En este orden de ideas, si lo que se quiere es no perjudicar las metas físicas del proyecto, prescindiendo del Consorcio Túneles Ituango FS, mediante la alternativa de integrar todas las obras faltantes de desviación al contrato de obras civiles principales, es necesario procurar una salida concertada con el Consorcio Túneles Ituango FS- En otras palabras, si EPM pretende recuperar el programa de obra, debe dejar de lado cualquier intención judicial o administrativa en contra de este consorcio.

"La experiencia nos enseña que, si EPM intenta una toma de las obras unilateralmente, el contratista opondría todo tipo de defensas y resistencia antes de salir del proyecto.

"Mientras tanto, y allí está lo más grave de este escenario, se agotaría el escaso tiempo que hoy se tiene para la implementación de esta estrategia. Si esto no se logra implementar inmediatamente, de nada le sirve a EPM tomar posesión de las obras, pues se aplazaría fatalmente la desviación del rio.

"En el fondo, con esta decisión, EPM está privilegiando un bien superior, garantizar la desviación del rio en junio de 2014, y en consecuencia, comenzar

a restablecer el cronograma que le permita entrar en operación el proyecto en las condiciones inicialmente comprometidas". 98

El análisis que fue realizado por el grupo de profesionales a los que hice referencia, nos sitúa claramente en el escenario de la imposibilidad de iniciar procesos coercitivos en contra del Subcontratista Consorcio CTIFS, toda vez que EPM tenía absolutamente claro, que los bajos rendimientos presentados por éste, estaban ligados a una gran cantidad de factores concurrentes que no posibilitaban la realización de las obras con la eficiencia y rendimiento esperado.

Se ha probado dentro de la investigación fiscal que el plazo de ejecución del Contrato de Túneles de Desviación tuvo variación e impactos relacionados por la ocurrencia de sucesos que se consideraron no atribuibles a EPM ni al sub-contratista Consorcio CTIFS por ser externos a las partes contratantes, a punto que las situaciones exógenas al subcontratista hicieron necesaria la ampliación del plazo del Contrato de Túneles de Desviación mediante la suscripción del Acta de Modificación Bilateral No. 3 al contrato de obra CT-I-2011-000014, según se ha soportado documentalmente.

La celebración del Acta de Modificación Bilateral No. 3 al contrato de túneles de desviación, mediante la cual, entre otras, se amplió el plazo contractual inicialmente pactado con el contratista, se motivó en las siguientes circunstancias que pueden resumirse así:

(i) Falta de disponibilidad del depósito Ticuitá, el cual debía ser acondicionado por parte de otro Contratista;
(ii) Tratamiento de taludes, con soporte adicional, que debieron colocarse dadas las condiciones reales del terreno encontradas en el campo al momento de realizar las excavaciones;
(iii) Demoras en la entrega de las vías de acceso;
(iv) Ajustes indispensables a los diseños de las obras y;
(v) Eventos de orden público ocurridos durante la ejecución de las obras.

Tales situaciones de significativa complejidad y las demás circunstancias dichas, las cuales no podían ser advertidas inicialmente en el diseño del Proyecto, impidieron que el contratista terminara con la totalidad las obras de desviación que estaban a su cargo, dentro de las cuales se encontraban las estructuras de cierre requeridas para la instalación de las compuertas y el llenado del embalse.

Se reitera que, dadas las anteriores situaciones, se condujo a que las partes del Contrato BOOMT se vieran en la obligación de suscribir el Acta Modificatoria Nro. 3 para posponer la materialización de los hitos 1, 2 y 6, lo que quedó soportado en la comunicación de 14 de junio de 2012 remitida por el doctor Luis Javier Vélez Duque, Gerente de EPM-Ituango al doctor Oscar Jaramillo Hurtado, Gerente encargado de Hidroituango, la cual fue enunciada anteriormente.

Ahora bien, es preciso dejar claro que la Junta Directiva de HI accedió a la modificación de las fechas de entrega de los hitos 1, 2, y 6, pero con la advertencia y consigna de que no se accedería a la modificación de la fecha de entrada en operación del proyecto.

Análisis de la inviabilidad de imponer medidas de apremio al contratista EPM.

Como advertí al inicio de este acápite, la Delegada parte de una premisa equivocada, y es suponer que la Junta Directiva de Hidroituango podía en el momento preciso en que se advirtieron los retrasos en las obras de los túneles de desviación, haber instruido al Gerente para que hiciera uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT, las cuales, en relación con el contratista EPM, se trataba de medidas de apremio reguladas en el contrato BOOMT.

Tal exigencia resulta claramente injustificada y sin ningún sustento, si tenemos en cuenta que las medidas de apremio al contratista EPM tan sólo surgían si se verifica el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el hito 9. Así lo consignó en forma expresa el numeral 4.09 Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos, que rezan en la página 42 del contrato BOOMT:

"(i) En relación con las Cláusulas Penales de Apremio para los Hitos 1 a 9 inclusive cuyo cumplimiento deba verificarse en la Etapa de Construcción se procederá de la siguiente manera:

(…)

(ii) La obligación de pagar las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos que deban cumplirse dentro de la Etapa de Construcción, sólo surgirá si el Representante de Hidroituango verifica el incumplimiento de las obligaciones del Contratistas relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento". (negrillas nuestras).

Recuérdese que el Hito fue definido en el contrato BOOMT como "todos y cada uno de los eventos que se describen en los Hitos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 que representan una fecha importante en el programa de ejecución de la Hidroeléctrica y que deben ser cumplidos en las oportunidades previstas en el presente Contrato".99

Y el Hito 9, expresamente se estableció como "la entrada en operación comercial de la Unidad 1 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2019"100

Es decir, según el anterior clausulado, ni mi poderdante ni la Junta Directiva de HI, tenían la posibilidad jurídica dentro del ámbito de la regulación contractual del BOOMT de solicitar medidas de apremio al contratista EPM,

toda vez, que éstas sólo podrían generarse ante el incumplimiento del hito 9 que, naturalmente para la época en que actúo como miembro de Junta Directiva mi poderdante no se había presentado.

La anterior interpretación es coincidente con lo manifestado por la señora Contralora en el auto de imputación de responsabilidad fiscal en la página 426,

"Sin embargo, en acta de Junta Directiva 122 de 9 de marzo de 2011, en la presentación de los elementos esenciales del contrato BOOM a los miembros de Junta, se leen las limitaciones con las que se concibieron las cláusulas penales de apremio:
"d).- Cláusulas penales de apremio en la etapa de construcción
-En el Contrato se pactó que las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos durante la Etapa de Construcción, sólo se harán exigibles si EPM incumple con las obligaciones relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento, esto es, la entrada en operación comercial de la Unidad 1 (Grupo 1 de Unidades) a más tardar el 24 de junio de 2019. (negrillas nuestras).
-Se pactó además que, a opción de EPM, el valor de las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos en la Etapa de Construcción podría ser pagado, o considerado como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración de HI".

De lo anterior, fuerza concluir que Hidroituango podía interponer Cláusulas de Apremio en contra de EPM si se incumplían los hitos 1 a 9 pero sólo podía hacerlas exigibles si, no se lograba la entrada en operación en la fecha programada.

No entiende entonces esta defensa, la contradicción evidente de lo reprochado a mi mandante con lo consignado por la Delegada, pues si sólo podría hacer exigible las cláusulas de apremio si se incumplía el hito 9, y este aún no había acaecido. ¿Como se podría hacer exigible un hecho futuro que estaba supeditado a una condición que aún no se había cumplido?.

Adicionalmente, debe indicarse que la modificación de las fechas de los hitos no afectaba el cronograma que se tenía de cumplimiento ante la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-, dado que en este cronograma la desviación del río Cauca debía hacerse en enero de 2014 y la entrada en operación debía cumplirse, según el cronograma oficial de la CREG, en el año 2017 pero con un año de gracia hasta el 2018.

R/: En relación con la conducta No 2 "*A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM*".

La apoderada metodológicamente lo divide en 2. En primer término estructurará su defensa frente a la conclusión del Despacho, conforme a la cual *"Se encuentra probado que en desarrollo del contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, se presentaron graves atrasos, los cuales tuvieron como causa de un lado la entrega tardía de las vías de acceso al proyecto, pero también situaciones atribuibles al contratista". Por ello reprocha que mi poderdante como miembro de Junta Directiva de Hidroituango haya aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1, avalando las justificaciones dadas por EPM".*

En este punto, la Apoderada procede a explicar las razones que en su entender llevaron a que la junta de Hidroituango accediera a la modificación de los Hitos 1,2 y 6.

Considera que antes de 2012 ya venían presentándose una serie de atrasos debidos a circunstancias exógenas entre los cuales identifica : *"problemas geológicos, inviernos que provocaron derrumbes, invasiones de población foránea con expectativas de indemnización por minería, problemas de orden público, protestas de las comunidades, sumado a que el contratista de las vías de acceso presentaba retrasos en la ejecución del contrato, y poco rendimiento en las actividades, lo cual estaba asociado a los factores antes mencionados".*

Y desarrolla su argumentación, partiendo del acta de junta directiva No 131 y de la comunicación con radicado 2012002331 de 14 de junio de 2012 en la cual se refiere que la necesidad de modificar los Hitos, ocurre por circunstancias ajenas a la gestión y control de parte de EPM Ituango

De donde la apoderada destaca que la razón fundamental para que el contratista de los túneles no haya acometido las obras en las fechas programadas obedece al hecho de que no le fueron entregados los accesos prioritarios "contingencias geológicas, climáticas y de orden público que no eran del control de aquel, ni de Hidroituango ni de EPM Ituango"

Después de analizar las actas de seguimiento al contrato BOOMT que se refieren a tales situaciones, concluye la apoderada que *"Luego de ser analizadas todas las situaciones antes descritas por parte de la Junta Directiva de Hidroituango, se consideró que los atrasos presentados en el cronograma del proyecto, no se debían exclusivamente a los bajos rendimientos que presentada el Consorcio CTFIS, sino a un cúmulo de factores concurrentes, los cuales no era posible prever y conjurar de manera anticipada por el contratista EPM, y que además se ajustaban a las salvedades previstas por EPM al momento de suscribir el contrato BOOMT"*

En primer término, es necesario precisar que sobre este argumento, de manera estratégica, la apoderada cita exclusivamente y de manera parcial, las actas del comité de seguimiento al contrato BOOMT 12, 13 y 14 **y obvia el contenido de las**

actas 9 de 24 de enero de 2012, 10 de 22 de febrero de 2012, 11 de 23 de abril de 2012, 16 de 20 de septiembre de 2012 y 17 de 25 de octubre de 2012.

De la lectura cuidadosa de las actas anteriormente enunciadas, y que fueron referidas en los hechos de esta causa fiscal, resulta evidente que no se ajusta a la realidad de los hechos la aseveración de la apoderada conforme a la cual las situaciones presentadas obedecieron única y exclusivamente a situaciones que no eran atribuibles a los miembros del consorcio contratista de los túneles de desviación y por ende tampoco a EPM. Pues si bien, desde el auto de imputación, se ha reconocido la existencia de otra serie de situaciones adicionales entre ellas de orden geológico, predial, acceso de vías, climático, entre otros, también se ha precisado que no se trataba de situaciones imprevisibles y/o exclusivas que fueran suficientes para constituirse en una causal eximente de responsabilidad.

Sobre el particular, resulta necesario recordar los requisitos que la legislación civil ha planteado para la configuración de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, que son los criterios acogidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

> *"Sus elementos han sido desarrollados, principalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil[330] y allí se ha indicado que el hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor debe reunir las siguientes tres características:*
>
> *• **Imprevisible** (imprevisibilidad). Significa que quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia[331]; es decir, que no había alguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el hecho*

[330] Independientemente de la teoría "monista o unitaria" en la cual sea acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor; o la "dual o dualista" bajo cuya consideración se dividen ambas figuras hasta el punto de considerar que sólo la fuerza mayores causal eximente de la responsabilidad del Estado. Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de enero de 1993, Exp. 7365.
Para profundizar sobre la distinción entre la causa que origina la fuerza mayor y el caso fortuito ver Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Contratos Administrativos. Teoría General. Tomo III-A. Cuarta Edición Actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2011. Págs. 272-281; Mazeaud, Henri, Mazeaud León y Tune, André. Tratado de Responsabilidad Civil. Quinta Edición, Tomo II, Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977.
Págs. 147-150 y 162-213 y Diez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo V. Reimpresión. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 2014. Págs. 64-65.

[331] En la sentencia del 26 de marzo de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que: «[...] la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.[...]».

imprevisible es aquel «que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia».
*• **Irresistible** (irresistibilidad). Implica que el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Es decir, hace referencia a que quien alegue la fuerza mayor debe probar que la situación que invoca conllevó la imposibilidad de cumplir o de obrar de manera diferente a como lo hizo; por lo tanto, no se trata de una simple dificultad sino de un verdadero obstáculo insuperable.*
*• **Extraño o exterior** (no imputabilidad o ajenidad). Significa que no puede alegar esa causa quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado[332]; es decir, el afectado no puede haber intervenido en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, de forma que no haya tenido control sobre la situación ni injerencia en esta[333]. Por esa razón el acontecimiento no puede ser imputable a la persona.*

Sobre este último elemento la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en señalar que la exterioridad se concreta en que el acontecimiento o circunstancia que se invoca como causa extraña, también debe resultarle ajeno jurídicamente, esto es, que quien lo alega no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma, es decir, que estuvo fuera de su acción y por el cual no tiene deber jurídico de responder"[334].

Adicional a lo anterior, tal y como puede verse en el auto de imputación, en lo que se refiere a la conducta de los integrantes del consorcio CTIFS, en los diferentes informes de interventoría, resulta claro que aún cuando se les reconocieron mayores tiempos por algunas circunstancias, como bloqueos o problemas geológicos, lo cierto es que el contratista seguía presentado graves atrasos, lo que desvirtúa la aseveración de la apoderada.

También, es necesario precisar que los miembros del consorcio CTIFS al momento de contratar, de cara específicamente a los aspectos geológicos, en el Pliego de Condiciones[335] respecto de la información suministrada aceptaron lo siguiente:

"TOMO 3 – Información de referencia
Clima – Hidrología – Hidráulica

[332] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 17 de octubre del 2000, radicación Ac-11760, actor: Luis Fernando Benítez Vargas, Accionado: Luis Fernando Almario Rojas.
[333] Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia del 26 de marzo de 2008 Expediente No. 16.530. En esta providencia se hace una crítica sustancial al requisito porque, señala, « [...] resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración –al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna [...]».Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación n° 76622-3103-001-2009-00201-01. Sentencia de fecha 28 de abril de 2014.
[334] Sentencia T-271 de 2016 Corte Constitucional.
[335] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Precontractual\7. Pliego de Condiciones

Caracterización geológica y geotécnica
Estudio de impacto ambiental

El Tomo 3 – Información de referencia - se facilita únicamente para fines informativos. Por lo tanto, HIDROITUANGO no garantiza que la información contenida en dicho Tomo sea exacta o típica o que represente parcial o totalmente las condiciones que se encontrarán durante la ejecución del contrato, o que sea indicativa de que no puedan encontrarse situaciones diferentes durante la ejecución de la obra. HIDROITUANGO tampoco garantiza que dicha información contenga todos los datos que existen ni que contenga la información que el Proponente pueda considerar como más importante.

El Proponente deberá hacer sus propias interpretaciones de la información contenida en el Tomo mencionado en el anterior párrafo y obtener por su cuenta y riesgo y a su cargo todos los demás datos que requiera. Al formular los precios de la propuesta y evaluar el costo potencial de los riesgos inherentes, el Proponente deberá considerar que las condiciones que realmente se encontrarán durante la ejecución del contrato podrán ser diferentes o estar por fuera de los límites de lo indicado en la información suministrada.

Por consiguiente, será de la total responsabilidad del Proponente la interpretación de la información contenida en el Tomo 3 – Información de referencia - y la estimación de la incidencia que pueda tener sobre los precios o plazos de la propuesta. En consecuencia, HIDROITUANGO no asume ninguna responsabilidad por cualquier interpretación, deducción o conclusión que pueda hacerse sobre dicha información o a partir de ella".

Igualmente, en lo que se refiere a los aspectos sociales en dicho pliego se consagró textualmente que: *"EL CONTRATISTA deberá informarse de las condiciones y características socioeconómicas, políticas y culturales de la zona, para así poder organizar y planear acciones con otras entidades involucradas en la gestión social y que estén previamente autorizadas por HIDROITUANGO".*

De donde resulta evidente que tanto las situaciones geológicas como sociales de la zona eran de conocimiento de los miembros del consorcio subcontratista e implicaban acciones positivas de su parte para gestionar lo correspondiente a los riesgos que pudieran derivarse de las mismas.

Así mismo, en las actas atrás referidas se encuentran situaciones que sí son atribuibles a EPM, comenzando por el hecho de que desde un principio tuvo inconvenientes para precisar cuál era el cronograma que debía cumplir el consorcio,

lo que dio pie para que se dieran discusiones y que el contratista desde el principio no se comprometiera con fechas claras a lograr las metas de su contrato.

De igual manera, en las actas de comité de seguimiento al contrato BOOMT obviadas por la apoderada también se aprecia que se generaron situaciones que llevaron a EPM a informar que iba a iniciar los procedimientos para la aplicación de multas.

También, dentro de las actas transcritas por la Apoderada, se demuestra que EPM desde el principio del contrato con el consorcio CTIFS estudió la posibilidad de ceder parte o la totalidad del contrato al contratista de obras principales, lo que finalmente tuvo que hacer primero parcialmente a mitades de 2013 y luego de manera total a finales del mismo año.

Adicional a lo anterior, el Despacho en el auto de Imputación al referirse a la responsabilidad que le asiste a los miembros del consorcio CTIFS[336], estudió los diferentes informes de interventoría y exaltó lo siguiente:

> *6. "El primer informe de interventoría de septiembre de 2011, da cuenta, en cuanto a las obras correspondientes a la construcción de los túneles de desviación y portales de entrada y salida, la galería de construcción superior norte y el túnel de acceso a la casa de máquinas, indicó: - Se reportan atrasos - Se afirma que, pese a contar con vía de acceso al portal salida del tunel de desviación a nivel de sib-rasante, el contratista no ha dispuesto equipo ni personal para iniciar al excavación del portal. - Se afirma que en una reunión sostenida entre el contratista y la interventoría, se adujo que se podían ir adelantando obras. - Que la excavación de los portales de aguas arriba y aguas abajo presenta un atraso de 9 días.*
>
> *7. A su turno, el segundo informe de interventoría de octubre de 2011, se señala lo siguiente: Pese a que la vía de acceso al portal de salida de los túneles de desviación estuvo transitable desde el 15 de octubre de 2011, desde esa fecha hasta el 25 de octubre de 2011 el contratista no realizó ningún avance en el portal de salida de los túneles de desviación. Se reporta atraso de 15 días. Se concluye que hasta el momento los atrasos se presentan en las obras preliminares y en las excavaciones del portal de salida y que esos atrasos se estan midiendo con base en la fecha de inicio, es decir el 16 de agosto de 2011 y la fecha de programación inicial.*
>
> *8. Tercer informe de interventoría de noviembre de 2011*

[336] Auto No..1484 de 2 de diciembre de 2020. Folio 17.875 y s.s.. Pág. 217 y s.s.

Pese a que el contratista solicita acceso a unas zonas de depósito de material, sin la cual a su juicio no se pueden realizar trabajos de manera continua, la interventoría le informa que la misma le será entregada y que por el momento dispone de la zona de depósito K2+600, la cual compartirá con el contratista encargado de construir las vías de acceso al proyecto.

Pese a que el contratista alega la existencia de error en uno de los puntos de referencia, la interventoría le hizo saber que ese error no afecta los trabajos de excavación de los portales.

a. En relación con las obras de excavación del portal de salida de los túneles de desviación se afirma que se presenta un atraso de 15 días.

9. El cuarto informe de interventoría de diciembre de 2011, indica que, en cuanto a las obras del portal de salida de los túneles de desviación:
Se aduce que el rendimiento obtenido por el contratista fue inferior al ofrecido en el programa de trabajo detallado, ***consistente en excavar 44.100 m3 en 55 días, lo que significa 801 m3 por día, mientras que lo realmente excavado fue de 243 m3 por día, lo que equivale a casi un tercio a lo ofrecido.***
Con respecto a las obras relativas a la casa de máquinas, túnel de acceso y galerías de construcción:

- *Pese a que la vía de acceso al frente de trabajo se entregó el día 29 de noviembre, siendo que su entrega estaba pactada para el 14 de octubre de 2011,* ***el contratista presentó rendimiento inferior al ofrecido, puesto que pretendía excavar 53.000 m3 en 78 días, lo que significaba 679 m3 por día mientras que realmente, para diciembre de 2011, excavó 343 m3 por día, casi la mitad de lo ofrecido.***

Así las cosas, concluye el interventor:

En términos generales, los rendimientos obtenidos en las excavaciones son inferiores a los programados_ En portal salida se han obtenido rendimientos promedia de 311m3/día, y el rendimiento programado fue de 602m3l día; en cata de máquinas se han obtenido rendimientos promedio de 383m31/día y se habla programado rendimiento de 679m3/día, situación que indica que el contratista debe incrementar sus recursos en personal y equipo, para poder responder con sus compromisos de obra.

10. El quinto informe de interventoría de enero de 2012, refleja también los reiterados incumplimientos del contratista, al respecto se indica:
La Interventoría con las comunicaciones INT-0C-CTIFS-048,111, e IP T-0C-CTIFS-048,11 del 12 de diciembre de 2011 y INT-0C-CTIFS-000112 del 11 de enero da 2012 presenta al Contratista un análisis sobre el estado de desarrollo

de las obras y advierte sobre el incumplimiento de los dos primeros hitos del contrato relacionadas con el inicio de la excavación del túnel de desviación por el frente de aguas abajo y del túnel de acceso a la casa de máquinas. En estas comunicaciones se recalcan los bajos rendimientos obtenidos por al Contratista en la excavación de los portales de sendos túneles, se Registra al incumplimiento de loe doe primeros hitos parciales del contrato y solicita la adecuada planeación de las obras y la disposición de las estrategias y recursos requeridos para ajustar el programa de la otra.

El Contratista en diferentes comunicaciones (00-039.11 del 12 de diciembre de 2011, DO-044-11 del 12 de diciembre de 2011, DO-046-11 del 16 de diciembre de 2011. DO- 052-11 del 08 de enero de 2012, 1210-0k53-11 del 08 de enero de 2012, DO-065-11 del 08 de enero de 2012 y DO-084-12 del 14 de enero de 2012) ha expresado de manera reiterada que los atrasos en el avance de las obras obedece a lo que en su opinión considera, incumplimientos de la Entidad Contratante como lo son: la entrega tardía e incumplimiento de las condiciones geométricas de las vías de acceso a Ice diferentes frentes de trabajo; las no entrega con la debida oportunidad de las zonas de depósito especificadas en los documentos del contrato, la designación de una zona de depósito temporal; y la inoportuna entrega y recibo de las referencias topográficas, además del error encontrado en las coordenadas de une de los puntos de ,dichas referencias.

La Interventoría ha dado respuesta a cada una de las supuestas causales indicadas por el Contratista, manifestando que algunas de las justificaciones no tienen asidero contractual y para otras no demuestran de manera concreta y objetiva loe supuestos efectos perjudiciales que el Contratista les quiere atribuir. En cambio dice la Interventoría, lo que si se constituye en un hecho evidente es la actitud poco diligente y descuidada del Contratista en cuanto al cumplimiento de unas obligaciones contractuales preparativas necesarias para una correcta y cumplida elocución del contrato y que tienen relación con: la planeación y programación de las obras; conformación oportuna de una organización básica para la dirección, administración, y supervisión de loa trabajos; presentación de metodologías constructivas; consecución oportuna de equipos, construcción de campamentos e instalaciones industriales en el tiempo programado: presentación de ensayos preliminares de materiales; y planeación para el ingreso de materiales e insumos y su disposición en el sitio de los trabajos. Obligaciones que en buena parte determinan el debido cumplimiento de un programa de obra_ Incumplimientos que bien se pueden evidenciar en la nutrida sane de comunicaciones cruzadas sobre dichos asignarte y el constante tratamiento de los mismos en los comités de obra.

Finalmente, señala el interventor que:

*"En opinión de la interventoría, puede predicarse que, de realizar un balance del cumplimiento de las obligaciones de "las partes", **la balanza se inclina más a los efectos adversos derivados de los propios incumplimientos del contratista que a los presuntos efectos de las causas argumentadas por el contratista**"*

5. Sexto informe de interventoría correspondiente a febrero de 2012 En este informe, la interventoría, nuevamente, expresa su preocupación en el atraso del contratista, señalando específicamente que se corre el riesgo de no cumplir los plazos contractuales para la terminación de las obras. EPM y el consorcio Contratista, después de haber analizado las causas de los atrasos y revisar algunas alternativas, acordaron la construcción de una galería para acceder a los túneles de desviación. Pese a que el contratista aduce que no le entregaron vías a nivel de afirmado, el interventor recuerda que en los documentos. contractuales no está establecida la obligación de entregarle vías en material de afirmado. Que el rendimiento de la excavación de la galería acordada y del portal de salida de los túneles de desviación es inferior a la ofrecida inicialmente, incluso la interventoría aduce que pese a haber mejorado el rendimiento de las excavaciones, aún sigue siendo inferior al ofertado

6. Séptimo informe de interventoría de marzo de 2012 El contratista alega que las vías no se encuentran con material de afirmado ante lo que la interventoría responde que de conformidad con los documentos contractuales no está expresamente pactada la obligación de la entidad de entregar las vías a nivel de afirmado. El contratista aduce que se presentan incongruencias entre los valores de calidad de la roca calculados directamente en la obra y los estimados por sus técnicos, considera prudente ampliar tipologías de los sostenimientos, no obstante, la interventoría no concuerda con los valores que se da a cada uno de los valores de la roca del sistema de clasificación de masas rocosas, por lo tanto, ratifica la calificación inicial realizada entre la asesoría y el contratista. ***En cuanto el reconocimiento de mayor consumo de cemento en la inyección de pernos, es importante resaltar la respuesta dada por la interventoría:***

Reconocimiento de mayor consumo de cemento en la inyección de pernos por las condiciones geológicas existentes. El contratista solicita el reconocimiento de la cantidad adicional de cemento, que en su opinión, utilizó en la colocación de pernos con la lechada en el talud derecho del portal salida de los túneles de desviación la interventoría considera que no existe fundamento contractual para el reconocimiento solicitado en razón de: a) el no agotamiento con la debida oportunidad de las alternativas contempladas en las especificaciones las cuales permitían la utilización de mortero en lugar de lechada; b) era previsible las condiciones de permeabilidad del terreno, situación que debió considerar al momento de establecer los precios unitarios para la colocación de pernos. Esta apreciación se sustenta en el hecho de que el contratista durante el proceso licitatorio conoció de la presencia en el sitio de las obras de un conjunto de gneises con estructura esquistosa, así como de depósitos aluviales y aluviotorrenciales, material que por su estructura y variedad, es de esperarse presenten alta permeabilidad.

Pese a que ha mejorado, se reporta rendimiento inferior al ofertado en la excavación del portal de salida de los túneles de desviación.

8. Octavo informe de interventoría de abril de 2012. La interventoría reporta, nuevamente, que el rendimiento del contratista en la excavación del portal de salida es inferior a la ofertada. Incluso, a folio 38 de ese informe de interventoría se observa que la interventoría afirma que "el rendimiento

máximo obtenido fue de 5.200 m3/día, laborando en dos turnos, ***lo que indica que los rendimientos ofertados se pueden cumplir disponiendo de mayores recursos."*** *- En cuanto al rendimiento de las excavaciones del portal del túnel de acceso a la casa de máquinas, afirma la interventoría que el rendimiento presentado por el contratista en abril disminuyo en comparación con los dos meses anteriores, toda vez que no realizó actividades de excavación de manera continua.*

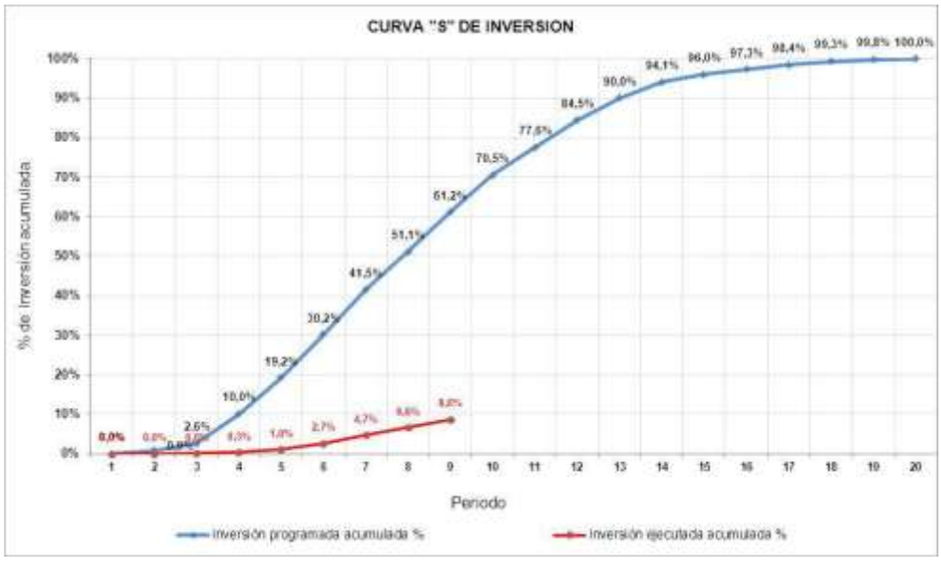
El contratista alega que el bajo rendimiento, inactividad y averías sufridas por sus equipos son a causa del mal estado de las vías, no obstante, la interventoría responde que entre las causas de la inoperatividad de los equipos se encuentran la falta de combustibles y operadores y la calidad del mantenimiento, hechos que son ajenos al estado de las vías. Aduce por último que después de 8 meses de ejecución contractual el contratista no cuenta con un taller en operación.

- La interventoría cuestiona sobre el bajo rendimiento y comunica sobre problemas mecánicos del equipo de lanzado. El contratista alega que no le habían sido entregados los planos de construcción de la galería de aguas arriba, pese a que la orden de inicio fue mes y medio antes. Ante esta información la interventoría hace saber que le fue entregada con anticipación la cartera topográfica y el plano con el cambio de alineamiento vertical, razón por la cual no tuvo ninguna repercusión en las actividades de excavación y soporte de la galería.

<u>9. Noveno informe de interventoría de mayo de 2012</u>. La interventoría nuevamente realiza anotaciones acerca del atraso en la ejecución de las obras, de la afectación del programa y hace saber al contratista acerca del riesgo de incumplir los plazos de importante interés para el proyecto. Agrega que se deben tomar medidas para recuperar os atrasos y terminar las obras en el tiempo contratado. Específicamente, en cuanto al rendimiento de las excavaciones exteriores en el portal de salida, se aduce que ***el contratista ha aumentado el rendimiento en relación con periodos anteriores, no obstante debe disponer de más personal y equipos para que al menos logre los rendimientos ofertados.*** *En relación con las excavaciones exteriores en el portal del túnel de acceso a casa de máquinas, se reporta que en mayo se tuvo un rendimiento menor al programado; se añade que el rendimiento de ese periodo disminuyó en relación con los meses de febrero y marzo.*

En el gráfico anterior se observa que en el mes de mayo se tuvieron varios días de inactividad. El pico máximo de excavación en el mes fue de 2493 m3/dia, trabajando en jornada diurna y nocturna lo que indica que si es posible mejorar el rendimiento con el equipo, materiales, personal y trabajando a doble turno para garantizar la terminación de la actividad sin mayores atrasos.

La siguiente gráfica se puede apreciar la gran diferencia entre el avance obtenido por el contratista y el programado, donde en el 10 mes de obras han ejecutado lo que estaba programado a ser realizado entre el mes 3 y 4



El interventor afirma que, pese a que las vías de acceso no se entregaron en las fechas convenidas, si se toma como fecha la de entrega real, en todo caso, de igual manera, se estarían generando retrasos: "Es importante resaltar que parte de los atrasos son ajenos al Contratista, ya que se le entregaron las vías de acceso más tarde de lo convenido, además para las obras del portal entrada apenas se está construyendo la galería a plazoleta de compuertas que permitirá acceder al sitio de las obras, sin embargo, ***sí se desplazara en el tiempo los días correspondientes a la entrega de las vías, también se generarían atrasos con respecto a estas nuevas fechas"***

10. <u>Décimo informe de interventoría de junio de 2012</u> - En relación con el portal de entrada de los túneles de desviación, en cuanto a la galería aguas arriba, la misma se terminó con 31 días de atraso. En cuanto a la galería a plazoleta de compuertas, se obtuvo un rendimiento menor al programado. En cuanto a la galería aguas abajo, se obtuvo un rendimiento menor al programado. En cuanto al rendimiento de excavación del ramal 2 derecho, fue inferior al ofertado. - El rendimiento de las excavaciones exteriores en disminuyó en este período y es inferior al ofertado. - El interventor afirmó: el portal de salida ***"El pico máximo de excavación en el mes fue de 3094 m3/día, trabajando en jornada diurna y nocturna lo que indica que, si es posible mejorar el rendimiento con el equipo, materiales, personal y trabajando a doble turno para garantizar la terminación de la actividad sin mayores atrasos."*** *(Negrilla fuera de texto).*

11. <u>Décimo primer informe de interventoría de julio de 2012</u> - Se reportan, nuevamente, atrasos en las excavaciones de las obras contratadas. Se reporta que no se tiene el rendimiento ofertado

Aduce que, pese a que parte de los atrasos no son imputables al contratista, en ***todo caso si los desarrollos de las obras se contaran desde las fechas de entrega de las vías, también se generarían***

atrasos. *- Reporta que una fracción del concreto lanzado no tienen el desempeño requerido.*

12. Décimo segundo informe de interventoría de agosto de 2012. - Se reportan atrasos en las obras y bajo rendimiento en las excavaciones realizadas en comparación con lo ofertado. En cuanto a las excavaciones subterráneas se afirma que los rendimientos de excavación obtenidos en agosto de 2012 fueron inferiores a periodos pasados. Nuevamente se afirma que no todos los atrasos son imputables al contratista, en razón de que las vías de acceso no se entregaron en las fechas acordadas, no obstante parte de ellos si le son atribuibles.
Es importante resaltar lo siguiente:

La interventoría en diferentes comunicaciones y comités de obra ha solicitado al contratista el retiro de material inapropiado proveniente de la excavación de las galerías aguas arriba y de acceso a la plazoleta de compuertas (cota 260), esto con el fin de que el contratista de las vías de acceso al proyecto, quien en un determinado momento realizó trabajos en esta zona de depósito, procedía a adecuar el sitio y permitía el acopio del material de sobre tamaños que Contratista túneles Ituango debe almacenar en este sitio. Ante la demora del Contratista Túneles Ituango en el retiro de dicho material, la interventoría le definió un plazo perentorio para que diera cumplimiento a la solicitud.

13. Décimo tercer informe de interventoría de septiembre de 2012 - Reporta atrasos en las obras contratadas y bajo rendimiento en las excavaciones en relación con el ofertado. En este informe de interventoría es pertinente resaltar que el contratista conocía de las eventuales alteraciones del orden público que se iban a presentar, motivo por el cual, actuando diligentemente, debió tomar las medidas necesarias para evitar más atrasos de los que ya se presentaban, sobre el particular:
"Con las comunicaciones DO-269-12 del 28 de agosto de 2012 dirigida a EPM y DO-288- 12 dirigida a la Interventoría y recibida el 6 de septiembre de 2012, el Contratista hace referencia a los hechos de alteración del orden público que, según él, han causado afectaciones sobre el normal desarrollo de las obras. En ellas hacen los siguientes pronunciamientos: a) Que las situaciones de orden público presentadas son un "alea anormal" cuya atención no puede ser soportada ni manejada por él, b) que la situación ha sufrido un gran desmedro con respecto al momento valorar la oferta, c) Solicitan a EPM evaluar, junto con las Autoridades civiles y militares la situación, para tomar las medidas más adecuadas frente al proyecto mismo y a la seguridad de las personas, pues no quieren verse abocado a tomar medidas extremas como la cesación de los trabajos o el retiro del personal para garantizar su seguridad y salvaguardar su vida e integridad, d) Expresa que recibiría con agrado, salidas como la suspensión temporal del contrato o el compromiso de una vigilancia extrema por parte de las autoridades, salidas que se tratarían en una mesa de discusión, con el único fin de minimizar los riesgos y garantizar que puedan cumplir con los compromisos contractuales, sin arriesgar la vida del personal,

la maquinaria y equipos, así como, la restauración de un ambiente adecuado y propicio para desarrollar el trabajo que se les ha encomendado, e) Encuentran que en el contexto de este acuerdo de voluntades, los eventos presentados son típicos casos de fuerza mayor o caso fortuito y en tal sentido, de no darse una solución concertada y definitiva al asunto, evaluarán la posibilidad de solicitar la suspensión del contrato.

Al respecto, ***la Interventoría considera: a) Con anterioridad al 25 de agosto de 2012 el Contratista fue previamente informado sobre la intención de la comunidad de realizar una protesta, razón por la cual se presupone que el Contratista adelantó todas las gestiones para garantizar la disponibilidad de todos los recursos y provisiones necesarias para desarrollar los trabajos con la mínima interrupción posible, b) Debió aplicar el plan de seguridad y plan de contingencia que garantizaran la seguridad del personal, equipos e instalaciones, ante estos eventos, c) No se encuentra procedente la solicitud del Contratista a EPM de evaluar, junto con las autoridades civiles y militares la situación, para tomar las medidas más adecuadas frente al proyecto mismo y a la seguridad de las personas, pues los documentos del contrato son claros en el establecimiento de las responsabilidades de cada una de las PARTES en cuanto a las situaciones de orden público en la zona del Proyecto,*** *d)* ***LA OBRA HA ACUMULADO SIGNIFICATIVOS DÍAS DE ATRASOS POR HECHOS DIFERENTES A LOS EXPUESTOS EN SUS COMUNICACIONES Y QUE SON DE LA ENTERA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA, TALES COMO ADECUADO PLANEAMIENTO Y METODOLOGÍA DE TRABAJO, INSUFICIENCIA DE EQUIPOS EN BUEN ESTADO DE OPERACIÓN, ADECUADAS INSTALACIONES INDUSTRIALES, SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES, DEFICIENCIAS EN LA PROGRAMACIÓN DEL CONTRATISTA, Y BAJO RENDIMIENTOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS LABORES,*** *e) EPM no está dispuesta a suspender el contrato, y ante la gran envergadura e incuestionable proyección e interés público del Proyecto, realizará todos los esfuerzos necesarios que propicien el cumplimiento de los compromisos de generación contraídos." (Negrilla y mayúscula fuera de texto)*

De lo anterior se observa claramente que el contratista, no tomó las medidas necesarias para hacer frente al impacto de la alteración de orden público, de igual manera se le reprochó que parte de los atrasos son exclusivos de su responsabilidad, atribuible a la falta de planeación y metodología de trabajo, no disponer de equipos en buen estado para la realización de las obras, no tener unas buenas instalaciones industriales, haber suspendido actividades, entre otras

Afirma el interventor que pese a haberse aprobado un programa de trabajo, que tuvo en cuenta los atrasos, estos mismos siguen presentándose en todos los frentes de trabajo.

Concluye que en el portal de entrada los rendimientos son demasiado bajos de 438 m3 por día, siendo que se habían ofrecido 1600 m3 por día, por lo cual se afirma que no cuenta con los equipos y recursos requeridos.

Otra afirmación que permite deducir la falta de diligencia del contratista se aprecia a continuación:

Si se continúa avanzando con los rendimientos actuales se compromete la terminación de la obra en el plazo contractual. Los frentes que presentan mayor atraso corresponden a las excavaciones por portal de entrada, que de continuar como hasta la fecha llevarían la terminación de las obras hasta noviembre de 2013. Además la construcción del tramo del túnel derecho desde el portal de salida se prolongaría hasta mediados de mayo de 2013.

*La tardanza en la construcción del túnel de acceso a casa de máquinas, airase la construcción de la galena superior norte y se estarle terminando por fuera del plazo contractual, la cual tiene su inicio en la abscisa k 0*634,54 del túnel de acceso cual falta excavar 516,54 m. Con loa rendimientos promedio obtenidos (3,38 micha) tardarían 153 días más para llegar a la abscisa k 04341..64, o sea que la galería superior norte se iniciaría el 26 de febrero de 2013. Si se excava esta galería con los rendimientos obtenidos en el túnel de acceso, la construcción de los 137,0 m tardarla 42 días, o sea que se terminarla el 7 de abril de 2013. Con los atrasos generados en la construcción del túnel de acceso a casa de máquinas se está comprometiendo la fecha de finalización del programa maestro de EPM, ya que el Contratista de obras principales debe iniciar sus obras con la continuación de los túneles hasta llegar al sitio de construcción de la casa de máquinas. Si este lunes no se entrega con la debida oportunidad se impactará el inicio de esta actividad de excavación de la caverna de máquinas, que de acuerdo al programa general de EPM se encuentra en la ruta critica*

La Interventoría en repetidas ocasiones ha manifestado al Contratista a través de comunicaciones, comités de obra y reuniones en obra sobre la necesidad de disponer los recursos en personal, equipa y materiales para acometer vanas frentes de trabajo pata incrementar rendimientos con el objeto de lograr cumplir con el programa de obra. Además se le ha solicitado la presentación de alternativas que permitan recuperar loe atrasos, san embargo el Contratista ha hecho caso omiso y no se tiene respuesta a estas peticiones.< ni en obra se observe la implementación de acciones remediales para aumentar la productividad en bs frentes de excavaciones en superficie y subterráneas.

La interventoría hizo saber que el seguimiento al avance de las obras lo hizo con el programa originalmente aprobado, porque solo hasta el 6 de julio de 2012 se oficializó el programa de obra que contempla las demoras en la entrega de las vías de acceso y la no disponibilidad de una zona de depósito. Pese a lo anterior, a lo largo del informe, la interventoría, en octubre de 2012, sigue reportando atrasos y bajos rendimientos en los frentes de trabajo

Nuevamente se afirma que los rendimientos son muy bajos y que si no se dispone de los equipos y recursos requeridos no se cumplirá con el plazo contractual.

En cuanto a los atrasos en las excavaciones subterráneas se aducen CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA como las siguientes: i) Utilización del mismo equipo para realizar avances en dos frentes de trabajo a la vez, por lo cual es necesario esperar mientras se desocupan los equipos en un frente de trabajo para utilizarlos en otro. ii) La falta de disposición de instalaciones industriales. iii) daños en los equipos, iv) procesos constructivos inadecuados

Informa que, conforme al rendimiento de ese mes, las excavaciones del portal de entrada se extenderían hasta noviembre de 2013, fecha que supera a lo

contratado. Importante resaltar que el atraso de algunas obras tiene como consecuencia que no se puedan ir desarrollando otras.

CON EL ATRASO QUE SE PRESENTA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TÚNEL DE ACCESO A LA CASA DE MAQUINAS, NO ES POSIBLE QUE, DENTRO DEL TERMINO, EL CONTRATISTA DE OBRAS PRINCIPALES INICIE SU OBRA CON LA CONTINUACIÓN DE LOS TÚNELES HASTA LLEGAR AL SITIO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CASA DE MAQUINAS, SI NO SE ENTREGA A TIEMPO, SE IMPACTA EL INICIO DE LA OTRA EXCAVACIÓN, TENIENDO COMO CONSECUENCIA QUE SE COMPROMETA LA FINALIZACIÓN DEL PROGRAMA MAESTRO DE EPM.

*- Otro ejemplo de la **FALTA DE DILIGENCIA** del contratista se presenta con la siguiente afirmación: La Interventoría en repetidas ocasiones ha manifestado al Contratista a través (fe comunicaciones, comités de obra y reuniones en obra sobre la necesidad de disponer los recursos en personal, equipo y materiales para acometer vanas frentes de trabajo para incrementar ~mientas con el objeto de lograr cumplir con el programa de obra. Además se le ha solicitado te presentación de alternativas que permitan recuperar los atrasos, sin embargo el Contratista ha hecho caso omiso y rio se tiene respuesta a estas peticiones, ni en obra se observa la implementación de acciones remediales para aumentar la productividad en los frentes de excavaciones en superficie y subterráneas,*

*15. Décimo quinto informe de interventoría de noviembre de 2012 - El interventor hizo saber al contratista que está teniendo bajos rendimientos y que presenta un atraso acumulado, por lo que el plazo contractual se ve afectado. Que está incumpliendo los compromisos del contratista, situación que es perjudicial para el proyecto. - El contratista aduce problemas relativos a falta de energía eléctrica, no obstante, en el pliego de condiciones el suministro de energía qué requieran los frentes de trabajo es una obligación que está a su cargo. - Nuevamente la interventoría aduce que se presentan atrasos en todos los frentes y que la fecha de terminación de cada uno de estos continúa aumentándose en el tiempo. Aunque se adoptó la construcción de la galería aguas abajo en aras de optimizar el tiempo requerido, no se ve la ventaja de la misma ya que para la excavación de esta se han tenido **rendimientos muy bajos.***

*Es importante resaltar que **los atrasos presentados por el consorcio CTIFS tienen como consecuencia que el contratista de las obras principales del proyecto no pueda empezar la excavación de la caverna de máquinas. LOS ATRASOS DEL CONSORCIO AFECTARÍAN EL PROGRAMA DE LAS OBRAS PRINCIPALES.***

Se cita aparte importante de este informe:

La interventoría continua manifestando al contratista y a EPM, su preocupación porque no están tomando las medidas pare remediar los atrasos en las obras. El contratista continúa sin ejercer control sobre la programación y ejecución de las actividades, además no dispone de los recursos en equipo, personal y materiales para acometer todos los frentes disponibles a la vez y carece de instalaciones industriales suficientes para atender los sitios de trabajo.

16. Décimo sexta acta de interventoría de diciembre de 2012 - El contratista informó que suspendió trabajos, retiro personal y disminuyo los rendimientos

debido a la protesta de la comunidad y el hostigamiento de personas al margen de la ley (el 12, 13, 26 y 27 de agosto de 2012) por lo que suspendieron actividades por 6 días, no obstante el interventor le contestó que presento atrasos en solo 3 días y que al comparar los rendimientos de 15 días antes y 15 días después de las fechas que se mencionaron, se deduce que los rendimientos obtenidos fueron similares a las normalmente logradas. Menciona la interventoría ***"no son los hechos externos los que primordialmente han afectado los rendimientos de los trabajos y así lo ha hecho saber al contratista (...)"***

- El contratista aduce que problemas relativos a la falta de energía eléctrica y la interventoría responde que el suministro de energía a los frentes de trabajo es su obligación contractual conforme al pliego de condiciones.

- Se adoptó un nuevo programa de trabajo en el que se terminarían todas las obras necesarias para desviar el Río Cauca el 31 de julio de 2013, además que las obras exteriores del portal de entrada se terminarían el 26 de agosto de 2013. La interventoría dice que es posible terminar en estas fechas si el contratista acelera los trabajos, termina concluyendo la interventoría:

"Se espera que con el compromiso adquirido por el Contratista y el establecimiento de nuevas hitos contractuales, logre terminar las obras en las ***nuevas*** *fechas previstas y el Contratista de obras principales pueda ingresar* ***ID*** *más pronto posible a iniciar las obras que le corresponde realizar rara la desviación del río y las demás obres asignadas".*

- La interventoría le hizo saber al contratista que por más de un año no contó con un profesional de geotecnia, pese a que es un cargo importante para el proyecto.

Pese a que con la adopción del nuevo programa de trabajo el contratista consideró realizar un avance importante en los meses de enero, febrero y marzo para ponerse al día con los atrasos acumulados hasta diciembre, en enero continúo acumulando trabajo v, por ende, presentando atrasos.

El interventor hace saber que puede ser necesario adoptar una jornada nocturna para cumplir con los plazos contractuales.

Que el contratista no cuenta con la cantidad de equipo requerida para terminar las obras en la nueva fecha programada, ya que debe desplazar el equipo entre los frentes, situación que genera más atrasos".

Y así continuó durante todo el año 2013.

Los anteriores informes que se refieren a lo ocurrido en el periodo que va desde septiembre de 2011 y hasta diciembre de 2012, demuestran que lo afirmado por la apoderada en relación con los motivos por los cuales se tomó la decisión por parte de la Junta directiva de modificar la fecha del Hito 1, no obedeció a situaciones exógenas no atribuibles a EPM ni al subcontratista.

Por el contrario de la lectura de los informe de interventoría resulta evidente que la razón de los atrasos en su mayor parte obedece a la falta de personal, de maquinaria, inclusive el contratista duró trabajando 1 año sin contar con un profesional en geotecnia, esto en una zona con las dificultades Geológicas conocidas tanto por EPM como por el subcontratista.

Cabe recordar que, en virtud de los principios de no coadministración y no control previo es evidente que la escogencia del contratista y los manejos que se realicen en relación con el mismo son de responsabilidad exclusiva de EPM, por lo que

contrario a lo que considera la apoderada, ante situaciones tan graves como las que se dieron con el consorcio CTIFS, y que en virtud de la mecánica de libro abierto implementada por HI y EPM, debían haber sido de conocimiento de Hidroituango para determinar si lo alegado por EPM para el cambio de los hitos atendía o no a la realidad.

Tal y como se demostró líneas atrás esto no era del todo cierto y por el contrario desde la lógica del contrato BOOMT sí era una situación atribuible a EPM. Por lo que lo que correspondía era que Hidroituango tomara las determinaciones que le correspondían desde su rol y no que procediera simplemente a avalar todo lo que EPM le decía aun cuando no era del todo cierto.

Todo lo anterior, independientemente de la existencia de las salvedades consagradas en el contrato BOOMT, sobre las cuales este Despacho **en el auto de imputación precisó:**

- En la presentación cronológica de los hechos que enmarcan la causa fiscal se indicó por el Despacho (fl.17.781):

> *"(…) Consagrar salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido a EPM, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango".*

De otro lado, se estableció en el mismo acápite lo siguiente (fl.17.798):

> "(…) *Precisado lo anterior, es de anotar que en la minuta del contrato BOOMT EPM consignó las siguientes declaraciones y, en contraposición a las mismas específicamente en el anexo 1.02(7) cronograma director, EPM acepta la versión definitiva del Programa General del Proyecto pero imponiendo las siguientes salvedades:*

DECLARACIONES DE EPM	*SALVEDADES DE EPM*
iv) Ha obtenido toda la información y asesoría que ha considerado necesaria, apropiada y suficiente para efectos de la celebración y ejecución de los contratos del proyecto en donde participa;	*No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto*
vii) Ha obtenido, directamente o a través de sus accionistas (y estos le han comunicado o transferido), toda la información necesaria o apropiada en relación con los riesgos, contingencias y otras circunstancias que puedan influir o afectar el Proyecto o el cumplimiento de sus obligaciones bajo los contratos del proyecto y, directamente a través de sus accionistas, con la experiencia,	

solvencia, idoneidad y los conocimientos técnicos requeridos, necesarios o apropiados, para desarrollar y ejecutar el contrato y el proyecto de conformidad con experiencias y técnicas recientes, probadas e internacionalmente aceptadas:	
x) Como resultado de su propio análisis, ha determinado que el Proyecto es operativa, técnica y financieramente viable;	
xi) Conoce y está familiarizado con las condiciones prevalecientes en Colombia, incluyendo, aunque sin limitación, (a) las de seguridad del país, del Sitio y de los inmuebles del Proyecto; (b) la forma y la naturaleza del sitio, de los Inmuebles del Proyecto y de las zonas del trazado para las vías incluyendo (1) sus condiciones físicas, estacionales, climáticas y meteorológicas que predominan en el Sitio y en las zonas del trazado para las vías, y (2) su topografía y accesibilidad; (c) la hidrología imperante en el Río Cauca o en sus afluentes; y (d) la disponibilidad de mano de obra, condiciones sindicales, materiales, suministros de energía eléctrica, agua y demás recursos necesarios, así como los servicios disponibles de transporte y hospedaje;	*El programa calculado, tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que falta por ejecutar. Todos estos compromisos actualmente los adelanta Hi bajo su responsabilidad, por lo tanto, todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por Hi, no se clasificarán como imputables a EPM.* *Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando clara la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control.*
xiii) Realiza las anteriores declaraciones con la intención de inducir a Hidroituango a celebrar este contado o los Contratos del Proyecto en donde participa y, por lo tanto, reconoce que Hidroituango los celebra con fundamento en tales declaraciones.	

Haber consignado el contratista y permitido el contratante que se consignaran dichas salvedades, obró en perjuicio del proyecto y alteró la distribución de riesgos disminuyendo las responsabilidades de EPM perjudicando correlativamente a Hidroituango, quien, se recuera era el dueño del proyecto.

En este punto es preciso recordar que EPM en razón de los convenios marco suscritos con Hidroituango desde 2008, fungió como interventor y/o como consultor para realizar la totalidad de los términos de referencia de los contratos de diseños e infraestructura de vías y campamentos (ver entre otras Acta 80 de 19 de mayo de 2008), por lo que se encuentra probado para este

Despacho que EPM contaba con la información suficiente respecto de los atrasos y las dificultades que presentaban dichas obras, por lo que al consagrar dichas salvedades, la obligación típica de resultado propia de los contratos de obra[337], terminó convirtiéndose en una obligación de medio, en la que permanentemente EPM intentaba cumplir con las fechas programadas pero no se comprometía a hacerlo, como se verá más adelante (…)".

- En la identificación de los hechos generadores del daño (fl.17.820):

*"(…)**INCLUSIÓN DE SALVEDADES** EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO".*

- Al analizar la conducta del señor Federico Restrepo Posada (fl.18.005), en su condición de Gerente de EPM, como miembro principal de la Junta Directiva de HI, se indicó:

"(…) ***6.*** **Haber permitido, a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto, que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.** *(…) Lo anteriormente descrito guarda estrecha relación con la materialización del daño patrimonial al Estado, el cual consiste en la pérdida del valor de la inversión y el consecuente lucro cesante al no entrar en operación en la fecha acordada. Así las cosas, se tiene que la conducta anteriormente descrita, fue determinante para la causación del daño, ya que fue esta la que dio origen a la ocurrencia del siguiente hecho: inclusión de salvedades en el contrato boomt que operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio -aminorando de esta forma la responsabilidad de epm-, y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de hidroituango (…)".*

[337] Cabe recordar que dado que el Contrato BOOMT incluye dentro de sus prestaciones, la de construcción de una obra, sobre el particular, resulta pertinente recordar lo sostenido por el Consejo de Estado sobre este particular, en los siguientes términos: "*La caracterización del contrato de obra pública comporta como regla general una obligación de resultado del contratista y su responsabilidad y el riesgo por el álea normal en la realización de la obra completa. Desde ese punto de vista, el objeto acordado no se limita a un trabajo o actividad del contratista, sino a la obtención de un resultado querido por la entidad estatal y pactado en el contrato*" *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ.Bogota, D.C., cinco* (5) *de septiembre de dos mil dieciocho (2018),Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386).*

Al analizar la conducta del señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa (fl.18.268), en su condición de Gerente de la Sociedad Hidroeléctrica, se indicó sobre las salvedades:

> *"(…) 1. A pesar de conocer la naturaleza de las obligaciones que el contrato BOOMT acarrearía para la entidad que representaba, LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA suscribió el Contrato BOOMT* ***aún con las salvedades hechas al mismo por EPM, salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaron la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango y se establecieron en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme*** *(…)".*

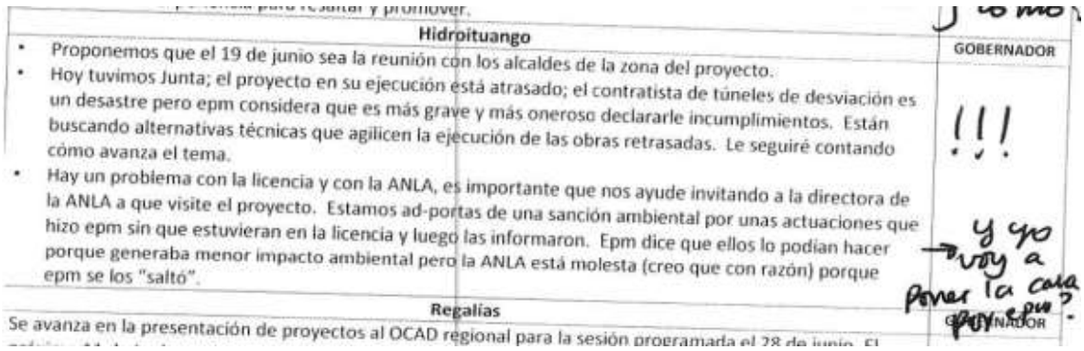
De lo anterior, resulta claro que dichas salvedades lo único que hicieron fue modificar el esquema de riesgos en perjuicio de Hidroituango y del proyecto en sí mismo, más no se constituyen, para efectos fiscales en una eximente de responsabilidad de EPM ni de sus subcontratistas.

Así mismo, estas salvedades tampoco pueden ser utilizados como una excusa válida para justificar las faltas en que incurrieron los miembros de la junta directiva de Hi en desarrollo de la labor de vigilancia y control que les correspondía ni mucho menos resultan razón suficiente para que procedieran a aceptar todas las modificaciones propuestas por EPM sobre todo teniendo en cuenta el marco de graves situaciones que se estaban presentando en desarrollo del contrato de los túneles de desviación.

Ahora bien, en lo que se refiere a las intervenciones de los secretarios de Despacho en las sesiones de junta directiva, este Despacho se remite a lo dicho en el auto de imputación.

Como puede observarse en el auto de imputaciòn, dichas intervenciones, lejos de demostrar diligencia demuestran que existía de un lado conciencia sobre algunos de los problemas que se presentaban pero que a pesar de ello no se tomaron las determinaciones que le correspondía a Hidroituango desde el Rol que le había asignado el contrato BOOMT.

Así mismo, es necesario precisar que la modificación del Hito 1, permitió que EPM extendiera la situación que venía presentándose con el subcontratista desde el inicio del contrato, hasta cuando la misma se hizo insostenible, tanto que a los 6 meses de tomada la decisión de modificar las fechas de los hitos 1,2 y 6, la misma María Eugenia Ramos en uno de los informes semanales entregado al Gobernador de Antioquia reconoce que el contratista de los túneles de desviación "es un desastre":



Hidroituango

- Proponemos que el 19 de junio sea la reunión con los alcaldes de la zona del proyecto.
- Hoy tuvimos Junta; el proyecto en su ejecución está atrasado; el contratista de túneles de desviación es un desastre pero epm considera que es más grave y más oneroso declararle incumplimientos. Están buscando alternativas técnicas que agilicen la ejecución de las obras retrasadas. Le seguiré contando cómo avanza el tema.
- Hay un problema con la licencia y con la ANLA, es importante que nos ayude invitando a la directora de la ANLA a que visite el proyecto. Estamos ad-portas de una sanción ambiental por unas actuaciones que hizo epm sin que estuvieran en la licencia y luego las informaron. Epm dice que ellos lo podían hacer porque generaba menor impacto ambiental pero la ANLA está molesta (creo que con razón) porque epm se los "saltó".

GOBERNADOR

!!!

y yo voy a poner la cara por epm?

Regalías

Se avanza en la presentación de proyectos al OCAD regional para la sesión programada el 28 de junio. El

GOBERNADOR

En este sentido, de los graves atrasos, dan cuenta las actas del comité de seguimiento al BOOMT, los informes de interventoría del contrato 2012-000014 y las mismas actas de junta directiva. Estos atrasos tuvieron como consecuencia el hecho de que no pudiera desviarse el río Cauca a inicios del año 2013 y llevaron a que el cumplimiento de dicho hito se retrasara un año, pudiendo lograrse sólo hasta febrero de 2014. Así mismo, estos retrasos contribuyeron a que por la premura no se pudieran instalar las compuertas en los túneles de desviación izquierdo y derecho y, por lo tanto debiera implementarse un plan de aceleración y debiera realizarse un tercer túnel de desviación, todo lo cual desencadenaría en la contingencia de 2018 y esto a su vez contribuyó a la destrucción del valor del proyecto.

Ahora bien, en lo que atañe a la posibilidad de imponer multas, lo primero que hay que anotar es que en el Auto de Imputación no se le cuestiona a los miembros de junta directiva de Hi, que EPM no impusiera multas al subcontratista CTIFS. Lo que se cuestiona es que Hidroituango no utilizara los mecanismos de apremio con los que contaba en virtud del contrato BOOMT.

Como se demostró líneas atrás no es cierto que la razón por la cual debieron modificarse las fechas de los hitos fuera exógena. Sino que obedeció en su mayor parte a situaciones que le eran atribuibles al subcontratista CTIFS y que revestían la mayor gravedad entre ellas no tener el personal suficiente ni la maquinaria, hacer exigencias que estaban por fuera de lo pactado contractualmente como pedir que las vías estuvieran a nivel de afirmado, no contar por 1 año completo de desarrollo del proyecto con un geólogo, así como el hecho de que aun reconociéndosele los tiempos de las demoras en las entregas de las vías, el contratista presentara atrasos graves frente a ese nuevo cronograma, problemas constructivos entre otros.

Como se explicó arriba, en virtud de los principios de no coadministración y no control previo, la escogencia del subcontratista y la administración de dicho contrato, así como las órdenes impartidas eran responsabilidad exclusiva de EPM.

Sin embargo, las situaciones de gravedad que podían haber sido detectadas a tiempo por Hidroituango, dado que afectaban el proyecto, daban lugar a la

imposición de apremios por parte de Hidroituango a EPM y no daban lugar a que, como se hizo en el caso concreto, avalar la modificación de la fecha del Hito 1.

Ahora bien, en todo momento este despacho se ha referido a la imposición de las multas y no al hecho de hacerlas efectivas, por lo que contrario a lo afirmado por la apoderada, en este punto no ha existido contradicción alguna del Despacho.

En efecto, Hidroituango, en virtud del contrato BOOMT podía imponerlas o iniciar los procedimientos necesarios para ello y sólo hacerlas efectivas (cobrarlas) si se incumplía (como terminó ocurriendo en el caso concreto) el Hito 9 que era la entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada.

Ahora bien, independientemente de que Hidroituango impusiera o no las multas -que se repite era lo que debió ocurrir en virtud de lo dispuesto contractualmente- no debió avalar el cambio de la fecha del hito 1, pues no estaban dados los supuestos alegados por EPM y esto sí es algo que debió conocer Hidroituango y su junta directiva, pues se recuerda, era obligación de los miembros de la junta tomar las decisiones conforme a su rol y de manera informada.

Lo anterior, así Deloitte en el informe para la creg afirmara que no existía conforme a la curva s un atraso insalvable. Pues como se explicó líneas atrás estos nuevos atrasos se iban a acumular a los anteriores, obligando a que el proyecto se siguiera desarrollando bajo planes de aceleración, o recuperación de tiempos y en este caso llevando a que se concretara uno de los hechos más importantes que fue el hecho de por la premura para lograr la desviación del río en las estivas de 2014, se prescindiera de las compuertas en los túneles de desviación, lo que llevaría a tener que buscar en este punto una solución, calificada por el BOARD de expertos como riesgosa y no ortodoxa, cual fue la construcción de un tercer túnel de desviación, el cual por la premura a la que se había sometido el proyecto, por las razones indicadas desde los hechos y en el auto de imputación, generaron la contingencia de 2018 y contribuyeron así de manera determinante a que se destruyera el valor presente neto del proyecto y a que se ocasionara un lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica.

Ahora bien, respecto del argumento relacionado con la efectividad de imponer multas, se trata de una percepción subjetiva de la apoderada que contradice la finalidad que desde la doctrina y la jurisprudencia se le ha reconocido desde siempre a la consagración de cláusulas que contienen apremios.

Así las cosas, en relación con la imposición de multas por parte de Hidroituango a EPM, la apoderada parte de una concepción de las medidas de apremio contraria a la razón de ser de las mismas que lleva a un razonamiento al absurdo y es considerar que las mismas nunca en ningún contrato van a servir para nada por cuanto generan **“un ambiente hostil entre las partes, un desanimo en la generación de alternativas”.**

Para responder el argumento planteado por la apoderada es necesario revisar lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dicho sobre la finalidad de los apremios y las multas, lo cual ha sido sostenido, tanto para los contratos estatales como para los contratos privados, como procederá a verse a continuación:

> *"El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*
> *En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de contratación de la administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas* ***con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones****"*[338] *(Negrilla y subrayado del Despacho)*

> *"A partir de estos artículos, el Consejo de Estado concluye que el poder de dirección y control en la ejecución del contrato otorga a la entidad contratante las prerrogativas de dar órdenes al contratista y* ***de asegurar su cumplimiento*** *a través de la imposición de sanciones coercitivas"*[339].
> *"Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo. (…) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial"*[340].

Es necesario precisar que aún de cara a contratos interadministrativos, el Consejo de Estado se ha referido a la posibilidad de imponer multas, en los siguientes términos:

> *"En este orden de ideas, por lo pronto, la Sala quiere enfatizar que un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.*
> *De manera que debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y patrimoniales a ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su*

[338] RAMOS ACEVEDO, Amparo y RAMOS ACEVEDO, Jairo "Contratación Estatal, Teoría General y Especial", Tercera Edición,2014, Editorial Ibañez p 156 y 157.
[339] BENAVIDES, José Luis, "El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho privado" Segunda Edición, 2008, Editorial Universidad Externado de Colombia, p 415
[340] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C
Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875).

formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.
(…)
De este modo los contratos interadministrativos comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para el caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los convenios interadministrativos que, como se puntualizará más adelante, son acuerdos que permite la autonomía de la voluntad celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses.
(…)
Concordante con lo anterior, en la contratación estatal, en aras de lograr la ejecución de los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones y, por ende, la realización y obtención de los fines de la contratación, las entidades estatales deben exigir del contratista la "ejecución idónea y oportuna del objeto contratado" (artículo 4, Ley 80 de 1993), esto es, su cumplimiento de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas y, por su parte, los contratistas deben colaborar con las "entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y éste sea de la mejor calidad" (artículo 5, num. 2, ibídem). Correlativamente, el contratista tiene, entre otros, principalmente el "derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato" y, en consecuencia, "a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida" (artículo 5, num. 1, ibídem)
(…)
Este supuesto puede darse cuando las partes de dicho contrato son una entidad estatal contratante y un particular contratista que actúa como colaborador de la Administración, posibilidad que no puede descartarse cuando las partes del contrato son entidades públicas, es decir, cuando se está en presencia de un contrato interadministrativo. Tampoco puede excluirse la posibilidad de que una de las partes de un convenio interadministrativos lo incumpla.
(…)
En síntesis, las multas son medidas sancionatorias de carácter económico o de tipo pecuniario que se imponen al contratista con la finalidad de constreñirlo, presionarlo o apremiarlo, en forma legítima, para que cumpla el contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra oportuno o al día en el desarrollo las obligaciones a su cargo y por ende, esté en mora o retardo conforme a los plazos convenidos o en incumplimiento parcial. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo72 , sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual, pues las reglas de la experiencia indican que al

> ***ejercerse este medio de presión se le incita al cumplimiento por temor a la multa, de tal manera que adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir por resultarle harto gravosa"[341].***

Así mismo y tratándose de contratos sometidos al Derecho privado, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales', resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes* ***para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo*** *o para sancionar el incumplimiento de las mismas."[342]*

Visto lo anterior, resulta claro para este Despacho que la consagración de las multas en el contrato BOOMT, tuvo como objetivo que las mismas sirvieran para conminar al contratista a cumplir las obligaciones a su cargo, en efecto como se lee de las sentencias atrás referidas, las reglas de la experiencia demuestran que las mismas cumplen con dicha función pues generan un temor en el contratista quien, contrario a lo alegado por la apoderada, cuenta con incentivo suficiente para reconducir el desarrollo del contrato y lograr la meta perseguida.

En este sentido, se demuestra que la conclusión de la apoderada sobre la generación de un ambiente hostil y de desincentivar al contratista, no tienen asidero y parten de una percepción subjetiva e irreal que tiene la apoderada sobre el mecanismo jurídico de las multas.

Así mismo, resulta necesario recordar que en la interpretación de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 1620 del Código Civil, deben interpretarse en el sentido en el que las mismas generen efectos (efecto útil). En este sentido, resulta claro que si se dan los supuestos contemplados en la cláusula lo correcto es permitir y propender porque se den los efectos de la misma.

En el caso concreto y a pesar de estarse configurando las situaciones que daban lugar a las mismas, la junta prefirió desconocer el contenido del contrato y permitir la modificación de los hitos y de las características que contractualmente habían sido pactados como inmodificables.

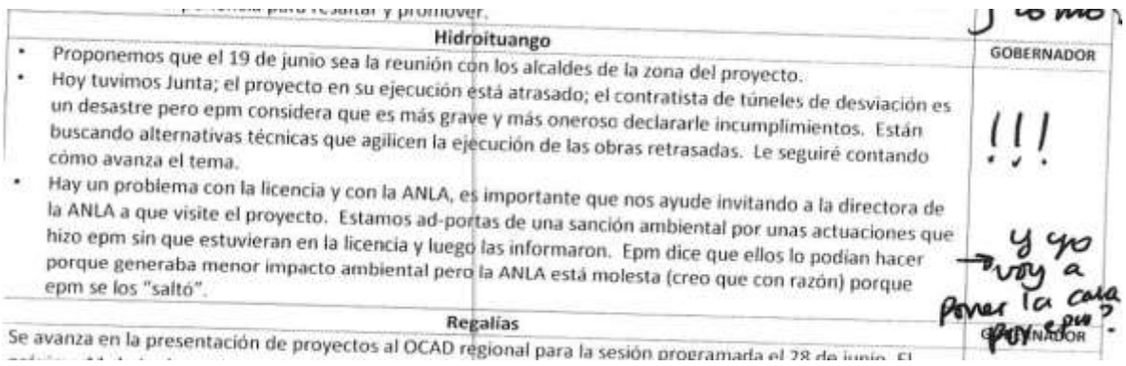
---

[341] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicación interna: 2257 Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00.

[342] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicado: 25000232600019950169 9-01 (17.936)

Ahora bien, en lo que se refiere a la imposición de multas a CTIFS por parte de EPM, en primer lugar es necesario precisar que dicha omisión no le fue atribuida en ningún momento a los miembros de la junta directiva de hidroituango pues es claro que no contaban con la potestad jurídica para lograrlo. De otro lado frente a las razones por las cuales CTIFS no desarrolló a cabalidad las prestaciones contratadas las cuales debieron ser finalizadas por el contratista de obras principales, desde el Auto de imputación[343], con un amplio análisis del material probatorio obrante en el plenario, se precisaron las diversas acciones y omisiones atribuibles a los miembros del consorcio CTIFS y los motivos que llevaron al Despacho a calificarlas a título de culpa grave. Por lo que se le sugiere a la apoderada realizar una lectura completa del auto de imputación. Pues contrario a lo planteado por ella, gran parte de los atrasos sí obedecieron a causas generadas por el contratista.

Así mismo, es importante recordar que dentro de las pruebas que fueron aportadas por la misma apoderada se encuentran algunos de los informes semanales presentados por los secretarios de Despacho al señor Gobernador[344]. En los mismos se encuentra uno en particular – el informe de 7 de junio de 2013- en el cual se comprueba que la idea que tenían los miembros de la junta directiva de Hidroituango y que le fue transmitida al Gobernador era que el contratista de los túneles de desviación era un desastre:



Hidroituango — GOBERNADOR

- Proponemos que el 19 de junio sea la reunión con los alcaldes de la zona del proyecto.
- Hoy tuvimos Junta; el proyecto en su ejecución está atrasado; el contratista de túneles de desviación es un desastre pero epm considera que es más grave y más oneroso declararle incumplimientos. Están buscando alternativas técnicas que agilicen la ejecución de las obras retrasadas. Le seguiré contando cómo avanza el tema.
- Hay un problema con la licencia y con la ANLA, es importante que nos ayude invitando a la directora de la ANLA a que visite el proyecto. Estamos ad-portas de una sanción ambiental por unas actuaciones que hizo epm sin que estuvieran en la licencia y luego las informaron. Epm dice que ellos lo podían hacer porque generaba menor impacto ambiental pero la ANLA está molesta (creo que con razón) porque epm se los "saltó".

!!!

y yo voy a poner la cara por epm?

Regalías — GOBERNADOR

Se avanza en la presentación de proyectos al OCAD regional para la sesión programada el 28 de junio. El

Adicional a lo anterior y, si bien esto mismo fue precisado en el auto de imputación, ante la nueva alegación de la apoderada resulta necesario repetirlo, no corresponde a la realidad procesal ni a la realidad contractual la afirmación de la apoderada conforme a la cual *"no se tenía la posibilidad jurídica de imponer medidas de apremio al contratista EPM por cuanto las mismas tan sólo surgían si se verificaba el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el hito 9"*

[343] Carpeta principal 85. Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal UCC-PRF-014-2019 (fls.17.873 – 17.902).
[344] Ver CP 114, Carpeta de Referencia cruzada, Fl. 23790.

Tal y como se demostrará a continuación, partiendo de lo que se precisó en el Auto 1484 de 2020, en el cual se dijo:

> *"Sin embargo, en acta de Junta Directiva 122 de 9 de marzo de 2011, en la presentación de los elementos esenciales del contrato BOOM a los miembros de Junta, se leen las limitaciones con las que se concibieron las cláusulas penales de apremio:*
> ***d).- Cláusulas penales de apremio en la etapa de construcción***
> - *En el Contrato se pactó que las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos durante la Etapa de Construcción, sólo se harán exigibles si EPM incumple con las obligaciones relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento, esto es, la entrada en operación comercial de la Unidad 1 (Grupo 1 de Unidades) a más tardar el 24 de junio de 2019.*
> - *Se pactó además que, a opción de **EPM,** el valor de las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos en la Etapa de Construcción podría ser pagado, o considerado como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración de Hl.*
>
> *De lo anterior, fuerza concluir que Hidroituango podía interponer Cláusulas de Apremio en contra de EPM si se incumplían los hitos 1 a 9 pero sólo podía hacerlas exigibles si, no se lograba la entrada en operación en la fecha programada"*[345]

De donde se aprecia que las cláusulas de apremio podían interponerse en el momento en que se verificara el incumplimiento de cualquiera de los hitos 1 a 9 pero solo podía exigirse si no se lograba la entrada en operación en la fecha programada. Así mismo, es importante precisar que el reproche que realiza este Despacho en relación con dicho tema en el auto de imputación, es textualmente el siguiente:

> *"A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM".*

Era conocido por la junta directiva de Hidroituango y por EPM, e inclusive por el Gobernador de Antioquia, que la ruta crítica para los años 2012 a 2014 era precisamente la desviación del Río que debió hacerse en 2013. Era tan grave la situación que desde 2012 en atención a los retrasos presentados en este punto era claro para EPM que era improbable comenzar a generar energía con la hidroeléctrica en el año 2018.

A pesar de toda la información con la que contaban y debían haber tenido en cuenta los miembros de junta directiva, de manera negligente avalaron el cambio de la

[345] Ver fl 17979 vto, que corresponde a la página 426 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

fecha del hito 1 aceptando las explicaciones que daba EPM sin asumir la postura crítica y que en defensa de los intereses de los socios de Hidroituango debieron mostrar.

Ahora bien, respecto de la supuesta eficacia de las medidas multidisciplinarias tomadas por la junta directiva y que llevaron a recuperar los atrasos y supuestamente a ser calificados como una … practica gerencial, se repite lo sostenido líneas atrás en el siguiente sentido:

En primer término, resulta necesario precisar qué significa la palabra “efectivo”, de conformidad con el diccionario de la real academia de la lengua, en su primera acepción es real y verdadero y en su segunda acepción eficaz.

A su vez la palabra eficacia, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

En este mismo sentido el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (el cual fue derogado por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020), consagraba lo siguiente:

> *ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, **la eficacia**, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; **que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas**. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*
> *La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración”.*

En el mismo sentido, cabe recordar que la eficacia está consagrada dentro de los principios de la vigilancia y control fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 403 de 2020, en los siguientes términos:

> ***b) Eficacia:** En virtud de este principio, **los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos***

Bajo esta definición, los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto, por definición, la efectividad de una decisión no se mide por

el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino en que dichas determinaciones permitan reconducir de manera oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación.**

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Así mismo, argumentó la Apoderada:

> ***"3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.***
>
> *Frente a la multiplicidad de hechos que son enunciados por la Delegada en el cargo que acaba de describirse, es necesario precisar varios aspectos de especial importancia, en aras de concretar las competencias corporativas de la Junta Directiva de HI, las funciones que cumplía en relación al seguimiento del contrato BOOMT, y el resorte de las decisiones técnicas que eran tomadas en el proyecto.*
>
> *Así las cosas, el primer aspecto que es necesario precisar, es que las decisiones técnicas del proyecto, entre ellas, las referentes al Sistema Auxiliar de Desviación (SAD), las cuales planteaban complejos problemas de ingeniería, eran discutidos, analizados y estudiados por los profesionales de las empresas involucradas en la construcción del proyecto, revisadas por expertos especializados en la construcción de hidroeléctricas, como el BOARD de expertos y el grupo asesor del diseñador, y luego eran escalonadas a modo de ilustración e información a los comités creados al*

interior de EPM para el control y seguimiento al proyecto, y por último se informaban a la Junta Directiva de HI.

De acuerdo a lo anterior, es claro que las decisiones técnicas del proyecto, eran informadas a la Junta Directiva de HI, no para que ésta conceptuara sobre lo que ya los expertos habían definido dentro del ámbito de sus roles y competencias, sino para hacerle seguimiento y control dentro de las precisas facultades establecidas en el contrato BOOMT101, y con las limitantes de no coadministración y no control previo.

El segundo aspecto que es necesario precisar es que las empresas que tenían a su cargo el diseño (INTEGRAL) y construcción de la hidroeléctrica Ituango (Consorcio CCC), contaban con el conocimiento especializado y la experiencia en la construcción de presas en todo el mundo. Dichas empresas reúnen experiencia en la construcción de 83 centrales hidroeléctricas: Camargo-Correa 31, EPM 20, Integral 16, Conconcreto 10, y CONINSA-Ramón H 6; lo cual claramente le brindada a los miembros de la Junta Directiva de HI, y por ende a mi poderdante, la confianza en que las decisiones técnicas que fueran revisadas al interior de las mismas estuviesen precedidas de análisis detallados, sustentados y razonables. En este sentido, la conducta más prudente que se podría exigir a los miembros de Junta Directiva de HI, reconociendo la complejidad técnica del diseño y la construcción de la hidroeléctrica más grande del país, consistía en permitir que las empresas y personas especializadas fueran los que tomasen las decisiones técnicas importantes en un megaproyecto de esta envergadura. Pretender tomar parte de estas decisiones técnicas no solo resulta inoperante sino altamente riesgoso y totalmente inapropiado.

En tercer lugar, se precisa que, durante el proceso de construcción del proyecto, como se anotó en un acápite anterior operaron dos comités técnicos: (i) el Comité de Diseño y Construcción, en el cual participaban EPM, el Diseñador (Integral) y el Interventor (Consorcio Ingetec-Sedic) y (ii) el Comité de Obra, en el cual participaban el consorcio Constructor CCC y el Interventor. Estos comités se reunían todas las semanas para evaluar el avance, identificar dificultades y tomar decisiones en el marco de sus competencias. Además de los actores mencionados, en el caso de Hidroituango aparecen otros dos: el Comité de Seguimiento al BOOMT102 y la Junta de Expertos (Junta de Asesores, o también conocida como Board de Asesores)103, la cual fue creada por decisión autónoma de EPM con el propósito de tener un concepto independiente del de sus contratistas en el análisis y solución de los problemas que se iban presentando en la construcción.

Así las cosas, tratándose de una obra de infraestructura de gran envergadura y complejidad como lo es Hidroituango los asuntos técnicos se discutían y resolvían en los Comités de Obra; cuestiones de gran alcance o significación técnica eran consultados con la Junta de Expertos y se discutían al interior del Comité de Seguimiento del BOOMT. Luego de surtir este proceso de análisis, sustentación y decisión, los hitos técnicos relevantes del proyecto ya validados, se informaban y analizaban tanto al interior de la Vicepresidencia

de Proyectos e Ingeniería, como en el Comité Directivo y en la Junta Directiva de EPM. Igualmente, toda decisión técnica importante que implicara una adición o modificación presupuestal pasaba a aprobación de la Junta de EPM, y de igual manera, cualquier cambio sustancial de un aspecto técnico del proyecto que implicara la modificación o aplazamiento de las fechas de los hitos establecidos en el BOOMT debía ser aprobada en la Junta de HI, tal como claramente lo estableció el contrato BOOMT.

Realizadas las anteriores precisiones, es necesario hacer un recuento de las situaciones presentadas al interior del proyecto y que llevaron a que los expertos encargados del diseño y construcción de éste presentaran como alternativa técnica la construcción del Sistema Auxiliar de Desviación. (SAD), del cual hace parte la Galería Auxiliar de Desviación (GAD), la cual fue concebida, no como una forma de recuperar los atrasos del proyecto, como erradamente lo señala la Contralora Delegada, sino para obtener una solución técnica frente a la imposibilidad de cerrar las compuertas por problemas de tipo geológico.

Se precisa que la desviación del río Cauca debía realizarse por los dos túneles previstos en el diseño, ubicados en la margen derecha. Esos túneles operarían desde el momento de la desviación hasta que la presa alcanzara una altura de 320 msnm. Sin embargo, en el lugar donde debía hacerse las obras civiles necesarias para instalar y operar las compuertas de cierre de los túneles de desviación en el momento de llenado del embalse se encontraron condiciones geológicas y geotécnicas diferentes a las identificadas en los estudios previos104, lo cual implicaba la ejecución de obras civiles más grandes, más complejas y más demoradas que las previstas inicialmente. Como complemento a lo anterior y de acuerdo con un informe presentado por EPM al ANLA en 2016, la realización de las obras tendientes a superar las dificultades geológicas encontradas para la instalación de las citadas compuertas suponía significativos riesgos técnicos para el Proyecto, pues no se podía determinar con certeza si después de efectuadas las obras de tratamiento y estabilización del suelo, con el desgaste en recursos y tiempo que ello implicaba, en todo caso iba a ser viable desde la perspectiva técnica y de riesgos, la finalización de las estructuras de cierre señaladas.

Adicionalmente, la inestabilidad del terreno encontrado hacía surgir el riesgo del eventual derrumbe de la estructura allí construida, ocasionando el taponamiento incontrolado de los túneles de desviación y el llenado también incontrolado del embalse. De esta manera, fue informado a la Junta Directiva de HI, que los ingenieros de las empresas responsables de la construcción concibieron una alternativa que evitaba esos problemas y permitía hacer el desvío del río Cauca en el primer verano de 2014. De esto da cuenta el Acta Nro. 13 del Comité de Seguimiento al BOOMT.

En diciembre 3 de 2013, EPM informó del asunto nuevamente al Comité. En el Acta Nro. 025 se lee lo siguiente:

"EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación. (…) Teniendo en cuenta los cambios antes citados, HI tiene la inquietud de cómo se cerraría la desviación, a lo cual EPM respondió que debe ser con compuertas que se localizarán en el tercer túnel de desviación. HI solicitó a EPM notificar oficialmente la construcción del tercer túnel, dado que ya se han cumplido dos pasos que son la concepción del túnel y la consulta ante la Junta de Asesores, se debe informar oficialmente para que quede documentado este cambio106…"

Es necesario precisar que para enfrentar las condiciones geológicas y geotécnicas que imposibilitaban el cierre de las compuertas de los túneles, se estudiaron y evaluaron cinco alternativas diferentes a la de instalación y cierre de las compuertas para proceder al llenado del embalse.

Las alternativas analizadas fueron:

A – Galería Auxiliar conectada con el túnel de descarga 4.
B – Galería Auxiliar conectada al túnel de desviación derecho.
C- Readecuación de las estructuras de cierre en el túnel de desviación derecho.
D- Readecuación de las estructuras de cierre en el túnel auxiliar izquierdo.
E – Dos galerías cortas conectadas con los túneles de desviación derecho e izquierdo.

Estas alternativas fueron estudiadas, discutidas y analizadas por los especialistas de las empresas mencionadas anteriormente, fueron sometidas a la consideración de la Junta de Expertos, y evaluadas por consultores externos de reconocida solvencia técnica en los asuntos en discusión. Al cabo de todo ese proceso se llegó a la alternativa de un segundo desvío del río Cauca en el verano de 2018 y encausarlo por un tercer túnel construido para el efecto. Este tercer túnel es la Galería Auxiliar de Desviación (GAD). Una vez desviado el río, proceder al taponamiento con estructuras de concreto de los dos túneles originales de desviación. Cerrar con las compuertas respectivas la GAD y proceder, a partir de junio, al llenado del embalse para que la central entrara en operación en diciembre de 2018 como estaba previsto.

Es necesario precisar, que la concepción técnica de la GAD fue exactamente igual a la de los otros túneles de desviación; es más, se concibió como una prolongación de la descarga Nro. 4 contemplada en el diseño original. Para ello, debe entenderse que en la obra se construyeron mas de 20 kilómetros de túneles tanto de galerías de construcción, como viales, de descarga, de desviación, por lo que en algunos circulaba agua y por otros no. Esto para resaltar que no era desconocido ni nada nuevo la construcción de otro túnel dentro de la obra tal como lo confirma el Informe Nro. 6 de la Junta de Asesores en su página 13:

*"**La alternativa A es la mas sencilla entre todas y tiene la ventaja de no necesitar intervenciones en los túneles de desviación existentes**. Como depende exclusivamente de obras y acciones comunes en construcciones de obras de este tipo, su viabilidad puede ser garantizada desde ahora107." (negrilla nuestra)*

Soporta por otra parte las decisiones técnicas que sobre la construcción del túnel se hicieron por parte de EPM, la comunicación del 03 de enero de 2014, radicado 2014000750, firmada por el doctor IVÁN DARIO SIERRA VÁSQUEZ, Director Desarrollo Proyecto Ituango, en el que informó oficialmente a HI acerca de la decisión de EPM de la construcción del tercer túnel, de la presentación al BOARD de expertos y las recomendaciones que éstos dieron al respecto108, así:

*"Con el propósito de desviar el rio Cauca en le primer verano de 2014, EPM consideró varias alternativas para lograr este objetivo. Luego de análisis de cada una de ellas, se concluyó que la mas viable, considernando los aspectos programáticos, técnicos y económicos, **era la construcción de un tercer túnel de desviación, que deberá estar operando antes de iniciar el llenado del embalse**." (Negrillas propias)*

"Durante el desarrollo de la tercera visita de la Junta de Asesores de EPM, realizada a finales del noviembre de 2013, se expuso dicha alternativa con el fin de que los asesores incluyan en su informe un concepto sobre la viabilidad de esta modificación al esquema de desviación"

(…)
"Concepto de la Junta de Asesores de EPM
"Luego de presentada la alternativa a la Junta de Asesores, esta se concentró en estudiar las alternativas de cierre de los túneles de desviación originales. Dentro de estas se analizaron las siguientes: (…)

"Por último, la Junta de Asesores recomendó implementar un modelo hidráulico que permita simular las condiciones de cierre planteadas con el fin de definir la solución óptima para el proyecto109 (ver anexos)"

Como se desprende de la comunicación, en ningún momento EPM manifiestó que la Junta de Asesores no estuvo de acuerdo con el tercer túnel, lo que hizo fue concentrárse en las alternativas de cierre de los túneles de desviación originales como prioridad, y, para el tercer túnel, implementar un modelo hidráulico que permitiera simular las condiciones de cierre planteadas con el fin de definir la solución óptima para el proyecto.

Ahora bien, de la presentación que se hizo al Comité de Seguimiento Nro. 25110, de la carta del doctor IVÁN DARIO SIERRA, radicado 2014000750, de la confirmación de la construcción del túnel 3, como del Informe Nro. 3 de la Junta de Asesores, se pueden concluir varias situaciones:

• El Comité de Seguimiento Nro. 25 del 3 de diciembre de 2013111, fue posterior a la visita del BOARD de expertos en la cual se les presentó la decisión ya tomada por parte de EPM de hacer el desvío en enero de 2014 sin las compuestas de cierre y hacer un tercer túnel para garantizar el sellamiento de los túneles de desviación originales y garantizar el caudal ecológico.

Tanto en la presentación al Comité de Seguimiento Nro. 25 como en la carta de confirmación de la construcción del tercer túnel112, EPM no expuso que el BOARD de expertos estuviera en desacuerdo con dicha determinación. Al contrario, en el Comité de Seguimiento (y sin contar con el acta de la Junta de expertos), EPM manifestó que dichos expertos estuvieron de acuerdo con la decisión planteada, así:

"EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación (…)";
"Durante el desarrollo de la tercera visita de la Junta de Asesores de EPM, realizada a finales del noviembre de 2013, se expuso dicha alternativa con el fin de que los asesores incluyan en su informe un concepto sobre la viabilidad de esta modificación al esquema de desviación."
***"Por último, la Junta de Asesores recomendó implementar un modelo hidráulico que permita simular las condiciones de cierre planteadas con el fin de definir la solución óptima para el proyecto113 (ver anexos)**".*

La carta que fue envíada el 3 de enero de 2014, firmada por el Dr. IVÁN DARIO SIERRA114, radicado 2014000750, fue respondida mediante comunicación de abril 24 de 2014115 con radicado E-20140424-77, dirigida al Dr. ALVARO LEÓN OSPINA MONTOYA, Director Desarrollo Proyecto Ituango, quien reemplazó al Dr. IVÁN D. SIERRA, y firmada por JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, OSCAR JARAMILLO HURTADO y ELIANA SALDARRIAGA ESCOBAR, como representanes de HI, en la cual se le reitera a EPM que dentro de las caracteristicas inmodificables está la desviación, por lo tanto, a pesar de la decisión de EPM de hacer ésta sin las compuertas, el nuevo desvío por el tercer túnel sigue con la caracteristica de inmodificable. Por lo tanto, tiene que ser aprobado por HI de acuerdo a la cláusula 4.07 del contrato BOOMT116; adicionalmente se le reitera que debe conservar el caudal ecológico así la Junta de Asesores recomiende hacer gestiones ante la ANLA para disminuir éste caudal. Por último, le comunica que los gastos y costos que implique la ejecución de la alternativa propuesta deberán ser asumidos según la matriz de riesgo del contrato BOOMT.

Como se planteó al inicio de este escrito, esta visita del BOARD y su respectivo informe fueron anteriores a la realización del Comité de Seguimiento Nro. 25117.

Ahora bien, a EPM sí se le pidió explicaciones a lo manifestado por el BOARD en su Informe Nro. 3118, y el reporte que rindió en su momento es que la expresión de los expertos de no apoyar una nueva desviación por un tercer túnel estaba relacionada básicamente con la incertidumbre, desde el punto de vista hidraúlico, para encausar el río Cauca por un nuevo túnel doscientos

cincuenta metros aguas arriba de la desviación original. En la página 16 de este Informe se consignó:

"Frente a éstos argumentos, la Asesoría reconoció esta imposibilidad e informó no tener concebido aún un proceso alternativo para realizar un desvío por el tecer túnel"119.

En la comunicación remisoria del Informe Nro. 3 dirigida al Dr. Luis Javier Vélez D., Vicepresidente Proyecto Ituango, se señaló:

"La visita No 3 de la Junta de Asesores de Proyecto Hidroeléctrico Itango, fue efectuada en el periodo del 24 al 30 de noviembre de presente año, ***concentrandonos en analizar el manejo del río, por la incorporación de un tercer túnel localizado aguas arriba del esquema original****…120" (negrilla nuestra).*

En el punto 3.3 del Informe Nro. 3 de la Junta de Asesores, capítulo "Alternativas de cierre" los expertos manifiestan:

"Reconociendo que la decisión de desviar el río por los túneles sin dispositivos mecánicos de cierre colocó el proyecto en una situación inusual, la Junta de Asesores dedicó gran parte de su atención al tema de procurar alternativas fisícamente viables para cerrar temporalmente los túneles T1 y T2, para construcción de sus tapones definitivos, con el desvío del río por el túnel T3121."

Se plantean varias alternativas, técnicas y estrategias tales como: Taponamiento del Portal de los Túneles, Construcción por Voladura Dirigida, Sistema Combinado, etc. Todas encaminadas a buscar la solución al nuevo desvío y al taponamiento de los túneles originales. En el tema del taponamiento del portal de los túneles y desvío por el T3 se señaló:

" Hay muchos detalles a estudiar y evaluaciones a hacer para definir la factivilidad práctica de la alternativa, ***pero es un sistema fisícamente factible122."*** *(negrilla nuestra)*

En el Informe Nro. 4 de la Junta de Asesores, fechado del 03 de abril de 2014 (página 19), los expertos manifiestan:

"La Junta recomendó que EPM entre en contacto con un consultor, con experiencia en obras del género, que pueda reforzar el equipo del Diseñador y auxiliarlo en llegar a buen término en esta tarea poco común123."

Esta recomendación fue atendida con la contratación de la firma Intertechne que trabajó con Intergral en el diseño y concepción hidráulica de la desviación por el tercer túnel.

En el Informe Nro. 5 de la Junta de Asesores, julio de 2014, página 16 se manifestó:

"Los estudios para definición del cierre final de la desviación y llenado del embalse continúan según las lineas discutidas en las reuniones pasadas. Dos ingenieros de la firma Intertechne visitaron la obra en mayo pasado y mantuvieron contacto con representantes de EPM, de la Asesoria y de la Interventoría para enterarse de las condiciones actuales del desvío y sobre las alternativas sugeridas hasta esta data. Hasta finales de agosto 2014 presentarán un informe con sus sugerencias iniciales."

En el Informe Nro. 6 de la Junta de Asesores, diciembre de 2014, página 13 se consignó:

"Desde la última reunión de la Junta de Asesores en julio de 2014, Integral estudió 5 alternativas para complementación de la desviación del río y su cierre final, contando con la colaboración de la firma consultora Intertechne, como fue decidido anteriormente. Las alternativas se enumeran a seguir:
• • A- Galería Auxiliar Conectada con el Túnel de Descarga 4
• • B- Galería Auxiliar Conectada el Túnel de Desviación Derecho
• • C-Readecuación de las Estructuras de Cierre en el Túnel de Desviación Derecho.
• • D-Readecuación de las Estructuras de Cierre en el Túnel de Desviación Izquierdo.
• • E- Dos Galerías Cortas Conectadas con los Túneles de Desviación Derecho e Izquierdo.

"El análisis de costo incluyendo las consideraciones de lógistica de construcción y riesgo correspondientes a las principales actividades de cada alternativa, fue seleccionada la Alternativa A, que presentó el menos costo ponderado por riesgos de las operaciones de construcción. ***La Junta de Asesores, cuyo miembro N. Pinto tuvo oportunidad de discutir los principales puntos de la Alternativa A, con el personal de Intertechne, esta de acuerdo con esta decisión****. (negrilla nuestra)*

*"****La Alternativa A es la más sencilla entre todas y tiene la ventaja de no necesitar intervenciones en los túneles de desviación existentes. Como depende exclusivamente de obras y acciones comunes en construcciones de obra de este tipo, su viabilidad puede ser garantizada desde ahora.*** *Consiste en la construcción de un túnel de 14 m de diámetro, 2 km de longitud, semejante a los dos túneles de desviación existentes, que empalma en el túnel 4 de la central en su mitad de aguas abajo. Incluye la instalación de las dos compuertas de cierre como se prevía en el proyecto inicial125. " (negrilla nuestra)*

A pesar de que la Junta de Asesores ya estaba de acuerdo con la concepción del tercer túnel definido en la alternativa A, propuesta por INTEGRAL e INTERTECHNE, era necesario construir un modelo hidraúlico para simular las condiciones con las cuales se iba a hacer la desviación y así poder determinar con exactitud cuales serian las dificultades que se podrían presentar; para ello

se contrató una prestigiosa Universidad (Universidade Federal do Paraná) con experiencia en este tipo de modelos.

En la página 14 del mismo Informe Nro. 6 de la Junta de Asesores, se lee:

"Los cálculos analíticos muestran que esta operación es factible, pero no proveen una confirmación experimental en un modelo hidráulico. ***El modelo ya está siendo contratado con el Laboratorio de CEHPAR, en Curitiva y debe tener su construcción iniciada lo mas pronto posible126."*** *(negrilla nuestra)*

En el Informe Nro. 9 de la Junta de Asesores, de enero de 2016, página 15 se afirma:

"El miembro Nelson Pinto orientó los ensayos iniciales de desvío del río por la GAD junto al Laboratorio de Hidráulica CEHPAR, en Curitiva, donde se implantó la GAD larga, en acuerdo a las recomendaciones del Grupo Asesor. Fue posible, en los tres diques de enrocado y el cierre parcial de los túneles actuales con un dique junto a las bocatomas. Estos ensayos fueron repetidos durante la visita de los ingenieros de EPM e Integral, Juan Carlos Gallego y Gabriel Jaime Lacouture, en diciembre de 2015. Ensayos en ritmo controlado para confirmar los resultados están actualmente en realización en CEHPAR127." (Negrilla nuestra).

En el informe No 10 de la Junta de Asesores, mayo de 2016, página 12 se señala:

"En los días 5 y 6 de mayo, en la semana anterior a esta reunión, el miembro N. Pinto participó de reuniones con representantes de EPM, Integral y el Contratista, en el laboratorio de hidráulica de CEHPAR, en Curitiba, para observar algunos ensayos de desvío del río por la GAD y seleccionar el método a adoptar para esta operación en el prototipo.

"Integral hace una exposición detallada de las alternativas para el cierre de río con las estimativas de los riesgos hidrológicos en cada fase de cada alternativa.

"CEHPAR presentó los principales resultados de los ensayos en modelo, que incluyeron el ensayo de cierre de 1.200 m3/s en una única etapa, con la construcción de 4 ataguias de enrocado, regularmente espaciadas a lo largo del río, la primera inmediatamente aguas debajo de la toma de la GAD y la cuarta, junto a la toma de los actuales túneles de desviación.

"La distribución de las pérdidas de carga en las brechas de cada ataguia contra el margen, permitió el cierre de los túneles de desvío conla utilización de piedras de dimensiones normales de la orden de 1,0 metro de diámetro, a excepción del cierre final en la atagía No 1 aguas arriba, que nesesita piedras de hasta 1,5 m de diámetro. ***Quedó demostrado la viabilidad de la operación****128."(negrilla nuestra)*

Como puede verse en esta secuencia de informes de la Junta de Asesores desde la Nro. 3 de noviembre de 2013129 hasta la Nro. 10 de mayo de 2016130, se tardaron dos años y medio aproximadamente para tener claridad tanto en el diseño del T3 o GAD y especialmente en la definición del desvío por dicho túnel, que era en realidad la máxima preocupación del BOARD de expertos, con lo cual se demuestra que la Junta de Asesores participó desde el inicio en la definición y concepción del túnel tres (T3), y especialmente en el aspecto hidraúlico de la desviación. La construcción del túnel desde la perspectiva de la ingenieria civil no era para ellos su preocupación, ya que como lo manifiestan éste tipo de obra, construcción de túneles, es lo común en estos proyectos hidraúlicos con casa de máquinas subterránea.

De esa misma secuencia se concluye claramente y sin ninguna duda que ni la Junta Directiva de HI del período 2012 -2015, ni su Gerente, ni su personal técnico tuvieron participación en la definición, concepción, diseño, ensayos de laboratorio o cualquier otra actividad relacionada con este tercer túnel. Por lo tanto, no tiene sentido el reproche de la Contraloría cuando pretende que con tres años de anticipación y sin ningún sustento técnico, la Junta Directiva de Hidroituango, y el Gobernador de Antioquia, hubiesen advertido los riesgos que podría presentar la GAD, tal como lo señala en el enunciado del cargo.

Vale recalcar nuevamente y como lo ratifica la Junta de Asesores, la construcción del tercer túnel o GAD, por si mismo, no era nigúna novedad o algo salido de lo común en éste tipo de proyectos, ya que para centrales subterráneas los túneles representan el porcentaje mas alto de la obra.

Ahora bien, lo particular e importante en lo que nos atañe y es motivo de discusión, tal como lo manifiesta la Delegada de la Contraloría General de al República, en reiteradas ocasiones, es que éste túnel tuvo defectos en la construcción, tal y como quedó consigando en la página 1052 del Auto de Imputación Nro. 1484 de 2020:

" condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, ***el cual adoleció de defectos constructivos****….." (negrillas nuestras).*

Por lo tanto, y según los argumentos de la Contraloría, la contingencia (problema), y lo que generó el siniestro, no fue la decisión técnica de construir un tercer túnel, sino los defectos que se presentaron en la construcción del mismo.

De conformidad con lo enunciado hasta el momento puede concluirse, que la GAD fue una solución técnica ágil y eficiente. Sin embargo, por el hecho de haber sido ágil no debe entenderse como un proceder improvisado por parte de quienes intervinieron en su estructuración. Como se explicó anteriormente, su concepción no fue improvisada, en la medida en que, para su estructuración definitiva, las entidades involucradas se tomaron un tiempo importante en su estudio específico durante el año 2013 y el análisis para optar por esa

alternativa no fue improvisada, pues a la par del estudio de la GAD, también se analizó la viabilidad de implementar otras alternativas técnicas distintas.

En este sentido, es claro entonces que el proceso de concepción de la GAD obedeció a un proceso que se tomó un tiempo prudente y razonable por parte de los expertos para su respectivo examen, toda vez que empezó a ser considerada a comienzos del año 2013, y el río Cauca sólo se desvió hasta el mes de febrero del año 2014. Es decir, la idea de la GAD se estudió, se sopesó y se decantó por más de ocho (8) meses por parte de organizaciones absolutamente expertas en la construcción de hidroeléctricas de grandes dimensiones.

Desde el punto de vista de gestión de riesgos, la GAD no solo mitigaba los riesgos geológicos y las dificultades encontradas para la instalación de las compuertas en los dos túneles originales de desviación, sino que adicionalmente disminuía considerablemente el riesgo de llenado prematuro y sobrepaso del agua por encima de la presa durante el periodo de construcción

De no haberse optado por una alternativa técnica eficiente y oportuna como lo fue la GAD, el río Cauca no hubiera podido ser desviado a comienzos del año 2014, situación que, se reitera, hubiera tenido como corolario, además de los riesgos técnicos explicados en las deficientes condiciones geológicas ya mencionadas, que se hubiera perdido definitivamente la posibilidad de que el Proyecto hubiera entrado en operación en el mes de noviembre del año 2018, con los consiguientes impactos económicos negativos prenotados. De ahí entonces que pueda concluirse que la GAD fue una decisión técnica, planificada, estudiada y analizada por expertos, y que posibilitaba la desviación del río Cauca sin los riesgos geológicos que implicaba el no poder cerrar las compuertas de los túneles iniciales, tal como se explicó en antecedencia. Situación distinta es que se hayan presentado problemas de tipo constructivo como lo afirma la Delegada de la Contraloría General de la República que hubiesen generado la contingencia, toda vez, que como se ha afirmado y acreditado en estos descargos, la construcción de la GAD se presentó en el periodo subsiguiente al periodo en que mi poderdante se desempeñó como Gobernador de Antioquia y sus secretarios de Despacho como miembros de la Junta Directiva de HI.

R/: <u>No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.</u>

En este punto, precisa la apoderada que *"*l*as decisiones técnicas del proyecto, entre ellas, las referentes al Sistema Auxiliar de Desviación (SAD), las cuales planteaban complejos problemas de ingeniería, eran discutidos, analizados y estudiados por los profesionales de las empresas involucradas en la construcción del proyecto, revisadas por expertos especializados en la construcción de hidroeléctricas, como el BOARD de expertos y el grupo asesor del diseñador, y luego eran escalonadas a modo de ilustración e información a los comités creados al interior de EPM para el control y seguimiento al proyecto, y por último se informaban a la Junta Directiva de HI".*

Para concluir que *"claro que las decisiones técnicas del proyecto, eran informadas a la Junta Directiva de HI, no para que ésta conceptuara sobre lo que ya los expertos habían definido dentro del ámbito de sus roles y competencias, sino para hacerle seguimiento y control dentro de las precisas facultades establecidas en el contrato BOOMT, y con las limitantes de no coadministración y no control previo".*

Respecto de este primer punto, es necesario recordar qué se entiende por seguimiento y control.

En este sentido resulta claro para este Despacho que la información que se le presentaba a Hidroituango no era simplemente a título de simple ilustración. Como se ha venido precisando a lo largo de este escrito los principios de no coadministración y no control previo tienen unas definiciones precisas a saber:

(…)

> *NO CONTROL PREVIO: Hidroituango no ejercer acciones que constituyan control previo, entendido éste como* ***intromisión o injerencia previa en las decisiones*** *que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.*
>
> *NO COADMINISTRACIÓN: El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango* ***no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista*** *para la construcción y operación de la central. Cualquier* ***inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista****, no a sus Subcontratistas".*

De donde resulta claro que estos principios no se volvían y no podían ser entendidos como una limitación absoluta a las precisas competencias de Hidroituango, que debía ejercer la vigilancia, control y seguimiento de lo que hacía EPM como contratista ejecutor.

En este sentido, le correspondía a Hidroituango cruzar la información de las diferentes fuentes, mismas que la apoderada reconoce (Comité de seguimiento al contrato BOOMT, BOARD de expertos, comités de diseño, comités de construcción, informes de interventoría, entre otros para corroborar el correcto cumplimiento de las obligaciones en cabeza de EPM) pues no era simplemente una labor de seguimiento a la curva S, esa labor en efecto ya era cumplida por Deloitte; ni simplemente establecer un seguimiento financiero. Era una labor mucho más compleja por cuanto implicaba revisar la información con la que se contaba al momento de tomar las decisiones, es por eso que este Despacho critica el hecho

de que la junta tomara decisiones sin tener en cuenta las condiciones específicas de manera particular las señaladas en esta conducta a saber:

"(…) No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.
(…)*"*

Adicional a lo anterior, alega la apoderada que *"El segundo aspecto que es necesario precisar es que las empresas que tenían a su cargo el diseño (INTEGRAL) y construcción de la hidroeléctrica Ituango (Consorcio CCC), contaban con el conocimiento especializado y la experiencia en la construcción de presas en todo el mundo (…) lo cual claramente le brindada a los miembros de la Junta Directiva de HI, y por ende a mi poderdante, la confianza en que las decisiones técnicas que fueran revisadas al interior de las mismas estuviesen precedidas de análisis detallados, sustentados y razonables. En este sentido, la conducta más prudente que se podría exigir a los miembros de Junta Directiva de HI, reconociendo la complejidad técnica del diseño y la construcción de la hidroeléctrica más grande del país, consistía en permitir que las empresas y personas especializadas fueran los que tomasen las decisiones técnicas importantes en un megaproyecto de esta envergadura. Pretender tomar parte de estas decisiones técnicas no solo resulta inoperante sino altamente riesgoso y totalmente inapropiado.*
Durante el proceso de construcción del proyecto, como se anotó en un acápite anterior operaron dos comités técnicos: (i) el Comité de Diseño y Construcción, en el cual participaban EPM, el Diseñador (Integral) y el Interventor (Consorcio Ingetec-Sedic) y (ii) el Comité de Obra, en el cual participaban el consorcio Constructor CCC y el Interventor. Estos comités se reunían todas las semanas para evaluar el avance, identificar dificultades y tomar decisiones en el marco de sus competencias. Además de los actores mencionados, en el caso de Hidroituango aparecen otros dos: el Comité de Seguimiento al BOOMT y la Junta de Expertos (Junta de Asesores, o también conocida como Board de Asesores), la cual fue creada por decisión autónoma de EPM con el propósito de tener un concepto independiente del de sus contratistas en el análisis y solución de los problemas que se iban presentando en la construcción.
Igualmente, toda decisión técnica importante que implicara una adición o modificación presupuestal pasaba a aprobación de la Junta de EPM, y de igual manera, cualquier cambio sustancial de un aspecto técnico del proyecto que implicara la modificación o aplazamiento de las fechas de los hitos establecidos en el BOOMT debía ser aprobada en la Junta de HI, tal como claramente lo estableció el contrato BOOMT.

De lo alegado por la apoderada en este punto, surge una conclusión absurda y es que, si eran suficientes los controles que realizaba EPM a través de los diferentes actores que había en el proyecto, la existencia de Hidroituango no tenía justificación alguna, pues si se asume como cierta la postura expresada por la apoderada,

realmente no está llamada a cumplir ninguna de las funciones que contractualmente le fueron asignadas.

En este punto cabe reiterar lo ya dicho líneas atrás y es que en últimas Hidroituango era una sociedad con objeto único; con un sólo propósito: la obtención de una hidroeléctrica que produjera energía a partir de una fecha determinada.

Así mismo, como dueña del proyecto,a Hidroituango le asisten responsabilidades de cara al resultado del proyecto, en esa medida sus funciones no pueden ser interpretadas, como mal lo hace la apoderada, como una mera revisión y aceptación acrítica de todo lo que planteaba, reportaba y afirmaba EPM bajo la excusa de que EPM era quien contaba con los conocimientos técnicos. Pues el contrato en efecto le daba una función mucho más amplia a Hidroituango, reconociéndole la posibilidad de realizar alertas e imponer medidas de apremio cuando se dieran situaciones que pusieran el riesgo el cumplimiento del contrato por parte de EPM.

Cabe recordar además que el contrato no excluye la función de vigilancia y control cuando se trata de asuntos técnicos, de hecho el contrato no distingue ni circunscribe la vigilancia y control a temas específicos y se refiere de forma genérica al cumplimiento del contrato BOOMT. En este sentido no resulta válido el argumento de la apoderada para excluir del ejercicio de la vigilancia y control los temas técnicos pues, como se dijo desde la imputación lo cierto es que las vicisitudes constructivas tienen efectos sobre el desarrollo del cronograma y sobre las resultas finales del proyecto (obtención de una hidroeléctrica que genere energía a partir de una fecha determinada en condiciones de costos planeadas).

Ahora bien en relación con los temas técnicos, específicamente lo relativo a las compuertas de los túneles de desviación afirma la apoderada que el "*cierre de los túneles de desviación en el momento de llenado del embalse se encontraron condiciones geológicas y geotécnicas diferentes a las identificadas en los estudios previos, lo cual implicaba la ejecución de obras civiles más grandes, más complejas y más demoradas que las previstas inicialmente"*. Así mismo afirma: *"la realización de las obras tendientes a superar las dificultades geológicas encontradas para la instalación de las citadas compuertas suponía significativos riesgos técnicos para el Proyecto, pues no se podía determinar con certeza si después de efectuadas las obras de tratamiento y estabilización del suelo, con el desgaste en recursos y tiempo que ello implicaba, en todo caso iba a ser viable desde la perspectiva técnica y de riesgos, la finalización de las estructuras de cierre señaladas".*

En este punto, resulta importante, con base en el material probatorio obrante en el plenario, revisar lo relativo a las compuertas que se iban a utilizar en los túneles de desviación y precisar las razones por las cuales las mismas no fueron instaladas para confrontarlo con las razones expresadas en este punto por la apoderada.

El diseño original contemplaba las siguientes características[346]:

> *"El proyecto, comprende una presa de enrocado localizada a 600 m arriba de la desembocadura del río Ituango al río Cauca, con obras para descargas de fondo e intermedia y un vertedero en canal abierto para evacuación de crecientes, obras ubicadas sobre la margen derecha del río. Sobre esta misma margen, se localizan las obras para generación que comprenden ocho captaciones sumergidas conectadas a las conducciones a presión que alimentan los ocho grupos turbina — generador de eje vertical, que se alojan en la caverna de casa de máquinas, conectados por galerías de barras a ocho bancos de transformadores monofásicos situados en la caverna de transformadores. El agua turbinada llega a dos cavernas independientes que actúan como almenaras de aguas abajo, de donde se desprenden cuatro túneles de descarga mediante los cuales el caudal es devuelto al río Cauca".*
>
> *PRESA Y OBRAS ANEXAS*
>
> *"La presa del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), tiene una altura de 220m, con corona de 12 m de ancho y de 500 m de longitud, a la cota 430. La impermeabilidad del lleno de roca, se logra mediante un núcleo de tierra con taludes 0,4H:1V en el lado de aguas abajo y 0,08H:1V en el lado de aguas arriba. Entre el núcleo de tierra y el lleno de roca, se ha dispuesto, en la cara de aguas arriba, una zona de transición de 10 m de espesor, conformada por material con un tamaño máximo de 0,20 m y, en la cara de aguas abajo, una transición compuesta por dos filtros de 4 m de espesor, uno de arena y otro de cascajo.*
>
> *"El talud de aguas abajo de la presa, tendrá una inclinación promedia del orden de1,75H:1V; sobre este, se construirá una vía, cuyos objetivos fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y a la descarga intermedia. Dicha vía, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa, es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas. "La fundación del núcleo y de los materiales de filtro y transición, se hará sobre material de roca tipo 11B, por lo cual será necesario excavar hasta encontrar esta calidad de roca en la fundación; los espaldones de roca serán fundados, principalmente, sobre roca tipo 11A.*
>
> *"Ataguía*

[346] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ambiental y socia1115-CT-2019-000004\Precontractual\Especificaciones Tecnicas\Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip\

"Tendrá 52 m de altura, con corona en la cota 262; el desvío se hará a través de dos túneles, dimensionados conjuntamente con la ataguía, con el criterio de que permitan evacuar una creciente con un caudal de 4.700 m3/s correspondiente a un período de retorno de 50 años, sin que la ataguía sea desbordada. La ataguía, será de concreto compactado con rodillo (CCR), incorporada a la presa, con taludes de 0.7H:1V en ambas caras.

"Preataguía

"Contará con una altura de 30 m, en la cofa 240; estará conformada por roca y suelo, con taludes de 1,5H:1V en ambas caras. La preataguía, se diseñó con el criterio de que no sea sobrepasada al evacuar por los túneles de desviación, la creciente con un período deretorno de 2,33 años. Se ha previsto que la cara de aguas abajo de la preataguía sea protegida con una capa de concreto. El volumen total de la presa (incluyendo la ataguía y la contraataguía que están incorporadas a ésta) es de aproximadamente 16.300.000 m3.

"El volumen total de la presa (incluyendo la ataguía y la contraataguía que están incorporadas a ésta), es de aproximadamente 16.300.000 m3.

"Vertedero

"Será en canal abierto, con un ancho variable entre 100 m en el azud de control y 60 m en el deflector, en una longitud de aproximadamente 495 m y con una pendiente de aproximadamente el 20%. Se ha diseñado para evacuar la creciente máxima probable, cuyo caudal de entrada es de 25.300 m3/s y de salida de 23.250 m3/s. Es controlado por ***cinco compuertas radiales de 16 m de ancho y 21,50 m de altura, separadas por pilas de 5 m de ancho****. La cresta del azud sobre el cual asientan* ***las compuertas radiales se localiza en la cota 400, en tanto que el nivel del deflector, desde donde el agua es lanzada al pozo de disipación de energía, se ubica en la cota 320msnm.***

"Desviación

"Para la construcción de la presa, la desviación del río Cauca se ha dispuesto mediante dos túneles paralelos emplazados en la margen derecha, separados de modo que la distancia libre entre ellos fuera de al menos 2,5 veces su diámetro. Las entradas de los túneles se han localizado en un sitio tal que permitan ubicar la preataguía de modo que entre ésta y la ataguía se cuente con un espacio libre suficiente para desarrollar los trabajos en la pata de la presa. Al final de la construcción de las obras, este espacio podrá servir como zona de depósito y a la vez contribuir a la impermeabilización de la cara de aguas arriba de la presa. Las estructuras de salida de los túneles de desviación se localizan en la zona conformada por el retiro del depósito aluvial "colgado" al frente de la desembocadura del río Ituango, de tal manera que no interfirieran con el pozo del vertedero.

"Los túneles se han diseñado con una sección hidráulica de 14 m de ancho, hastiales verticales de 7 m de altura y bóveda de 7 m de radio, con capacidad de evacuar una creciente con un caudal pico máximo de 4.700 m3/s, que corresponde a la creciente con un período de retorno de 50 años, sin sobrepasar la ataguía. Las longitudes aproximadas de los dos túneles son 811 m y 1.065 m, respectivamente.

"El alineamiento vertical de los túneles tiene una pendiente sostenida entre el 0,38% y 0,50% aproximadamente, diseñado para aprovechar la caída del río entre la entrada y salida de la mejor manera posible. ***La estructura de entrada de cada uno de los túneles cuenta con una pila central, de modo que cada túnel se cerrará mediante dos compuertas deslizantes de 7 m de ancho y 14 m de altura, las cuales permitirán la construcción de los tapones de concreto para el cierre definitivo de los mismos.***

"Descargas de fondo e intermedia

"Con el fin de mantener permanentemente en el río Cauca, durante el llenado del embalse, un caudal por lo menos igual al mínimo registrado, se ha previsto la construcción de obras de descarga que garanticen la evacuación de unos 300 m3/s.

Puesto que la magnitud del caudal medio del río y el volumen del embalse, hacen que la utilidad de la descarga de fondo sea casi nula para controlar el llenado del embalse o para el vaciado del mismo, el propósito de las obras de descarga, es únicamente garantizar el caudal mínimo antes citado y, consecuentemente, no se considera práctico disponer una descarga de mayor capacidad

"OBRAS DE GENERACIÓN

"Obras de Captación

"Están conformadas por dos bloques de estructuras sumergidas, separadas e idénticas, cada uno de los cuales tiene cuatro bocatomas independientes, ***con rejas coladeras fijas. Igualmente hacen parte de la captación, ocho pozos de compuertas, uno por conducción, localizados bajo una galería subterránea a la cota 430 msnm, desde la cual se operan las compuertas sobre los túneles superiores de conducción, que permiten el cierre del sistema bajo presiones equilibradas.***

"Cada uno de los dos bloques de estructuras de captación tiene un ancho total de 92 m y una altura de 20 m a partir de la plazoleta en la cota 350 msnm. Las estructuras son sumergidas y consisten en cuatro bocatomas de aducción frontal, equipadas con rejas coladeras fijas, dispuestas sobre un mismo plano, que incluyen rejas con una separación entre barras determinada por el tipo de turbinas para impedir la entrada de basuras con tamaños que podrían hacerles daño.

"Obras de Conducción

"Cada conducción (ocho en total) está compuesta por el túnel superior de 144,4 m de longitud y 10% de pendiente, el pozo de presión vertical de 151,4 m de profundidad incluyendo los codos verticales de 16,5 m de radio y, finalmente, el túnel inferior que es horizontal con una longitud de 63,5 m, lo cual representa una longitud efectiva por conducción de 359,3 m.

"Casa de Máquinas, Caverna de Transformadores y Obras Anexas

"El esquema de las obras de la central, localizadas en el contrafuerte derecho, comprende la caverna principal de la casa de máquinas donde se ubican ocho unidades, de 300 MW de potencia nominal cada una, y una capacidad instalada total de 2.400 MW, con turbinas tipo Francis y generadores sincrónicos de eje vertical, los equipos auxiliares electromecánicos, equipos de control, la sala de montaje, oficinas. Aguas arriba de ésta, se localiza la caverna de
transformadores que aloja un banco de tres transformadores monofásicos por grupo y, aguas abajo las cavernas de las almenaras, una para cada cuatro unidades, que junto con los túneles de descarga conforman las obras de descarga.

"Obras de Descarga

"Cada uno de los cuatro túneles de descarga, dos por cada almenara, evacua un caudal de 337,50 m3/s, correspondiente al caudal turbinado por dos unidades generadoras cuando la central está trabajando a plena carga. En su alineamiento, orientado a que la longitud sea la menor posible, los túneles salen perpendiculares a las almenaras y manteniéndose paralelos y separados 50 m, se orientan para descargar en río Cauca, luego de un recorrido que varía entre 868,4 m para el túnel de menor longitud y 1.142,5 m para el de mayor longitud.

Dicha estructura, estaba pensada para generar 2400 MW al día, y entrar en funcionamiento a partir de noviembre de 2018.

El consorcio CTIFS adelantó las excavaciones pertinentes y dentro de su objeto original, se encontraba lo relativo a la instalación de las compuertas.
Por lo que contrató con Industrias CENO, quienes tal y como obra en las actas de los comités de obra realizados con CTIFS (ver actas 69 a 75)[347], adelantaron lo correspondiente a la elaboración de los instrumentos metálicos para la instalación de las compuertas.
De otro lado, las compuertas fueron contratadas por EPM a la empresa ATB RIVA CALZONI S. p. A, contrato CT-2013-000338, suscrito en mayo de 2013. A través de dicho contrato se pactó entre otras, la Compraventa de dos (2) compuertas planas

[347] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Recibida\Respuesta_2\Actas_Comite_Obra\1-CTIFS

con ruedas, sus accesorios y equipos asociados para la desviación, los repuestos especificados, las herramientas y dispositivos especiales, y la prestación de los servicios adicionales correspondientes al diseño, fabricación prueba en fábrica, embalaje, embarque, transporte, supervisión del montaje, pruebas en campo, puesta en servicio y entrenamiento del personal para el proyecto hidroeléctrico Ituango"[348].

Ahora bien, respecto de los supuestos riesgos a que hace alusión la apoderada y que fueron referidos por EPM al ANLA en el informe presentado en el año 2016 – para justificar el inicio de obras subterráneas sin contar con la licencia para ello, las mismas no aparecen consignadas en las actas del comité de obra. En donde sin duda, dado que era el escenario para plantear las dudas, se debió decir de haber aparecido como un problema identificado por los contratistas de obra o la interventoría quienes, como se ha reiterado, eran los especialistas en la materia.

Por lo que de haber aparecido estas circunstancias en desarrollo de la obra, las mismas debieron haber sido puestas de presente.

Así mismo, en el acta No 3 del Board de Expertos (Noviembre de 2013) , en relación con el tema de las compuertas, lo que se dice es lo siguiente: *"En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el Contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y completar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta".*

Lo que, contrario a lo asegurado por la apoderada, demuestra es que el problema radicaba en los tiempos que se tenían para acometer la obra y no en una imposibilidad física o técnica de instalar las guías de las compuertas. Cabe anotar además que las compuertas fueron contratadas solo hasta junio de 2013. Así mismo, en noviembre de 2013 aún sin haberse terminado en su totalidad las excavaciones de los túneles de desviación, EPM ya había tomado la decisión de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel, decisión que apareció desde agosto de 2013[349], de donde se concluye que se tenía pensado prescindir de

---

[348] Carpeta principal 48. Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia Recibida. Respuesta 1. P.40. CT-2013-00038-cmptas –dsviación, adu, tun.

[349] *Carpeta principal No.65 – Folio 13915 – Información DD94- Correspondencia recibida – Respuesta 4 – P 4 – Actas y contratos CM – Anexo 1 –* ***Actas Board – Junta de Asesores reunión informe No.2_AGOSTO 2013***. Desvío del Río. El diseño original del desvío contempla la excavación de una plataforma a la cota 260m, para la instalación y operación de las compuertas de los pozos, llevando a cabo una excavación sistemática del talud de roca, descendiendo desde la plataforma de la cota 340m. De igual manera, se llevarían a cabo las excavaciones para el emboquillado de los túneles cuya solera está a la cota de 213m. El cronograma de la obra, desafortunadamente no se pudo mantener, especialmente por el retraso en la excavación del talud superficial, y el progreso actual de la obra no permite realizar el programa anticipado para desviar el rio en Enero del 2014. En vista de esta situación, Integral esbozo un diseño conceptual de una alternativa, que permitiría el desvio del rio para la fecha de Enero del 2014, instalando unos pozos adicionales en los ramales del túnel de aguas abajo (izquierdo), postergando las excavaciones superficiales, reduciendo los requerimientos de tratamientos en los túneles de desvio y ejecutando una serie de tareas complejas en un tiempo reducido.

las compuertas de los túneles de desviación desde mucho antes. Así mismo en octubre de 2013[350], se indicó:

> "CCCI presentó cronogramas de trabajo con varias alternativas para asumir las tareas pendientes del contrato de CTIFS: sin embargo, los cronogramas presentados no garantizaban desviar el Río Cauca en enero de 2014 (primer verano del año), frente a esto la interventoría, en informe" del 1 de octubre de 2013, manifestó lo siguiente:
>
> *(...) Para la ejecución de las anteriores obras, el Contratista presentó por medio de la comunicación CI-00653 un programa de trabajo para la ejecución de la vía de acceso al portal entrada hasta a la elevación 22.5 y para la excavación y tratamientos de los emboquilles entre las elevaciones 260 y 213.*
>
> *Una vez se le encargó la finalización de las obras en los ramales, envió a EPM un programa para la terminación de las obras, considerando como alternativa el uso de stop logs en los ramales del túnel izquierdo. La finalización de estas obras de acuerdo al programa enviado por el Contratista, sería el 15 de mayo de 2014. Esta solución no se hizo efectiva porque se requería realizar la desviación en el mes de enero de 2014. En vista de que el uso de los stop-logs en el túnel izquierdo no fue una alternativa conveniente, se solicitó al Contratista* ***un nuevo programa que incluyera la finalización de todas las obras para la desviación del rio, incluyendo las excavaciones y tratamientos del portal entrada, conservando los diseños actuales. El Contratista presentó el programa mediante la comunicación CI-00863 del 24 de septiembre de 2013. En este programa el cual incluía la finalización de las excavaciones y tratamientos en portal entrada y las demás obras requeridas para realizar la desviación del rio Cauca, el Contratista estima que puede finalizar las obras el 20 de agosto de 2014. Esta fecha de finalización***

La Junta tuvo la oportunidad de evaluar la alternativa conceptual para acelerar las obras de desvío, incluyendo una reunión con el contratista, CCC, para investigar la viabilidad de estas obras y su posible cronograma. Como resultado de esta evaluación, la Junta considera que los riesgos técnicos asociados con la aceleración no son aceptables para un proyecto de esta envergadura, y además, es de la opinión que existe aún incertidumbre de que las múltiples y delicadas tareas restantes para lograr el desvío se ejecuten oportunamente. En opinión de la Junta, el mayor riesgo técnico es el postergamiento de las excavaciones y adecuado tratamiento de los taludes marginalmente estables de roca encima de los pozos, lo cual genera un alto riesgo de comprometer el cierre de los túneles. Por consiguiente la Junta recomienda ejecutar el diseño original, con el contratista CCC optimizando el soporte y la secuencia de excavación del talud encima de los pozos y en la zona de emboquille de los túneles para tratar de lograr el desvío en el primer trimestre del 2014. En caso de no lograr esta meta, se ejecutaría el desvío a mediados del 2014 y se tomarían las medidas necesarias para recuperar el cronograma inicial agilizando la construcción de la presa, lo cual en nuestra opinión se puede lograr más favorablemente y con un riesgo mucho menor que la aceleración del desvío. Se sugiere además, eliminar la descarga de fondo actual sustituyéndola por una descarga intermedia modificada a la cota 240m, lo cual reduce sustancialmente el riesgo de esta operación. Esta opción requeriría el uso de cuatro compuertas en lugar de dos como se contempla en el esquema actual. El soporte técnico para esta sugerencia se presenta a continuación, junto con una evaluación de los aspectos geotécnicos del desvío.

- Auto de imputación No.1484 de 2 de diciembre de 2020. Folio 17.813. Pág. 93.**Desde agosto de 2013, EPM estudiaba la alternativa de construir un tercer túnel de desviación (Galería Auxiliar de Desviación — GAD**), con el fin de garantizar la desviación del rio en enero del año 2014, toda vez que el incumplimiento de esta fecha acarrearía mayores tiempos en el inicio de generación del proyecto. Con esta decisión EPM se apartó no sólo de los diseños originales sino también de la recomendación de su Junta de Asesores, respecto del cambio de diseño que incluía la GAD; decisión que aumentó el riesgo del proyecto.

[350] Auto de imputación No.1484 de 2 de diciembre de 2020. Folio 17.810. Página 87.

> ***ponía en peligro la desviación del rio en el segundo periodo seco del año (julio de 2014), por lo que fue descartada.***
>
> ***Como alternativa adicional se están realizando ajustes al diseño para involucrada construcción de un tercer túnel. Una vez se definan los trabajos a realizar para la desviación del rio Cauca con la opción antes mencionada, se solicitará al Contratista la presentación de un programa de obras para la ejecución de dichas actividades.***
>
> ***A continuación, se presenta un resumen del estado de avance de las obras encargadas al Consorcio CCC Ituango".***

Ante esta situación y la necesidad de dar cumplimiento al cronograma de entrada del proyecto en las fechas- programadas para no perder el cargo por confiabilidad, desde 2013 (**Acta 21 al Comité de seguimiento del contrato BOOMT de 15 de mayo de 2013** ***"EPM explica que de todas formas está explorando alternativas para proceder en caso de que CTIFS no cumpla, que incluyen asignar al consorcio CCCI parte de los trabajos, desviar el río sin terminar completamente algunos frentes, construir una galería adicional, entre otras****.(...)*"**.** **EPM empezó a estudiar la posibilidad de construir un tercer túnel para desviar el río en enero de 2014 y poder iniciar los trabajos de levantamiento de la presa.**

Ahora bien, respecto de la realización del tercer túnel la apoderada parte de una idea errada en la medida en que considera que el BOARD de expertos no estuvo en desacuerdo con dicha decisión y que eso fue lo que precisamente EPM expresó. Así mismo, se refiere al cruce de información entre Hidroituango y EPM en 2014, en las cuales el gerente de Hidroituango exigió que dicha modificación por ser la alteración de una característica inmodificable, debía haber sido aprobada por HI.
Ahora bien, de nuevo la apoderada tergiversa las aseveraciones realizadas por el Despacho, pues en ningún momento le imputó responsabilidad a los miembros de la junta directiva ni al Gobernador de Antioquia para el periodo 2012-2015, por el diseño o la decisión de realizar un tercer túnel, decisión que tanto de los testimonios como del material documental obrante en el plenario, este Despacho comprueba que fue tomada por EPM.
No obstante lo anterior, a la junta directiva de Hidroituango lo que se le cuestiona es NO haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma.
En este sentido es importante recordar tal y como se ha venido explicando a lo largo de estas respuestas, que el papel de Hidroituango era el de vigilar y controlar que EPM desarrollara en debida forma las prestaciones establecidas en el contrato BOOMT, aún cuando es algo evidente, resulta necesario destacar que como primera prestación EPM debía construir una hidroeléctrica que produjera energía.

En este sentido, la labor de Hidroituango no se podía limitar a aceptar todo lo que EPM le dijera, así existiera una relación de confianza, pues Hidroituango tenía un rol claramente establecido desde el contrato.

En este contexto no se le exige a la junta directiva que, como mal lo pretende hacer ver la apoderada, tomara decisiones técnicas supliendo a EPM, sino que se enterara de esas decisiones, confrontara los diferentes mecanismos de seguimiento, entre ellos el principal que eran las actas del comité de seguimiento al contrato, así como los documentos que proferían los diferentes estamentos de seguimiento y control y asesoría establecidos por EPM, como era entre otros el BOARD de Expertos, la interventoría de los contratos, las actas de los comités de obra y diseño, **documentos que en virtud del libro abierto se encontraban a disposición de Hidroituango**[351] y se le exigía a la junta que las decisiones que tomara tuvieran en cuenta ese contexto, pues es importante recordar que el principal objetivo de la junta directiva es tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su

[351]Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia recibida. Respuesta 1. P-01. Carpeta BOOMT con anexos y modificaciones. BOOMT con anexos. Contrato BOOMT. Anexo 6.12. *"2.1. Acceso de Hidroituango a la información – libro abierto.El contratista se obliga a tener a disposición de Hidroituango en una plataforma informática compartida, en forma expedita y oportuna, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice el contratista durante el desarrollo del proyecto. Mediante el mecanismo de "el libro abierto", el contratista mantendrá, bajo un sistema de centros de costo, los registros de todos los costos, erogaciones e ingresos relacionados con el proyecto, lo cual actualizará semanalmente y lo pondrá a disposición de Hidroituango; la información que utilice el Contratista para la gestión del Proyecto, a la cual tendrá acceso Hidroituango para cumplir su labor de verificación, estará disponible en medios informáticos o magnéticos, o los que de acuerdo con el avance de las tecnologías de información y comunicaciones (TICs) sean en el momento requerido los adecuados para el cumplimiento de los fines previstos en este documento. Igualmente, Hidroituango, en ejercicio de su labor de verificación, durante la vigencia del contrato, puede inspeccionar, examinar, comprobar, sin que se cause retraso ni se interfiera en las decisiones que tome el Contratista, el progreso del proyecto, y su puesta en funcionamiento, así como su operación y mantenimiento hasta la restitución de la central, de acuerdo con la metodología del Libro Abierto, así como todos los documentos del Contratista relacionados con el contrato, salvo la información sobre estrategia comercial del contratista. Para el efecto, Hidroituango dará el aviso correspondiente de manera previa al Contratista, para que el contratista pueda coordinar lo pertinente con la debida oportunidad y diligencia para el ejercicio de los derecho por parte de Hidroituango".*

objeto[352] [353], y de manera particular, cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales[354].

---

[352] artículo 44 de la Escritura Pública 1691 de 10 de octubre de 2011 (Z:\PRF 2019-01104 UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA J ESTATUTOS\ESTATUTOS) - Propósito que se reitera en el Código de Buen Gobierno de la Sociedad.

[353] *Carpeta principal 74. DD75- Visita Especial EPM E HI. Nueva Carpeta. A. 1. Certificación en donde conste la información que se consignó entre 2011 y 2019 en dicha plataforma tecnológica en relación con el contrato BOOMT y los subcontratos a través de los cuales se desarrolló.*
Respuesta/ En el contrato BOOMT se estableció el mecanismo de "libro abierto" mediante el cual, EPM se obliga a tener a disposición de Hidroituango, en una plataforma informática compartida, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice durante el desarrollo del Proyecto, además mantendrá a disposición de HI, los registros de todos los costos, erogaciones e ingresos relacionados con el proyecto.
Para darle cumplimiento a lo anterior, ***EPM procedió a darle acceso a los funcionarios que Hidroituango autorizó a los sistemas de información One World, Neón, Ariba, Enter y Mercurio, cuya descripción se da a continuación:***

- ***Neón:*** *Permite la gestión de la contratación desde la planeación hasta la adjudicación y cierre de los contratos, así como la gestión de la información básica de los proveedores.*
Está en proceso de reemplazo por Ariba, actualmente soporta procesos de contratación Abys Especiales y NoAbys como lo son: Compra energía, Compra, suministro y transp. Gas natural, Mercado energía mayorista a largo plazo, Mercado energía mayorista secundario, Prestación de servicios de salud, Recaudo, Seguros, entre otros.
A los funcionarios de Hidroituango se les asignó, tanto en Neón como en Ariba el perfil denominado "Perfil auditor externo", para la consulta de los contratos suscritos para la construcción del Proyecto hidroeléctrico Ituango.

- ***Ariba:*** *Sistema de información, para soportar la adquisición de bienes y servicios del Grupo EPM, administrar las relaciones con los proveedores, generar los documentos que constituyen un contrato, lanzar los eventos a los proveedores y recibir sus respuestas.*
Es un sistema que permite el trabajo colaborativo, (áreas requeridoras, cadena de suministro y proveedores) con el fin de apalancar la cadena de suministro y afianzar el relacionamiento con los proveedores.

- ***One World:*** *ERP-Sistema de información financiera con módulos que apoyan la gestión de diferentes procesos: Contabilidad, impuestos, cuentas por pagar, cuentas por cobrar, inventarios, presupuesto, activos fijos y mantenimiento.*

A los funcionarios de Hidroituango se les asignaron perfiles solo para consultas, es decir, están autorizaciones para leer, pero no están autorizados para escritura, modificaciones y borrado. La información a la cual tienen acceso es a la consulta de las transacciones realizadas referente al proyecto Ituango.
(…)
- ***Enter:*** *Solución informática corporativa que facilita la gestión, el control y la búsqueda de la documentación institucional.*
- ***Mercurio:*** *El sistema MERCURIO es el encargado de apoyar la gestión de las comunicaciones oficiales del Grupo EPM, permitiendo la radicación de documentos recibidos, producidos, internos y memorandos electrónicos, así como su trámite a través de diferentes flujos".*

Sobre este punto, en el auto de imputación se dijo lo siguiente:

> *"desde el Acta de seguimiento al BOOMT No. 16 del 20 de septiembre de 2012, se dejó más que claro que el cronograma presentaba atrasos criticos y que la fecha de entrada en operación estipulada estaba lejos de cumplirse:*
> *(…)*
> *Es más, en acta de seguimiento de BOOMT No.17 de 25 de octubre de 2012,los representantes de Hl en dicho comité -entre quienes se encontraba el gerente de Hi- expresaron que podría ser prematuro decirle a la Junta Directiva que se iba a desplazar la entrada del proyecto, lo anterior, por considerar que apenas se iban a iniciar las obras principales. En esta acta, resultaba evidente que los representantes de Hi en el comité de seguimiento le estaban ocultando información esencial a la junta, situación que con una simple lectura del acta podría haber sido advertida por los miembros de la junta directiva y los podría haber llevado a tomar determinaciones como modificar la integración del comité de seguimiento y en el caso del Gerente, en virtud de los Estatutos a removerlo. Así mismo, haber advertido que desde finales de 2012 se planteaba una probabilidad alta de que el proyecto no pudiera entrar en operación en 2018 lo que habría generado una alerta tal que le permitiera a los miembros de la junta repensar la manera como se estaba desarrollando el proyecto y tomar las mejores determinaciones para evitar seguir desarrollando planes consecutivos de aceleración e incrementando de manera significativa los gastos en perjuicio del proyecto, con la consecuente destrucción de valor del mismo. Así mismo, las actas dieron cuenta de las diferentes irregularidades presentadas en el proyecto así: En Acta de seguimiento de BOOMT de 21 del 15 de mayo de 2013, el Gerente de Hl planteó que teniendo en cuenta los rendimiento bajos de los túneles de desviación, le inquietó si era viable desviar el río en la fecha indicada, lo anterior se expresó en los siguientes términos:*
> *(…)*
> *En el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013, se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos, así:*
> *(…)*
> *Así las cosas, a través de comunicación del 3 de enero de 2014 (documento anexo al acta de seguimiento en cuestión), Epm informó formalmente a Hl acerca de la alternativa de desviación planteada, tras explicar el proceso constructivo la comunicación concluye:*
> *(…)*
> *Lo anterior es prueba suficiente de que, en efecto la alternativa de desviación del río que contemplaba un tercer túnel de desviación (GAD), nunca fue avalada por el Board de expertos, quienes plantearon las alternativas*

[354] Carpeta principal 74. DD75. Visita especial EPM E HI. Nueva carpeta. Sociedad Hidroituango S.A. Respuesta estatutos. Estatutos. Estatutos de la Junta Directiva de HI. Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003. *"Artículo 44. "Funciones. La Junta Directiva estará revestida de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad, ordenar la firma de cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objeto. Reunida la Junta Directiva con el quórum correspondiente que señalen estos estatutos de acuerdo con la ley, sus funciones serán las siguientes: (…)* ***3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)".*

expresadas por EPM, como respuesta a una decisión ya tomada, con miras a minimizar los riesgos en el proceso constructivo.
A su vez, en el Acta No.28 del 5 de mayo de 2014 se consignan de nuevo retrasos y modificaciones en los hitos y en el cronograma
(…)
Por su parte, el Acta 42 del 24 de noviembre de 2015 da cuenta de los costos adicionales de la GAD:
(…)".

Ahora bien, alega además la apoderada que a EPM sí se le pidieron explicaciones sobre lo manifestado por el BOARD en su informe No 3 y que el reporte que dio en su momento era que la preocupación del BOARD radicaba en la dificultad de encauzar el río por el tercer túnel, por la incertidumbre desde el punto de vista hidráulico.

Sobre este punto es importante recordar que el hecho de que algo sea físicamente factible, no lo hace aconsejable para el proyecto y esto es lo que precisamente plantea el BOARD de expertos, quienes conscientes de los apremios del proyecto consideraron que era preferible acelerar otras etapas del mismo y NO la desviación del río.

Y eso es lo que textualmente consagraron en el informe No 3.

Alega la apoderada que no se trató de una decisión improvisada, por cuanto después de haber sido tomada por EPM fue analizada técnicamente, por Intertechne y la Asesoría del proyecto y que en el informe 6 el BOAR avaló la alternativa "A" planteada por la asesoría.

Sobre este punto, es necesario recordarle a la apoderada que tanto el BOARD de expertos en el acta No 3 expresó "haber sido sorprendido"[355] por EPM con la

[355] *Carpeta principal No.65 – Folio 13915 – Información DD94- Correspondencia recibida – Respuesta 4 – P 4 – Actas y contratos CM – Anexo 1 – Actas Board – Junta de Asesores 3 reunión informe No.3_29NOV13: "En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y complementar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta. Además, la alternativa de desviar el río sin las estructuras de cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío , para garantizar el mantenimiento de la fecha de enero de 2014, no fue apoyada. La Junta, se manifestó a este respecto en las conclusiones de su informe como se transcribe abajo: "La Junta de Asesores considera que los riesgos técnicos inherentes a la aceleración del desvío del río no son aceptables y recomienda ejecutar el diseño original optimizando con el contratista principal CCC. El desvío del río debe ser efectuado después del término de las excavaciones y del concreto de estructuras incluso la instalación de las guías de las compuertas". Incluso se procuró demostrar que, en caso de retraso en el cierre mismo, las fechas finales de generación podrían ser mantenidas, con el desvío del río en el verano de julio-septiembre siguiente y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa, que en el cronograma estaba prevista con mucho holgura. **En esta reunión***

decisión ya tomada de realizar el tercer túnel, aún sin tener claridad de cómo lo iba a hacer, lo cual se encuentra además corroborado en los testimonios rendidos por el señor Juan Luis Cadavid Restrepo[356] y por el señor Gabriel Jaime Lacouture Correa[357], lo que resulta suficiente para considerar que contrario a lo afirmado por la apoderada sí se trató de una decisión improvisada.

Ahora bien, desde la decisión de que los túneles originales de desvío no contaran con las estructuras de cierre, el proyecto se encontraba en una situación calificada por el BOARD como "inusual".

Cabe anotar que para el acta 3 del Board Integral en calidad de asesor, ante la premura de cumplir con los tiempos de entrada en operación (aún cuando desde

la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra".

[356] *"(…) Nosotros llegamos a la reunión con los asesores un lunes, presentamos todos los estudios en que estamos enterando al Board de los avances de los estudios nuestros y los avances del proyecto. Llegamos a las 8 a.m. como es lo normal a EPM y se nos informó que los miembros de la Junta estaban en una reunión en la Gerencia. Esa reunión se tardó mas o menos hora y media, fue una reunión larga, nosotros los esperamos y luego se integraron a la reunión con nosotros y llegaron un poco bastante alterados, porque se informó por parte de la Gerencia, que se había tomado la decisión de hacer el tercer túnel, porque EPM requería cumplir con el cronograma del proyecto que ya estaba bastante atrasado. Eso molestó bastante, porque no era una decisión técnica, sino política, y no era una solución usual para un proyecto de esta magnitud, se molestaron bastante. Ellos en reuniones anteriores, nosotros habíamos presentado diferentes tipos de soluciones, porque las veníamos estudiando antes para tratar de evitar los atrasos del proyecto y nunca no las aprobaron, siempre insistiendo que la solución ideal para el proyecto era construir los diseños originales (…)". (min:___)*

[357] *"(…) en esa tercera reunión, nosotros llegamos el día lunes a las 8 a.m., nos sentamos en la mesa en la sala de reuniones donde se hacían esos encuentros con el Board y en esos encuentros participamos varios del equipo de Integral, el Director del proyecto y los que íbamos a exponer y participaban un equipo de EPM, el Board de asesores y a veces, por lo general un representante de la interventoría también en el sitio. En esa reunión llegamos todos muy puntuales, estábamos sentados esperando que llegara la gente de EPM, y nos dijeron que los de EPM estaban en una reunión con el Gerente de EPM y ahí estuvimos esperando. Mientras esperábamos estábamos discutiendo informalmente que vamos a presentar el tercer túnel y luego llegaron la gente de EPM, y expresaron que el tercer túnel es una decisión tomada y vamos adelante con esa decisión* ***y ahí fue donde el Board, en ese reporte dice que fueron sorprendidos con la decisión ya tomada de ese tercer túnel e Integral también fue sorprendido****, EPM la veía muy viable porque según beneficios programáticos, no quiero especular, pero EPM tomó la decisión con base, veían los beneficios que tenían y tomaron la decisión en ese momento y el Board es donde dice ahí que no les fue consultada ni si quiera fue discutida sino que la decisión ya estaba tomada (…)".(Min__)*

2012 se sabía que era poco probable), presentó un preproyecto[358] tal y como se explicó en el testimonio del señor Gabriel Jaime Lacouture Correa[359].

En el acta 6 del Board de expertos y después de buscar las soluciones técnicas posteriores, se presentó una solución más estructurada, el BOARD simplemente se expresó en el sentido de dar su opinión sobre cuál de estas opciones planteadas

---

[358] *Carpeta principal No.65 – Folio 13915 – Información DD94- Correspondencia recibida – Respuesta 4 – P 4 – Actas y contratos CM – Anexo 1 – Actas Board – Junta de Asesores 3 reunión informe No.3_29NOV13. "4. GEOTECNIA DE TÚNELES DE DESVÍO.* ***Los comentarios y sugerencias consignados en este capítulo se basan en la información presentada por Integral – Solingral con respecto a las condiciones geotécnicas y resultados de la instrumentación instalada en los túneles de desvío****; así como en las observaciones hechas durante la inspección a los portales de entrada y salida de los túneles (…)".*

[359] Testimonio del señor Gabriel Jaime Lacouture Correa*.* ***"(…)En esa visita, de agosto a noviembre que fue la tercera visita, ahí si fue cuando se empezó a estudiar el famoso tercer túnel que había propuesto el contratista CCI y ahí si fue donde Integral retomó el tema para analizarlo y evaluarlo y hacía unas presentaciones a EPM,*** *pero todo eso se iba a discutir en el Board de Noviembre en la tercera reunión, en esa tercera reunión, nosotros llegamos el día lunes a las 8 a.m., nos sentamos en la mesa en la sala de reuniones donde se hacían esos encuentros con el Board y en esos encuentros participamos varios del equipo de Integral, el Director del proyecto y los que íbamos a exponer y participaban un equipo de EPM, el Board de asesores y a veces, por lo general un representante de la interventoría también en el sitio. En esa reunión llegamos todos muy puntuales, estábamos sentados esperando que llegara la gente de EPM, y nos dijeron que los de EPM estaban en una reunión con el Gerente de EPM y ahí estuvimos esperando.* ***Mientras esperábamos estábamos discutiendo informalmente que vamos a presentar el tercer túnel y luego llegaron la gente de EPM, y expresaron que el tercer túnel es una decisión tomada y vamos adelante con esa decisión y ahí fue donde el Board, en ese reporte dice que fueron sorprendidos con la decisión ya tomada de ese tercer túnel e Integral también fue sorprendido,*** *EPM la veía muy viable porque según beneficios programáticos, no quiero especular, pero EPM tomó la decisión con base, veían los beneficios que tenían y tomaron la decisión en ese momento y el Board es donde dice ahí que no les fue consultada ni si quiera fue discutida sino que la decisión ya estaba tomada.* ***En el desarrollo de la reunión de ese día lunes, obviamente se les presentó el esquema pero ya no para que ellos discutieran y valoraran y vieran si era viable sino que esto es lo que vamos a hacer, ya esto es lo que queremos hacer y ahí es donde ellos dejaron esa situación. PREGUNTADO. Esa presentación se la mostraron a EPM o como era relación entre la asesoría y EPM. CONTESTADO. De alguna manera el Board tenía una determinada fecha, agosto y luego fue noviembre, en ese tiempo se venían discutiendo cosas, entre EPM y la asesoría, incluso EPM nos dijo, esto es lo que propone el contratista, analícelo y mírelo, nosotros lo analizamos, hicimos unos análisis, hicimos unas mejoras como hacer coincidir el túnel 4 con ese y le mostramos a EPM cómo podría ser. Esos días previos a la reunión de noviembre, se discutía con EPM, muy bueno este tema para que se lo llevemos al Board y lo analice, pero si eran unas discusiones previas que se tenían.*** *(…)PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Después de esa decisión de la oposición del Board, quisiera saber si Ustedes como asesores de EPM hicieron alguna otra presentación, alguna recomendación o modificación, a razón de eso que les dijo el Board en ese momento. CONTESTADO****. EPM nos decía que estamos con un cronograma muy apretado, no vamos a cumplir, la meta de 2018 no se iba a cumplir lo que ellos veían, entonces, ellos lo que hacían era ayúdeme a buscar soluciones, incluso nos pidió colaboración a todos, al contratista y a todos, qué pueden hacer para construir esto mas rápido?, ahí es donde nosotros evaluamos y presentamos a EPM opciones, pero siempre se buscaba que fueran valoradas por el Board de aesores, porque son decisiones que eran importantes y que fueran valoradas en ese Board de asesores, incluso eran valoradas desde todos los puntos de vista del proyecto (…)".*

era la menos riesgosa, lo que en ninguna medida puede entenderse como un aval de la decisión de EPM de prescindir de las compuertas y de construir un tercer túnel. De otro lado, la apoderada reitera su conclusión en relación con que no existe un nexo de causalidad entre esta conducta y el daño, pues en su opinión el daño solo se dio por el hecho de que el túnel de la GAD adoleció de defectos constructivos.

Sobre este punto, este Despacho se remite a lo explicado líneas atrás en relación con el nexo de causalidad y la concurrencia de conductas y en este punto reitera que el hecho de haber avalado todas las decisiones de EPM sin tener en cuenta toda la información disponible fue lo que permitió que el proyecto se siguiera desarrollando bajo planes de aceleración o de recuperación de tiempos que a su vez suponían la inversión de mayores recursos, lo que tuvo un impacto significativo en relación con el tercer túnel de desviación, pues si bien en abstracto, contando con los tiempos necesarios para adelantar las distintas verificaciones técnicas del caso y revisando los procesos constructivos de manera detallada la realización de un túnel puede no tener mayores dificultades, en el caso concreto del proyecto, al no contarse con las holguras necesarias y ante una geología que se había presentado como compleja desde el inicio del proyecto, la modificación en corto tiempo de las características inmodificables del proyecto, en contravía de la opinión del BOARD de expertos quienes consideraban que era preferible recuperar los tiempos en otras obras principales, sin duda puso en una situación de vulnerabilidad el proyecto, lo que se desencadenaría posteriormente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

La Apoderada indicó igualmente en su escrito lo siguiente:

> ***“Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.***
>
> ***Este cargo se responderá de manera conjunta para RAFAEL NANCLARES OSPINA Y MARIA EUGENIA RAMOS VILLA.***
>
> *Como prolegómeno a la refutación que se hará con respecto a lo afirmado por la Delegada en este cargo, es necesario reiterar lo enunciado al inicio de este escrito, y que da cuenta que desde que se acordó el plan de aceleración en 2015 con el Consorcio CCC a la fecha del informe presentado por el*

reasegurador en Zurich131 (Londres)- (28 meses), el proyecto había logrado recuperarse de un retraso del 10,4% en noviembre del 2015 a sólo 1,1%, acorde con el informe referido, y que permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango.

Dos meses antes de presentarse este concepto por el reasegurador en Zurich, Londres, la empresa DELOITTE, auditora oficial del seguimiento al cronograma de la CREG, el día 23 de febrero de 2018, presentó el informe No. 17 de "Auditoría la obligación de cumplir con la Curva S y el Cronograma para la Construcción y Puesta en Operación Comercial de la Hidroeléctrica Ituango al 31 de diciembre de 2017", en el cual se consideró un adelanto de ocho (8) días en el inicio de la operación comercial en la Unidad 4. Adicionalmente se destaca que a esta fecha el proyecto presentaba una ejecución financiera de 6,8 billones de pesos, de los 9,2 billones planeados como presupuesto del proyecto.

A las dos revisiones realizadas al proyecto en abril y en febrero de 2018, la del reasegurador en Zurich y la de la empresa Deloitte, respectivamente, ha de sumarse un tercer informe rendido en abril de 2018 por la Interventoría del proyecto, en la cual precisa que se estaba cumpliendo con el cronograma, lo que garantizaba que la primera unidad entraría a generar en noviembre de dicho año. En efecto, la firma INGETEC-SEDIC, encargada de la Interventoría del proyecto relaciona el avance o evolución de la obra física y el costo de la misma desde enero de 2017 a mayo 2018, el cual fue documentado en los informes de interventoría que se relacionaron al inicio de estos descargos, y que dan cuenta que a abril de 2018 la obra ya estaba con los atrasos prácticamente recuperados (-0.57%) faltando todavía 7 meses para la terminación de la primera etapa (noviembre de 2018) e igualmente el costo se encontraba por debajo de lo presupuestado.

Lo anteriormente señalado, permite concluir, que la decisión de implementar un plan que permitiera recuperar los atrasos del proyecto, y que fue denominado plan de aceleración, no sólo logró colocar el proyecto prácticamente al día con el cronograma de la CREG, sino que permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango.

De tales evidencias, puede concluirse que el plan de aceleración fue una decisión acertada desde el punto de vista técnico y efectiva desde el punto de vista constructivo, situación distinta es que se hayan presentado defectos constructivos, como lo afirma la Delegada de la Contraloría General de la República en el auto de imputación de cargos, que hayan generado una contingencia que imposibilitó entrar en operación en la fecha prevista, situación que en modo alguno puede ser imputado a mis poderdantes.

Ahora bien, el plan de recuperación de plazos o plan de aceleración fue previsto como una estrategia para recuperar los atrasos que presentaba el proyecto, pero en modo alguno implicaba desconocer los diseños, la lex artis de la construcción, ni las exigencias y estándares con los cuales se había concebido y estructurado todo el proyecto.

Realizada la advertencia anterior, es necesario precisar que con el atraso que venía presentando el proyecto, ocasionados por la entrega de las vías de acceso al mismo, las contingencias presentadas en el desarrollo de este, tales como el desprendimiento de roca desde la bóveda de la caverna de transformadores, los problemas geológicos, las invasiones foráneas, las protestas protagonizadas por la comunidad y algunos foráneos de la zona con exigencias económicas, las tomas guerrilleras y voladuras de torre de energía, los bajos rendimientos del subcontratista CTIFS, entre otros, era necesario implementar el plan de aceleración (plan de recuperación de atrasos), con el propósito de evitar mayores impactos en el programa de obras del proyecto.

Se destaca que EPM había estructurado desde junio de 2014, una mesa de aceleración de la cual surgieron obras extras estratégicas relacionadas con galerías, accesos y obras adicionales, que permitieran el cumplimiento de etapas importantes del proyecto, así como independizar los frentes exteriores de los subterráneos, con el propósito de atacar rutas críticas y viabilizar la implementación posterior de un plan de aceleración de obras del proyecto (plan de recuperación de atrasos) que permitiera rescatar gran parte de los atrasos que hasta la fecha tenía el proyecto.

De acuerdo con lo anterior, EPM revisó la posibilidad con el contratista de obras civiles principales de implementar unas estrategias enfocadas a viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018, entre las cuales se encontraba: (i) La construcción de una serie de galerías que permitieron desligar las obras subterráneas de la conducción de actividades predecesoras asociadas a las excavaciones a cielo abierto, (ii) el aumento de mano de obra y equipos adicionales para incrementar los turnos de trabajo, a fin de ampliar el número de horas laboradas, viabilizando un aumento de la producción, (iii) la colocación en obra de equipos especializados adicionales para implementar cambios en procedimientos constructivos de algunos frentes de obra con el fin de alcanzar mayores rendimientos que los logrados con la jornada, entre otros.

Una vez se definieron las estrategias requeridas para recuperar los atrasos presentados en el cronograma, se procedió a hacer una valoración de los costos, y el contratista mediante la comunicación CI-03857, del 12 de mayo de 2015 radicado de EPM 201520077111), presentó un informe que contenía la valoración de los costos asociados a la estrategia de recuperación de plazos por concepto de mano de obra, equipos adicionales, medidas complementarias relacionadas con el redimensionamiento de equipos, y otras obras estratégicas no acordadas inicialmente entre las partes.

*En el informe de "**Justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto**", preparado por el Grupo EPM -Proyecto Hidroelectrico Ituango Contrato CT-2012-000036- Construcción de la Presa Central y Obras Asociadas Contratista Consorcio CCC Ituango, suscrito por el doctor ALVARO LEON OSPINA, Director del Desarrollo del Proyecto, se informó que la negociación de los costos fue abordada por EPM con el contratista con un criterio de costo integral, en el cual se incluyen las estrategias implementadas, los costos no recuperables y el reconocimiento económico por el éxito de dicho plan. Dicho esquema permitía obtener beneficios toda vez que se presentaba una negociación individual de conceptos dado que de alguna manera se transfiere al Contratista constructor parte del riesgo por no alcanzar la meta de entrada en operación.*

Para EPM dentro de las negociaciones con el contratista quedó claro que el logro de la meta estaba intrínsecamente asociado a que tanto el contratista como el contratante alinearan sus intereses en el propósito de lograr la entrega de obras y puesta en operación oportuna, bajo un esquema en el cual le fueran reconocidos al contratista todos los costos en que este incurriera y se lograra poner en funcionamiento el Proyecto en la fecha esperada.

*Los beneficios por el plazo recuperado con la implementación de las estrategias para recuperación de atrasos fueron plasmados en el documento antes mencionado, resaltando de éstos los siguientes**:***

a. La entrada de operación del proyecto es indispensable para la atención del crecimiento de la demanda energética proyectada del país.
b. El aporte del proyecto era requerido en el año 2018 para que en el sistema interconectado nacional se aliviaran las restricciones y se mejorara la interconexión con la Costa Atlántica.
c. El mercado de contratos de largo plazo era deficitario y la entrada comercial del proyecto era necesaria para dar liquidez.
d. Los precios del mercado mayorista se equilibraban ya que la energía que el proyecto Ituango inyectaba al Sistema Interconectado Nacional (SIN) mejoraba la relación oferta-demanda.
e. El beneficio en Valor Presente Neto (VPN) del proyecto para diferentes escenarios de recuperación de atraso (en meses), incluyendo el esquema de reconocimiento considerado por el contratista y los costos mismos del plan de recuperación del programa de las obras del proyecto, resultaba altamente favorable para el proyecto.

En cuanto a las implicaciones estudiadas por el Grupo EPM de no pactarse la recuperación del programa de las obras del proyecto y, por lo tanto, no lograr la entrada en operación comercial en diciembre 1 de 2018, se presentarían estas consecuencias:

a. Dejar de recibir los ingresos por ventas de energía en el MEM (Mercado Energético Mayorista), tanto por contratos como por bolsa de energía (estimado anual de USD300 millones).

b. Perder la asignación de obligaciones de energía firme por 1,085 GWh por 20 años valoradas a un precio de 13,998 USD/MWh (dólares de 2008).
c. Ejecución de la garantía de entrada en operación comercial de las cuatro unidades, por un monto de USD41,383,939.
d. Ampliación del plazo de la garantía de conexión cuyo monto era de COP272,370,987,024 pesos.
e. Cada mes de atraso en la entrada del proyecto acarrearía pago de cargos de operación al transmisor (ISA), correspondiente a COP6,637 millones mensuales (Corrientes 2014).

Atendiendo al estudio antes señalado, y la ponderación de costos-beneficio de la implementación del plan de recuperación de atrasos, (denominado plan de aceleración) se formalizó mediante el Acta de Modificación Bilateral No. 16 al contrato CT-2012-000036 entre EPM y el Consorcio CCC (Construcción de la Presa, Central y Obras Asociadas del Proyecto Hidroeléctrico Ituango), la cual se suscribió el 23 de diciembre de 2015.

Posterior a la suscripción del acta de modificación contractual, el tema fue abordado por la Junta Directiva de Hidroituango, quien mediante el Acta Nro. 158 de diciembre 28 de 2015143 aprobó la ***autorización*** *al Gerente de HI para que, previa la verificación de la matriz de riesgos del contrato BOOMT, tramitara el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración, atendiendo a los beneficios que EPM planteó en el documento en el cual justificó la elaboración de la estrategia tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018. Sin embargo, el plan de recuperación de atrasos fue implementado en su totalidad durante los años 2016 a 2018.*

Para el efecto, el Acta de Junta Directiva de HI Nro. 158 de diciembre de 2015, página 208, dispone:

"ORDEN DEL DIA
1. "Consideración y decisión de la Junta directiva sobre la petición de EPM de autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerando la utlidad escalonada y condicionada" ***En consecuencia, autorizar al Gerente de Hidroituango, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT,*** *para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto, con el fin de viabiliar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018" (negrillas nuestras).*

Tal como quedó establecido en el Acta Nro.158 de 2015, lo que se aprobó en la reunión de la Junta Directiva de HI fue la incorporación de los costos de la estrategia de recuperación de atrasos o plan de aceleramiento en el BOOMT, y en ese momento se aprobó atendiendo a los beneficios que EPM planteó en

el documento en el cual justificó la elaboración de la estrategia, del cual se resalta el último numeral -beneficios por plazo recuperado-, literal f) "los costos proyectados para el pago del plan de aceleración no modifican los costos de referencia del proyecto". Es decir, no superaban esos costos de referencia del BOOMT, en tanto había unos ahorros importantes en la adjudicación, y eso permitió un margen que eventualmente estos costos se pudieran incorporar sin superar los costos de referencia del proyecto.

De tal cuenta que no podría deducirse válidamente un presunto detrimento patrimonial, de la incorporación de una estrategia para recuperar los atrasos, la cual estaba dentro de los costos de referencia del proyecto, y además que posibilitada el cumplimiento de las obligaciones establecidas con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1985 GWh de energía firme en el año 2018.

Ahora bien, tanto el reconocimiento de los costos generados con el plan de aceleración, como la implementación de este se presentaron durante los años 2016 a 2018, y de ello dan cuenta las actas de las reuniones de Junta Directiva realizadas durante este período.

Así en el Acta de Junta Directiva de HI Nro. 171 de mayo 22 de 2017 el entonces gerente de HI, Dr. Gustavo Jiménez, le informó a la Junta Directiva que se instalaron unas mesas de trabajo permanente para analizar los valores glosados por GAE. En el punto b. de los "Acuerdos del 10 de mayo de 2017" quedó plasmado el reconocimiento de lo planteado en la AMB Nro. 16 de diciembre 23 de 2015 firmada entre EPM y el consorcio CCC, con respecto al reconocimiento de los gastos de mano de obra y equipos los que serán incluidos como costo del proyecto.

Así quedó incorporado en la página 304 del Acta de Junta Directiva de Hidroituango Nro. 171 de mayo 22 de 2017.

"4.2 Glosas GAE
Al respecto, el Doctor Jiménez indica que el día 3 de mayo de 2017, se instaló una mesa de trabajo permanente, en el marco del Comité del BOOMT, a fin de discutir y llegar a acuerdos sobre los valores glosados por GAE, en las que ha participado EPM, e Hidroituango como partes del contrato y GAE como asistente.
El resultado de estas mesas de trabajo fueron los siguientes:
• • Acuerdos del 10 de Mayo de 2017
• c) Se reconocen los costos asociados a la liquidación del contrato con IMPSA, en atención a las justificaciones económicas y de conveniencia expuesta por EPM
• d) Los gastos asociados a equipos y mano de obra, incluidos en la AMB 16 con CCCI, serán incluidos en los costos del proyecto, atendiendo las consideraciones técnicas expuestas por EPM en dichas mesas.

En consecuencia, se procederá a remitir a la firma auditora GAE el acuerdo al que llegaron el día 10 de mayo, a fin de que GAE proceda con la revisión y

posterior validación o no de estos rubros, con el fin de incluirlos o no dentro del costo base de remuneración del proyecto".

Lo anterior es ratificado en el Acta de Junta Directiva de Hidroituango Nro. 172 de junio 27 de 2017, cuando en el informe del Gerente en la página 326 se lee:

"Punto 4.3 Glosas GAE gestión y auditoria especializada":
"4.3 Glosas GAE gestión y auditoria especializada
Continúa la presentación el doctor Jiménez, (la cual hace parte integral del acta) recordando a los miembros de Junta que se vienen desarrollando unas mesas de trabajo con funcionarios de GAE, EPM e Hidroituango, estas mesas de trabajo han tenido como resultado los siguientes acuerdos.

CUADRO

"Aclara el doctor Jiménez que los valores de los contratos y las AMB´s incorporados como inversión del Proyecto por las partes, HIDROITUANGO y EPM, deberán ser analizadas por GAE para determinar si serán o no incluidos como costo base de la remuneración del contrato BOOMT."

Como puede establecerse de la lectura de las citadas actas de la Junta Directiva de Hidroituango, las decisiones que se consideraron acertadas sobre el plan de aceleración y el reconocimiento de los costos fueron ejecutadas en el periodo posterior al que mi mandante se desempeñó como Gobernador de Antioquia, y sus subalternos como miembros de Junta Directiva de Hidroituango.

Por último, es pertinente señalar que en comunicación dirigida a la doctora Maria Eugenia Ramos Villa el día 07 de febrero de 2020, radicado 04-01-2020021000030, el doctor Javier Dario Toro Zuluaga, Gerente de Hidroituango, le informó:

● *"Actualmente las verificaciones contractuales enmarcadas en la Matriz de Riesgos del contrato BOOMT están en proceso, sin definiciones frente a las inversiones que Usted señala. La conclusión de este análisis le permitirá a HIDROITUANGO sentar su posición ante EPM, sobre su responsabilidad en la materialización del riesgo y las erogaciones que razonablemente le correspondan.*

● *La distribución y la asignación de riesgos de las partes, inherentes a la ejecución del contrato, quedó establecido en el Anexo 6.15 del Contrato BOOMT "Matriz de Riesgos", sin embargo, en el evento en que entre las partes se presente una divergencia respecto a la cual de ellas corresponda la asunción del riesgo, cualquier de ellas podrá llevar esta diferencia a los mecanismos de solución de disputas establecido en el Capítulo VIII del Contrato BOOMT.*

> *De acuerdo a lo anterior, la aceptación de los costos del Plan de Aceleración y otras inversiones en discusión, no constituyen una decisión unilateral de HIDROITUANGO y deberá surtirse los procedimientos establecidos en el Contrato BOOMT con la participación activa de EPM en su calidad de Contratista. Hasta tanto no se den estas definiciones, no se podrá concluir sobre la inclusión de las inversiones del Plan de Aceleración y de las demás inversiones objeto de divergencias, como costos del Proyecto".*
>
> *De lo anterior se desprende que a la fecha no se han cancelado los rubros que fueron pactados en el plan de recuperación de atrasos al contratista, y por siendo de esta manera, mal podría por este concreto aspecto determinarse un detrimento patrimonial para la entidad, cuando a la fecha, no se ha presentado ninguna erogación o gasto público asociado con la estrategia de aceleración implementada en el proyecto.*

R/. La apoderada en este punto, retoma lo sostenido en relación con el avance del proyecto a 2018, para concluir que el plan de aceleración había logrado recuperar los tiempos del proyecto y que permitía esperar que la hidroeléctrica entrara en funcionamiento en las fechas establecidas y que por lo tanto era una decisión acertada desde el punto de vista técnico y efectiva desde el punto de vista constructivo.

De nuevo la apoderada considera que la causa de la contingencia radica exclusivamente en los defectos constructivos.

En este punto, es necesario recordar que como se ha explicado líneas atrás, la efectividad del plan de aceleración no se puede medir exclusivamente desde el avance en los diferentes cronogramas, ya que los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino cuando dichas determinaciones permiten reconducir de manera efectiva de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación**.

Frente a que la única causa de la contingencia son los errores constructivos, el Despacho se remite a lo explicado líneas atrás en relación con el nexo de causalidad y reitera que no fue el único hecho generador sino que se trató de hechos concatenados y sucesivos producto de conductas concurrentes que fueron idóneas y determinantes para que se produjera el daño al patrimonio del Estado descrito en esta causa fiscal.

De otro lado, la apoderada se remite a la comunicación CI-03857 de 12 de mayo de 2015, en la cual el contratista presenta la valoración de costos asociados a la

estrategia de recuperación y al informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración del proyecto", preparado por EPM.

Así mismo alega que después de haberse firmado la AMB 16 de 23 de diciembre de 2015, fue que la Junta Directiva de Hidroituango mediante acta 158 de 28 de diciembre de 2015, en palabras de la apoderada**, *"***aprobó *la autorización al Gerente de HI para que, previa la verificación de la matriz de riesgos del contrato BOOMT, tramitara el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración, atendiendo a los beneficios que EPM planteó en el documento en el cual justificó la elaboración de la estrategia tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018"*.

Sobre este punto es necesario precisar que nuevamente la apoderada acepta que las decisiones tomadas por la junta directiva se fundaron en explicaciones dadas por EPM. En este sentido, se recuerda que el reproche que realiza el Despacho a la Junta de Hidroituango radica en el hecho de que no haya verificado la información de las distintas fuentes con las que contaba, a efectos de establecer si lo sostenido por EPM obedecía o no a la realidad del proyecto y establecer cuál era la opción más conveniente si avalar lo hecho por EPM o elevar una alerta sobre el particular o inclusive, iniciar el procedimiento de apremio.

Alega además la apoderada que el plan de recuperación de atrasos se implementó durante 2016-2018, en donde se refiere nuevamente a las actas 171 y 172, asunto que ya fue respondido en este escrito, por lo cual el Despacho se remite a lo allí concluido, en el sentido que revisadas el acta 171, la misma se refiere específicamente a los costos de mano de obra y respecto del Acta 172, la misma se refiere de manera genérica a las distintas Glosas realizadas por GAE las cuales no necesariamente están asociadas a costos referidos a la SAD.

Alega por último la apoderada que "a la fecha no se han cancelado los rubros que fueron pactados en el plan de recuperación de atrasos al contratista, y por siendo de esta manera, mal podría por este concreto aspecto determinarse un detrimento patrimonial para la entidad"

Es irrelevante que de cara al plan de aceleración no se hayan cancelado rubros, cabe recordar que el Daño en el presente proceso radica en la destrucción del valor presente neto, como consecuencia de la realización de inversiones injustificadas. En este contexto, es claro que la aprobación programática del plan de aceleración, que, como se encuentra probado incluía la GAD, permitió que EPM avanzara modificando las características inmodificables del proyecto, como se explicó líneas atrás, en contravía de la opinión experta del BOARD, en las específicas circunstancias del proyecto el cual no contaba con las holguras necesarias para que las obras fueran desarrolladas lo que desencadenó en la llamada "contingencia de

2018" que generó gran parte de esas inversiones injustificadas que destruyeron el valor presente neto del proyecto.
Por lo anterior este argumento no está llamado a prosperar.
La Apoderada indicó en su escrito:

"CAPITULO XV.

"Las decisiones tomadas para el desarrollo del proyecto fueron las más adecuadas, eficientes y oportunas desde el punto de vista técnico, administrativo, jurídico y financiero.

Al margen de las explicaciones que se han brindado a través de este escrito con respecto a las actuaciones desplegadas por mis poderdantes en su calidad de miembros de Junta Directiva de HI, es necesario señalar que cada una de las decisiones que fueron tomadas al interior del proyecto hidroeléctrico Ituango fueron respaldadas por estudios técnicos realizados por expertos, con amplia trayectoria y experiencia en la planeación y desarrollo de esta clase de megaproyectos, en las cuales participaron igualmente equipos interdisciplinarios de las más altas calidades profesionales y con una amplia experiencia en el manejo de obras de gran envergadura como Hidroituango.

Cada decisión tomada en el proyecto fue escrutada con los análisis de conveniencia, oportunidad, pertinencia y viabilidad desde el punto de vista técnico, jurídico, administrativo y financiero, y solventadas con todos los estudios necesarios que permitían establecer que las mismas eran las más acertadas, y por ello parafraseando a Alejandro Linares Cantillo:

"(…) los administradores son autónomos en la toma de sus determinaciones, siempre que sus decisiones sean debidamente fundamentadas, tal como lo haría un buen hombre de negocios. De esta manera, los jueces no deben cuestionar las decisiones de negocios de los miembros de una junta directiva de una sociedad, ***si estas decisiones fueron tomadas con base en análisis razonables y fundamentados, de acuerdo con las circunstancias existentes al momento de la toma de la decisión*** *(2153). (negrillas nuestras).*

Hoy luego de revisar la cadena de decisiones que son cuestionadas por la Contraloría General de la República, estamos absolutamente seguros de que las mismas fueron las más acertadas y eficientes desde el punto de vista técnico, jurídico y financiero.

i (i) La decisión de no implementar el Business Intelligence recomendado por Penta a Hidroituango, como otro sistema de control y seguimiento al proyecto, por cuanto este es sólo una herramienta, lo mismo que el Gantt y el tablero de control, fue tomada luego de un análisis cuidadoso, que llevó a la conclusión que el sistema de monitoreo del BOOMT con que contaba EPM era más eficiente que el propuesto por la entidad consultora.
(ii) La decisión de no imponer medidas de apremio al contratista EPM, y tampoco instar para la imposición de multas al subcontratista CTIFS, sino

establecer mecanismos técnicos para la recuperación de los atrasos del proyecto a la par que se hacía una intervención integral a la zona de influencia de este, resultó ser más efectiva, que los propios requerimientos contractuales que reclama la Contralora, tal como se evidencia en el hecho de que dos días antes de presentarse la contingencia el reasegurador en Zurich, Londres, logró establecer que se estaba cumpliendo con el cronograma y se entraría en operación de la primera unidad en la fecha prevista, situación que también registró la empresa DELOITTE, auditora oficial del seguimiento al cronograma de la CREG, el día 23 de febrero de 2018 en el informe No. 17 de "Auditoría la obligación de cumplir con la Curva S y el Cronograma para la Construcción y Puesta en Operación Comercial de la Hidroeléctrica Ituango al 31 de diciembre de 2017", en el cual se consideró un adelanto de ocho (8) días en el inicio de la operación comercial en la Unidad 4.

(iii) Igualmente, desde que se acordó el plan de aceleración en 2015 con el Consorcio CCC a la fecha del informe (28 meses), el proyecto había logrado recuperarse de un retraso del 10,4% en noviembre del 2015 a sólo 1,1%, acorde con el informe presentado por la empresa DELOITTE, lo cual permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango.

(iv) Finalmente, la decisión técnica que fue presentada por los expertos ante las dificultades geológicas y geotécnicas encontradas en el terreno que hacían más riesgosa, más costosa y demorada la instalación de las compuertas en los túneles de desviación derecho e izquierdo, como estaba previsto inicialmente, y que consistió en la construcción de un tercer túnel, sin duda alguna era una alternativa que evitaba esos problemas y permitía hacer el desvío del río en el primer verano de 2014, la cual fue concebida, analizada y sustentada por expertos y avalada por el BOARD, tal como se revisó anteriormente.

En síntesis, todas las decisiones tomadas al interior del proyecto fueron respaldadas con estudios técnicos rigurosos, y por ello se demostró que las mismas fueron efectivas en tanto lograron recuperar los atrasos y tener la posibilidad de cumplir con el cronograma y los compromisos asumidos con la CREG. Situación muy distinta es que, por problemas, al parecer constructivos como lo afirma la Contraloría, que no eran del resorte de mis poderdantes como miembros de la Junta Directiva de HI., se haya presentado una contingencia, la cual, como se ha revisado anteriormente, no está asociada a ninguna de las decisiones que ahora son cuestionadas por el órgano de control.

R/: Sobre el particular, este Despacho se remite a lo explicado líneas atrás respecto de cada una de las conductas, así como al concepto de eficiencia, para concluir que no atiende a la realidad el hecho de que las decisiones tomadas se hayan dado de manera respaldada y diligente ni que hayan atendido a los objetivos que debía perseguir la administración de Hidroituango, más si se recuerda que era una sociedad con objeto único que tenía por finalidad obtener una hidroeléctrica que

fuera operativa y que lograra generar el 17% de la energía del país, se recuerda que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, aún no se cuenta con dicha infraestructura energética y no existe certeza de la fecha en la cual la misma será concluida y comenzará a generar al menos parte de la energía prometida.

Así mismo, se reitera lo sostenido en relación con el nexo de causalidad en el sentido de que en el caso concreto el daño estudiado en esta causa fiscal, no se debió únicamente a las situaciones ocurridas durante la contingencia sino a una serie de hechos consecutivos y concatenados generados por conductas concurrentes que fueron explicadas desde el auto de imputación y ahora en esta decisión, las cuales fueron idóneas y determinantes para la producción del daño.

Por lo que este argumento no está llamado a prosperar.

Continúa la apoderada alegando:

> ***CAPITULO XI***
>
> ***Ausencia de daño patrimonial como elemento esencial de la responsabilidad fiscal.***
>
> *(…)*

R/: Respecto de Este argumento, se dio respuesta en el acápite de daño, por lo que no se abordará nuevamente en este punto.

> ***CAPITULO XVII***
>
> ***Ausencia de nexo de causalidad entre los supuestos fácticos en los cuales se sustentan los cargos y el presunto daño patrimonial.***
>
> *Señaló la Delegada como fundamento para sustentar el nexo de causalidad entre los supuestos fácticos en los cuales se respaldan los cargos a mis representados y el presunto daño patrimonial las siguientes consideraciones*
>
> *“Como se explicó en la parte introductoria del acápite de conducta y nexo de causalidad, el hecho de que existiera un comité de seguimiento al contrato Boomt no le restaba responsabilidad a los miembros de junta directiva, quienes, como es sabido son el organismo de dirección y decisión de la persona jurídica, y están revestidos de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad. En este sentido las funciones de vigilancia y control pactadas contractualmente en el BOOMT les competen directamente a ellos.*
>
> *De lo anterior es claro que el comité de seguimiento es un mero instrumento de apoyo, tal y como se expresa en el Reglamento de Comité de Seguimiento del contrato de BOOMT en el numeral 3, el cual se explica que el objetivo de éste es el siguiente: “El Comité es un espacio de comunicación y seguimiento del Contrato y estará vigente durante el desarrollo del proyecto, en sus etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento,*

mantenimiento, operación y restitución de las obras del proyecto a Hidroituango".

Por lo anterior, el Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT en el proyecto HI, tiene como fin facilitarle a la junta directiva de HI sus labores más no desplaza la competencia de sus miembros para la toma de las decisiones necesarias para que Hi cumpla con su objeto.

En este sentido, era responsabilidad de los miembros de junta directiva y por lo tanto de MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA, informarse de lo acontecido en las reuniones adelantadas por el comité de seguimiento al contrato BOOMT, lo cual se encontraba registrado en las actas que se levantaban de cada una de las sesiones, las cuales por demás quedaban a disposición de los miembros de la junta y de hecho reposan en los archivos de Hi y de EPM.

Lo anterior, se encontraba plasmado en el anexo 6.12, numeral 2.2. el cual preceptúa lo siguiente: "Funcionalidad del Comité. El Comité estará integrado por cuatro (4) miembros. Cada una de las partes designará dos (2) miembros para su representación- El Comité definirá la invitación a otros asistentes a cada sesión, de acuerdo con la necesidad que impongan los temas a tratar. El Comité se reunirá mensualmente y podrá ser convocado de manera extraordinaria por las Partes cuando una condición especial lo amerite. El Comité funcionará de acuerdo con el reglamento que se expida por sus integrantes una vez designado. ***De cada una de las sesiones se levantará el acta respectiva que permanecerá a disposición de las partes". (pag. 942 auto de imputación de responsabilidad fiscal. Cargos Maria Eugenia Ramos Villa).***

(…)
"Independiente de la responsabilidad de EPM en la comisión de los hechos, la Junta Directiva tenía el deber de verificar los hechos. Se considera que las decisiones tomadas por HI fueron determinantes en la causación del daño, ya que la modificación de los hitos del contrato y de las características inmodificables, así como la aprobación del plan de aceleración incidieron en los eventos que dieron lugar a la apertura de la presente acción fiscal.
Ahora bien, aún cuando EPM como ejecutor era quien debía instrumentalizar esta decisión en el contrato con CCCI, ello no le resta responsabilidad a la aprobación que se dio en la junta directiva de Hi, puesto que la misma, le dio vía libre al ejecutor del proyecto para aumentar las inversiones. En este contexto, cabe recordar que Hi es el dueño del proyecto y que en esa medida todas las acciones que hayan generado mayores inversiones o mayores tiempos y ocasionaron la pérdida del valor presente neto de la inversión y el lucro cesante, perjudican tanto a EPM como a Hidroituango.

Pero contrario a ello y de manera injustificada los miembros de la junta directiva de Hidroituango limitaron su acción excusándose en el principio de no coadministración, y aceptaron todo lo que les proponía EPM, sin ejercer en debida forma las funciones de vigilancia y control que les correspondían. (Auto de imputación pag. 985 cargo Rafael Nanclares Ospina)

Al revisar el nexo de causalidad entre las conductas enrostradas a mis poderdante y el presunto daño, que ha sido expuesto por la Delegada, es fácil concluir, que el mismo ha sido constituido con base en la ya enunciada ***FALACIA DE LA CAUSA FALSA****, que consiste en pensar que la causa de un suceso es todo aquello que sucede antes, olvidando que como lo ha aceptado de antaño la misma entidad:*

"Es necesario para declarar este tipo de responsabilidad que exista un nexo de causalidad entre la conducta y el daño, "…lo cual implica una relación determinante y condicionante de causa – efecto de manera que el daño sea el resultado de una conducta activa u omisiva.". 157

O como lo ha manifestado de manera pacífica la doctrina:

"La relación de causalidad implica que entre la conducta desplegada por el gestor fiscal o entre la acción relevante omitida y el daño producido "…debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto, nexo cuya ruptura se produce cuando opera la llamada causa extraña", que abarca la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero y el hecho de la víctima."

"El nexo causal no comprende la simple causalidad física "de la conducta antijurídica frente al daño imputado, sino una causalidad jurídica, emanada del papel de exigibilidad personal funcional o contractual, derivada de las normas indicadoras, generales, principios y específicas" 159

"(…) hay causalidad adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado. Todos los casos de responsabilidad patrimonial suponen que el demandante haya sufrido un perjuicio que resulte de un hecho imputable al responsable por una relación de causa a efecto. Ahora, este no es el caso si el perjuicio es la consecuencia de una causa extraña (fuerza mayor, hecho de un tercero o de un propio hecho) o se explica por un hecho justificativo (concretamente el ejercicio de un derecho; la orden de la ley o de la autoridad legítima; la legítima defensa)". 160

Por ello, y ante los varios argumentos aislados y no relacionados con la verdadera causa que expuso la Contraloría, es dable concluir que ninguna incidencia tuvo la contingencia con la decisión de no implementar el Business Intelligence recomendado por Penta a Hidroituango, como otro sistema de control y seguimiento al proyecto, por cuanto este es sólo una herramienta, lo mismo que el Gantt y el tablero de control, pero ellos persé no garantizan (ninguno) la recuperación de atrasos.

Ahora bien, es evidente que el sistema de seguimiento y control a través del diagrama de Gantt y del tablero de control evidenciaron oportunamente los retrasos de proyecto a la sociedad HI de tal forma que se pudieron solicitar medidas a EPM como contratista, para recuperar los retrasos y garantizar la

entrada en operación en los plazos previstos y cumplir con las obligaciones asumidas con la CREG en la oferta presentada ante dicha entidad.

Tampoco podría admitirse que los atrasos que se habían presentado por la falta de rendimiento del sub-contratista en el desarrollo del contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, aunados a factores como los problemas de adquisición de predios, dificultades de orden geológico, problemas de orden público, acciones de protesta de comunidades foráneas, e incluso por la falta de capacidad del contratista para reaccionar frente a estas actividades adversas, hubiesen tenido la virtualidad para incidir en la contingencia presentada, pues es claro que los atrasos de la obra habían sido conjurados con las estrategias implementadas en orden a generar mecanismos de seguimiento estricto al sub-contratista aludido, además de generar estrategias que iban desde la ampliación de horarios y frentes de trabajo, hasta la implementación de maquinarias y técnicas de intervención que optimizaron y aumentaron los rendimientos, a punto de recuperar en su totalidad los atrasos del proyecto.

En efecto, la implementación de diferentes acciones para lograr mayores rendimientos, la negociación para lograr que el contratista de obras principales Consorcio CCCI sustituyera al Consorcio Túneles Ituango FS en algunas de las actividades contractuales, y finalmente la implementación del plan de recuperación de atrasos (o comúnmente llamado plan de aceleración), habían sido totalmente eficaces para recuperar las demoras presentados en el proyecto por diferentes factores.

Ahora bien, tal como fue explicado en el acápite correspondiente, desde el punto de vista de gestión de riesgos, la GAD no solo mitigaba los riesgos geológicos y las dificultades encontradas para la instalación de las compuertas en los dos túneles originales de desviación, sino que adicionalmente disminuía considerablemente el riesgo de llenado prematuro y sobrepaso del agua por encima de la presa durante el periodo de construcción

De no haberse optado por una alternativa técnica eficiente y oportuna como lo fue la GAD, el río no hubiera podido ser desviado a comienzos del año 2014, situación que, se reitera, hubiera tenido como corolario, además de los riesgos técnicos explicados en las deficientes condiciones geológicas ya mencionadas, que se hubiera perdido definitivamente la posibilidad de que el Proyecto hubiera entrado en operación en el mes de noviembre del año 2018, con los consiguientes impactos económicos negativos prenotados, de ahí entonces que pueda concluirse que la GAD fue una decisión técnica planificada, estudiada y analizada por expertos, y que posibilitaba la desviación del río sin los riesgos geológicos que implicaba el no poder cerrar las compuertas de los túneles iniciales, tal como se explicó en antecedencia. Situación distinta es que se hayan presentado problemas de tipo constructivo como lo afirma la Delegada de la Contraloría General de la República que hubiesen generado la contingencia, toda vez, que como se ha afirmado y acreditado en estos descargos, la construcción de la GAD se presentó el periodo subsiguiente al periodo en que mi poderdante se desempeñó como

Gobernador de Antioquia y sus secretarios de Despacho como miembros de la Junta Directiva de HI.

La decisión de implementar un plan que permitiera recuperar los atrasos del proyecto, y que fue denominado "plan de aceleración", no sólo logró colocar el proyecto prácticamente al día con el cronograma de la CREG, sino que permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango.

De tal cuenta que el plan de aceleración fue una decisión acertada desde el punto de vista técnico y efectiva desde el punto de vista constructivo, situación distinta es que se hayan presentado defectos constructivos, como lo afirma la Delegada de la Contraloría General de la República en el auto de imputación de cargos, que hayan generado una contingencia que imposibilitó entrar en operación en la fecha prevista, situación que en modo alguno puede ser imputado a mi poderdante.

De tal cuenta que el plan de recuperación de plazos o plan de aceleración fue previsto como una estrategia para recuperar los atrasos que presentaba el proyecto, pero en modo alguno implicaba desconocer los diseños, la lex artis de la construcción, ni las exigencias y estándares con los cuales se había concebido y estructurado todo el proyecto, de ahí entonces que si se presentaron defectos constructivos, como lo afirma la Delegada de la Contraloría General de la Republica, los mismos, en modo alguno podrían ser imputados a las decisiones que se habían tomado en el proyecto entre los años 2012 a 2015.

Igual análisis, podría desprenderse de todos los aspectos en los cuales se ha basado la imputación de cargos, y en los cuales se advierte prima facie que no tienen una incidencia directa ni indirecta que pueda asociarse con la contingencia presentada el 28 de abril de 2018.

Así las cosas, hemos de precisar, que NO SE PRESENTA NINGUN NEXO DE CAUSALIDAD, entre las conductas enrostradas a mis mandantes y las posibles causas que originaron la contingencia, y que la misma Delegada advierte que se originaron en errores constructivos, por cuanto entre las conductas enrostradas a mis poderdantes y los hechos dañosos no se presenta una causa-efecto que le pueda ser atribuible.

El Consejo de Estado ha llamado la atención sobre la improcedencia de acudir a la teoría de la equivalencia de las condiciones en tratándose de procesos de responsabilidad fiscal, por cuanto la aplicación de esta teoría generaría una cadena de hechos sin importancia en la causación del daño, así lo ha dispuesto el máximo tribunal de la jurisdicción administrativa:

"Para la Sala es importante resaltar que no todas las circunstancias que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones; es un sinsentido

> *otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño,* ***pues lo relevante es identificar cuál acción u omisión fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, lo que generaría un retorno al infinito.*** *Sobre el particular, la Sección en otrora oportunidad razonó acerca de la importancia de la causalidad adecuada, como criterio jurídico para la identificación de la acción u omisión a la que se le atribuye la producción de un daño" (negrillas nuestras).*

R/: Para dar respuesta al argumento de defensa anterior, es necesario precisar que el mismo se dirige a cuestionar el nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Parte la apoderada de una premisa equivocada cual es la de identificar como único hecho generador del daño el Colapso de la GAD.

Sobre el particular, resulta necesario recordar tal y como lo transcribe parcialmente la apoderada, que de conformidad con la imputación, se precisó que los hechos generadores del daño investigado frente a los señores RAFAEL ANDRÉS NANCLARES OSPINA, JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA y SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, eran los siguientes: (fl 18225 a 18257):

1. Atrasos y defectos en la ejecución del contrato de los túneles de desviación suscrito con el Consorcio CTIFS que supuso la implementación de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, todo lo anterior como consecuencia de situaciones atribuibles fundamentalmente al contratista, las cuales no fueron mitigadas a tiempo por EPM y por Hidroituango desde su rol de vigilancia y control establecido en el contrato BOOMT y

2. Terminación de las obras de desviación por parte de CCCI-contratista de las obras principales bajo un plan de aceleración lo que aunado a problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuerta para los túneles de desviación y la decisión de no ponerlas por falta de tiempo, en contravía de lo aconsejado por el BOARD de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación Ituango como asesor, de EPM como contratante y de Hidroituango desde sus funciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto.

Así mismo se precisó que se trataba de una **secuencia de hechos concatenados que puso en estado de vulnerabilidad el proyecto lo que condujo a que se diera la contingencia de 2018 y generaron un incremento de las inversiones que condujo a la destrucción del valor**

presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.

Cabe recordar que una cosa es la causalidad física de un evento y otra cosa es la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"*[360].

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión, lo cierto es que el daño que se estudia en esta causa fiscal es la destrucción del valor presente neto del proyecto y el lucro cesante que se dio como consecuencia de su no entrada en operación.

Dicho daño tal y como se explicó se dio como consecuencia de una serie de hechos concatenados que tuvieron como origen las conductas concurrentes de los diferentes actores que desempeñaban roles específicos de cara al desarrollo del proyecto Hidroituango, tal y como se explicó desde el acápite de hechos.

El hilo conductor entre las conductas que fueron determinantes para la producción del daño, consiste en la cadena de errores tanto de orden administrativo como técnicos ampliamente probados en esta causa fiscal, que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto y que desencadenaron en la Contingencia de 2018**. Todo lo cual generó mayores inversiones injustificadas que destruyeron el valor presente neto del proyecto y así mismo impidieron, como consecuencia de haber ajustado los tiempos del proyecto, que el mismo entrara en operación en la fecha programada lo que generó el lucro cesante.

En este sentido, si bien es cierto que la contingencia se dio en el año 2018, es decir tiempo después de que los poderdantes antes mencionados, hubiera dejado los cargos que ostentaban y por los cuales se les imputó

[360] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

responsabilidad fiscal, ese hecho por sí mismo no resulta suficiente para romper el nexo de causalidad. En efecto, el Consejo de Estado ha reconocido que aún en los eventos en los cuales el daño (entendido como erogación de un recurso) ha ocurrido con posterioridad a que una persona abandone el cargo, en todo caso esta persona está llamada a responder fiscalmente si dicha erogación es producto de una decisión adoptada por este en ejercicio de dicho cargo.

> **"***En ese sentido, la responsabilidad fiscal del gestor de recursos y bienes del Estado cuanto este es un funcionario público, no se agota al separarse de sus funciones, sino cuando de su gestión no pueda derivarse un daño patrimonial al Estado o, habiéndolo causado, haya caducado la acción que conduzca a la declaratoria de la responsabilidad, eventos que no acaecieron en el caso concreto, por lo que la Sala desestimará este fundamento de la alzada.* **<u>En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta</u>**. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo. *De lo expuesto se colige que existe un claro nexo causal entre la conducta del actor, celebración del contrato, y el pago que se hiciera a favor del contratista, a pesar que la ejecución de la prestación no se reflejara en la satisfacción del interés general"*[361]

En el caso concreto, **las acciones y omisiones que le fueron atribuidas a los miembros de la Junta Directiva de HI, en ejercicio de una gestión fiscal directa**, antieconómica, ineficiente e inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango, fueron las siguientes:

> 1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.
> 2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los

[361] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012) Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00247-01

mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.
4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de PEM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

En el caso concreto, **las acciones y omisiones que le fueron atribuidas al señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, en ejercicio de una gestión fiscal directa**, antieconómica, ineficiente e inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango, fueron las siguientes:

1. En calidad de delegante no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario en la junta directiva de Hidroituango.
2. En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, mínimo bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.

Al señor **JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR , en su calidad de Gerente de HI, por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa** antieconómica, ineficiente, inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. No haber tenido en cuenta para la elaboración de su propuesta de la composición de la planta de Hi el informe PENTA, que había sido contratado precisamente con el fin de establecer la mejor estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de Hl del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte de la sociedad que gerenciaba, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de Hl.
2. A pesar de conocer de primera mano los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, decidió no hacer uso directo-en su calidad de representante de la sociedad dueña del proyecto-, ni instar a la junta a implementar los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos.
3. Haber ocultado a la Junta Directiva información trascendental, relacionada tanto con la imposibilidad de entrada en operación en la fecha inicialmente contemplada, como con la advertencia del BOARD de expertos asociada a los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018.

Estas conductas incidieron de manera directa en la producción del daño, en la medida en la cual diluyeron la capacidad de seguimiento que debería tener la junta directiva de Hidroituango sobre el proyecto, concretamente sobre las actuaciones de EPM, a pesar de la obligación establecida para el dueño del proyecto de conformidad con el anexo 6 del BOOMT.

Lo anterior impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Todo lo anterior, llevó a que EPM acelerara de manera negligente el proyecto, reconociendo mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de hidroituango, se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos que colapsó. Todo lo cual generó el daño al patrimonio del Estado descrito en esta causa fiscal como la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha programada ocasionando además un lucro cesante.

En este contexto, es necesario precisar frente a las aseveraciones de la apoderada, relacionadas con los informes de Legge, Deloitte y la interventoría que según ella

son prueba de la efectividad del plan de aceleración, que los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino cuando dichas determinaciones permiten reconducir de manera efectiva de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación lo cual se encuentra probado con los siguientes documentos**:

- **Informe de interventoría 2020** (Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O- CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020 (septiembre de 2020), en el cual se estableció:

"Observaciones generales al programa de trabajo

Como resultado de las mesas de trabajo para programa con aceleración, el Contratista por medio de la comunicación CI-04657 entregó el 16 de octubre de 2015 el programa con aceleración para revisión final de EPM y de la Interventoría. Este programa, fue aprobado por las partes (EPM y Contratista) con la AMB 16 el 23 de diciembre de 2015.

Hasta el mes de abril de 2018, se realizó el seguimiento y control al avance de las obras contando con este programa. ***De acuerdo a dicho programa, el ejercicio de seguimiento indicaba que, con una buena dinámica de trabajo, era posible terminar las obras necesarias para el inicio de Illenado del embalse a partir del 1 de julio de 2018.***

El programa firmado con la AMB 16, perdió vigencia a raíz de la contingencia del proyecto desde finales de abril de 2018, por lo tanto, los comentarios que se presentan a continuación, se encaminan a indicar las acciones emprendidas en cada uno de los frentes de trabajo desde el momento de la presentación de la contingencia con el objeto de minimizar los efectos sobre las comunidades, la protección del proyecto y además el avance del mismo en la medida de lo posible.

Bajo el marco de la AMB-36, para la estabilización del proyecto se vienen realizando mesas de trabajo, donde se analizan alternativas de diseño y metodologías constructivas en la medida que se va determinando el alcance de las obras a ejecutar. En base a esto y en los compromisos adquiridos en los comités de obra, el Contratista con la comunicación CI-13046 del 6 de febrero de 2020, presentó un programa preliminar PHI-PTV-GEN-001-R0 para las obras que se están ejecutando en los diferentes frentes, en las cuales se tienen definidos los diseños. ***La Interventoría realiza el seguimiento y control a las obras en base a este programa, sin embargo, en la medida en que se realizan ajustes de diseño y se solicitan obras nuevas que obedecen a la atención de la contingencia, el programa pierde vigencia****. Por tal motivo es*

prioritario definir un programa general que permita realizar el adecuado control y seguimiento a todas las obras del Proyecto".

Como conclusiones de la interventoría se estableció en el mismo documento, que *"a pesar de contar con avances importantes en la limpieza y retiro de materiales de la central, a la fecha, no es posible determinar en su totalidad las afectaciones en la misma, porque aún no se ha tenido acceso a todos los sitios",* así se plasmó en el mismo:

"(…) y además debido a que el grupo de expertos de EPM y la Asesoría continúan realizando inspecciones y analizando los trabajos necesarios para la recuperación de las cavernas y galerías, que estuvieron sometidas al paso de agua durante nueve meses, entre mayo de 2018 y febrero de 2019. ***En la medida en que se realizan las inspecciones se determinan los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no ha permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto.***

Las obras actuales están encaminadas al taponamiento definitivo de la galería auxiliar de desviación GAD, que ya cuenta con el pre tapón terminado, el taponamiento del túnel de desviación derecho, la estabilización de los distintos sitios afectados, como las galerías en la central y el talud de la parte alta de la plazoleta de compuertas, además el retiro de escombros de la central y los tratamientos de estabilización al interior de las cavernas, el retiro de equipos afectados en la central y la limpieza de los túneles de descarga. Todas estas obras están enfocadas a mitigar y prevenir los riesgos, proteger las comunidades, conservar el medio ambiente y el avance de las obras de estabilización del proyecto en la medida de lo posible.

Con la situación presentada a raíz de la pandemia actual generada por el Covid-19, se evidencian afectaciones en la ejecución de las obras, desde el mes de marzo de 2020 hasta la fecha*, debido a que el Contratista de las Obras Principales debió aislar parte del personal que realizaba labores operativas y de supervisión de las obras por contagio y por nexos, lo que afecta los rendimientos.*

Además, desde mediados de junio comenzó el retiro del personal y el 5 de julio de 2020, se suspendieron casi todas las actividades de producción, por la salida de personal en atención a los protocolos para manejo del Covid-19. Solo hasta mediados del mes de agosto de 2020, las actividades prioritarias se empezaron a reactivar, sin completar las cuadrillas de trabajo (…)".

Del informe de interventoría se deduce que a septiembre de 2020, en la medida en que se realizaban las inspecciones se determinaban los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no había permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto, lo que

aunado a la situación generada por el Covid-19, afectó la ejecución de las obras desde el mes de marzo de 2020.

- **En el informe gerencial – estado actual del proyecto a octubre de 2020 – (**Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A **–** presentación Asamblea Departamental – Sociedad Hidroituango S.A.- Estado actual del proyecto), se indicó:

"Ituango – características de energía y potencia

Características

Potencia nominal de la central (MW)	*2.400*
Unidades de generación	*8*
Potencia por unidad (MW)	*300*
Salto neto de diseño (m)	*197.6*
Salto mínimo normal (m)	*186.6*
Salto máximo normal (m)	*201.2*
Nivel del embalse máximo normal (msnm)	*420*
Nivel del embalse mínimo de operación (msnm)	*390*
Caudal medio de río (m3/s)	*1.010*
Caudal de diseño (m3/s)	*1.350*
Caudal por unidad m3/s)	*169*

Hitos representativos realizados:

- Terminación de la presa y obras anexas (galerías, inyecciones, instrumentación, vías).
- Recuperación del túnel de acceso a la casa de máquinas.
- Lleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2 (60.000 m3 de concreto).
- Cierre y reforzamiento de las compuertas de la Galería Auxiliar de Desviación – GAD-
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%).
- Recuperación de bóveda de casa de máquinas unidades de la 3 a la 6 (Avance del 100%).
*- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%).***
*- Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%).***
*- Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).***
- Colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento de las obras.

Obras Generales por realizar para la generación:

- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2.
- Recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8.
- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2.
- Continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho.
- Continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción.
- Continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto.
- Iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8.
- ***Iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.***

Informe legal:

- Desde 1998, cuando la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó la constitución de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. como promotora del proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango el Departamento de Antioquia ha contribuido con sus decisiones a que éste sea realidad.
- Con su participación como accionista de Hidroituango, tanto directa como a través del IDEA, el Departamento ha sido relevante en la toma de las determinaciones que se han requerido para poner en marcha la iniciación de su construcción, lo que se logró sin que se comprometieran recursos económicos de nivel departamental, y sin necesidad de incurrir en endeudamiento que lo hubiera afectado a futuro.
- Fue así como se llegó a la celebración del contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, filial de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN que fue su garante, como Casa Matriz, para que se hiciera cargo del desarrollo del Proyecto. De dicho contrato es titular EPM desde enero de 2013, cuando previa autorización de la Asamblea de Accionista de Hidroituango, EPM Ituango se lo cedió a EPM, empresa que hoy es su titular como parte Contratista del mismo.

- El contrato, como es conocido, comprende la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Central hidroeléctrica, que EPM tiene derecho de poseer y explotar comercialmente durante la vigencia del contrato, con la obligación de restituir a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. al vencimiento de dicho plazo tanto los inmuebles del Proyecto que hoy tiene en usufructo, como la Central Hidroeléctrica. La inversión, como es conocido, le es compensada a EPM de manera periódica según se estipuló en el contrato, luego de lo cual y adicionalmente EPM le debe transferir a la sociedad, también de manera periódica, la llamada "Remuneración", que está distribuirá entre sus accionistas, según decidan sus órganos de dirección y administración, en el momento es que se perciban tales ingresos.

*- **Recibir ingresos depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.*

- La puesta en marcha de la Central, que estaba prevista para el 28 de noviembre de 2018, no fue cumplida, por causa de los eventos ocurridos en el proyecto desde el 28 de abril de 2018 cuando se inició el taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación del río Cauca, hecho ampliamente conocido.

- Dichos eventos produjeron la primera consecuencia en el contrato en relación con el Hito 7, "Cierre de Compuertas e inicio de llenado del embalse" que debía haberse cumplido el 1º de julio de 2018, y no se logró.

*- **El incumplimiento de este Hito dio lugar a que la sociedad, a través de su Junta Directiva, decidiera iniciar un procedimiento judicial para el cobro de la cláusula penal de Apremio correspondiente al hito 7, por valor de $117.825.423.750, proceso que fue fallado de manera negativa por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 12 de noviembre de 2019, la cual, tras ser apelada por HIdroituango, fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia radicada en el sistema de consultas el 24 de septiembre de 2020, pero aun no ha sido notificada a las partes.***

- Como resultado de dicha situación, se hará la solicitud formal de la convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín, de acuerdo a lo estipulado en el contrato BOOMT, según está estipulado en su cláusula 8.02. A ello se procederá en los próximos días, con el fin de precaver la caducidad de acciones.

Para Hidroituango es fundamental:

8. Que el proyecto se termine de manera eficaz y segura en el menor plazo posible, para lo que se requiere la continuidad y fluidez en las relaciones entre las partes involucradas.
9. Salvaguardar los derecho de la sociedad y de los accionistas.

- Por tales razones, desde antes de conocerse la providencia que negó en segunda instancia las pretensiones de Hidroituango, y aún con anterioridad a conocerse las solicitudes de Conciliación Prejudicial que EPM presentó contra sus contratistas principales, la sociedad Hidroituango se ha venido preparando para ejercer los derechos que le confiere el contrato BOOMT, acudiendo a los procedimientos establecidos en su clausulado como mecanismos de solución de disputas entre las partes del Contrato.

- En efecto, para el análisis de la contingencia organizó en su interior un equipo de profesionales con la suficiente formación profesional, conocimiento y experiencia en el manejo del contrato BOOMT, que se encarga del análisis de los hechos ocurridos desde el inicio de la construcción de las obras del proyecto. El trabajo de este equipo hace énfasis en los hechos acaecidos a lo largo del proyecto y muy especialmente de los sucesos de abril de 2018 y las consecuencias que ello ha acarreado al proyecto y a la sociedad, para de ahí generar las recomendaciones de las acciones que correspondan por parte de los Asesores externos que la sociedad ha contratado para el efecto.

- Estas acciones se han iniciado con los acercamientos a EPM con el objeto de dar comienzo a la negociación de sus diferencias mediante el arreglo directo, para lo cual sus directivos, con el Gerente a la cabeza, se reunieron el pasado 7 de octubre con el Gerente de EPM y sus asesores a fin de comunicarle su propósito de generar puentes de diálogo para la solución de sus diferencias en torno al contrato BOOMT.

- Como resultado de dicha reunión, se dará inicio formal a un procedimiento de arreglo directo, sin perjuicio de la radicación de convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín por el hito 7, antes mencionado, con el fin de evitar la caducidad de acciones.

- Todas estas actividades han sido conocidas por la Junta Directiva y por el señor Gobernador, quien como su presidente, ha solicitado reuniones ordinarias y extraordinarias con la finalidad de analizar todos y cada uno de las acciones a realizar, incluyendo el acercamiento con EPM y su propósito de iniciar el procedimiento de arreglo directo así como la solicitud de demanda arbitral, acciones que le fueron

> *comunicadas a la Junta Directiva en sesión del 6 de octubre pasado*, ***con el beneplácito de la misma.***

En el informe Gerencial a octubre de 2020, se deduce que los hitos representativos realizados dentro del proyecto no alcanzan un avance del 100%, tales como: Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%), Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%),** Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%),** Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).**, lo que demuestra que el proyecto no se encontraba con las condiciones de su operación y puesta en marcha para la generación de energía.

Así mismo se estableció que las **Obras Generales por realizar para la generación, para esa fecha (octubre de 2020), se indicaron entre otras: c**ontinuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2., recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8, continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2, continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho, continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto, iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8 e **iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.**

De otro lado, se dejó establecido que para recibir ingresos **depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.

- **En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del mes de agosto de 2020 HI 113** (carpeta 75 – referencia cruzada ER0110943 – Folio 15973-01- informes de avance EPM-BOOMT -2020), **se estableció sobre el estado actual del proyecto, lo siguiente**:

> "*Premisas programa – contingencia, recuperación y puesta en servicio – Proyecto Ituango – Cronograma versión 20200415:*
>
> *Se presenta la versión del cronograma para la contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto Hidroeléctrico Ituango. Para dicho producto el Asesor reúne información suministrada por EP, General Electric (GE), ATB Riva*

Calzoni, GH Cranes & Components y CCCI, el cual se ajustó bajo las siguientes premisas:

- Premisas generales:

- *La estabilización, recuperación y puesta en servicio del Proyecto Ituango está sujeta a la superación de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial.*
- *Para ejecutar las actividades previstas en el presente cronograma se consideró la comunicación del 2 de marzo de 2020 y Radicación: 2020033433-2-000, donde la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA aclara que EPM tiene facultad para realizar las obras o actividades que de acuerdo con el criterio técnico se requieran, con el propósito de disipar de manera óptima la energía del agua embalsada, garantizar la integridad del vertedero y, en ese sentido, mitigar y reducir el riesgo asociado a la operación continua del mismo. Por tanto, esta aclaración por parte de la Autoridad Ambiental habilita la continuidad de las obras necesarias para la estabilización del proyecto.*

- Premisas particulares:

- *Puente grúa: En el presente programa base, los hitos que represente la necesidad del puente grúa en el proyecto son ajustados a los requerimientos para el montaje de las unidades generadoras, los cuales deben estar en obra para iniciar su montaje, en su orden, las vigas carrileras a mediados de agosto de 2020 y los equipos de la viga-puente a mediados de septiembre de 2020, lo anterior está basado en información entregada por el fabricante GH indicando **que los equipos llegarían a FOB a mediados del mes de junio de 2020**, para así cumplir con el hito de pruebas y liberación del puente grúa para finales de noviembre de 2020; en comparación con el programa original anterior a la emergencia sanitaria originada por el COVID19, se evidencia un desplazamiento cronológico de 90 días aproximadamente.*
- *Blindajes pozos de presión: ATB en su comunicación fechada el 25 de marzo de 2020, **manifestó que podría presentar unas afectaciones en la importación, fabricación y montaje de los blindajes para los pozos de presión en 150 días aproximadamente**. A partir de esta premisa se programó la fabricación y montaje de los blindajes de los primeros cuatro pozos de presión secuencialmente, a partir del mes de septiembre de 2020. Es de resaltar, que la fabricación y montaje no se encontraba en la ruta crítica para el programa base anterior a la emergencia sanitaria y contaba con una holgura de 140 aproximadamente, por lo tanto, no afecta la puesta en generación.*

- Unidades de generación

- *A partir de esta simulación de programa base, GE realizará el montaje del tubo de aspiración como estaba establecido originalmente, es decir con el ingreso por la casa de máquinas y almenara, el cual se estima sea instalado en dos fases, el tramo recto del tubo aspirador se instala en sitio y el codo del tubo aspirador será pre ensamblado en la sala montajes en paralelo con las actividades de obras civiles de CCCI, para posteriormente sea trasladado al sitio y conectado al tramo recto.*
- *Dado que se cuenta con un tuno de aspiración en obra, el presenta programa base se ajustó según el cronograma de fabricación y suministro de 3 tubos de aspiración adicionales por parte del proveedor.*
- *Para agosto de 2020 se requiere las obras civiles necesarias para el montaje del tubo aspirador de la primera unidad generadora, las cuales están a cargo de CCCI, las anteriores actividades se simularon programáticamente teniendo en cuenta las experiencias aprendidas por el contratista en actividades similares ya realizadas y principalmente en programa preliminar el cual fue el producto de los acercamientos por medio de mesas técnicas de trabajo adelantadas en conjunto.*
- *Con el fin de cumplir a cabalidad con tiempos previstos en el presente programa base, se requiere del compromiso total todos los participantes, buscando la optimización de los procesos de toma de decisiones, construcción, montaje y puesta en generación donde se incluyen los acuerdos que permitan el trabajo en paralelo de ensamble de piezas empotradas y obras civiles.*

- Conducciones superiores

- *Para realizar los trabajos en seco de las conducciones superiores se consideró por lo menos adquisición de dos tapones mecánicos, alternativa que está en proceso de contratación, la cual se estima iniciar mediados del mes de junio del 2020. No obstante, la fecha de instalación del tapón en conducción 2,* ***para facilitar la terminación del revestimiento, está prevista para septiembre de 2021.***
- *Con base en inspecciones sub acuáticas realizadas por medio de video a las estructuras de captación,* ***se estima en este programa base la ejecución del mantenimiento a la estructura de captación y la limpieza de las rejas coladeras de la conducción 1, para iniciar a más tardar en septiembre de 2021****, actividad indispensable para realizar las pruebas con agua de la unidad generadora.*

- ***Conclusiones:***

- ***Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó***

> ***considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión incluye un retraso de 100 días aproximadamente.***
> • *Es importante resaltar que para que el presente programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.*

En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del **mes de agosto de 2020 HI 113** (informes de avance EPM-BOOMT -2020), se estableció sobre el estado actual del proyecto que Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión **incluye un retraso de 100 días aproximadamente.**

De otro lado, resaltó que para que el programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.

➢ En visita especial realizada por el Despacho a EPM, se solicitó que se explicara el Estado actual del proyecto, frente a lo cual, con corte a septiembre de 2020, se explicó lo siguiente:

> *"El avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango a 30 de septiembre de 2020,medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, es del 79.4%.*
>
> *(…)*
>
> *Se han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del río y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.*
>
> *Además se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto, tales como:*
>
> - *La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD.*
> - *Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m3 de concreto colocados.*

- *Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas.*
- *Bombeo y retiro de residuos en las cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas (…)"*[362]*.*

No obstante los avances atrás referidos, se tiene probado que a hoy, 3 de septiembre de 2021, no se ha puesto en marcha ni siquiera la primera unidad, por lo que resulta evidente que **el proyecto no ha comenzado a generar energía**.

Los anteriores informes, demuestran que no puede hablarse de efectividad, cuando el proyecto no ha entrado en operación y en consecuencia no produce siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación. Lo que evidencia cada uno de los informes mencionados anteriormente, es que no existe una fecha cierta y determinada para su operación y en consecuencia la generación de energía.

Adicional a lo anterior, resulta necesario recordar que de conformidad con la Resolución 820 de 2018, la ANLA suspendió la Licencia Ambiental y permitió únicamente el desarrollo de las obras para la atención de la emergencia, lo cual se encuentra supeditado a la entrega y estudio del Informe sobre estabilidad que está siendo adelantado por la empresa POYRY[363].

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión la misma no es la única causa del daño.
Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo que incidió de manera determinante en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.**
En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

---

[362] Z:\PRF 2019-01104_UCC PRF 014-2019 – HIDROITUANGO - \EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No.74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E H\Nueva carpeta\AC

[363] *"El estudio contratado con PÖYRY, para el levantamiento de la medida preventiva interpuesta por la ANLA, a través del contrato CT-2018-001241 y cuyo objeto es ""Emitir un dictamen claro, preciso, detallado y objetivo, sobre las condiciones actuales de estabilidad (bajo el escenario de contingencia) y futura (bajo el escenario de operación) del Proyecto Hidroeléctrico Ituango" tiene como fecha para la entrega el mes de diciembre de 2020, de acuerdo al acta de modificación bilateral N° 5 (AMB5). Lo anterior con el fin de garantizar que el consultor tenga acceso a las obras del proyecto y a los estudios adelantados para su recuperación". Ver Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 75\FOLIO 15951 REFERENCIA CRUZADA EPM ER00111912\NUEVA\Acta 70*

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> "L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"[364].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que **no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción**. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[365].*

[364] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[365] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:

"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).

"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

*Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que **los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo**[366]:*

"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.

"(…).

*"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*

*Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"*[367]*. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

[366] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.
[367] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.
2. INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.
3. ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.
4. ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.

5. TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI-CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

6.

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[368].

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[369], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran

[368] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[369] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se

concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

En ese orden de ideas, ha existido concurrencia de conductas en la concreción del daño señalado en esta providencia.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

> ***CAPITULO XVIII***
>
> ***Ausencia de culpa grave necesaria para predicar***
>
> ***responsabilidad fiscal- inaplicabilidad de la Ley 222 de 1995.***
>
> *El artículo 5 de la Ley 610 del 15 de agosto de 2000, establece como elementos de la responsabilidad fiscal los siguientes:*
>
> ***“... Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.***
> *Un daño patrimonial al Estado*
> ***Un nexo causal entre los dos elementos anteriores”*** *(El subrayado no es del original).*
>
> *De tal cuenta que para deducir la responsabilidad fiscal es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. En este sentido cabe recordar que como lo señalan los artículos 4° y 5° de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal y que para que ella se configure debe existir un nexo causal entre dicha conducta dolosa o gravemente culposa y el daño patrimonial al Estado. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.*
>
> *En atención a lo anterior, debemos preguntarnos, ¿cuándo existe culpa grave en la conducta imputable al gestor fiscal para que se pueda declarar la responsabilidad fiscal?*
>
> *Con respecto a la culpa exigida al momento de examinar la gestión fiscal debemos acudir como criterio de interpretación y referencia a la sentencia 619 de 2002, por la cual se declaró la inexequibilidad del parágrafo segundo del artículo 4 y el 53 de la ley 610 de 2000, la cual estableció que en materia fiscal*

tan sólo es posible sancionar cuando se actúa con CULPA GRAVE, así lo expresan los Magistrados Ponentes Dr. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en la referida providencia:

"....Inconstitucionalidad de las expresiones acusadas. En el marco de la responsabilidad fiscal, el criterio normativo de imputación no puede ser mayor al establecido por la Constitución Política en el inciso 2° de su artículo 90 para el caso de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado."

"Siguiendo lo expuesto anteriormente, se tiene que la responsabilidad fiscal es la que se deriva de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, es de naturaleza administrativa y patrimonial en cuanto busca la reparación del daño causado por la gestión fiscal irregular y es de carácter independiente y autónomo. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la acción de repetición, el constituyente no señala un criterio normativo de imputación de responsabilidad fiscal -entendiendo por tal una razón de justicia que permita atribuir el daño antijurídico a su autor-, pues ni en las normas constitucionales referidas al control fiscal (C.P. arts. 267, 268 y sig.) ni en la integridad del articulado del Texto Superior aparece definido tal criterio normativo.

".... En ese contexto, es entendible que el criterio normativo de imputación de la responsabilidad fiscal sea determinado por el legislador con base en el artículo 124 de la Carta, de acuerdo con el cual "La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva". De este modo, ante el silencio del constituyente, el ámbito jurídico habilitado para la determinación del precitado criterio normativo de la responsabilidad fiscal es la ley. Así lo había entendido esta Corporación al sostener en la Sentencia C-840/2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería), a propósito de una demanda formulada contra el inciso 1° del artículo 4° de la Ley 610 de 2000 referente al objeto de la responsabilidad fiscal, que "en tratándose de ***responsabilidad fiscal*** *resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 Superior...".*

"(....)

*"****...Así las cosas, el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía.*** *En efecto, conforme a lo estatuido en las normas impugnadas, si el cauce jurídico escogido por el Estado para establecer la responsabilidad del funcionario es el proceso de responsabilidad fiscal, éste podría ser declarado responsable por la presencia de la culpa leve en su actuar. Pero si el Estado opta por constituirse en parte civil dentro del proceso penal, o por adelantar un proceso contencioso administrativo -a través del llamamiento en garantía dentro de la acción de reparación directa o en ejercicio directo de la misma acción-, o finalmente decide ejercer la acción de repetición, el funcionario sería exonerado de responsabilidad civil por haber actuado con culpa leve, dada la irrelevancia que en estas vías de reclamación tiene dicha grado de culpa. De aceptarse tal tratamiento diferencial, se estaría desconociendo abruptamente*

el fundamento unitario y la afinidad y concordancia existe entre los distintos tipos de responsabilidad que, se repite una vez más, confluyen sin distingo ninguno en la defensa del patrimonio público...".

"...En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declaro inexequible en la parte resolutiva de esta Sentencia.".

Habiendo decantado el grado de culpa frente al cual se le podría endilgar responsabilidad fiscal a mis poderdantes, hemos de revisar si en este caso, y de acuerdo con las imputaciones realizadas, es posible deducir por parte de la Delegada culpa grave en las actuaciones de MARIA EUGENIA RAMOS VILLA Y RAFAEL NANCLARES OSPINA en su calidad de miembros de Junta Directiva de HI por los hechos que están siendo cuestionados en este proceso.

Luego de hacer una lectura cuidadosa a las explicaciones presentadas en este escrito frente a los supuestos por los cuales se dedujo imputación de responsabilidad fiscal a mis mandantes, hemos de deducir con claridad ineluctable que en ninguno de los supuestos analizados por el Despacho se presentó una culpa grave de parte de mis poderdantes.

A esta conclusión puede llegarse de manera categórica luego de revisar en detalle las funciones atribuidas a mis poderdantes como miembros de Junta Directiva de HI., y las actuaciones realizadas por estos para cumplir en forma diligente y cuidadosa con las mismas; en donde se observa una actitud responsable en todo momento, no sólo para revisar las situaciones del proyecto que pudiesen presentar afectación en el cumplimiento del cronograma y el presupuesto asignado, sino además una posición proactiva en aras de presentar alternativas de solución a los problemas y frente a la forma como deberían resolverse las diferentes dificultades generadas en el proyecto.

Para sustentar la presunta culpa grave endilgada a mis poderdantes, la Delegada lanza fuertes críticas a todas las decisiones tomadas en el proyecto, desde el punto de vista técnico, administrativo y financiero, pero lejos está de acreditar con pares de expertos de las mismas calidades, que las decisiones no fueron acertadas en ese preciso momento y bajo las circunstancias y

condiciones en que las mismas fueron analizadas, sustentadas y solventadas desde su pertinencia y viabilidad.

Por ello, nuestro respetuoso pedimento formulado en esta oportunidad, busca que se examine la conducta de mis poderdantes desde el preciso contexto y ámbito circunstancial vivido por estos, porque su haz comportamental no puede ser examinado como ahora se aspira a hacer, fruto de una pausada y serena reflexividad, con la precisión del relojero y la habilidad del artesano, sino de forma retrospectiva, valorando en su justa dimensión todas las circunstancias que rodearon la narrativa de hechos que fue expuesta durante todo el proceso, los cuales fijaron un esquema mental interpretativo sobre el caso, es decir, lo que llamaría Heidegger como el examen de la ***"situación hermenéutica".***

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que todo reproche en materia fiscal sólo puede ser imputado a alguien, ora a título de dolo, ora a título de culpa, es decir, el componente subjetivo debe ser escrutado en todos los eventos, sin excepción. Pensar en contrario, sería derivar responsabilidad, una especie de responsabilidad objetiva.

Bajo esta inferencia fundamental es necesario precisar que la Delegada concretó los cargos en contra de mis mandantes y ahora es necesario revisar si se colma el requisito subjetivo que es exigido como fundamento del reproche fiscal, o si por el contrario, y tal como lo he analizado en este escrito, las actuaciones de mis poderdantes fueron diligentes, cuidosas, responsables y eficientes frente a las funciones desempeñadas.

Así, para la Delegada, uno de los reproches que realiza a MARIA EUGENIA RAMOS VILLA se concreta en que durante el año 2012, se debía definir la estructura administrativa de Hidroituango para atender en debida forma el rol de vigilancia y control al BOOMT, por lo cual consideró que el desechar el informe de PENTA, que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, "diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango".

Frente a este concreto reproche es necesario realizar tres precisiones fundamentales:

1. El informe de PENTA no fue desechado, éste se acogió en cuanto a la propuesta organizacional y de seguimiento, lo que no se consideró adecuado fue el sistema de seguimiento Business Intelligence - BI para el manejo de la información recomendado por la mencionada empresa.

2. Posterior al acogimiento de la estructura administrativa propuesta por PENTA, en el año 2017, no se establecieron nuevos cargos ni se asignaron

nuevas funciones para fortalecer el seguimiento al BOOMT, simplemente se crearon dos cargos, con la finalidad de institucionalizar a través de la planta de HI, funciones que venían desempeñando dos contratistas, esto es, crearon los cargos y les asignaron funciones, las cuales ya venían desarrollándose en la práctica por dos profesionales contratados a través de contratos de prestación de servicios.

3. Así como tampoco, durante el año 2017, se acogió el sistema Business Intelligence-BI, toda vez que esté siempre se consideró inadecuado para hacerle el seguimiento al BOOMT.

Así las cosas, es necesario señalar que la observación realizada por la delegada sobre la dilución del control del proyecto por no haber implementado el sistema Business Intelligence-BI, no es afortunada, por cuanto en este momento se analizó, verificó y constató de manera razonada que la implementación de este sistema no sólo era altamente costosa, sino que el mismo resultaba ineficiente para realizar el seguimiento al proyecto, tal como se analizó ampliamente en el desarrollo de las explicaciones correspondientes a este cargo, por cuanto, tal y como se había advertido por los anteriores Gerentes de HI, con la finalidad de conocer, recibir y analizar la información que suministra EPM Ituango, en HI se había programado la Intranet Corporativa y se habia elabado un Cuadro de Mando Integral para manejar la información del contrato BOOMT, el cual era más completo y versátil que el sistema propuesto por PENTA.

Adicionalmente se consideró que el programa BI implicaba tiempo y recursos económicos importantes, y que además su manejo no resultaba tan eficiente para el control del BOOMT, por lo cual consideraron que el sistema GANT y el tablero de mando elaborados por la Empresa, podian suministrar la información suficiente que Hidroituango requería para la verificación del BOOMT.

De lo anterior, se evidencia que MARIA EUGENIA RAMOS VILLA actuó de manera diligente y responsable al realizar el análisis correspondiente con sobre la conveniencia o no de acoger en su integridad la propuesta presentada por PENTA, de tal cuenta que no se avizora una conducta culposa, negligente ni descuidada de su parte.

En cuanto al segundo reproche formulado por la Delegada, tal como se advirtió en forma antecedente, a juicio de esta defensa, el Despacho parte de dos premisas equivocadas:

(i) Considerar que el imponer cláusulas de apremio al contratista EPM, hubiese solucionado los problemas de atraso que venían presentándose debido a diferentes factores tales como problemas de orden público, dificultades geológicas, invasiones foráneas, y además el bajo rendimiento del sub-contratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-., y así mismo, suponer que estaban dados los presupuestos fácticos y jurídicos para la imposición de estas.

(ii) Adicionalmente, el presumir, que la imposición de multas al Consorcio CTIFS, hubiese generado en éste los rendimientos esperados en la ejecución del contrato, y que además era viable esta solución jurídica, pues da por sentado, sin estarlo, que los bajos rendimientos presentados por este consorcio son atruibles a un incumplimiento contractual, cuando claramente se encuentra documentado en el expediente, que los bajos rendimientos presentados por el contratista se debian a una gran cantidad de factores concurrentes.

Medidas de apremio al contratista EPM y multas al Sub-contratista CTIFS, como lo sugiere la delegada hubiesen sido totalmente ineficientes para conjurar los atrasos del proyecto. Lo único que hubiese generado el imponer medidas de este tipo, es un ambiente hostil entre las partes, un desanimo en la generación de alternativas y la activación de mecanismos jurídicos de presión sin estar dados los presupuestos para hacerlo, los cuales, en modo alguno hubiesen posibilitado el ubicar el proyecto prácticamente al día con el cumplimiento del cronograma.

Además, luego de un juicioso estudio realizado por un equipo interdisciplinario del contratista EPM, se llegó a la conclusión que el Subcontratista Consorcio CTFS, no presentaba una causal que incumplimiento que posibilitara la imposición de multas y menos aún la declaratoria de caducidad del contrato y de otro lado, no se tenía la posibilidad jurídica de imponer medidas de apremio al contratista EPM por cuanto las mismas tan sólo surgían si se verificaba el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el hito 9, tal como quedó consignado en forma expresa en el numeral 4.09 del contrato BOOMT -Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos" .

De tal cuenta, que los atrasos en el proyecto generados en múltiples situaciones, tales como las demoras presentadas en la adjudicación y definición de los procesos contractuales, los problemas de orden público en la zona de influencia del proyecto, los problemas geológicos, las invasiones foráneas, las protestas de mineros y pobladores de la zona, los bajos rendimientos del sub-contratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-, no se hubiesen conjurado con las medidas que a lo largo de la imputación de responsabilidad fiscal ha presentado la Delegada como las esperadas, "las que hubiese tomado un buen hombre de negocios", sino con medidas multidisciplinarias, desde el punto de vista social, de seguridad y de estrategias técnicas que generaran mayor eficiencia en el desarrollo de los trabajos como las que finalmente lograron ubicar el proyecto prácticamente al día y calificarse como una de las mejores prácticas gerenciales de carácter internacional, como lo pudo revisar el reasegurador en Zurick a tan sólo dos (2) días de presentarse la contingencia165, como se explicó al inicio de este escrito de descargos.

De ahí entonces, que las medidas que propone el Despacho como "acertadas" (imposición de medidas de apremio al contratista EPM e imposición de multas al sub-contratista Consorcio CTIFS) no solamente hubiesen sido totalmente

ineficaces e ineficientes para conjurar los atrasos del proyecto, sino que además, hubiesen generado sobrecostos y riesgos jurídicos inaceptables tanto para Hidroituango como para EPM, y por ello, esas medidas se consideraron inaceptables, inconvenientes e improcedentes desde el punto de vista jurídico, y en su lugar, se optó por solucionar los problemas de manera estratégica y eficiente, lo cual posibilitó recuperar los atrasos, ubicar el proyecto prácticamente al orden del día, cumplir con el cronograma propuesto, resolver los problemas geológicos que se fueron presentando con alternativas constructivas debidamente estudiadas y avaladas por expertos,166 a la vez que se conservaron los costos del proyecto los cuales siempre se mantuvieron muy por debajo del presupuesto estimado.

En la práctica se demostró que las medidas que fueron asumidas para lograr recuperar los atrasos presentados en el proyecto resultaron ser las más adecuadas, idóneas, eficientes y económicas, no las que se sugieren en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, y en este sentido, se observa la diligencia, cuidado, probidad en las decisiones tomadas por la doctora MARIA EUGENIA RAMOS VILLA.

Pensar que la imposición de multas al sub-contratista y las medidas de apremio a Empresas Públicas hubiesen conjurado los atrasos presentados en el proyecto por múltiples factores, es un análisis simplista que no consulta la realidad, y por ello, en ese preciso momento en que se analizaron las medidas más eficientes para lograr recuperar los plazos del cronograma, las decisiones que fueron tomadas demostraron ser las más efectivas, económicas y eficientes.

Tampoco podría predicarse una conducta negligente, omisiva o culposa de mi poderdante por no promover o solicitar la imposición de medidas de apremio a EPM, o de parte de éstos, imposición de multas al subcontratista, por cuanto las mismas no resultaban jurídicamente viables, además de que hubiesen sido claramente ineficaces para conjurar los atrasos que se presentaban.

Ahora bien, frente a las decisiones técnicas del proyecto, entre ellas, las referentes al Sistema Auxiliar de Desviación (SAD), las cuales planteaban complejos problemas de ingeniería, eran discutidos, analizados y estudiados por los profesionales de las empresas involucradas en la construcción del proyecto, revisadas por expertos especializados en la construcción de hidroeléctricas, como el BOARD de expertos y el grupo asesor del diseñador, y luego eran escalonadas a modo de ilustración e información a los comités creados al interior de EPM para el control y seguimiento al proyecto, y por último se informaban a la Junta Directiva de HI.

De acuerdo a lo anterior, es claro que las decisiones técnicas del proyecto, eran informadas a la Junta Directiva de HI, no para que ésta conceptuara sobre lo que ya los expertos habían definido dentro del ámbito de sus roles y competencias, sino para hacerle seguimiento y control dentro de las precisas facultades establecidas en el contrato BOOMT, y con las limitantes de no coadministración y no control previo.

"Ahora bien, las empresas que tenían a su cargo el diseño y construcción de la hidroeléctrica Ituango, contaban con el conocimiento especializado y la experiencia en la construcción de presas en todo el mundo. Dichas empresas reúnen experiencia en la construcción de 83 centrales hidroeléctricas: Camargo-Correa 31, EPM 20, Integral 16, Conconcreto 10 y CONINSA-Ramón H 6; lo cual claramente le brindada a los miembros de la Junta Directiva de HI, y por ende a mi poderdante, la confianza en que las decisiones técnicas que fueran revisadas al interior de las mismas estuviesen precedidas de análisis detallados, sustentados y razonables, en este sentido, la conducta más prudente que se podría exigir a los miembros de Junta Directiva de HI, reconociendo la complejidad técnica del diseño y la construcción de la hidroeléctrica más grande del país, consistía en permitir que las empresas y personas especializadas fueran los que tomasen las decisiones técnicas importantes en un megaproyecto de esta envergadura. Pretender tomar parte de estas decisiones técnicas no solo resulta inoperante sino altamente riesgoso y totalmente inapropiado.

Finalmente, con respecto a aceptar los costos asociados al plan de aceleración, previo a la elaboración de la matriz de riesgos, en la práctica demostró ser una decisión acertada, prudente y cuidadosa, por cuanto desde que se acordó el plan de aceleración en 2015 con el Consorcio CCC a la fecha del informe presentado por el reasegurador en Zurich (Londres)- (28 meses), el proyecto había logrado recuperarse de un retraso del 10,4% en noviembre del 2015 a sólo 1,1%, acorde con el informe referido, y que permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango167.

Lo anteriormente señalado, permite concluir, que la decisión de implementar un plan que permitiera recuperar los atrasos del proyecto, y que fue denominado "plan de aceleración", no sólo logró colocar el proyecto prácticamente al día con el cronograma de la CREG, sino que permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango.

Si se considera, en los términos establecidos por la Corte Constitucional, que se presenta culpa grave cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público, es necesario concluir sin ningún esfuerzo nomológico que en el presente caso no se presenta la CULPA GRAVE en los términos exigidos en la sentencia C-619-02 para irrogar responsabilidad fiscal a mi poderdante.

Sirva esta referencia jurisprudencial para ilustrar el análisis que se reclama en este proceso frente al elemento subjetivo, el cual realmente no satisfizo la

rigurosidad esperada por la Defensa, en cuanto a los elementos constitutivos de la culpa grave endilgada a mis poderdantes, por cuanto, las consideraciones realizadas por el Despacho para irrogar culpa grave no sólo rebasan los presupuestos de la diligencia y cuidado esperados, sino que se tornan desproporcionadas, inadecuadas, exageradas y por ende no exigibles a mis representados, por cuanto rebasa el ámbito de sus competencias regladas y excede los deberes funcionales que le son exigibles en su calidad miembros principales de Junta Directiva de HI.

Así las cosas, tal como se explicó con holgura en las páginas precedentes, las acciones desplegadas por mis poderdantes NUNCA obedecieron a falta de diligencia, y por tanto NO pueden ser calificadas como culpa grave en los términos de la sentencia 619 de 2002, por la cual se declaró la inexequibilidad del parágrafo segundo del artículo 4 y el 53 de la ley 610 de 2000,

Siendo necesario finalmente establecer que la Ley 222 de 1995, invocada por la Contraloría para fundamentar el juicio de reproche es totalmente inaplicable, por cuanto el régimen de responsabilidad del administrador social se conoce bajo una responsabilidad subjetiva comprendida en el deber de diligencia y con la entrada en vigor de la Ley 222 de 1995, la conducta del administrador se interpreta en torno a la exigencia de buen hombre de negocios que responde hasta por culpa levísima, lo cual claramente se encuentra en contravía de lo ordenado en la ya mencionada sentencia 619 de 2002".

R/: En primer término, resulta necesario precisar que la Sentencia C-619 de 2002 que cita la apoderada, declaró lo siguiente:

*Declarar **INEXEQUIBLES,** el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000.*

Esta precisión es importante por cuanto del tenor literal de lo expuesto por la apoderada pudiera llegar a pensarse que la Sentencia referida decretó la inexequibilidad del artículo 53, cuando el aparte declarado inexequible fue únicamente la expresión "leve".

Ahora bien, partiendo de la anterior decisión jurisprudencial, la apoderada de manera amplia explica que solamente puede configurarse responsabilidad fiscal en cabeza de una persona cuando se demuestra que ésta obró con culpa grave o dolo en consonancia con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución política de Colombia. Conclusión que este Despacho comparte plenamente.

A renglón seguido procede la apoderada a centrarse en el caso concreto de su poderdante para establecer si en las conductas desplegadas por los señores RAFAEL ANDRÉS NANCLARES OSPINA, MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA y SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, se estructuró la mentada culpa grave.

Afirma la apoderada que no hay lugar a concluir que existió una culpa grave toda vez que en las actuaciones de su *"se observa una actitud responsable en todo momento, no sólo para revisar las situaciones del proyecto que pudiesen presentar afectación en el cumplimiento del cronograma y el presupuesto asignado, sino además una posición proactiva en aras de generar instrucciones y directrices a los secretarios de despacho y gerente del IDEA, frente a la forma como deberían resolverse las diferentes dificultades generadas en el proyecto"*.

Y para los señores Nanclares y ramos afirma: *"se observa una actitud responsable en todo momento, no sólo para revisar las situaciones del proyecto que pudiesen presentar afectación en el cumplimiento del cronograma y el presupuesto asignado, sino además una posición proactiva en aras de presentar alternativas de solución a los problemas y frente a la forma como deberían resolverse las diferentes dificultades generadas en el proyecto"*.

Así mismo, considera que *"la Delegada lanza fuertes críticas a todas las decisiones tomadas en el proyecto, desde el punto de vista técnico, administrativo y financiero, pero lejos está de acreditar con pares de expertos de las mismas calidades, que las decisiones no fueron acertadas en ese preciso momento y bajo las circunstancias y condiciones en que las mismas fueron analizadas, sustentadas y solventadas desde su pertinencia y viabilidad.*

Por ello, nuestro respetuoso pedimento formulado en esta oportunidad, busca que se examine la conducta de mi poderdante desde el preciso contexto y ámbito circunstancial vivido por éste, porque su haz comportamental no puede ser examinado como ahora se aspira a hacer, fruto de una pausada y serena reflexividad, con la precisión del relojero y la habilidad del artesano, sino de forma retrospectiva, valorando en su justa dimensión todas las circunstancias que rodearon la narrativa de hechos que fue expuesta durante todo el proceso, los cuales fijaron un esquema mental interpretativo sobre el caso, es decir, lo que llamaría Heidegger como el examen de la "situación hermenéutica".

En este punto, es importante precisar que lo sostenido por la apoderada surge del hecho de no compartir las conclusiones del Despacho, pero no obedece a la realidad ni mucho menos a lo plasmado en el auto 1484 de 2 de diciembre de 2020. Este Despacho, en el análisis de la conducta de todos y cada uno de los implicados, tuvo en cuenta los roles que cada uno ejercía, así como las competencias constitucionales, legales, estatutarias o contractuales según el caso. Así mismo evaluó las diferentes decisiones, teniendo en cuenta de manera particular en relación con la junta directiva de Hidroituango que las mismas se encontraban plasmadas en las actas de junta directiva, respecto de las cuales y precisamente a efectos de precisar la información con la que contaban los miembros de la junta, se solicitaron también los anexos a las mismas, los cuales por demás obran en el plenario. Así mismo se tuvieron en cuenta las Actas del comité de seguimiento al BOOMT, las Actas del comité de expertos BOARD, información a la cual tenían acceso los miembros de junta y quienes por demás tenían la obligación de informarse sobre todo el proceso pues como se dijo y se reiteró a lo largo del auto de imputación, Hidroituango es una sociedad con objeto único, cuyo único propósito es lograr la ejecución de una hidroeléctrica que por supuesto sea funcional y que se mantuviera dentro de los límites de costos planeados.

Así mismo y de manera particular respecto del señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, se precisó la manera como desarrolló su labor tanto desde su rol

de miembro principal de la junta directiva, como desde su rol de Gobernador de Antioquia.

Es tan cierto que el Despacho se puso en la posición que tenía el señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA para determinar las conductas desplegadas por este, que encontró el Decreto 867 a través del cual se surtió la delegación de la representación del sr SERGIO FAJARDO VALDERRAMA en cabeza del señor Iván Mauricio Pérez Salazar como gerente del IDEA, se indagó sobre la existencia de comunicaciones cruzadas o documentos que dieran cuenta de las instrucciones o por lo menos de la solicitud de información realizada al delegatario sobre los pormenores del proyecto y las decisiones que el señor Pérez como delegatario tomaba en representación del señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA. Así mismo las circunstancias en las cuales se dieron las omisiones endilgadas al señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, fueron precisadas por los mismos informes que le eran entregados por los secretarios de despacho que tenían asiento en la junta directiva, en las cuales se encuentra que en asuntos importantes y en momentos determinantes en los que se debían tomar decisiones o en el caso del señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA tomar determinaciones ya fuera dar instrucciones a sus subalternos que tenían asiento en la junta directiva o al delegante o retomar la función delegada para ejercerla directamente, se omitió dicha obligación.

En este punto, resulta necesario precisar que la culpa grave que se estructuró en cabeza del señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA parte precisamente del hecho de haber omitido cumplir con sus funciones de supervisión, dirección, vigilancia y control, las cuales le eran constitucional y legalmente exigibles como Gobernador de Antioquia y miembro de la junta directiva de Hidroituango. Permitiendo que quienes tenían asiento en la junta directiva de dicha sociedad, a pesar de ser sus subalternos tomaran decisiones de manera absolutamente autónoma en perjuicio de hidroituango, que contribuyeron de manera determinante a destruir el valor presente neto del proyecto. Lo que se hace aún más grave la responsabilidad subjetiva del entonces Gobernador de Antioquia, es que la Hidroelectrica de Ituango era el proyecto más importante para el Departamento, por lo que se trató de una omisión inexcusable.

Y es desde esa óptica que el Despacho estructuró la culpa grave en cabeza del señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA pues, atendiendo precisamente a los dispuesto en la jurisprudencia citada y en las decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado, pues en el auto de imputación se determinó que con dichas omisiones descuidada y negligente

> *"La Sala considera que la parte demandante desplegó su conducta con culpa grave, dado que de manera* ***descuidada y negligente permitió y consintió con su omisión*** *que recursos del Municipio fueran destinados a la realización*

de operaciones [que] no brindaban seguridad al patrimonio público que no eran permitidas por la Ley"[370]*.*

Ahora bien, precisado lo anterior, la apoderada se refiere específicamente a las conductas que le fueron atribuidas al señor Iván Mauricio Pérez pero también a la señora María Eugenia Ramos y Rafael Andrés Nanclares, para desvirtuar que las mismas fueron determinantes para generar el daño al patrimonio del Estado. Sin embargo, se advierte desde ya que las consideraciones que realiza la apoderada, no desvirtúan el nexo causal que se ataca pero mucho menos demuestran que el señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, haya actuado con diligencia, pues no se demuestra que haya asumido la posición activa que le era exigible de cara a un proyecto de la importancia de Hidroituango y respecto del cual se tiene probado que le fueron informadas graves y determinantes situaciones, frente a las cuales se limitó a realizar algunas anotaciones al margen y a "formular" apreciaciones genéricas y poco efectivas.

Corresponde ahora revisar nuevamente, las conductas respecto de las cuales considera que los agentes del señor Gobernador actuaron supuestamente de manera prudente. Si bien dichas afirmaciones ya fueron desvirtuadas, se estudiará lo estipulado en el Auto No. 1484 de 2 de diciembre de 2020, por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros, en el presente proceso de responsabilidad fiscal:

La conducta de la señora **MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA,** fue calificada[371] como culpa grave en los términos del artículo 63 del código civil al no atender al modelo de conducta exigible a una persona poco diligente con sus propios negocios lo cual resulta muy grave si se tiene en cuenta que los directores y administradores de las juntas directivas tienen la obligación de obrar bajo el estándar del buen hombre de negocios.

De otro lado, al momento del análisis de la conducta de la señora **RAMOS VILLA,** se tuvo en cuenta que como ingeniera civil con especialización en finanzas y su amplia experiencia laboral, contaba con las calidades, conocimientos y experiencia que le son exigidos para desempeñarse como manejador y administrador de los recursos públicos. Por lo que para una persona que ostenta dicho perfil, entrar en el terreno del descuido que sobrepasa de forma irrazonable y significativa una imprudencia socialmente tolerable la culpa excesivamente imprudente que arrastra peligros, y que le es insoportable al ordenamiento jurídico, en lo que atañe a la responsabilidad fiscal.

---

[370] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 76001-23-33-000-2016-01142-01

[371] Auto No. 1484 de 2 de diciembre de 2020. Por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros en el Proceso de Responsabilidad Fiscal UCC-PRF.014-2019 (fls. 18 224 y s.s y página 915 del proveído).

Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de funciones en relación con la Sociedad y otras en relación con el contrato BOOMT, las cuales se encuentran interrelacionadas, entre ellas (**En relación con la Sociedad Hidrotuango)** cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (numeral 3 de los estatutos), examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos (numeral 8 de los estatutos), la Junta Directiva estaba revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad y tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objetivo *(*Reglamento interno de la Junta Directiva - Artículo 3).

De otro lado, es importante indicar que eran sujetos cualificados, profesionales, con experiencia y en conjunto, debían tener conocimientos y experiencia en la industria de energía, finanzas, riesgos (Reglamento interno de la Junta Directiva, artículo 4), obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. También era obligación de los miembros de junta participar activamente en las reuniones, conociendo y revisando por adelantado el material de estudio y análisis para las reuniones (artículo 14 del Reglamento interno de la Junta Directiva). Es más, los miembros de Junta son sujetos altamente cualificados que coadministraban la sociedad, con las más amplias facultades para que la Sociedad cumpliera su único objeto social. Adicional a esto, tenían el derecho y la obligación de solicitar toda la información sobre las decisiones a tomar. Expresamente el reglamento de la Junta Directiva cualifica al exigirle una responsabilidad mayor que el deber de conducta medio, que corresponde al buen padre de familia.

En relación con el contrato BOOMT (2 de mayo de 2011), Hidrotuango tenía acceso a toda la información del proyecto mediante el mecanismo de *Libro Abierto, conocido como el mecanismo mediante el cual Hidrotuango y la Firma de Auditoria tendrían acceso a la información para realizar la verificación.* Así mismo, Hl tenía una facultad de verificación, que de acuerdo con las definiciones consiste: *Verificación: Es el sistema que utilizará Hidrotuango, integrado por las actividades, procedimientos, mecanismos y/o acciones que le permitirán examinar y comprobar el cumplimiento de las estipulaciones contenidas en este Contrato. En la ejecución de los procesos de Verificación, tanto en los aspectos técnicos como financieros y legales, Hidrotuango se abstendrá de intervenir para autorizar o dar vistos buenos previos a las decisiones que tome el contratista en relación con los contratos que celebre, salvo en lo que expresamente se convenga en este contrato"* El anexo 6.12 señala que la verificación y seguimiento permitiría a Hidrotuango tener el conocimiento de la evolución del contrato y la detención oportuna de las desviaciones con el fin de generar alertas sobre la necesidad de darles solución.

Más adelante señala: *"El contrato debe estar sujeto a la verificación del Hidrotuanqo, entidad estatal contratante y propietaria titular del proyecto hidroeléctrico, quien*

como tal tiene la obligación de realizar la correcta negociación, celebración, iniciación, ejecución, supervisión y liquidación del contrato que se suscribe con el Contratista y prevenir posibles riesgos que debe asumir Hidrotuanqo como consecuencia de la ejecución del contrato (...) De acuerdo con los principios que regulan a las entidades públicas y en especial los principios de los que trata el artículo 209 de la Constitución Nacional, el Contrato está sujeto de la verificación por parte de Hidrotuanqo, para lo cual tiene el derecho y la obligación de comprobar el cumplimiento del contrato, en sus aspectos técnicos, legales, administrativos y financieros. Otro mecanismo contractual que tenia HI era el Comité de seguimiento del contrato, definido como "un espeacio de comunicaciones y seguimiento del contrato y estará vigente durante el desarrollo del proyecto, en sus etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de la central de Hidroituango. Hl Con arreglo al anexo 6.12 O&M, el Representante de Hidrotuango ejercerá el derecho de inspeacción con el objeto de Verificar el cumplimiento del contrato, el avance de las obras en general, la operación y el mantenimiento. Hl tenía lo definido en el contrato como "mecanismos de verificación" que tienen la tienen la finalidad de identificar oportunamente las posibles desviaciones en sus aspectos técnicos, financieros y legales, que permitan generar alertas con respecto a las obligaciones de las partes en el mismo y sobre la necesidad de darle solución oportuna y eficiente a las mismas. Dentro de los aspectos técnicos, están el cronograma y costo de ejecución, hitos principales del proyecto; dentro de los aspectos financieros la auditoria externa, entre otros. El contrato traía los mecanismos legales para exigirle a EPM el cumplimiento de sus obligaciones, como los Hitos, pero no las implementó antes de incidente, Capítulo I "Interpretación y definiciones", 1.02 Definiciones, trae: *"Clausulas Penales de Apremio: Son las sumas que, a título de cláusula pena de apremio, deberá pagar el Contratista a Hidroituango cuando incumpla alguna de las obligaciones a su cargo bajo el presente contrato. La Clausulas penales de Apremio no tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios ".* Así lo indica el numeral *9.02. Dentro de los cinco (5) días siguientes al conocimiento por parte de Hidrotuango del incumplimiento del Hito u obligación respectiva (...) Hidrotuango deberá reunirse con el contratista con el objeto de verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento (...) (procedimiento de Cura)".*

Ahora, independiente de la regulación contractual existente entre EPM e Hl en materia de responsabilidades, obligaciones e indemnidades, es innegable que frente a la protección del patrimonio público, Hl y por lo tanto los miembros de su Junta Directiva, tenían un deber de verificación que permitía examinar y comprobar el cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Contrato, más teniendo acceso a la información a través del mecanismo de libro abierto. También contaba con un derecho de inspección con el objeto de Verificar el cumplimiento del Contrato, el avance de las Obras en general, la operación y el mantenimiento.

Tal y como se explicó, **las acciones desplegadas por la señora Ramos obedecieron a falta de diligencia y pueden ser calificadas como culpa grave**,

toda vez que no responden siquiera al cuidado que se le exige a una persona poco diligente con sus propios negocios, puesto que no atendió a las exigencias de conducta anteriormente explicadas que implicaban el desarrollo meticuloso de las funciones encomendadas legal y estatutariamente, tanto como miembro de la junta directiva, pues no actuó en el mejor interés de Hidroituango.

Ahora bien, en relación con el **nexo causal** entre el daño ocasionado al erario y la conducta desplegada por la señora MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva de Hl para la época de los hechos, el Despacho consideró, que las conductas anteriormente descritas, fueron determinantes **para que se incrementaran injustificadamente las inversiones y que en consecuencia, tal y como se demostró en el acápite de daño, se terminara destruyendo el valor presente neto del proyecto, así mismo, que el contrato no pudiera entrar en operación en la fecha programada, generando una merma patrimonial al Estado como consecuencia del Lucro cesante.**

En efecto, haber permitido la dilución de las capacidades de seguimiento y control de Hi al desechar el estudio PENTA, la ausencia de seguimiento al mecanismo de control del comité de seguimiento al contrato Boomt que contribuyó a diluir el rol de contractual de Hidroituango y le impidió a los miembros de la junta directiva valorar las circunstancias que enmarcaban el desarrollo constructivo del proyecto y demostraban la evidente debilidad del mismo, no haber hecho uso de los mecanismos de apremio contractualmente pactados ante los graves atrasos que venían presentándose en la construcción de los túneles de desviación y en las obras principales y por el contrario permitir sin objeción alguna la modificación de la fechas de los hitos avalando las decisiones de EPM aún aquellas relacionadas con modificaciones técnicas y de características inmodificables de las obras, incidieron en la ocurrencia de los siguientes hechos generadores de daño: 1) atrasos y defectos en la ejecución del contrato de los túneles de desviación suscrito con el consorcio ctifs que supuso la implementación de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, todo lo anterior como consecuencia de situaciones atribuibles fundamentalmente al contratista, las cuales no fueron mitigadas a tiempo por epm ni **por hidroituango desde su rol de vigilancia y control establecido en el contrato boomt,** y 2) terminación de las obras de desviación por parte de CCCI-contratista aceleración lo que aunado a problemas tiempo de las compuertas para los ponerlas por falta de tiempo, en contravía condujo a la construcción de obras que y específicamente de un tercer túnel constructivos, como consecuencia de de la ausencia de control y seguimiento generación ituango como asesor, de **desde sus obligaciones de vigilancia** de las obras principales- bajo un plan de de planeación por la no contratación en túneles de desviación y la decisión de no de lo aconsejado por el board de expertos, no se encontraban inicialmente planeadas de desviación, el cual adoleció de defectos la falta de diligencia del contratista, así como por parte del interventor, del consorcio epm como contratante y **de hidroituanqo y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto.**

Esta secuencia de hechos concatenados puso en estado de vulnerabilidad el proyecto lo que condujo a que se diera la contingencia de 2018 y generaron un incremento de las inversiones que condujo a la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que el proyecto entrara en operación en la fecha programada ocasionando también un lucro cesante.

Frente al señor **IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR,** fue miembro de la Junta Directiva de Hidroituango desde el 27 de marzo de 2012 hasta el 26 de febrero de 20155°4, por delegación realizada por el señor Gobernador Sergio Fajardo Valderrama. A folio 11315 obra el Decreto 0867 de 2012 de fecha 27 de marzo de 2012, expedido por el Gobernador de Antioquia, doctor Sergio Fajardo Valderrama, en el que se lee:

> *"ARTICULO PRIMERO: Delegar en el doctor IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.712'.350, Gerente del Instituto para el Desarrollo de Antioquía "IDEA", la Representación del Gobernador del Departamento de Antioquía, en la Junta Directiva de la HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E.S.P — HIDROITUANGO".*

En el mismo sentido, y después de solicitarle al Departamento de Antioquia que precisara si esta Delegación había sido o no revocada y si existían otras Delegaciones, el Departamento dio respuesta en los siguientes términos.

> *"después de haber realizado una búsqueda detallada en el Archivo Histórico de Antioquía folio a folio, desde el 27 de marzo de 2012, hasta diciembre 31 de 2015, se halló un solo decreto, que corresponde al radicado 0867 de 2012, mediante el cual el señor Sergio Fajardo Valderrama delegó en el señor Iván Mauricio Pérez Salazar, Gerente del IDEA, la presentación de la Gobernación de Antioquia en la junta directiva de Hidroituango. Se hace claridad que, en esta misma búsqueda, estableciendo como parámetros de búsqueda la información suministrada, no se encontraron de manera física o electrónica otros decretos en los cuales el señor Sergio Fajardo Valderrama en calidad de Gobernador de la época, haya delegado representación alguna de la Gobernación de Antioquia en la Junta Directiva de Hidroituango. Así la situación no se evidencia la existencia de otro documento similar al mencionado anteriormente"*

Adicional a lo anterior, se tiene probado en el plenario que el señor Iván Mauricio Pérez Salazar se desempeñó como Gerente del Idea entre el 26 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015 (fl 10618). Por lo que este Despacho entiende del material probatorio obrante en el plenario, que la Delegación se extendió entre el 27 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015.

En este sentido, este Despacho, procedió a indagar, en relación con la Delegación realizada al Señor Pérez Salazar, si existían o no comunicaciones cruzadas entre delegante y delegatario, en las cuales se encontrara, un ejercicio efectivo de

supervisión y control respecto de la misma. Sin embargo, en respuesta dada por el IDEA de 23 de septiembre de 2020, con radicado No 2020ER0098292 (fl. 14.161) se allegaron 49 comunicaciones cruzadas, dentro de las cuales no se encuentra ninguna en la cual se haga siquiera referencia al proyecto Hidroituango.

Si bien de conformidad con los nombramientos realizados en el seno de la Asamblea de Accionistas de Hi entre 2012 y 2014, fue nombrado el señor **IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR** como miembro suplente del señor Gobernador Sergio Fajardo Valderrama, en virtud de la delegación conferida, este Despacho concluyó que aún en dicho período se desempeñó como miembro principal al habérsele atribuido las funciones del Gobernador para su representación ante la Junta Directiva de Hi.

Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de **funciones en relación con la Sociedad** y otras en relación con el contrato BOOMT, las cuales se encuentran interrelacionadas, y las cuales fueron detalladas en líneas anteriores.

En ese orden de ideas, se reprochó fiscalmente[372] al señor **IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR,** en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa, antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de Hl del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.
2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justifiaciones dadas por EPM.
3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a

[372] Auto No. 1484 de 2 de diciembre de 2020. Por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros en el Proceso de Responsabilidad Fiscal UCC-PRF.014-2019 (fls. 18 148 y s.s y página 764 del proveído).

que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

5. **Omitir informar al delegante, Sergio Fajardo, la actividad realizada como delegado en la Junta Directiva de Hi.**

La conducta de **IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR,** será calificada como culpa grave en los términos del artículo 63 del código civil al no atender al modelo de conducta exigible a una persona poco diligente con sus propios negocios lo cual resulta muy delicado si se tiene en cuenta que los directores y administradores de las juntas directivas tienen la obligación de obrar bajo el estándar del buen hombre de negocios.

Situación particularmente grave si se tiene en cuenta que el señor Pérez es Administrador de Negocios, Master of Arts (paz y conflictos) y Master of Science en Economía (con especial referencia en Latinoamérica) y tiene una amplia experiencia laboral por lo que cuenta con las calidades, conocimientos y experiencia que le son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñarse como manejador y administrador de los recursos públicos.

Por lo que para una persona que ostenta dicho perfil, entrar en el terreno del descuido que sobrepasa de forma irrazonable y significativa una imprudencia socialmente tolerable la culpa excesivamente imprudente que arrastra peligros, y que le es insoportable al ordenamiento jurídico, en lo que atañe a la responsabilidad fiscal, es aquella consciente.

En efecto, haber permitido la dilución de las capacidades de seguimiento y control de Hi al desechar el estudio PENTA, la ausencia de seguimiento al mecanismo de control del comité de seguimiento al contrato Boomt que contribuyó a diluir el ro de contractual de Hidroituango y le impidió a los miembros de la junta directiva valorar las circunstancias que enmarcaban el desarrollo constructivo del proyecto y demostraban la evidente debilidad del mismo, no haber hecho uso de los mecanismos de apremio contractualmente pactados ante los graves atrasos que venían presentándose en la construcción de los túneles de desviación y en las obras

principales y por el contrario permitir sin objeción alguna la modificación de las fechas de los hitos avalando las decisiones de EPM aún aquellas relacionadas con modificaciones técnicas y de características inmodificables de las obras, y omitir informar al delegante, Sergio Fajardo, la actividad realizada como delegado en la Junta Directiva de Hi, incidieron en la ocurrencia de los siguientes hechos generadores de daño: 1) atrasos y defectos en la ejecución del contrato de los túneles de desviación suscrito con el consorcio ctifs que supuso la implementación de planes de contingencia, recuperación de tiempos y/o aceleración, todo lo anterior como consecuencia de situaciones atribuibles fundamentalmente al contratista, las cuales no fueron mitigadas a tiempo por epm ni por hidroituango desde su rol de vigilancia y control establecido en el contrato boomt, y 2) terminación de las obras de desviación por parte de CCCI-contratista de las obras principales –bajo un plan de aceleración lo que aunado a problemas de planeación por la no contratación en tiempo de las compuertas para los túneles de desviación y la decisión de no ponerlas por falta de tiempo, en contravía de lo aconsejado por el board de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos, como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación Ituango como asesor, de epm como contratante y de hidroituango desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto.

Tal y como se explicó en el acápite en el que se describieron los hechos generadores, esta secuencia de hechos concatenados puso en estado de vulnerabilidad el proyecto lo que condujo a que se diera la contingencia *de* 2018 y generaron un incremento de las inversiones que condujo a la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió que el proyecto entrara en operación en la fecha programada ocasionando también un lucro cesante.

La conducta del señor Rafael Nanclares**,** fue calificada[373] como culpa grave en los términos del artículo 63 del código civil al no atender al modelo de conducta exigible a una persona poco diligente con sus propios negocios lo cual resulta muy grave si se tiene en cuenta que los directores y administradores de las juntas directivas tienen la obligación de obrar bajo el estándar del buen hombre de negocios.

De otro lado, al momento del análisis de la conducta del señor **NANCLARES** se tuvo en cuenta que como ingeniero civil con especialización en construcciones y su amplia experiencia laboral, contaba con las calidades, conocimientos y experiencia que le son exigidos para desempeñarse como manejador y administrador de los recursos públicos. Por lo que es inexcusablepara una persona que ostenta dicho

[373] Auto No. 1484 de 2 de diciembre de 2020. Por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros en el Proceso de Responsabilidad Fiscal UCC-PRF.014-2019 (fls. 18 224 y s.s y página 915 del proveído).

perfil, entrar en el terreno del descuido que sobrepasa de forma irrazonable y significativa una imprudencia socialmente tolerable la culpa excesivamente imprudente que arrastra peligros, y que le es insoportable al ordenamiento jurídico, en lo que atañe a la responsabilidad fiscal.

Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de funciones en relación con la Sociedad y otras en relación con el contrato BOOMT, las cuales se encuentran interrelacionadas, entre ellas (**En relación con la Sociedad Hidrotuango)** cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (numeral 3 de los estatutos), examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos (numeral 8 de los estatutos), la Junta Directiva estaba revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad y tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objetivo *(*Reglamento interno de la Junta Directiva - Artículo 3).

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Así mismo, es necesario precisar que respecto de cada una de las conductas que fue imputada, Este Despacho amplió al dar respuesta a los argumentos de defensa,

Continúa la apoderada afirmando:

> *"(…) que la observación realizada por la delegada sobre la dilución del control del proyecto por no haber implementado el sistema Business Intelligence-BI, no es afortunada, por cuanto en este momento se analizó, verificó y constató de manera razonada que la implementación de este sistema no sólo era altamente costosa, sino que el mismo resultaba ineficiente para realizar el seguimiento al proyecto, tal como se analizó ampliamente en el desarrollo de las explicaciones correspondientes a este cargo, por cuanto, tal y como se había advertido por los anteriores Gerentes de HI, con la finalidad de conocer, recibir y analizar la información que suministra EPM Ituango, en HI se había programado la Intranet Corporativa y se había elaborado un Cuadro de Mando Integral para manejar la informacion del contrato BOOMT, el cual era más completo y versátil que el sistema propuesto por PENTA.*
>
> *Adicionalmente se consideró que el programa BI implicaba tiempo y recursos económicos importantes, y que además su manejo no resultaba tan eficiente para el control del BOOMT, por lo cual consideraron que el sistema GANT y el*

> *tablero de mando elaborados por la Empresa, podían suministrar la información suficiente que Hidroituango requería para la verificación del BOOMT*
> *De lo anterior, se evidencia que mi poderdante actuó de manera diligente y responsable al realizar el análisis correspondiente con sobre la conveniencia o no de acoger en su integridad la propuesta presentada por PENTA, y de acuerdo con los criterios de sus secretarios de despacho orientó que se debía estudiar a fondo la conveniencia de implementar en su totalidad o de manera parcial la propuesta presentada por el Consultor, para lo cual debía realizarse el correspondiente estudio con las directivas de HI, el cual fue debidamente sustentado por el doctor John Maya Salazar".*

R/: En primer término, resulta importante precisar que en relación con la adopción de la estructura administrativa para Hidroituango no obra prueba alguna de que el señor Gobernador haya dado instrucciones sobre el particular. En los informes semanales que presentaban los secretarios de Despacho al Gobernador, sobre el particular, se encuentra lo siguiente:

> *Informe semanal del 27 DE ENERO DE 2012: PLANEACIÓN-JUNTA HIDROITUANGO: "• El miércoles pasado en Junta de Hidroituango* ***se propuso por parte de EPM que la empresa Hidroituango sea revisada en su estructura administrativa y financiera ya que tiene un costo de funcionamiento anual que supera los 2.000 millones con funciones que se duplican con la interventoría y la auditoría externa****. No se plantea liquidar la empresa como erróneamente se entendió por algunos empleados sino revisar un estudio que se contrató el año pasado y mantener sólo la estructura básica esencial. En Asamblea extraordinaria en los próximos días se nombrará nueva Junta Directiva.*
> *• Se estableció un contacto nuestro con EPM Ituango para que nos presentaran las obras y acciones planteadas para ser ejecutadas por cuenta del proyecto en los 10 municipios asociados con el embalse, de aquí al 2018. Nuestra idea es entender muy bien qué se hará con cargo a los USD 240 millones que es la valoración del Plan de Manejo Ambiental y cuándo se hará y cómo podemos generar sinergias con nuestro Plan de Desarrollo. TAREA!!"*

Así mismo, en el mismo informe, el IDEA reporta lo siguiente:

> *IDEA- PRIMERA JUNTA DE HIDROITUANGO: El día martes 24 de enero se realizó la Junta Directiva de la Empresa Hidroituango en la Sala de Juntas de la Gerencia General del IDEA, invitación del Instituto, con asistencia completa de Socios. Cambio de ambiente, agradecimientos a Juntas Anteriores y Pendientes.*

En relación con el personal que conformaba Hidroituango

En el informe semanal de fecha 24 de febrero de 2012, PLANEACION-JUNTA DE HIDROITUANGO Y ASAMBLEA METO DE MEDELLÍN se lee: *"En la última Junta de Hidroituango quedamos con el compromiso Gobernación/EPM de revisar la estructura administrativa de la Empresa; la primera impresión es que es una empresa sobredimensionada: su único objetivo hoy es hacer el seguimiento del contrato de ejecución*

de proyecto suscrito con EPM y son 17 personas con un costo anual de $2.000 millones. Horacio Vélez me manifestó que en la Junta del IDEA se había tocado el tema y que no quieren que se toque esta estructura; yo no estoy de acuerdo y así se lo dije a Horacio; siento que se necesita y se puede tener una estructura mucho más liviana del orden de 6 a 8 personas para hacer la tarea de seguimiento; es como el Olaya Herrera cuando se entregó en concesión: se redujo su planta de personal pues sus tareas también se redujeron a hacer seguimiento a la concesión. El próximo jueves hay Junta de HI y Horacio y yo nos reuniremos el lunes para analizar este tema".

En el informe semanal de fecha 27 de abril de 2012, PLANEACIÓN-JUNTA DE HIDROITUANGO se lee: El miércoles hubo junta. ***Es urgente tomar una decisión con usted*** *y los que hacemos parte de la junta (Mauricio Pérez, Mauricio Valencia y yo) y con Federico Restrepo sobre la estructura administrativa ideal de esta empresa ante su nuevo rol así como la nueva escala salarial ya que la que existe hoy es demasiado alta y no se compagina con otras empresas de la Gobernación ni con la escala salarial de la misma gobernación. También es importante contar con un gerente en propiedad.*
En el mismo informe el IDEA reporta en relación con la Junta Directiva de Hidroituango, lo siguiente: HIDROITUANGO: El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos.

Por último, en el informe de fecha 9 a 13 de julio de 2012, se lee: Junta Directiva Hidroituango: Se llevó a cabo el día martes la Junta Directiva de Hidroituango, se trataron temas Informe de Avance del BOOMT, Informe de Zona Franca, Informe de Seguridad en la Zona del Proyecto, Consideración incremento salarial para HI, Definición de la Estructura Administrativa de HI, Nombramiento del gerente para HI. Después de lo cual, en ninguno de los informes allegados se toca nuevamente el tema, tampoco de las pruebas obrantes en el plenario se observa que haya existido pronunciamiento alguno del señor Gobernador sobre el particular ni que posteriormente haya solicitado información sobre las determinaciones finales que se tomaron sobre el particular.

Ahora bien. En este punto se encuentra probado que desde el Acta 128 de 30 de noviembre de 2011 – con posterioridad a la suscripción del contrato BOOMT-, se presentó el informe PENTA para la estructura de Hidroituango, así como la propuesta de la administración y se decidió que sería la nueva junta, la encargada de tomar dicha determinación.

Cabe recordar que el Estudio Penta sugería cuatro alternativas dependiendo de dos variables: el Business Intelligence y la tercerización de algunas actividades. Al respecto se indicó en acta 128 de 30 de noviembre de 2011, por la Administración de HI, lo siguiente: *"Considera que el informe es acertado en términos generales con relación a la estructura propuesta, para efectos del nuevo rol y condición de verificación del contrato. La Administración quiere presentar unos ajustes mínimos a la propuesta de Penta, basados en el estudio que ha venido realizando y la experiencia y el conocimiento que le han dado los meses transcurridos después de la suscripción del BOOMT, ajustes que*

pondrá a consideración de la Junta Directiva". Así mismo se indicó en la sesión, lo siguiente*: "A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un Bussiness Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer en tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas, está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas".* Ahora bien los objetivos del informe que sobre el particular realizó PENTA fueron los siguientes:

> "*Definir y construir unas Estructuras de procesos y administrativa que le permitan a Hidroituango la verificación del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato BOOMT, y que le garantice desarrollar y ejecutar las actividades necesarias para realizar una verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación y mantenimiento, explotación y restitución de la central hidroeléctrica, incluyendo el soporte institucional y corporativo requerido para realizar una óptima y adecuada gestión.*
> *Construir la estructura de cargos para una adecuada y óptima gestión definiendo los conocimientos, experiencias y responsabilidades requeridas para cada cargo.*
> *Dimensionar la planta de cargos requerida para el funcionamiento normal de HIDROITUANGO lo cual incluye además de la verificación técnica, financiera y legal descrita anteriormente, el soporte institucional y corporativo requerido para su gestión".*

El informe Penta al realizar el diagnóstico de lo que se pretendía tuvo en cuenta tanto a Hidroituango como a EPM e identificó lo siguiente:

> "*Hay unanimidad y alineación entre EPM e Hidroituango en que **la misión de HI debe ser la de verificar y controlar las diferentes obligaciones establecidas en el contrato BOOMT.** Se hizo énfasis en que **no puede existir una Coadministración**.*
> *- Hay unanimidad en que la razón de ser de **EPM Ituango** es la establecida en el contrato: **Ejecutar el proyecto**: Build, Own, Operate, Maintain and Transfer.*
> *- Los actores claves consideran que la relación entre Hidroituango y EPM Ituango debe ser:*
> *o Relación **de tipo informativo a través de libro abierto y comités**.*
> *o Relación de confianza, la cual debe generar una estructura interna de HI más liviana*
> *o **Relación de verificación, control y vigilancia del contrato en temas financieros, técnicos, legales y ambientales**.*
> *o **Relación en la que debe primar la representación de los intereses de los dueños de HI.***
> *o **HI debe dar alarmas** pero no definir pasos a seguir.*
> *o **No control previo**.*
> *- Los actores entrevistados consideran que los puntos críticos de la relación son:*
> *o **Cumplimiento del cronograma a través del cumplimiento de los Hitos.***
> *o Se entiende que el proyecto inició con un atraso.*
> *o Tenencia a tiempo de los recursos ($ requerida en el momento oportuno)*

o Control de costos a través de organización internacional.
*o **Control de rentabilidad del proyecto***
*o **Garantía de cierres financieros***
o Cambios en la administración pública.
o Costos de operación de HI
o Control de la matriz de riesgos.
*o **Claridad en los roles de cada parte**.*
*o **Tener una estructura adecuada con los perfiles requeridos***
*o **Sistemas de información**.*
- Así mismo, consideran que estos puntos críticos se pueden prevenir:
o Generando confianza
o Conociendo la legislación ambiental
o Información actualizada del entorno político.
*o **Continuidad del proyecto sin cambios drásticos**.*
o Información clara y abierta.
- Ante la pregunta de cómo considera que se debe organizar Hidroituango, contestaron:
*o **Organización mínima y liviana, de acuerdo a las necesidades para la ejecución de su misión***
*o **Estructura eficaz y eficiente.***
o Gran capacidad de buscar aliados y/o outsourcing para temas críticos – contratar para cada hito" (Negrilla y Subrayado del Despacho)

Así mismo, concluye Penta que *"Después de analizar las obligaciones del contrato, los entendimientos de los actores claves entrevistados y los diferentes modelos de negocio de los tres tipos de empresa (Auditoras, Verificadoras, Holding), PENTA concluyó que **el modelo organizacional debe parecerse al de una especie de empresa holding, que verifica el desempeño de sus unidades estratégicas**". Aclarando que no es un parecido legal, pero que, gracias a estudiar la forma en que trabaja una holding, podemos **sugerir el trabajo a partir de una plataforma de Business Intelligence**".*

Adicional a lo anterior, en el informe final de Penta, se lee lo siguiente:

"*El **objeto social** de la empresa es: La promoción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y comercialización de la energía de la Central Hidroeléctrica Ituango a nivel nacional e internacional.*
*Su **misión** es: **Diseñar y construir la Central Hidroeléctrica Ituango, garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018 y comercializar su energía. Todo ello con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental**.*
Su visión** es: **En diciembre de 2018, HIDROITUANGO S.A. E.S.P., será generadora y comercializadora de energía, altamente competitiva en el mercado nacional e internacional. Será ejemplo por sus aportes al manejo armónico del medio ambiente y su compromiso con el desarrollo social y económico de las comunidades que lo rodean, impactando positivamente a la región, a Antioquia y a Colombia.
*A partir del estudio del marco estratégico de Hidroituango, concluimos que desde la firma del contrato BOOMT, **el rol fundamental de Hidroituango cambia radicalmente, pasando de ser el responsable directo en la***

> ***construcción y financiación del proyecto, a ser el responsable de la verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación, mantenimiento, explotación y restitución de la Central Hidroeléctrica, es decir, del cumplimiento del contrato BOOMT firmado con EPM ITUANGO****.*
> *Teniendo en cuenta lo anterior y, analizada la documentación, los diagnósticos y el contrato, consideramos que Hidroituango tiene la necesidad de verificar 5 puntos fundamentales durante la ejecución del contrato,* ***de acuerdo con su razón de ser y para asegurar sus ingresos y resultados futuros:***
> *•* ***Cumplimiento del cronograma de actividades a través de un plan de verificación.***
> ***• Ejecución de costos.***
> *• Esquema de financiación (disponibilidad de capital).*
> *• Gestión ambiental y gestión social.*
> ***• Modelo financiero del contrato****.*
> *Con base en lo anterior, durante la ejecución del contrato, Hidroituango puede tomar 4 tipos de decisiones fundamentales:*
> *1.* ***Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***
> *2. Modificar el contrato.*
> *3. Modificar los términos del modelo financiero distintos de los establecidos en el contrato.*
> *4. Hacer efectivas las garantías de cumplimiento*
> *Teniendo en cuenta esto, Hidroituango debe tener una estructura organizacional y de procesos que le permita tener toda la fundamentación necesaria para tomar decisiones, derivadas de la verificación de los aspectos fundamentales".*
> *"(…)*
> *Al analizar el contrato y los roles de todos los actores claves alrededor del mismo, consideramos que Hidroituango no debe ser una empresa auditora, sino VERIFICADORA.* ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato****" (ver mapa punto 2.2.).*
> *Vista, entonces, de esta manera, el rol primordial de Hidroituango es verificar que el contratista (EPM Ituango) cumpla con los compromisos adquiridos en el contrato BOOMT. Los clientes fundamentales de HI son sus propios accionistas. Por lo anterior,* ***HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT****.*

Específicamente, en relación con el BI el informe dice lo siguiente:

> *"Como mencionábamos anteriormente, además de la estructura y procesos* ***recomendamos que Hidroituango contrate una consultoría para el diseño de un sistema de BUSINESS INTELLIGENCE, el cual, a partir de la información proporcionada por EPM Ituango, le entregue a la Gerencia General y a las 3 direcciones de Hidroituango información organizada para su gestión y les proporcione un sistema de indicadores*** *(Balanced Score Card).*

Para este efecto, recomendamos que HIDROITUANGO desarrolle una primera fase en la cual los actores claves determinen el CUADRO DE MANDO INTEGRAL que requerirán tener, para cumplir con sus objetivos de verificación, y que éste se revise con EPM para asegurar la disponibilidad de los datos y la información en los sistemas de esta empresa. Adicionalmente, Hidroituango debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Recomendamos comenzar a definir los términos de referencia para que se inicie el proyecto a la menor brevedad posible.

2. Es recomendable trabajar en equipo con EPM para asegurar que se obtenga un sistema de BI eficaz:

a. Mostrar los pliegos a EPM antes de empezar el proceso de contratación para aprovechar su experiencia.

b. Asegurar que el contratista se acogerá a la plataforma IBM que tiene EPM para poder acoplar a EPM- Ituango.

c. Solicitar que los proponentes hayan trabajado con EPM porque facilita el proceso de enseñanza y agiliza los diseños de cubos para el "data mining" en las bases de datos de EPM relacionadas con EPM ITUANGO.

d. Aprovechar las herramientas de desarrolladas por EPM para el BI.

Con base en lo anterior, proceder a contratar, en una segunda fase, la construcción de los cubos de información y la plataforma de BI requerida para alimentar los cuadros de mando"

(…)

"Penta recomienda implementar el modelo organizacional propuesto, a la mayor brevedad posible en los aspectos corporativos y administrativos.

- En cuanto a la estructura propuesta para realizar los procesos de verificación, la implementación debe hacerse gradualmente. Es decir, a medida que se vaya implementando la plataforma de Business Intelligence, se debe ir avanzando en la estructura propuesta para el desarrollo de estas funciones.

- Esta estructura, naturalmente, se deberá revisar y ajustar en la medida en que avanza el proyecto y se modifican los procesos, de acuerdo a las necesidades que se vayan presentando, que no es posible prever.

*- Teniendo en cuenta que la contratación, diseño, parametrización e implementación del sistema de Business Intelligence requiere de algunos meses y que **es un prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto**, recomendamos que Hidroituango defina inmediatamente un Plan para la implementación del sistema de BI lo más pronto posible, en donde se establezcan responsables y tiempos límite para el proceso, desde la contratación hasta la implementación.*

Recomendamos que este proceso inicie inmediatamente, ya que la implementación de la estructura ideal propuesta depende fundamentalmente de contar con este sistema.

*- Adicionalmente, recomendamos que se defina un plan de implementación y Transición que garantice la migración del modelo actual al modelo propuesto. **Actualmente, sin sistema de BI, Hidroituango tendrá que desarrollar las funciones propias de su razón de ser de una forma manual y terminar de cerrar algunos procesos que hacen falta, después de la firma del contrato BOOMT, para lo cual recomendamos migrar a una estructura de transición, la cual, una vez implementado el sistema de BI, debe migrar a la ideal propuesta**.*

Es necesario revisar la estructura organizacional actual y empezar el cambio organizacional, definiendo una estructura de transición que puede funcionar mientras se implementa el sistema de BI".

El informe Penta como puede verse generó unos Diagnósticos adecuados teniendo en cuenta tanto la misión visión de Hidroituango como la finalidad de dicha empresa y los roles que debería cumplir cada parte del contrato BOOMT

Respecto de EPM tiene claro que se trata del ejecutor de la obra. Respecto de Hidroituango, tiene presente la dimensión del Rol de verificación, y reconoce los principios de no control previo, no coadministración y también reconoce la existencia de una relación de confianza entre EPM e Hidroituango. Bajo estas premisas, de la lectura de las cláusulas de contrato BOOMT concluye, de manera acertada, que para desarrollar su labor dentro del contrato BOOMT, Hidroituango ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato****. Y de igual manera, precisa, lo cual también resulta acertado, que* ***HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT****.*

En el mismo sentido, el informe Penta también destaca cuáles son las acciones que Hidroituango puede tomar. Siendo la primera: 1. ***Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***

En este contexto es que el informe Penta sugiere la adopción del Business Intelligence (BI), así mismo como prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto y de manera temporal mientras se establecía dicho software,

En este sentido, es claro para este Despacho que desde agosto de 2011, Hidroituango contaba con un informe que daba un Diagnóstico acertado sobre los alcances del Rol que le había sido impuesto por el contrato BOOMT y que debía desarrollar.

Así mismo, es claro y se encuentra probado en las actas que se trataba de un informe conocido por todos los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango tanto por aquellos que hacían parte de la misma en el año 2011 como por los miembros de la junta que iniciaron en 2012 siendo estos últimos a quienes debieron tomar las determinaciones sobre la estructura Administrativa de Hidroituango.

Lo que critica el Despacho en el Auto de Imputación, en relación con este punto, no radica en el hecho de que Hidroituango hubiera o no comprado el BI. Sino que hubiera obviado lo dicho por el Informe Penta que dimensionaba de forma acertada el Rol de Hidroituango, y hubieran permitido que EPM impusiera la manera como

se iba a realizar la verificación por parte del dueño del proyecto y que bajo una lógica inadecuada, de manera contraria a la realidad y al texto mismo del contrato, se hubiera pensado y permitido que Hidroituango no realizara ni siquiera las acciones fundamentales para reconducir el desarrollo del Proyecto.

Ahora bien, respecto del BI, el informe Penta es claro en precisar que se trataba de un prerrequisito para implementar la estructura organizacional propuesta. Lo anterior por cuanto para efectos de la verificación se requería mantener tanto la información entregada por EPM como la información propia de manera organizada, de forma tal que ello permitiera realizar los contrastes entre ambos tipos de información.

En el caso concreto esto no se dio, pues Hidroituango realizó su función contando exclusivamente con la información que cargaba EPM en sus plataformas, información que valga anotar se cargaba con retrasos, información en esencia voluminosa que con los medios que Hidroituango poseía era dispendiosa de analizar, lo anterior aunado a lo expresado por el testigo Jairo Hernán Ramírez, Subdirector Administrativo y Financiero de Hidroituango, Desde el año 2009 hasta el año 2020, diligencia en la expresó: *"Pero si Usted lo alimenta de información que no es oportuna y no es confiable, entonces tampoco es confiable el Bussiness. (…)* ***Hidroituango no tiene control sobre las fuentes de información que alimentaría ese Bussiness Intelligence, ni el ingreso, ni la calidad ni la oportunidad. Estábamos sujetos a un tercero, en este caso al contratista que era EPM****. Segundo,* ***la información oficial que se requiere en Hidroituango está soportada en informes periódicos no son informes inmediatos en tiempo real, por ejemplo informes mensuales, trimestrales y anuales que entregaba EPM Ituango****, que entregaba la misma auditoría de costos y el mismo auditor de la curva S Deloitte, el comité de seguimiento de Hidroituango que era cada mes daba información, la misma revisoría fiscal de EPM Ituango, entre otros.* ***No se trataba de una información en tiempo real, sino una información que iba fluyendo a medida que se iba desarrollando y aprobando.****(…)* ***el de Hidroituango era un sistema de información pequeñito, era casi, que casero para las necesidades propias de una organización muy pequeña que maneja un presupuesto de 2000, 3000 millones de pesos****, que integraba Tesorería, contabilidad, compras y pagos, y requisiciones, no más, no maneja información estratégica, técnica ni legal. Entonces también era una de las cosas que decíamos que el sistema de información que había en Hidroituango era solamente para sus necesidades administrativas.(…)Para mí el seguimiento se presentaban algunas dificultades algunas veces por la oportunidad de la información".*

Por todo lo anterior y, contrario a lo afirmado por la Apoderada esta conducta sí fue contraria al deber de conducta esperado de los miembros de la junta directiva de Hi quienes a pesar de tener la obligación de actuar en el mejor interés de la sociedad y de, como lo dice el Estudio Penta, ***agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT*** (entre ellos la Gobernación de Antioquia y el IDEA), permitieron que el proyecto quedara a merced de EPM y que se diluyera la capacidad de verificación y control que sobre el mismo debió ejercer Hi en cabeza de su junta directiva y su gerente.

Lo que condujo a que se presentaran más atrasos, problemas serios que no tuvieron una solución pronta por ejemplo con el contratista de los túneles de desviación, así como los graves problemas con la contratación de las compuertas y la decisión de no ponerlas, todo lo cual llevó a la determinación desaprobada por el Board de expertos de construir un tercer túnel, todo lo cual no generó en Hidroituango las alertas necesarias ni la imposición de apremios o multas a EPM sino una actitud pasiva que llevó a la dueña del proyecto a aceptar la totalidad de las modificaciones propuestas por el ejecutor, preocupándose única y exclusivamente si en la matriz de riesgo establecida pagaba una entidad o la otra y no, como debió ser, por acometer una obra de las dimensiones de la planteada y con el impacto regional y nacional de la misma en las condiciones de costos inicialmente concebida, pues independientemente de quien deba pagar conforme a la matriz de riesgos, se trata de recursos públicos respecto de los cuales se exige el manejo probo y cuidadoso para satisfacer los intereses de la comunidad. Objetivo que a hoy y después de las cuantiosas inversiones probadas en esta causa fiscal no se ha logrado pues la Hidroeléctrica no produce 1 solo KW.

En este punto, resulta necesario resaltar que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la buena administración de los recursos públicos, es un derecho de los administrados y un principio que debe ser cumplido por los administradores de los recursos públicos, siendo parte esencial de la conducta que puede y debe exigírsele a quien toma decisiones relativas a la satisfacción del interés general, más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, **el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano**, **de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados**"*[374].

De lo anterior, resulta claro que se trata de una conducta que no obedece al Estándar exigido de un buen hombre de negocios y de un buen administrador público, pero peor aún ni siquiera atiende a lo que se esperaría de una persona poco diligente con el desarrollo de sus propios negocios, por lo que se trata de una conducta que tanto desde la Ley 222 de 1995 como desde el artículo 63 del Código Civil puede ser calificado como Culpa grave.

[374] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Continúa la apoderada alegando lo siguiente:

> *(i) Considerar que el imponer cláusulas de apremio al contratista EPM, hubiese solucionado los problemas de atraso que venían presentándose debido a diferentes factores tales como problemas de orden público, dificultades geológicas, invasiones foráneas, y además el bajo rendimiento del subcontratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-., y así mismo, suponer que estaban dados los presupuestos fácticos y jurídicos para la imposición de estas.*
> *(ii) Adicionalmente, el presumir, que la imposición de multas al Consorcio CTIFS, hubiese generado en éste los rendimientos esperados en la ejecución del contrato, y que además era viable esta solución jurídica, pues da por sentado, sin estarlo, que los bajos rendimientos presentados por este consorcio son atruibles a un incumplimiento contractual, cuando claramente se encuentra documentado en el expediente, que los bajos rendimientos presentados por el contratista se debían a una gran cantidad de factores concurrentes.*
> *Medidas de apremio al contratista EPM y multas al Sub-contratista CTIFS, como lo sugiere la delegada hubiesen sido totalmente ineficientes para conjurar los atrasos del proyecto. Lo único que hubiese generado el imponer medidas de este tipo, es un ambiente hostil entre las partes, un desanimo en la generación de alternativas y la activación de mecanismos jurídicos de presión sin estar dados los presupuestos para hacerlo, los cuales, en modo alguno hubiesen posibilitado el ubicar el proyecto prácticamente al día con el cumplimiento del cronograma.*
> *Además, luego de un juicioso estudio realizado por un equipo interdisciplinario del contratista EPM, se llegó a la conclusión que el Subcontratista Consorcio CTFS, no presentaba una causal que incumplimiento que posibilitara la imposición de multas y menos aún la declaratoria de caducidad del contrato y de otro lado, no se tenía la posibilidad jurídica de imponer medidas de apremio al contratista EPM por cuanto las mismas tan sólo surgían si se verificaba el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el hito 9, tal como quedó consignado en forma expresa en el numeral 4.09 del contrato BOOMT -Cláusulas Pena/es de Apremio por Incumplimiento de Hitos"*
> *(…)*
> *", sino con medidas multidisciplinarias, desde el punto de vista social, de seguridad y de estrategias técnicas que generaran mayor eficiencia en el desarrollo de los trabajos como las que finalmente lograron ubicar el proyecto prácticamente al día y calificarse como una de las mejores prácticas gerenciales de carácter internacional, como lo pudo revisar el reasegurador en Zurick a tan sólo dos (2) días de presentarse la contingencia o, como se explicó al inicio de este escrito de descargos.*
> *De ahí entonces, que las medidas que propone el Despacho como "acertadas" (imposición de medidas de apremio al contratista EPM e imposición de multas al sub-contratista Consorcio CTIFS) no solamente hubiesen sido totalmente ineficaces e ineficientes para conjurar los atrasos del proyecto, sino que además, hubiesen generado sobrecostos y riesgos jurídicos inaceptables*

tanto para Hidroituango como para EPM, y por ello, esas medidas se consideraron inaceptables, inconvenientes e improcedentes desde el punto de vista jurídico, y en su lugar, se optó por solucionar los problemas de manera estratégica y eficiente, lo cual posibilitó recuperar los atrasos, ubicar el proyecto prácticamente al orden del día, cumplir con el cronograma propuesto, resolver los problemas geológicos que se fueron presentando con alternativas constructivas debidamente estudiadas y avaladas por expertos,391 a la vez que se conservaron los costos del proyecto los cuales siempre se mantuvieron muy por debajo del presupuesto estimado".
(…)
En la práctica se demostró que las medidas que fueron asumidas para lograr recuperar los atrasos presentados en el proyecto resultaron ser las más adecuadas, idóneas, eficientes y económicas, no las que se sugieren en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, y en este sentido, se observa la diligencia, cuidado, probidad y buen juicio al haber instruido mi poderdante este tipo de medidas, a través de la implementación del proyecto de manejo integral a Hidroituango, el cual logró minimizar efectivamente el impacto de algunos de los factores concurrentes que estaban generando atrasos al proyecto Pensar que la imposición de multas al sub-contratista y las medidas de apremio a Empresas Públicas hubiesen conjurado los atrasos presentados en el proyecto por múltiples factores, es un análisis simplista que no consulta la realidad, y por ello, en ese preciso momento en que se analizaron las medidas más eficientes para lograr recuperar los plazos del cronograma, las decisiones que fueron tomadas demostraron ser las más efectivas, económicas y eficientes.

R/: En este punto, parte la apoderada de una concepción de las medidas de apremio contraria a la razón de ser de las mismas que lleva a un razonamiento al absurdo y es considerar que las mismas nunca en ningún contrato van a servir para nada por cuanto generan **"un ambiente hostil entre las partes, un desanimo en la generación de alternativas"**

Para responder el argumento planteado por la apoderada es necesario revisar lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dicho sobre la finalidad de los apremios y las multas, lo cual ha sido sostenido, tanto para los contratos estatales como para los contratos privados, como procederá a verse a continuación:

"El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.
*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de contratación de la administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas **con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones**"*[375] *(Negrilla y subrayado del Despacho)*

[375] RAMOS ACEVEDO, Amparo y RAMOS ACEVEDO, Jairo "Contratación Estatal, Teoría General y Especial", Tercera Edición,2014, Editorial Ibañez p 156 y 157.

> *"A partir de estos artículos, el Consejo de Estado concluye que el poder de dirección y control en la ejecución del contrato otorga a la entidad contratante las prerrogativas de dar órdenes al contratista y* ***de asegurar su cumplimiento*** *a través de la imposición de sanciones coercitivas"*[376]*.*
> *"Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo. (…) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial"*[377].

Es necesario precisar que aún de cara a contratos interadministrativos, el Consejo de Estado se ha referido a la posibilidad de imponer multas, en los siguientes términos:

> *"En este orden de ideas, por lo pronto, la Sala quiere enfatizar que un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.*
> *De manera que debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y patrimoniales a ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.*
> *(…)*
> *De este modo los contratos interadministrativos comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para el caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los convenios interadministrativos que, como se puntualizará más adelante, son acuerdos que permite la autonomía de la voluntad celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses.*
> *(…)*

---

[376] BENAVIDES, José Luis, "El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho privado" Segunda Edición, 2008, Editorial Universidad Externado de Colombia, p 415

[377] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C
Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875).

> *Concordante con lo anterior, en la contratación estatal, en aras de lograr la ejecución de los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones y, por ende, la realización y obtención de los fines de la contratación, las entidades estatales deben exigir del contratista la "ejecución idónea y oportuna del objeto contratado" (artículo 4, Ley 80 de 1993), esto es, su cumplimiento de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas y, por su parte, los contratistas deben colaborar con las "entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y éste sea de la mejor calidad" (artículo 5, num. 2, ibídem). Correlativamente, el contratista tiene, entre otros, principalmente el "derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato" y, en consecuencia, "a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida" (artículo 5, num. 1, ibídem)*
> *(…)*
> *Este supuesto puede darse cuando las partes de dicho contrato son una entidad estatal contratante y un particular contratista que actúa como colaborador de la Administración, posibilidad que no puede descartarse cuando las partes del contrato son entidades públicas, es decir, cuando se está en presencia de un contrato interadministrativo. Tampoco puede excluirse la posibilidad de que una de las partes de un convenio interadministrativos lo incumpla.*
> *(…)*
> ***En síntesis, las multas son medidas sancionatorias de carácter económico o de tipo pecuniario que se imponen al contratista con la finalidad de constreñirlo, presionarlo o apremiarlo, en forma legítima, para que cumpla el contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra oportuno o al día en el desarrollo las obligaciones a su cargo y por ende, esté en mora o retardo conforme a los plazos convenidos o en incumplimiento parcial. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo72 , sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual, pues las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión se le incita al cumplimiento por temor a la multa, de tal manera que adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir por resultarle harto gravosa"***[378]***.***

Así mismo y tratándose de contratos sometidos al Derecho privado, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los*

[378] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicación interna: 2257 Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00.

contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales', resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes ***para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo*** *o para sancionar el incumplimiento de las mismas."*[379]

Visto lo anterior, resulta claro para este Despacho que la consagración de las multas en el contrato BOOMT, tuvo como objetivo que las mismas sirvieran para conminar al contratista a cumplir las obligaciones a su cargo, en efecto como se lee de las sentencias atrás referidas, las reglas de la experiencia demuestran que las mismas cumplen con dicha función pues generan un temor en el contratista quien, contrario a lo alegado por la apoderada, cuenta con incentivo suficiente para reconducir el desarrollo del contrato y lograr la meta perseguida.

En este sentido, se demuestra que la conclusión de la apoderada sobre la generación de un ambiente hostil y de desincentivar al contratista, no tienen asidero y parten de una percepción subjetiva e irreal que tiene la apoderada sobre el mecanismo jurídico de las multas.

Así mismo, resulta necesario recordar que en la interpretación de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 1620 del Código Civil, deben interpretarse en el sentido en el que las mismas generen efectos (efecto útil). En este sentido, resulta claro que si se dan los supuestos contemplados en la cláusula lo correcto es permitir y propender porque se den los efectos de la misma.

En el caso concreto y a pesar de estarse configurando las situaciones que daban lugar a las mismas, la junta prefirió desconocer el contenido del contrato y permitir la modificación de los hitos y de las características que contractualmente habían sido pactados como inmodificables.

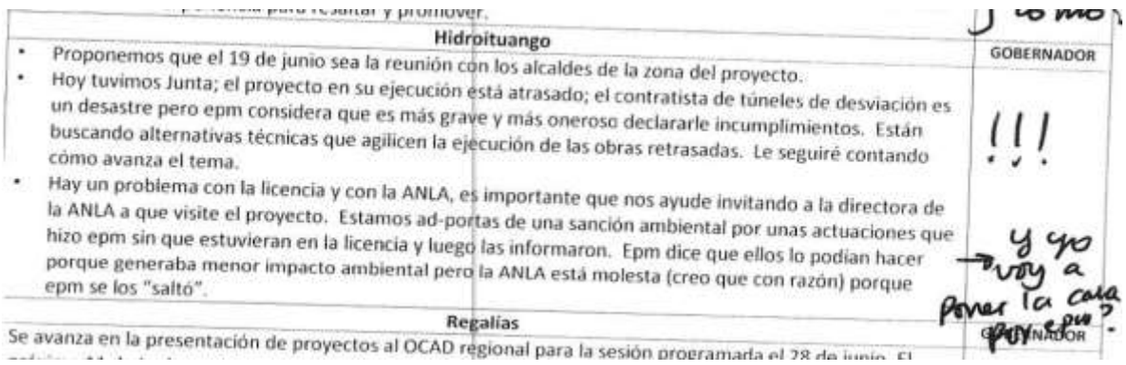
Ahora bien, en lo que se refiere a la imposición de multas a CTIFS por parte de EPM, en primer lugar es necesario precisar que dicha omisión no le fue atribuida en ningún momento a los miembros de la junta directiva de hidroituango pues es claro que no contaban con la potestad jurídica para lograrlo. De otro lado frente a las razones por las cuales CTIFS no desarrolló a cabalidad las prestaciones contratadas las cuales debieron ser finalizadas por el contratista de obras principales, desde el Auto de imputación[380], con un amplio análisis del material probatorio obrante en el plenario, se precisaron las diversas acciones y omisiones atribuibles a los miembros del consorcio CTIFS y los motivos que llevaron al

[379] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicado: 25000232600019950169 9-01 (17.936)

[380] Carpeta principal 85. Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal UCC-PRF-014-2019 (fls.17.873 – 17.902).

Despacho a calificarlas a título de culpa grave. Por lo que se le sugiere a la apoderada realizar una lectura completa del auto de imputación. Pues contrario a lo planteado por ella, gran parte de los atrasos sí obedecieron a causas generadas por el contratista.

Así mismo, es importante recordar que dentro de las pruebas que fueron aportadas por la misma apoderada se encuentran algunos de los informes semanales presentados por los secretarios de Despacho al señor Gobernador[381]. En los mismos se encuentra uno en particular – el informe de 7 de junio de 2013- en el cual se comprueba que la idea que tenían los miembros de la junta directiva de Hidroituango y que le fue transmitida al Gobernador era que el contratista de los túneles de desviación era un desastre:



Hidroituango — GOBERNADOR

- Proponemos que el 19 de junio sea la reunión con los alcaldes de la zona del proyecto.
- Hoy tuvimos Junta; el proyecto en su ejecución está atrasado; el contratista de túneles de desviación es un desastre pero epm considera que es más grave y más oneroso declararle incumplimientos. Están buscando alternativas técnicas que agilicen la ejecución de las obras retrasadas. Le seguiré contando cómo avanza el tema.
- Hay un problema con la licencia y con la ANLA, es importante que nos ayude invitando a la directora de la ANLA a que visite el proyecto. Estamos ad-portas de una sanción ambiental por unas actuaciones que hizo epm sin que estuvieran en la licencia y luego las informaron. Epm dice que ellos lo podían hacer porque generaba menor impacto ambiental pero la ANLA está molesta (creo que con razón) porque epm se los "saltó".

!!!

y yo voy a poner la cara por epm?

Regalías — GOBERNADOR

Se avanza en la presentación de proyectos al OCAD regional para la sesión programada el 28 de junio. El

Adicional a lo anterior y, si bien esto mismo fue precisado en el auto de imputación, ante la nueva alegación de la apoderada resulta necesario repetirlo, no corresponde a la realidad procesal ni a la realidad contractual la afirmación de la apoderada conforme a la cual *"no se tenía la posibilidad jurídica de imponer medidas de apremio al contratista EPM por cuanto las mismas tan sólo surgían si se verificaba el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el hito 9"*

Tal y como se demostrará a continuación, partiendo de lo que se precisó en el Auto 1484 de 2020, en el cual se dijo:

> *"Sin embargo, en acta de Junta Directiva 122 de 9 de marzo de 2011, en la presentación de los elementos esenciales del contrato BOOM a los miembros de Junta, se leen las limitaciones con las que se concibieron las cláusulas penales de apremio:*
> ***d).- Cláusulas penales de apremio en la etapa de construcción***
> - *En el Contrato se pactó que las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos durante la Etapa de Construcción, sólo se harán exigibles si EPM incumple con las obligaciones relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento, esto es, la entrada en operación*

[381] Ver CP 114, Carpeta de Referencia cruzada, Fl. 23790.

comercial de la Unidad 1 (Grupo 1 de Unidades) a más tardar el 24 de junio de 2019.

- *Se pactó además que, a opción de **EPM,** el valor de las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos en la Etapa de Construcción podría ser pagado, o considerado como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración de Hl.*
  De lo anterior, fuerza concluir que Hidroituango podía interponer Cláusulas de Apremio en contra de EPM si se incumplían los hitos 1 a 9 pero sólo podía hacerlas exigibles si, no se lograba la entrada en operación en la fecha programada"[382]

De donde se aprecia que las cláusulas de apremio podían interponerse en el momento en que se verificara el incumplimiento de cualquiera de los hitos 1 a 9 pero solo podía exigirse si no se lograba la entrada en operación en la fecha programada. Así mismo, es importante precisar que el reproche que realiza este Despacho en relación con dicho tema en el auto de imputación, es textualmente el siguiente:

> *"A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM".*

Era conocido por la junta directiva de Hidroituango y por EPM, e inclusive por el Gobernador de Antioquia, que la ruta crítica para los años 2012 a 2014 era precisamente la desviación del Río que debió hacerse en 2013. Era tan grave la situación que desde 2012 en atención a los retrasos presentados en este punto era claro para EPM que era improbable comenzar a generar energía con la hidroeléctrica en el año 2018.

A pesar de toda la información con la que contaban y debían haber tenido en cuenta los miembros de junta directiva, de manera negligente avalaron el cambio de la fecha del hito 1 aceptando las explicaciones que daba EPM sin asumir la postura crítica y que en defensa de los intereses de los socios de Hidroituango debieron mostrar.

Ahora bien, respecto de la supuesta eficacia de las medidas multidisciplinarias tomadas por la junta directiva y que llevaron a recuperar los atrasos y supuestamente a ser calificados como una práctica gerencial, se repite lo sostenido líneas atrás en el siguiente sentido:

En primer término, resulta necesario precisar qué significa la palabra "efectivo", de conformidad con el diccionario de la real academia de la lengua, en su primera acepción es real y verdadero y en su segunda acepción eficaz.

[382] Ver fl 17979 vto, que corresponde a la página 426 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

A su vez la palabra eficacia, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

En este mismo sentido el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (el cual fue derogado por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020), consagraba lo siguiente:

> *ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, **la eficacia**, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; **que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas**. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*
> *La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración”.*

En el mismo sentido, cabe recordar que la eficacia está consagrada dentro de los principios de la vigilancia y control fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 403 de 2020, en los siguientes términos:

> ***b) Eficacia:** En virtud de este principio, **los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos***

Bajo esta definición, los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto, por definición, la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino en que dichas determinaciones permitan reconducir de manera oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación lo cual se encuentra probado con los siguientes documentos**:

- **Informe de interventoría 2020** (Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O- CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020 (septiembre de 2020), en el cual se estableció:

“Observaciones generales al programa de trabajo

Como resultado de las mesas de trabajo para programa con aceleración, el Contratista por medio de la comunicación CI-04657 entregó el 16 de octubre de 2015 el programa con aceleración para revisión final de EPM y de la Interventoría. Este programa, fue aprobado por las partes (EPM y Contratista) con la AMB 16 el 23 de diciembre de 2015.

Hasta el mes de abril de 2018, se realizó el seguimiento y control al avance de las obras contando con este programa. ***De acuerdo a dicho programa, el ejercicio de seguimiento indicaba que, con una buena dinámica de trabajo, era posible terminar las obras necesarias para el inicio de lllenado del embalse a partir del 1 de julio de 2018.***

El programa firmado con la AMB 16, perdió vigencia a raíz de la contingencia del proyecto desde finales de abril de 2018, por lo tanto, los comentarios que se presentan a continuación, se encaminan a indicar las acciones emprendidas en cada uno de los frentes de trabajo desde el momento de la presentación de la contingencia con el objeto de minimizar los efectos sobre las comunidades, la protección del proyecto y además el avance del mismo en la medida de lo posible.

Bajo el marco de la AMB-36, para la estabilización del proyecto se vienen realizando mesas de trabajo, donde se analizan alternativas de diseño y metodologías constructivas en la medida que se va determinando el alcance de las obras a ejecutar. En base a esto y en los compromisos adquiridos en los comités de obra, el Contratista con la comunicación CI-13046 del 6 de febrero de 2020, presentó un programa preliminar PHI-PTV-GEN-001-R0 para las obras que se están ejecutando en los diferentes frentes, en las cuales se tienen definidos los diseños. ***La Interventoría realiza el seguimiento y control a las obras en base a este programa, sin embargo, en la medida en que se realizan ajustes de diseño y se solicitan obras nuevas que obedecen a la atención de la contingencia, el programa pierde vigencia****. Por tal motivo es prioritario definir un programa general que permita realizar el adecuado control y seguimiento a todas las obras del Proyecto".*

Como conclusiones de la interventoría se estableció en el mismo documento, que *"a pesar de contar con avances importantes en la limpieza y retiro de materiales de la central, a la fecha, no es posible determinar en su totalidad las afectaciones en la misma, porque aún no se ha tenido acceso a todos los sitios"*, así se plasmó en el mismo:

"(…) y además debido a que el grupo de expertos de EPM y la Asesoría continúan realizando inspecciones y analizando los trabajos necesarios para la recuperación de las cavernas y galerías, que estuvieron sometidas al paso de agua durante nueve meses, entre mayo de 2018 y febrero de 2019. ***En la medida en que se realizan las inspecciones se determinan los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no ha permitido contar con un***

programa general para la estabilización y terminación del Proyecto.

Las obras actuales están encaminadas al taponamiento definitivo de la galería auxiliar de desviación GAD, que ya cuenta con el pre tapón terminado, el taponamiento del túnel de desviación derecho, la estabilización de los distintos sitios afectados, como las galerías en la central y el talud de la parte alta de la plazoleta de compuertas, además el retiro de escombros de la central y los tratamientos de estabilización al interior de las cavernas, el retiro de equipos afectados en la central y la limpieza de los túneles de descarga. Todas estas obras están enfocadas a mitigar y prevenir los riesgos, proteger las comunidades, conservar el medio ambiente y el avance de las obras de estabilización del proyecto en la medida de lo posible.

***Con la situación presentada a raíz de la pandemia actual generada por el Covid-19, se evidencian afectaciones en la ejecución de las obras, desde el mes de marzo de 2020 hasta la fecha**, debido a que el Contratista de las Obras Principales debió aislar parte del personal que realizaba labores operativas y de supervisión de las obras por contagio y por nexos, lo que afecta los rendimientos.*

Además, desde mediados de junio comenzó el retiro del personal y el 5 de julio de 2020, se suspendieron casi todas las actividades de producción, por la salida de personal en atención a los protocolos para manejo del Covid-19. Solo hasta mediados del mes de agosto de 2020, las actividades prioritarias se empezaron a reactivar, sin completar las cuadrillas de trabajo (…)".

Del informe de interventoría se deduce que a septiembre de 2020, en la medida en que se realizaban las inspecciones se determinaban los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no había permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto, lo que aunado a la situación generada por el Covid-19, afectó la ejecución de las obras desde el mes de marzo de 2020.

- **En el informe gerencial – estado actual del proyecto a octubre de 2020 – (**Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A **–** presentación Asamblea Departamental – Sociedad Hidroituango S.A.- Estado actual del proyecto), se indicó:

"Ituango – características de energía y potencia

Características

Potencia nominal de la central (MW)	*2.400*
Unidades de generación	*8*
Potencia por unidad (MW)	*300*
Salto neto de diseño (m)	*197.6*

Salto mínimo normal (m)	*186.6*
Salto máximo normal (m)	*201.2*
Nivel del embalse máximo normal (msnm)	*420*
Nivel del embalse mínimo de operación (msnm)	*390*
Caudal medio de río (m3/s)	*1.010*
Caudal de diseño (m3/s)	*1.350*
Caudal por unidad m3/s)	*169*

Hitos representativos realizados:

- Terminación de la presa y obras anexas (galerías, inyecciones, instrumentación, vías).
- Recuperación del túnel de acceso a la casa de máquinas.
- Lleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2 (60.000 m3 de concreto).
- Cierre y reforzamiento de las compuertas de la Galería Auxiliar de Desviación – GAD-
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%).
- Recuperación de bóveda de casa de máquinas unidades de la 3 a la 6 (Avance del 100%).
*- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1** **(Avance del 80%).***
*- Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%).***
*- Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).***
- Colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento de las obras.

Obras Generales por realizar para la generación:

- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2.
- Recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8.
- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2.
- Continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho.
- Continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción.

- Continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto.
- Iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8.
*- **Iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.***

Informe legal:

- Desde 1998, cuando la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó la constitución de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. como promotora del proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango el Departamento de Antioquia ha contribuido con sus decisiones a que éste sea realidad.
- Con su participación como accionista de Hidroituango, tanto directa como a través del IDEA, el Departamento ha sido relevante en la toma de las determinaciones que se han requerido para poner en marcha la iniciación de su construcción, lo que se logró sin que se comprometieran recursos económicos de nivel departamental, y sin necesidad de incurrir en endeudamiento que lo hubiera afectado a futuro.
- Fue así como se llegó a la celebración del contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, filial de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN que fue su garante, como Casa Matriz, para que se hiciera cargo del desarrollo del Proyecto. De dicho contrato es titular EPM desde enero de 2013, cuando previa autorización de la Asamblea de Accionista de Hidroituango, EPM Ituango se lo cedió a EPM, empresa que hoy es su titular como parte Contratista del mismo.
- El contrato, como es conocido, comprende la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Central hidroeléctrica, que EPM tiene derecho de poseer y explotar comercialmente durante la vigencia del contrato, con la obligación de restituir a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. al vencimiento de dicho plazo tanto los inmuebles del Proyecto que hoy tiene en usufructo, como la Central Hidroeléctrica. La inversión, como es conocido, le es compensada a EPM de manera periódica según se estipuló en el contrato, luego de lo cual y adicionalmente EPM le debe transferir a la sociedad, también de manera periódica, la llamada "Remuneración", que está distribuirá entre sus accionistas, según decidan sus órganos de dirección y administración, en el momento es que se perciban tales ingresos.
*- **Recibir ingresos depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.*

- La puesta en marcha de la Central, que estaba prevista para el 28 de noviembre de 2018, no fue cumplida, por causa de los eventos ocurridos en el proyecto desde el 28 de abril de 2018 cuando se inició el taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación del río Cauca, hecho ampliamente conocido.
- Dichos eventos produjeron la primera consecuencia en el contrato en relación con el Hito 7, "Cierre de Compuertas e inicio de llenado del embalse" que debía haberse cumplido el 1º de julio de 2018, y no se logró.
*- **El incumplimiento de este Hito dio lugar a que la sociedad, a través de su Junta Directiva, decidiera iniciar un procedimiento judicial para el cobro de la cláusula penal de Apremio correspondiente al hito 7, por valor de $117.825.423.750, proceso que fue fallado de manera negativa por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 12 de noviembre de 2019, la cual, tras ser apelada por HIdroituango, fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia radicada en el sistema de consultas el 24 de septiembre de 2020, pero aun no ha sido notificada a las partes.***
- Como resultado de dicha situación, se hará la solicitud formal de la convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín, de acuerdo a lo estipulado en el contrato BOOMT, según está estipulado en su cláusula 8.02. A ello se procederá en los próximos días, con el fin de precaver la caducidad de acciones.

Para Hidroituango es fundamental:

10. Que el proyecto se termine de manera eficaz y segura en el menor plazo posible, para lo que se requiere la continuidad y fluidez en las relaciones entre las partes involucradas.
11. Salvaguardar los derecho de la sociedad y de los accionistas.

- Por tales razones, desde antes de conocerse la providencia que negó en segunda instancia las pretensiones de Hidroituango, y aún con anterioridad a conocerse las solicitudes de Conciliación Prejudicial que EPM presentó contra sus contratistas principales, la sociedad Hidroituango se ha venido preparando para ejercer los derechos que le confiere el contrato BOOMT, acudiendo a los procedimientos establecidos en su clausulado como mecanismos de solución de disputas entre las partes del Contrato.

- En efecto, para el análisis de la contingencia organizó en su interior un equipo de profesionales con la suficiente formación profesional, conocimiento y experiencia en el manejo del contrato BOOMT, que se encarga del análisis de los hechos ocurridos desde el inicio de la

construcción de las obras del proyecto. El trabajo de este equipo hace énfasis en los hechos acaecidos a lo largo del proyecto y muy especialmente de los sucesos de abril de 2018 y las consecuencias que ello ha acarreado al proyecto y a la sociedad, para de ahí generar las recomendaciones de las acciones que correspondan por parte de los Asesores externos que la sociedad ha contratado para el efecto.

- Estas acciones se han iniciado con los acercamientos a EPM con el objeto de dar comienzo a la negociación de sus diferencias mediante el arreglo directo, para lo cual sus directivos, con el Gerente a la cabeza, se reunieron el pasado 7 de octubre con el Gerente de EPM y sus asesores a fin de comunicarle su propósito de generar puentes de diálogo para la solución de sus diferencias en torno al contrato BOOMT.

- Como resultado de dicha reunión, se dará inicio formal a un procedimiento de arreglo directo, sin perjuicio de la radicación de convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín por el hito 7, antes mencionado, con el fin de evitar la caducidad de acciones.

*- Todas estas actividades han sido conocidas por la Junta Directiva y por el señor Gobernador, quien como su presidente, ha solicitado reuniones ordinarias y extraordinarias con la finalidad de analizar todos y cada uno de las acciones a realizar, incluyendo el acercamiento con EPM y su propósito de iniciar el procedimiento de arreglo directo así como la solicitud de demanda arbitral, acciones que le fueron comunicadas a la Junta Directiva en sesión del 6 de octubre pasado**, con el beneplácito de la misma.***

En el informe Gerencial a octubre de 2020, se deduce que los hitos representativos realizados dentro del proyecto no alcanzan un avance del 100%, tales como: Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%), Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%),** Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%),** Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).**, lo que demuestra que el proyecto no se encontraba con las condiciones de su operación y puesta en marcha para la generación de energía.

Así mismo se estableció que las **Obras Generales por realizar para la generación, para esa fecha (octubre de 2020), se indicaron entre otras: c**ontinuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2., recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8, continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara

1, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2, continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho, continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto, iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8 e **iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.**

De otro lado, se dejó establecido que para recibir ingresos **depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.

➢ **En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del mes de agosto de 2020 HI 113** (carpeta 75 – referencia cruzada ER0110943 – Folio 15973-01- informes de avance EPM-BOOMT -2020), **se estableció sobre el estado actual del proyecto, lo siguiente**:

> "*Premisas programa – contingencia, recuperación y puesta en servicio – Proyecto Ituango – Cronograma versión 20200415:*
>
> *Se presenta la versión del cronograma para la contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto Hidroeléctrico Ituango. Para dicho producto el Asesor reúne información suministrada por EP, General Electric (GE), ATB Riva Calzoni, GH Cranes & Components y CCCI, el cual se ajustó bajo las siguientes premisas:*
>
> *- Premisas generales:*
>
> • *La estabilización, recuperación y puesta en servicio del Proyecto Ituango está sujeta a la superación de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial.*
> • *Para ejecutar las actividades previstas en el presente cronograma se consideró la comunicación del 2 de marzo de 2020 y Radicación: 2020033433-2-000, donde la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA aclara que EPM tiene facultad para realizar las obras o actividades que de acuerdo con el criterio técnico se requieran, con el propósito de disipar de manera óptima la energía del agua embalsada, garantizar la integridad del vertedero y, en ese sentido, mitigar y reducir el riesgo asociado a la operación continua del mismo. Por tanto, esta aclaración por parte de la Autoridad Ambiental habilita la continuidad de las obras necesarias para la estabilización del proyecto.*
>
> *- Premisas particulares:*

- *Puente grúa: En el presente programa base, los hitos que represente la necesidad del puente grúa en el proyecto son ajustados a los requerimientos para el montaje de las unidades generadoras, los cuales deben estar en obra para iniciar su montaje, en su orden, las vigas carrileras a mediados de agosto de 2020 y los equipos de la viga-puente a mediados de septiembre de 2020, lo anterior está basado en información entregada por el fabricante GH indicando **que los equipos llegarían a FOB a mediados del mes de junio de 2020**, para así cumplir con el hito de pruebas y liberación del puente grúa para finales de noviembre de 2020; en comparación con el programa original anterior a la emergencia sanitaria originada por el COVID19, se evidencia un desplazamiento cronológico de 90 días aproximadamente.*
- *Blindajes pozos de presión: ATB en su comunicación fechada el 25 de marzo de 2020, **manifestó que podría presentar unas afectaciones en la importación, fabricación y montaje de los blindajes para los pozos de presión en 150 días aproximadamente**. A partir de esta premisa se programó la fabricación y montaje de los blindajes de los primeros cuatro pozos de presión secuencialmente, a partir del mes de septiembre de 2020. Es de resaltar, que la fabricación y montaje no se encontraba en la ruta crítica para el programa base anterior a la emergencia sanitaria y contaba con una holgura de 140 aproximadamente, por lo tanto, no afecta la puesta en generación.*

- Unidades de generación

- *A partir de esta simulación de programa base, GE realizará el montaje del tubo de aspiración como estaba establecido originalmente, es decir con el ingreso por la casa de máquinas y almenara, el cual se estima sea instalado en dos fases, el tramo recto del tubo aspirador se instala en sitio y el codo del tubo aspirador será pre ensamblado en la sala montajes en paralelo con las actividades de obras civiles de CCCI, para posteriormente sea trasladado al sitio y conectado al tramo recto.*
- *Dado que se cuenta con un tuno de aspiración en obra, el presenta programa base se ajustó según el cronograma de fabricación y suministro de 3 tubos de aspiración adicionales por parte del proveedor.*
- *Para agosto de 2020 se requiere las obras civiles necesarias para el montaje del tubo aspirador de la primera unidad generadora, las cuales están a cargo de CCCI, las anteriores actividades se simularon programáticamente teniendo en cuenta las experiencias aprendidas por el contratista en actividades similares ya realizadas y principalmente en programa preliminar el cual fue el producto de los acercamientos por medio de mesas técnicas de trabajo adelantadas en conjunto.*
- *Con el fin de cumplir a cabalidad con tiempos previstos en el presente programa base, se requiere del compromiso total todos los participantes, buscando la optimización de los procesos de toma de decisiones,*

construcción, montaje y puesta en generación donde se incluyen los acuerdos que permitan el trabajo en paralelo de ensamble de piezas empotradas y obras civiles.

- Conducciones superiores

- *Para realizar los trabajos en seco de las conducciones superiores se consideró por lo menos adquisición de dos tapones mecánicos, alternativa que está en proceso de contratación, la cual se estima iniciar mediados del mes de junio del 2020. No obstante, la fecha de instalación del tapón en conducción 2,* ***para facilitar la terminación del revestimiento, está prevista para septiembre de 2021.***
- *Con base en inspecciones sub acuáticas realizadas por medio de video a las estructuras de captación,* ***se estima en este programa base la ejecución del mantenimiento a la estructura de captación y la limpieza de las rejas coladeras de la conducción 1, para iniciar a más tardar en septiembre de 2021****, actividad indispensable para realizar las pruebas con agua de la unidad generadora.*

- ***Conclusiones:***

- ***Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión incluye un retraso de 100 días aproximadamente.***
- *Es importante resaltar que para que el presente programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.*

En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del **mes de agosto de 2020 HI 113** (informes de avance EPM-BOOMT -2020), se estableció sobre el estado actual del proyecto que Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión **incluye un retraso de 100 días aproximadamente.**

De otro lado, resaltó que para que el programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.

➢ En visita especial realizada por el Despacho a EPM, se solicitó que se explicara el Estado actual del proyecto, frente a lo cual, con corte a septiembre de 2020, se explicó lo siguiente:

> *"El avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango a 30 de septiembre de 2020,medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, es del 79.4%.*
>
> *(…)*
>
> *Se han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del río y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.*
>
> *Además se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto, tales como:*
>
> - *La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD.*
> - *Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m3 de concreto colocados.*
> - *Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas.*
> - *Bombeo y retiro de residuos en las cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas (…)"*[383]*.*

No obstante los avances atrás referidos, se tiene probado que a hoy, 3 de septiembre de 2021, no se ha puesto en marcha ni siquiera la primera unidad, por lo que resulta evidente que **el proyecto no ha comenzado a generar energía**.

Los anteriores informes, demuestran que no pude hablarse de efectividad, cuando el proyecto no ha entrado en operación y en consecuencia no produce siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación. Lo que evidencia cada uno de los informes mencionados anteriormente, es que no existe una fecha cierta y determinada para su operación y en consecuencia la generación de energía.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos

[383] Z:\PRF 2019-01104_UCC PRF 014-2019 – HIDROITUANGO - \EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No.74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E H\Nueva carpeta\AC

previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.
Por lo que en razón de todo lo anteriormente dicho, este argumento no está llamado a prosperar.

Continúa la apoderada su argumento, refiriéndose a las decisiones técnicas del proyecto, en los siguientes términos:

> *Ahora bien, frente a las decisiones técnicas del proyecto, entre ellas, las referentes al Sistema Auxiliar de Desviación (SAD), las cuales planteaban complejos problemas de ingeniería, eran discutidos, analizados y estudiados por los profesionales de las empresas involucradas en la construcción del proyecto, revisadas por expertos especializados en la construcción de hidroeléctricas, como el BOARD de expertos y el grupo asesor del diseñador, y luego eran escalonadas a modo de ilustración e información a los comités creados al interior de EPM para el control y seguimiento al proyecto, y por último se informaban a la Junta Directiva de HI.*
> *De acuerdo a lo anterior, es claro que las decisiones técnicas del proyecto, eran informadas a la Junta Directiva de HI, no para que ésta conceptuara sobre lo que ya los expertos habían definido dentro del ámbito de sus roles y competencias, sino para hacerle seguimiento y control dentro de las precisas facultades establecidas en el contrato BOOMT, y con las limitantes de no coadministración y no control previo.*
> *Ahora bien, las empresas que tenían a su cargo el diseño y construcción de la hidroeléctrica Ituango, contaban con el conocimiento especializado y la experiencia en la construcción de presas en todo el mundo. Dichas empresas reúnen experiencia en la construcción de 83 centrales hidroeléctricas: Camargo Correa 31, EPM 20, Integral 16, Conconcreto 10 y CONINSA-Ramón H 6; lo cual claramente le brindada a los miembros de la Junta Directiva de HI, y por ende a mi poderdante, la confianza en que las decisiones técnicas que fueran revisadas al interior de las mismas estuviesen precedidas de análisis detallados, sustentados y razonables, en este sentido, la conducta más prudente que se podría exigir a los miembros de Junta Directiva de HI, reconociendo la complejidad técnica del diseño y la construcción de la hidroeléctrica más grande del país, consistía en permitir que las empresas y personas especializadas fueran los que tomasen las decisiones técnicas importantes en un megaproyecto de esta envergadura.*
> *Pretender tomar parte de estas decisiones técnicas no solo resulta inoperante sino altamente riesgoso y totalmente inapropiado. Finalmente, con respecto a aceptar los costos asociados al plan de aceleración, previo a la elaboración de la matriz de riesgos, en la práctica demostró ser una decisión acertada, prudente y cuidadosa, por cuanto desde que se acordó el plan de aceleración en 2015 con el Consorcio CCC a la fecha del informe presentado por el reasegurador en Zurich (Londres)- (28 meses), el proyecto había logrado recuperarse de un retraso del 10,4% en noviembre del 2015 a sólo 1,1%, acorde con el informe referido, y que permitía esperar que el proyecto*

> *efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango.*
> *Lo anteriormente señalado, permite concluir, que la decisión de implementar un plan que permitiera recuperar los atrasos del proyecto, y que fue denominado "plan de aceleración", no sólo logró colocar el proyecto prácticamente al día con el cronograma de la CREG, sino que permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT entre EPM y la sociedad Hidroituango.*

R/: Si bien es cierto que existían diferentes comités de expertos ELLO NO OBSTA PARA QUE Los miembros de la junta Directiva desde el rol que les correspondía realizaran la vigilancia, control y seguimiento del desarrollo por parte de EPM del proyecto, lo anterior revisando precisamente la información disponibles con el objeto de, ser necesario, elevar las alertas que correspondiera o iniciar las acciones de apremio a que hubiera lugar.

En efecto, lo que este Despacho le endilga a los miembros de junta directiva es el hecho de que no se informaran de manera suficiente y excusándose en el hecho de que había comités técnicos especializados no desarrollaran su función en debida forma y mantuvieran frente a EPM una actitud pasiva, acrítica y sumisa.
Continua la apoderada afirmando que:

> *Siendo necesario finalmente establecer que la Ley 222 de 1995, invocada por la Contraloría para fundamentar el juicio de reproche es totalmente inaplicable, por cuanto el régimen de responsabilidad del administrador social se conoce bajo una responsabilidad subjetiva comprendida en el deber de diligencia y con la entrada en vigor de la Ley 222 de 1995, la conducta del administrador se interpreta en torno a la exigencia de buen hombre de negocios que responde hasta por culpa levísima, lo cual claramente se encuentra en contravía de lo ordenado en la ya mencionada sentencia 619 de 2002.*

R/: Llama la atención en este punto que la apoderada pretenda descontextualizar las afirmaciones del Despacho para hacer parecer que la conducta de su mandante es apenas una culpa leve de la cual no puede derivarse responsabilidad fiscal.

Este Despacho fue claro en precisar que, por ser miembro de junta directiva, se esperaría que hubiera actuado con el estándar de conducta un buen hombre de negocios pero **que ni siquiera actuó con la diligencia exigible a una persona negligente en el ejercicio de sus propios negocios**.

En efecto, de manera textual en el auto de imputación se dijo:

> *"Como se explicó anteriormente, dada la importancia de este proyecto para el país, pero en especial para el Departamento,* ***es posible calificar estas omisiones a título de culpa grave, en los términos del artículo 63 del***

> ***Código Civil****, pues las mismas denotan negligencia en el desarrollo de las funciones del señor Fajardo en su calidad de Gobernador y miembro principal de la junta directiva de Hidroituango, al no atender al modelo de conducta de buen hombre de negocios que le era exigible (ad 23 de la Ley 222 de 1995).*
> *En efecto, teniendo en cuenta su alta preparación académica así como la experiencia laboral tanto en el sector público como privado que ostentaba, no resulta excusable que en vez de poner sus altas capacidades para contribuir con el logro de los objetivos de Hidroituango, decidiera no asistir a ninguna de las sesiones de junta directiva del proyecto más importante que se estaba ejecutando en el Departamento y a pesar de haber sido informado en varias oportunidades de las múltiples irregularidades y graves atrasos, no haber dado ninguna instrucción para contrarrestar o mitigar los efectos nocivos de dichas situaciones.*
> *Por lo que para una persona que ostenta dicho perfil, entrar en el terreno del descuido que sobrepasa de forma irrazonable y significativa una imprudencia socialmente tolerable la culpa excesivamente imprudente que arrastra peligros, y que le es insoportable al ordenamiento jurídico, en lo que atañe a la responsabilidad fiscal, es aquella consciente. En ella, " (...) el gestor fiscal conoce el detrimento patrimonial que puede ocasionar con su conducta antieconómica que no se aviene a los fines esenciales del Estado y, aun así,* ***confía imprudentemente en que el resultado perjudicial al erario no se produzca; cuando ni siquiera la exigua templanza, cautela, moderación, sensatez y buen juicio con que actúan los gestores fiscales negligentes*** *se comportarían de esa forma, entre otras cosas, porque el daño fiscal endilgado, provino de una gestión no aplicada al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado"[384]. particularizados en este caso en la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Ituango".*

En este sentido, como puede verse del aparte citado, el Despacho acudió al contenido del artículo 63 del código civil, para estructurar la responsabilidad fiscal, demostrando que las conductas de los señores imputados no atendían a la prudencia mínima con que debía actuar una persona negligente en desarrollo de sus propios negocios.

De donde resulta evidente que este argumento no encuentra fundamento alguno y por lo tanto no está llamado a prosperar.

Adicional a los argumentos que de forma común plantea la apoderada, de manera puntual respecto del Señor SERGIO FAJARDO, formula los siguientes argumentos de defensa:

La apoderada, continúa explicando en líneas generales en qué consistirá su defensa de SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, en los siguientes términos:

[384] Consejo de Estado, Sección Quinta, 2007-00815 de 05 de julio de 2018, Sentencia 2007-00815 de julio 5 de 2018; Rad.: 13001 3331 003 2007 00815 01; Consejera Ponente: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

"En el desarrollo de los temas propuestos, acreditaré como el doctor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, en su calidad de Gobernador de Antioquia, expidió el Decreto 0867 del 27 de marzo de 201256, con la finalidad de que en la Asamblea Ordinaria que se iba a celebrar ese día del 27 de marzo de 2012, fuese ratificada la Junta Directiva en consideración al cargo que ocupaba cada una de las personas designadas desde el pasado 03 de febrero de dicho año.

Explicaré como dicho acto de delegación no produjo ningún efecto jurídico, y no lo podía producir en consideración a que los miembros de la Junta Directiva de Hidroituago no son designados por el Gobernador de Antioquia, sino por la Asamblea General de Accionistas, donde designa cinco (5) miembros principales y cinco (5) miembros suplentes, los suplentes actúan o ejercen su función con ocasión de una falta absoluta o temporal del titular, sin lugar a que actúen otras personas diferentes así sea por delegación en la representación.

Analizaré jurídicamente, y de la mano de los criterios normativos y directrices expuestas por la Superintendencia de Sociedades, que la responsabilidad del suplente es directa y no actúa como delegatorio del principal, y tampoco podría predicarse una responsabilidad solidaria entre el miembro principal y el suplente, cada uno debe cumplir las funciones, obligaciones y responsabilidades propias del cargo o designación que está ejerciendo, y es claro, que ante la ausencia del principal, el suplente asume la ausencia temporal de éste con todos los derechos y obligaciones emanados del ejercicio del cargo.

Se revisará en detalle que, si bien el doctor Sergio Fajardo Valderrama fue designado como miembro principal de Junta Directiva de Hidroituango, la Asamblea General de Accionistas de HI, en ejercicio de sus competencias, designó un miembro suplente para cada período anual en que éste desempeño el cargo de Gobernador, de tal cuenta que, tal como se constata en las actas de la Asamblea General de Accionistas de Hidroituango, el Gerente del IDEA, fue designado como suplente del Gobernador de Antioquia en los años 2012 y 2013. Para el año 2014, se designó nuevamente como miembro principal de Junta Directiva al doctor Fajardo, y como suplente al doctor Sebastian Álvarez Diaz y para el año 2015, último año de mandato, la Asamblea General elige nuevamente al doctor Sergio Fajardo como miembro principal de Junta, y designa como suplente al doctor Rafael Nanclares Ospina.

De ahí entonces, que frente a los miembros de junta suplentes es necesario revisar, si mi poderdante le asistía obligaciones de verificación, seguimiento y control frente a la participación de éstos en la Junta Directiva de Hidroituango, o contrario sensu, como se anticipó anteriormente, estos asumen una responsabilidad directa, ya que en calidad de suplentes, ante la ausencia del principal, asumen el lugar de éste para la verificación del quorum y el ejercicio pleno de los derechos y deberes que le corresponden al principal.

Ahora bien, como igualmente fueron nombrados miembros principales de Junta Directiva de la empresa Hidroituango a la doctora Maria Eugenia Ramos Villa y al doctor Mauricio Alberto Valencia Correa, como Directora Administrativa de Planeación Departamental y Secretario de Infraestructura Física del Departamento de Antioquia, respectivamente, revisaré como mi poderdante realizó seguimiento y control frente a la participación de sus subalternos en la Junta Directiva de HI, a través de cuatro mecanismos principales:

1. Recibiendo informes periódicos de la gestión realizada por los secretarios de Despacho con asiento en la Junta Directiva de Hidroituango.

2. Analizando de manera conjunta con sus Secretarios de Despacho las dificultades que eran informadas y revisadas al interior de la Junta Directiva y que requerían de un seguimiento y control proactivo por parte de éstos.
3. Brindando instrucciones y directrices que permitieran en el ámbito de la competencia organizacional de la Junta Directiva, hacer un seguimiento, control y verificación del contrato BOOMT, el cual implicaba no sólo recibir los informes de las dificultades que presentaba el proyecto, sino además generar los mecanismos de seguimiento que le permitieran demandar del contratista (EPM) la adopción de acciones dentro del marco del BOOMT para recuperar los plazos y garantizar la entrada en operación del proyecto, las cuales requerían de la respectiva sustentación desde los aspectos técnicos, financieros y legales antes de su implementación.
4. Realizando un seguimiento estricto a través de los diferentes informes rendidos por el Gerente de HI y los informes presentados por funcionarios de Empresas Públicas de Medellín en diferentes temáticas como avances y retrasos, propuestas de soluciones para recuperar plazos, temas de seguridad del proyecto, el cumplimiento de los hitos y la forma como se iban materializando las diferentes medidas y alternativas que eran sustentadas por los expertos frente a cada una de las dificultades presentadas en el desarrollo del proyecto, y las soluciones implementadas.
De ahí entonces que brindaré las explicaciones necesarias que permitirán acreditar más allá de toda duda razonable, que mi poderdante ejerció labores de tutela, supervisión, seguimiento y control a los miembros del Gabinete Departamental en calidad de superior jerárquico, de los cuales no sólo recibió los informes correspondientes de su gestión, sino además, que se fue retroalimentado de cada una de las decisiones que fueron tomadas al interior de la Junta Directiva de Hidroituango para conjurar las dificultades que presentó el proyecto, y que fueron solventadas desde la parte técnica, jurídica y administrativa de carácter satisfactorio por éste órgano de dirección.
Siguiendo el derrotero trazado, revisaré como el doctor Fajardo Valderrama en calidad de Gobernador de Antioquia, y con base en las facultades conferidas en el artículo 305 de la Constitución Nacional ejerció el control de tutela y vigilancia debida frente al desarrollo del proyecto hidroeléctrico Ituango, y en general frente al funcionamiento de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., como empresa de servicios públicos mixto del orden departamental, así como las inversiones que en esta empresa tiene tanto el Departamento de Antioquia como el Instituto de Desarrollo de Antioquia IDEA. Antes de asumir las explicaciones correspondientes a cada uno de los aspectos que son cuestionados por el Despacho, se revisará el esquema de seguimiento y control realizado al proyecto a través de comités especializados, que permitían establecer de forma clara los diferentes roles y competencias asignados a cada uno de los intervinientes en este megaproyecto, y que a la vez permitían que cada uno dentro de las funciones y competencias que le correspondían brindara un aporte importante que finalmente permitió avanzar en el proyecto, a pesar de las múltiples dificultades que fueron sorteadas, a la par que se buscaban alternativas y soluciones para posibilitar que la gerencia del proyecto fuera calificada por el reasegurador como un ejemplo de las mejores prácticas internacionales60, y a la vez permitiera que la empresa encargada de rendir

informes a la CREG, tuviese la tranquilidad que el proyecto se encontraba cumpliendo el cronograma.
Algo ajeno a un proyecto que ha sido exaltado por las mejores prácticas constructivas y gerenciales, "las obras civiles y los trabajos electromecánicos, y la gerencia y el desarrollo del proyecto se consideran buenos y generalmente consistentes con las mejores prácticas internacionales', y que fue desarrollado "observando las metodologías, las buenas prácticas y el estado actual del arte 62, ocurrió el día 28 de abril de 2018, generando una contingencia en el desarrollo de este.
Algo imprevisto y sorprendente, que hubiese turbado a cualquier hombre y generado un pánico general, también pudo resolverse de manera inteligente y con soluciones técnicas que permitieron alcanzar los hitos de la cota 410 de la presa y la terminación del vertedero en su totalidad en un poco tiempo, con la finalidad de salvaguardar a los habitantes de las comunidades y seguir sosteniendo la viabilidad del proyecto.
Lo anterior demuestra la inteligencia, tenacidad, conocimiento y capacidad técnica de quienes han estado al frente del proyecto en la parte técnica de éste, pero además es prueba de que la dirección a cargo de las Empresas Públicas de Medellín ha sido consistente con las mejores prácticas gerenciales, lo cual le aseguraba al doctor Sergio Fajardo Valderrama que la gobernabilidad de Hidroituango estuviese garantizada para que el proyecto fuese exitoso en los cuatro años de su mandato.

R/: Sobre los argumentos anteriores el Despacho se pronunciará a lo largo de este escrito, de manera puntual en cada uno de ellos.

A reglón seguido la apoderada realiza las siguientes aseveraciones:

Lamentablemente, quienes no conocen las particularidades técnicas de este megaproyecto, quienes no se preocuparon por entender y aprender del mismo, a quienes las dificultades les quedaron grandes, y demostraron, tal como lo predicó Platón que "la ignorancia es la semilla de todo mal, se dedicaron a escribir y criticar, a enjuiciar las decisiones de expertos, a pretender ser expertos sin serlo, a intimidar y amenazar, y por ello, hoy cada vez, es más evidente la ignorancia colectiva sobre los temas del proyecto.
Quizás si la íntima convicción del doctor Sergio Fajardo Valderrama, no fuese la de explicar cada una de sus acciones, la de analizar en su real magnitud cada uno de los sucesos y ser ecuánime y ponderado en sus razonamientos, hubiese asumido una posición de crítica y enjuiciamiento, se hubiese sumado a la ignorancia colectiva, y quizás hoy la balanza del juicio estaría inclinada hacía la otra parte.
No pretendemos que no se pidan explicaciones a quienes represento, estamos preparados para rendirlas. Esperamos que no sea tan evidente el desequilibrio de la balanza en los juicios, que no se hagan análisis selectivos para favorecer a unos con la absolución, mientras se esquiva la discusión frente a quienes siguen vinculados a este proceso, esperamos que los "libros" que se han publicado sobre este tema, por quienes no tienen el rigor científico ni técnico para hablar sobre este tema, no tengan la capacidad para generar una cierta

empatía para sesgar la investigación y esquivar el buen juicio que se requiere y demanda en este caso.
Me he propuesto explicar con detalle las actuaciones de quienes represento, acreditar con todas las pruebas y evidencias con que contamos, que las decisiones fueron las correctas, que el seguimiento al proyecto se realizó de manera cuidadosa y responsable, que se resolvieron las dificultades con responsabilidad, que no se actuó de manera precipitada, que las decisiones fueron razonadas y sustentadas desde la parte técnica, legal y financiera, y que ahora, al momento de realizar un análisis retrospectivo, estamos seguros que en su momento las decisiones asumidas fueron las mejores, y que estando en las mismas condiciones, hoy mis poderdantes volverían a tomarlas.
Por ello, luego de realizar el análisis general de las actuaciones de mi poderdante, y de ilustrar el esquema de seguimiento, Control y revisión del proyecto, se explicarán y desarrollarán de manera profunda cada uno de los temas en los cuales la contralora Delegada encontró fundado un reproche concreto señalando que no se realizó intervención y seguimiento por parte de mi poderdante, con el fin de acreditar de manera suficiente, que cada una de las decisiones tomadas al interior del proyecto y cuya revisión fue realizada por la Junta Directiva en el ámbito de sus competencias y conocidas por mi poderdante como Gobernador de Antioquía, fueron sustentadas y analizadas, además de que en la práctica, demostraron ser efectivas y eficientes, en tanto dos días antes de presentarse la contingencia el proyecto se encontraba totalmente alineado con el cronograma de la CREG, y era un hecho que podía entrar en operación en el año 2018, de tal cuenta, que deberá acreditar la Contraloría cuál fue la causa que originó la contingencia, pues está claro y así lo demostraré en el proceso, que la misma no tiene nexo de causalidad alguno con las decisiones que fueron tomadas al interior del proyecto durante el tiempo que mi poderdante lideró el Departamento de Antioquia.
Finalmente, analizaré dos aspectos cruciales que merecen especial atención de esta defensa, y es el nexo de causalidad y el debido cuidado, diligencia, responsabilidad y probidad que inspiraron cada una de las actuaciones de quien represento, como antítesis a la culpa grave que fue endilgada en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, y claro está, como los simples argumentos, no generan la convicción necesaria en quien tiene la delicada labor de tomar una decisión, presentaremos las evidencias documentales que hemos logrado recolectar de un juicioso esfuerzo por esclarecer los hechos que son objeto de investigación, y además justificaremos la petición de otras tantas pruebas técnicas y testimoniales, que finalmente cumplan el propósito de obtener una decisión basada en el buen juicio.
Sólo aspiro a que esta etapa este rodeada de las garantías necesarias que nos permitan demostrar a través de los medios probatorios necesarios cada una de las actuaciones, porque sólo de esta manera podrá revestirse de legalidad una actuación administrativa.

R/: En este punto, la apoderada hace una serie de apreciaciones subjetivas que resultan de alto calibre, en las cuales no resulta claro si se está refiriendo a las personas que a partir de 2016 asumieron la administración de Hidroituango y/o fungieron como Gobernadores o a este órgano de control.

En cualquier caso, es necesario precisar que las conclusiones a las cuales llegó este Despacho, parten de un análisis con base en la sana crítica y la persuasión racional del acervo probatorio obrante en el plenario. Que tal y como se le ha contestado y fundamentado, no se trata de una decisión selectiva que pretenda condenar a unos para eximir a otros, pues es claro que se vinculó al proceso y se le imputó únicamente a las personas respecto de quienes se encontraron en un primer momento indicios serios y en un segundo momento pruebas suficientes de que habían desplegado conductas activas u omisivas, las cuales no guardaron la prudencia que se le exige siquiera a un hombre negligente en el desarrollo de sus negocios propios y que contribuyeron de manera determinante para que se configurara el daño descrito en este proceso.

Por lo que no se trata de conclusiones a las que se haya llegado de manera arbitraria o infundada ni mucho menos carentes de rigor jurídico, financiero y técnico como mal pretende insinuarlo la apoderada. Distinto es que las conclusiones a las cuales llega este Despacho sean contrarias a los intereses de la apoderada y sus poderdantes, lo cual no resulta suficiente para descalificar o llevar a perder validez al acto administrativo producto de esta causa fiscal.

Continúa la apoderada afirmando que:

> ***Alcance de la Delegación realizada por mi poderdante al doctor Ivan Mauricio Pérez Salazar***
> *Para realizar el análisis de las responsabilidades que le atañen o son exigibles al Delegante (refiriéndose al doctor Fajardo Valderrama), el Despacho parte de dos premisas fundamentales:*
> *1. Se encuentra acreditado en el plenario que el doctor Sergio Fajardo Valderrama delegó la representación en la junta directiva, mediante Decreto 0867 de 27 de marzo de 2012 (fl. 11.315) en cabeza del Doctor Iván Mauricio Pérez Salazar - Gerente del IDEA69.*
> *2. Se tiene probado en el plenario que el señor Ivan Mauricio Pérez Salazar se desempeñó como Gerente del Idea entre el 26 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015 (fl 10.618). Por lo que este Despacho entiende del material probatorio obrante en el plenario, que la Delegación se extendió entre el 27 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015.*
> *Las inferencias realizadas por la Delegada de la revisión del documento obrante a folios 1.133 del auto de imputación, y que son condensadas en las premisas señaladas anteriormente, podrían presentarse como válidas ante cualquier lector desprevenido, por cuanto del contenido del Decreto 0867 de 27 del 12 de marzo de 2012, y de la certificación entregada por la Gobernación de Antioquia parece desprenderse como válida la interpretación realizada por el Despacho.*
> *Sin embargo, de la sindéresis integral de las Actas de Asamblea General de Accionistas de la empresa Hidroituango y de los estatutos de la sociedad, se desglosan unas ilaciones contrarias a las realizadas por la Delegada, las cuales permiten llegar a dos conclusiones diferentes:*
> *1. La Asamblea General de Accionistas de la empresa Hidroituango como máximo órgano de dirección de la entidad, tiene la función legal y estatutaria de elegir cada*

año los miembros de junta directiva de conformidad con la escritura pública Nro. 2.309 del 8 de junio de 1998 de la Notaría 21 del Circulo de Medellín, modificada por la escritura pública Nro. 1.692 del 10 de octubre de 2011, otorgada en la Notaría 5 del Circulo de Medellín.

2. El acto de representación delegado en el Decreto 0867 del 27 de marzo de 2012, no produjo ningún efecto jurídico y no lo podía producir en consideración a que los miembros de la Junta Directiva de Hidroituago no son designados por el Gobernador de Antioquia, sino por la Asamblea General de Accionistas, donde se designan cinco (5) miembros principales y cinco (5) miembros suplentes, los suplentes actúan o ejercen su función con ocasión de una falta absoluta o temporal del titular, sin lugar a que actúen otras personas diferentes así sea por delegación en la representación.

Para arrimar a estas conclusiones, partiré del análisis obligado de los estatutos sociales de la empresa Hidroituango y luego se hará la revisión de las actas de Asamblea General Nos. 27 a 3274, las cuales dan cuenta de las reuniones de la máxima instancia de la entidad que fueron realizadas durante los años 2012 a 2015, período de gobierno del doctor Sergio Fajardo Valderrama.

De acuerdo con el propósito enunciado, es necesario precisar que la Asamblea General de Accionistas de la empresa, máximo órgano de dirección de la entidad tiene la función legal y estatutaria de elegir cada año los miembros de junta directiva, tal como fue expresamente previsto en la escritura Nro. 2.309 del 8 de junio de 1998, otorgada en la Notaría 21 del Circulo de Medellín, modificada por la escritura Nro. 1.692 del 10 de octubre de 2011, otorgada en la Notaría 5 del mismo circulo notarial. En este último acto notarial se aprobó una reforma estatutaria consistente en suprimir una función de la Asamblea General de Accionistas, la de fijación de asignación correspondiente al Gerente de la sociedad (numeral 3 del artículo 34 de los estatutos) y transferírsela a la Junta Directiva de la compañía, por lo cual, se procedió a protocolizar la reforma al artículo 34 que estableció las funciones de la Asamblea General de Accionistas, debiéndose destacar el contenido del numeral segundo de la mencionada disposición así:

"ARTÍCULO 34. FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS.
Son Funciones de la Asamblea General de Accionistas:
"2. Nombrar y remover libremente a los miembros de la Junta Directiva y al Revisor Fiscal".

De conformidad con la función atribuida en la mencionada disposición, la Asamblea General de Accionistas nombra o elige cada año los diferentes miembros de la Junta Directiva. Prueba de ello son las diferentes actas de asamblea que reposan en el expediente donde se observa cómo en el mes de marzo de cada año dicho órgano colegiado, dentro del orden del día, establece la elección de los miembros de Junta Directiva, en especial y para el presente caso me ocuparé de las siguientes Actas de Asamblea General:

- Acta No. 27 de la Asamblea General Extraordinaria realizada el día 03 de febrero de 2012.
- Acta No. 28 de la Asamblea General Ordinaria realizada el día 27 de marzo de 2012.
- Acta No. 30 de la Asamblea General Ordinaria realizada el día 21 de marzo de 2013.
- Acta No. 31 de la Asamblea General Ordinaria realizada el día 28 de marzo de 2014.
- Acta No. 32 de la Asamblea General Ordinaria realizada el día 27 de marzo de 2015.

De la lectura cuidadosa tanto de los estatutos sociales de Hidroituango, como de las actas de Asamblea de Accionistas de HI enunciadas anteriormente, se desprende que hay un error en la inferencia realizada por la Delegada, en cuanto manifiesta:

"Adicional a lo anterior, se tiene probado en el plenario que el señor Iván Mauricio Pérez Salazar se desempeñó como Gerente del idea entre el 26 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015 (fol. 10618). Por lo que este despacho entiende del material probatorio obrante en el plenario, que la delegación se extendió entre el 27 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015" (negrillas fuera el texto).

Para entender el error de apreciación realizada por el Despacho, es necesario realizar el análisis que se expondrá a continuación:

Mediante reunión extraordinaria de Asamblea General de Accionistas, Acta Nro. 27 del 03 de febrero de 2012, se eligió, en consideración a los cargos que desempeñaban los miembros de la nueva Junta Directiva, entre otros, al Dr. Sergio Fajardo como principal y al Gerente del IDEA para esa fecha, Dr. Horacio Vélez De Bedout, como su suplente.

En el mes siguiente, esto es el 27 de marzo de 20112, tiene lugar la Asamblea Ordinaria de Accionistas, que, dentro de uno de los puntos a tratar, estaba la ratificación de la Junta Directiva y designación de honorarios, que se había elegido en la pasada Asamblea Extraordinaria del 03 de febrero; elección que se había hecho en consideración a los cargos públicos que ocupaba las personas designadas.

Adicional a lo anterior, y con base en la elocución realizada por la Delegada, se tiene probado en el plenario que el señor Ivan Mauricio Pérez Salazar se desempeñó como Gerente del IDEA entre el 26 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015 (fl 10.618). Para el 27 de marzo de 2012, el Gerente del IDEA ya no era el Dr. Horacio Vélez de Bedout, sino el Dr. Iván Mauricio Pérez Salazar, lo que llevó al Gobernador de Antioquia a expedir el Decreto Nro. 0867 del mismo 27 de marzo (revísese la coincidencia de la fecha — 27 de marzo), con la única finalidad de que se mantuviera la designación del cargo de Gerente del IDEA como suplente del Gobernador en la Junta Directiva de Hidroituango para el período marzo 2012 a marzo 2013, o hasta la siguiente Asamblea General donde se eligiera de nuevo la Junta Directiva de la Sociedad Hidroituango, tal y como había sido aprobada la designación de miembros por el cargo que ostentaba cada directivo.

Efectivamente dicha delegación en representación fue expedida por el señor Gobernador, pues repito, la finalidad era que en la Asamblea Ordinaria que se iba a celebrar ese día del 27 de marzo de 2012, fuese ratificada la Junta Directiva en consideración al cargo que ocupada cada una de las personas designadas desde el 03 de febrero de dicho año.

Pero el acto de representación delegada en el Decreto 0867 del 27 de marzo de 2012 no produjo ningún efecto jurídico, y no lo podía producir en consideración a que los miembros de la Junta Directiva de Hidroituago no son designados por el Gobernador de Antioquia, sino por la Asamblea General de Accionistas, donde designa cinco (5) miembros principales y cinco (5) miembros suplentes. Los suplentes actúan o ejercen su función con ocasión de una falta absoluta o temporal del titular, sin lugar a que actúen otras personas diferentes, así sea por delegación en la representación.

Lo anterior se observa claramente cuando en la Asamblea Ordinaria de Accionistas de ese 27 de marzo, la cual es documentada en el Acta Nro. 2878, en el punto 10 de la agenda, se ocupan de ratificar los miembros designados en razón del cargo en la Asamblea Extraordinaria del día 03 de febrero de 2012, para lo cual y al momento de ratificar dicha designación, no se tiene en cuenta y por ende ni siquiera se menciona, el acto de delegación que hizo el señor Gobernador en el Dr. Iván Mauricio Pérez. Por el contrario, si se analiza detenidamente dicho punto del

Acta Nro. 28 se tiene que se dejó expresa constancia que:

"... Como en la actualidad el Doctor Ivan Mauricio Pérez Salazar ocupa el cargo de gerente del IDEA, v en la Asamblea del 03 de febrero se designaron los miembros de Junta por los cargos, reemplaza al doctor Horacio Vélez de Bedout como miembro suplente del Dr. Sergio Fajardo Valderraman..."

Este punto es ratificado y por tal motivo la Junta Directiva de Hidroituango elegida es aprobada por unanimidad.

Obsérvese que lo que se acaba de indicar, es que la Asamblea Ordinaria del 27 de marzo de 2012, no era para elegir una nueva junta, sino para ratificar la Junta designada en razón de los cargos, la cual había sido elegida desde el 03 de febrero de 2012. Por ello se hace la salvedad en el acta de asamblea", que para poder mantener la decisión del 03 de febrero había que considerar que el Dr. Horacio Vélez de Bedout ya no era el Gerente del IDEA, y que en su lugar y con la finalidad de ratificar el cargo, se debía tener en cuenta que dicho cargo ya estaba siendo ocupado por el Dr. Iván Mauricio Pérez, todo lo cual fue sustentado y aprobado por unanimidad.

De lo anterior, se puede concluir que el acto de delegación realizado por el Decreto 0867 del 27 de marzo de 2012, no obstante su buena voluntad de poner a conversar la misma decisión de la Asamblea Extraordinaria del 03 de febrero de 2012, no produjo ningún efecto, no se tuvo en cuenta ni en consideración dentro del análisis y aprobación de ratificación de Junta que se hizo dentro del numeral 10 de la agenda de dicha Asamblea General; pues la designación de miembro suplente del Dr. Iván Mauricio no se hizo en consideración al Decreto 0867 del 27 de marzo de 2012, sino en consideración al cargo de Gerente del IDEA que ostentaba para ese momento, y que era necesario tener en cuenta para poder ratificarlo como miembro suplente en consideración a lo ya decidido en la Asamblea Extraordinaria del 03 de febrero del 2012.

Pensar diferente o interpretar otra cosa diferente como lo está concluyendo el órgano de control es no solo desconocer las decisiones del máximo órgano de dirección de la empresa Hidroituango, sino también desconocer el funcionamiento de esta clase de juntas directivas, pues en sindéresis de la Superintendencia de Sociedades en el concepto Nro 220- 44594 y la Ley 222 de 1995 se tiene que:

"...En cuanto hace a su formación se tiene que según los artículos 434 y ss del Código de Comercio, dicha junta se integra con no menos de tres miembros y cada uno de ellos tendrá un suplente, los cuales son elegidos por la asamblea general de accionistas para períodos determinados y por el sistema del cuociente electoral; según las reglas que para la elección de cuerpos colegiados establece el artículo 197 ibidem, como mecanismo que garantiza la equitativa representación de los intereses de los asociados, de acuerdo a su participación porcentual en el capital de la compañía. En su funcionamiento, y reiterando que tanto principales como suplentes, bien sean personales o numéricos son directamente elegidos por el máximo órgano social, ha de advertirse que éstos últimos solo tienen vocación para intervenir cuando existan faltas definitivas o temporales de los primeros, es decir, su participación se torna en excepcional, por lo que solo tienen cabida al darse la condición señalada. Concluyendo, una vez nombrado y aceptado el encargo, cada uno de los miembros entra en ejercicio de sus funciones administrativas, siendo claro que aquel es personal e indelegable por lo que no es viable desde ningún punto de vista que en tal calidad puedan otorgar poder para ser representados en las reuniones de junta, pues como se dijo, en casos de ausencia de los principales deben ser sustituidos por quienes figuran como suplentes, conclusión a la que se llega al hacer una interpretación integral de las normas citadas..."81 (negrillas y cursiva fuera del texto)

Siendo claro que cuando se actúa como miembro principal o como miembro suplente las responsabilidades no son solidarias entre el principal y el suplente.
Cada uno debe cumplir las funciones, obligaciones y responsabilidades propias del cargo o designación que está ejerciendo.
Por tal motivo es cierto que el Dr. Iván Mauricio Pérez Salazar actúo como suplente de miembro principal de la Junta y así consta en las diferentes actas desde la reunión de Junta Directiva Nro. 131 del 25 de abril de 201282, y como principal desde el acta de Junta Directiva Nro. 145 del 11 de abril de 201483; pero actúo por designación hecha por la Asamblea General de Accionistas, y no por delegación y en representación del Dr. Sergio Fajardo Valderrama.
Todo lo anterior es verificable en cada una de las actas mencionadas. Es decir, en las actas de Asamblea General de Accionistas Nro. 27, 28, 30, 31 y 32, donde incluso en las dos últimas actas se observa cómo la Asamblea General de (…)

Designación de Junta Directiva: principales y suplentes, cada uno tiene roles y responsabilidades individuales
Tal como se dejó esbozado en el desarrollo temático del capítulo anterior, cuando un miembro de Junta Directiva actúa como principal o suplente las responsabilidades no son solidarias y tampoco delegadas entre el principal y el suplente, cada uno debe cumplir las funciones, obligaciones y responsabilidades propias del cargo o designación que está ejerciendo.
Las disposiciones estatutarias de las empresas, en las cuales se establece el nombramiento de principales y suplentes para la integración de las Juntas Directivas, tienen un claro propósito, posibilitar que ante la ausencia de un miembro principal el suplente pueda reemplazarlo, y para ello ejercerá los derechos, como si fuera el miembro principal, y así mismo estará investido de las responsabilidades y funciones que le competen de acuerdo con dicha designación.
En concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, a través del oficio 2020 - 103037 del 04 de septiembre de 201186, se precisó por esta entidad:
"Conforme lo consagrado en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, "Son administradores, el representante legal, el liquidador, los miembros de junta o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos detenten esas funciones
"De otro lado, el artículo 24 de la ley mencionada, se refiere al régimen especial de responsabilidades que le es aplicable a quienes de acuerdo con el artículo inicialmente citado, son los llamados a responder por los actos o contratos celebrados a nombre de la compañía, que le causen perjuicios a ella misma, a los asociados o a terceros vinculados jurídicamente con la persona jurídica.
"Tenemos como del texto de las normas citadas, podemos observar que no se hace distinción alguna cuando se refiere a los administradores, si actúan como principales o suplentes, lo que conlleva a que las personas que tienen esa calidad, están obligadas a cumplir estrictamente con las funciones y deberes consagradas en la ley vigente, ajustados en un todo a los lineamientos de conducta que se encuentran consagrados en el artículo 23 de la Ley que nos ocupa.
"Ahora bien, en el terreno de los suplentes, vemos como es claro que cuando se habló de los administradores en el artículo 22, se abarco a todos en general, y ese fue el propósito, pues en caso contrario no se hubiera consagrado como una de las causales eximentes de responsabilidad solo a "quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten" (Se resalta).

Lo anterior, tiene plena validez en el evento en que un administrador en calidad de suplente haya tenido actuaciones o conocimiento del asunto que le ha causado perjuicios a la sociedad y en su momento no lo informe; en este evento indudablemente lo hará responsable en igual de condiciones a quien tomo directamente la decisión causante del perjuicio, bien para la sociedad, los socios o los terceros en general.

"Valga tener en cuenta que en principio, el cuerpo colegiado está conformado con la sola participación de los miembros principales, toda vez que los miembros suplentes solo tienen una mera expectativa, cual es la de participar en ausencia definitiva o temporal de un miembro principal, en donde la ausencia no implica que esta sea material, valga decir, que el principal no esté físicamente, sino que se traduzca en la imposibilidad que tenga el principal de llevar a cabo las funciones que le han sido asignadas, y en donde el suplente entonces queda actuando con todas las prerrogativas del miembro principal. (negrillas intencionales).

Es claro entonces, que ante la ausencia de un miembro principal, el suplente asume las funciones de éste, así como la responsabilidad condigna en la toma de decisiones que son sometidas a su consideración, sin que sea dable establecer una especie de solidaridad no consagrada en la ley, entre el principal y el suplente, pues, se repite, ante la ausencia del principal, el suplente se subroga en los derechos de éste para participar en el órgano corporativo, pero también asume la responsabilidad del ejercicio del cargo.

El miembro de junta suplente no cumple funciones delegadas.

En ilación con los capítulos anteriores, es necesario precisar que quienes actuaron como suplentes del Dr. Sergio Fajardo Valderrama, designados por la Asamblea General de Accionistas de HI no actuaron como delegados de éste, sino por designación expresa que hizo este órgano de dirección al miembro suplente.

Así entonces los doctores Iván Mauricio Pérez Salazar, Sebastian Álvarez Diaz y Rafael Nanclares Ospina no actuaron como delegados de mi poderdante, sino como suplentes designados por la Asamblea de Accionistas, y por ende, no podría enmarcarse la responsabilidad en la toma de decisiones con las premisas establecidas para el delegante-delegado, sino para quien asume la calidad de miembro suplente ante la ausencia del principal como se anotó anteriormente.

En este aspecto es necesario aclarar que, en el auto de apertura de investigación fiscal, se estableció la presunta responsabilidad de mi poderdante basada en la delegación que éste hiciera de la participación en la Junta Directiva de HI de algunos de sus Secretarios de Despacho. Sin embargo, este error en que incurrió la Delegada, y frente al cual la defensa no reaccionó de manera inmediata, llevó a que se brindaran las explicaciones sobre el seguimiento que realizó mi poderdante a sus secretarios de despacho con asiento en la Junta Directiva de HI. Dicho seguimiento, es prudente en este momento procesal aclarar, está orientado a la tutela y control que el Gobernador (como superior jerárquico) realiza sobre sus secretarios de Despacho como subalternos, y no sobre delegados, pues es claro que en este caso al no tener la potestad el Gobernador para la designación de miembros suplentes, esta es una atribución exclusiva de la Asamblea General de Accionistas, no podría hacer uso de una facultad que no tiene.

La Corte Constitucional, en varios pronunciamientos, y de acuerdo con la doctrina sobre la materia, ha señalado que son elementos constitutivos de la delegación los siguientes: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha

transferencia cuente con una previa autorización legal; (iv) y que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.
El Consejo de Estado, sobre el concepto de la delegación de funciones ha considerado:
"1. La delegación de funciones es una institución jurídica mediante la cual el funcionario u organismo competente transfiere, específica y temporalmente, a uno de su subalternos una determinada atribución. Pero para ello es necesario la correspondiente facultad de delegación" (negrillas nuestras)

"Mediante la delegación, la autoridad administrativa transfiere el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, siempre por acto de delegación (decreto o resolución) y con sujeción a la Constitución o la ley.
Para que la autoridad pueda delegar algunas o alguna función de las que le han sido asignadas por la Carta Política o por la ley89. (negrillas nuestras)
Así las cosas, es posible afirmar que la delegación es un mecanismo para el ejercicio de la función administrativa por medio del cual un órgano o funcionario
titular de una competencia o función transfiere a otro órgano o funcionario, de rango inferior, una función o competencia de la que es titular, de forma específica y por un periodo determinado, estando facultado el titular de la competencia o función para reasumirla en cualquier momento.
De acuerdo a lo anterior, es dable concluir que así quisiera el señor Gobernador de Antioquia delegar la participación en la Junta Directiva de HI a un Secretario de Despacho o a un tercero, no podría hacerlo, por cuanto no tiene la titularidad de dicha función. Esta es potestad exclusiva de la Asamblea General de Accionistas de HI, quien estatutariamente ha definido la designación de principales y suplentes, para que en ausencia temporal o absoluta de los primeros, los reemplacen los segundos, siendo designados tanto principales como suplentes por este órgano de dirección conforme a las competencias estatutarias asignadas a la Asamblea General.

R/: Sobre este argumento, la apoderada parte de una premisa equivocada cual es la de considerar que por existir miembros suplentes no resulta posible la delegación de la representación de una entidad pública en una junta directiva. Sobre este punto afirma la apoderada, de manera errada, que:

"así quisiera el señor Gobernador de Antioquia delegar la participación en la Junta Directiva de HI **a un Secretario de Despacho o a un tercero, no podría hacerlo, por cuanto no tiene la titularidad de dicha función**" (negrilla y subrayado del Despacho)

Sobre el particular, la Superintendencia de sociedades ha establecido lo siguiente:

*"Sobre el particular, en lo que respecta a la representación de las entidades públicas cuando éstas actúan como miembros de junta directiva de una compañía, le informo que **la ley permite que dicha representación se surta ya sea a través del representante legal de la entidad pública, o mediante un delegado suyo, delegación efectuada con base en el artículo 9° de la Ley 489 de 199**8, que dice " Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley,*

podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.
(…)
*Las normas invocadas indican que las **autoridades administrativas pueden delegar funciones tales como la representación de la entidad pública al interior de la junta directiva de una compañía**, como es el caso de uno de los eventos contemplados en su consulta en tanto que se trata de actividades propias del cargo y son delegables, según la ley.*
(…)
En este orden de ideas, es claro que a las reuniones de junta directiva de una sociedad de la cual forma parte como uno de sus miembros una persona jurídica, debe concurrir en su nombre la persona que ostente el cargo de representante legal principal y en su ausencia temporal o definitiva, solo puede reemplazarlo el suplente respectivo, que al igual que el principal, debe encontrarse debidamente inscrito en el registro mercantil; a falta de uno y otro, actuará el miembro suplente de la junta que haya sido elegido por el máximo órgano social, siempre que medie la aceptación del cargo.
*En conclusión, en criterio de esta oficina**, los miembros de junta directiva que sean entidades de derecho público deben representarse, ya sea por el representante legal de la entidad, o por la persona en quien éste delegue tal encargo**; por su parte, las personas jurídicas deben ser representadas por su representante legal principal, o en su defecto, por el suplente de este mismo.* ***En ambos casos, ante la ausencia del miembro principal, deberá actuar el miembro suplente respectivo**”.* [385]*(Negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

Así mismo, se trata de una conclusión que va en contravía de una acción por demás legal, normal y corriente que realizan todos los directores de entidades públicas entre ellos los Gobernadores y en particular su poderdante cuando tenía tal calidad. En efecto, dentro de las pruebas arrimadas al plenario por la defensa se encuentran los informes semanales que le eran reportados al señor Gobernador, entre los cuales se encuentra el siguiente:

- **Informe de 27 de enero de 2012**

*TEMAS QUE APOYA LA SECRETARIA PRIVADA – JUNTAS DIRECTIVAS: **Se definió el proceso de seguimiento a las Juntas Directivas y se inició con su ejecución**. **Este proceso consiste en**: 1. Identificar Juntas Directivas y Consejos Directivos donde participa la Gobernación de Antioquia (todos los días aparecen nuevos consejos o juntas directivas de los cuales la Gobernación es miembro). 2. Revisar Estatutos. 3. Presentar propuestas de miembros al Gobernador. **4. hacer delegaciones 5. Informar a los delegados** 6. Hacer seguimiento a los temas tratados en las juntas.*
*• **Urgentes por delegar**: Hospital Carisma, Hospital La María, Hospital Mental de Antioquia, Hospital San Rafael de Itagüí, Hospital César Uribe Piedrahita de Caucasia, Hospital Marco Fidel Suárez de Bello, Hospital San Vicente de Paúl de Caldas (VER ANEXO).*

[385] https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/30836.pdf

• ***Otros pendientes por delegar:*** *Tecnológico de Antioquia, EMGEA, Hidroeléctrica Ituango, - Pensiones de Antioquia, VIVA Indeportes, Parque Tecnológico de Antioquia, Instituto de cultura y patrimonio de Antioquia, Empresas Públicas de Oriente, Aguas del Bajo Cauca, Aguas de Occidente, ADRA. (VER ANEXO).* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

- **Informe de 3 de febrero de 2012**

TEMAS QUE APOYA LA SECRETARIA PRIVADA – JUNTAS DIRECTIVAS: Están pendientes las delegaciones de los cuatro entes descentralizados: VIVA, Empresas Públicas de Oriente, Aguas del Bajo Cauca, Aguas de Occidente.
• ***Falta delegar*** *21 personas para las ESE municipales y 2 ESE departamentales. Se adjunta el listado con la propuesta de delegados por parte de la Secretaria de Salud, Luz María Agudelo.*
• ***Debido a que la Gobernación de Antioquia tiene representación en juntas****, comités y consejos directivos de entidades diferentes a las descentralizadas,* ***se debe delegar*** *una persona para:*
Corporación Antioquia Presente, Comfenalco, EDATEL, Junta de Terminar de Transportes de Medellín S.A., Fundación PRODEAN, FOGANSA, Institución Colombiana de Medicina Tropical, Comfama, Corporación Autónoma Regional del Rio grande de la Magdalena CORMAGDALENA, FINDETER, Centro de Ciencia y Tecnología de Antioquia – CTA, Empresa de Servicios públicos domiciliarios de la Estrella, Empresas públicas de la Pintada. (se adjunta anexo) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Precisado lo anterior, es necesario revisar en primer término el acto administrativo de delegación proferido por el señor Fajardo en calidad de Gobernador del Departamento de Antioquia.

A folio 18333 del Auto de imputación, el cual corresponde a la página 1133 de dicha providencia, se encuentra la imagen del referido acto administrativo, en el cual se aprecia la firma del señor Fajardo. Textualmente dicho acto administrativo tiene como título "DECRETO 0867 POR MEDIO DEL CUAL SE DELEGA UNA REPRESENTACIÓN" y cuya fecha es 27 de marzo de 2012.

Así mismo, en el cuerpo de dicho acto textualmente se lee: *"****Delegar*** *en el doctor IVAN MAURICIO PEREZ SALAZAR, identificado con cédula de ciudadanía No 71.712.350, Gerente del Instituto para el Desarrollo de Antioquia "IDEA",* ***la Representación del Gobernador del Departamento de Antioquia, en la Junta Directiva de la HIDROELECTRICA DE ITUANGO S.A. E.S.P.-HIDROITUANGO****"*
Como puede verse, textualmente se delega la Representación del Gobernador en la junta directiva de Hidroituango.

Ahora bien, es necesario precisar que en el caso concreto el señor Iván Mauricio Pérez fue miembro suplente del señor Sergio Fajardo Valderrama, entre el 27 de marzo de 2012 al 28 de marzo de 2014, y entre el 28 de marzo de 2014 y 22 de febrero de 2015, fue designado por la Asamblea como miembro principal.

Ahora bien, aún cuando pudo tratarse de una decisión antitécnica desde el punto de vista societario, no existe tampoco prohibición legal alguna ni se da ninguna situación que invalide el acto administrativo y lo que resulta aún más diciente es que el acto administrativo fue proferido el mismo día en que se realizaba la ratificación en la asamblea de socios de la junta directiva en la cual se elegiría como suplente del señor Sergio Fajardo Valderrama al señor Pérez. Así mismo, es importante recordar que nadie puede alegra su propia culpa en su favor para excusarse de responsabilidad (*nemo auditur turpitudinem alegans*).

En este contexto, un principio fundamental de la dogmática jurídica es que en Derecho las cosas se deshacen como se hacen, por lo que si la voluntad del imputado era, como lo expresa en sus argumentos de defensa que se tratara de algo coyuntural y que durara únicamente de manera puntual mientras la Asamblea procedía a la elección del nuevo suplente, en atención al cambio en del Gerente del IDEA, debió plasmarlo así en el acto administrativo o revocar dicha delegación en la oportunidad correspondiente.

Así mismo, incurre la apoderada en una falacia al considerar que *"lo que llevó al Gobernador de Antioquia a expedir el Decreto Nro. 0867 del mismo 27 de marzo (revísese la coincidencia de la fecha — 27 de marzo),* ***con la única finalidad de que se mantuviera la designación del cargo de Gerente del IDEA como suplente del Gobernador en la Junta Directiva de Hidroituango*** *para el período marzo 2012 a marzo 2013, o hasta la siguiente Asamblea General donde se eligiera de nuevo la Junta Directiva de la Sociedad Hidroituango,*
(…)
De lo anterior, se puede concluir que el acto de delegación realizado por el Decreto 0867 del 27 de marzo de 2012, ***no obstante su buena voluntad de poner a conversar la misma decisión de la Asamblea Extraordinaria*** *del 03 de febrero de 2012, no produjo ningún efecto,"*

Esta aseveración sin duda va en contravía de lo que se define como acto administrativo de Delegación. En primer término, un acto administrativo nunca podrá ser meramente declarativo, por lo que no podrá tratarse simplemente de una expresión de buena voluntad. En efecto, la doctrina ha sido pacífica al definirlo como:

> *"Toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos"*[386]

Cabe recordar además que la delegación, en términos del art 10 de la Ley 610 de 2000, supone su instrumentalización a través de un Acto administrativo, por medio del cual solo puede transferirse la función de la cual se es titular. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

[386] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo", Tomo II, editorial Universidad Externado de Colombia, cuarta edición, reimpresión 2007, p 131.

> *"En cuanto a los **elementos constitutivos**, el artículo 10 de la citada ley 489 prescribe los requisitos que debe reunir **el acto administrativo motivado de delegación**: i) siempre será escrito (**presupuesto de forma);** ii) se determinará la autoridad delegataria (**presupuesto subjetivo**) y iii) se señalarán las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren (**presupuesto objetivo o material**). De ahí que, en tratándose de **este mecanismo de transferencia de atribuciones administrativas, quien realiza y revoca la delegación es la autoridad administrativa titular de la función**".*

En el mismo Sentido, en Sentencia C-036 de 2005, la Corte Constitucional se refirió a la Delegación en los siguientes términos:

> *"4- La delegación de funciones administrativas es entonces una forma de organizar la estructura institucional para el ejercicio de la función administrativa, junto con la descentralización y la desconcentración. Estas figuras tienen semejanzas, pues implican una cierta transferencia de funciones de un órgano a otro, pero presentan diferencias importantes, ya que la delegación y la desconcentración suponen que el titular original de las atribuciones mantiene el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones, mientras que en la descentralización no existe ese control jerárquico, debido a la autonomía propia de la entidad descentralizada en el ejercicio de la correspondiente atribución. Ha dicho al respecto la Corte:*
>
> *"La descentralización es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas. La delegación y la desconcentración, por su parte, atienden más a la transferencia de funciones radicadas en cabeza de los órganos administrativos superiores a instituciones u organismos dependientes de ellos, sin que el titular original de esas atribuciones pierda el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones. Por eso, se señala que estas dos fórmulas organizacionales constituyen, en principio, variantes del ejercicio centralizado de la función administrativa."*
>
> *5- Por su parte, la diferencia básica entre la desconcentración y la delegación es que la primera supone que la transferencia de funciones del órgano superior opera directamente por mandato del ordenamiento, mientras que la delegación, si bien presupone una autorización legal, no opera directamente por mandato de la ley, ya que implica la existencia de un acto de delegación, puesto que la transferencia se realiza por parte del órgano superior. Por ello, mientras que en la desconcentración de funciones, el órgano superior no puede reasumir la función, ya que ésta fue desconcentrada por mandato legal, en cambio, en la delegación, el órgano superior siempre puede reasumir la función, como lo señala el artículo 211 superior.*

> *Con base en lo anterior, esta Corte, en acuerdo con la doctrina sobre la materia, ha señalado que* ***son elementos constitutivos de la delegación los siguientes: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal; (iv) y que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia".***

De igual manera, el Consejo de Estado ha precisado cuáles son las competencias o funciones susceptibles de delegación en los siguientes términos:

> *"(…) es pertinente recordar que la delegación es una medida en virtud de la cual, el titular de una competencia o función administrativa, previamente autorizado por el legislador, decide radicarla temporal y discrecionalmente en cabeza de otra autoridad usualmente subordinada, debiendo quedar en claro que las competencias o funciones susceptibles de delegación,* ***son solo aquellas de las cuales es titular la autoridad delegante***[387]*".*

Visto lo anterior, concluye este Despacho que la apoderada se aparta de la lógica racional con su argumento de defensa pues resulta contrario a la definición misma de acto administrativo que la expresión de voluntad plasmada en el Decreto 806 por MEDIO DEL CUAL SE DELEGA UNA REPRESENTACIÓN, quiera plantearse como un acto meramente declarativo o de buena voluntad dirigido a refrendar una decisión de la Asamblea de socios de Hidroituango. Pues **por definición, los actos administrativos implican siempre la generación de efectos jurídicos**. Lo anterior sobre todo si se tiene en cuenta que no existe limitación legal alguna para delegar la representación de una entidad pública en una junta directiva tal y como lo indica claramente el Concepto de la Superintendencia de sociedades transcrito líneas atrás.

Así mismo, resulta contrario a la verdad el hecho de que dicho acto administrativo quisiera ***"que se mantuviera la designación ya efectuada del cargo de Gerente del IDEA como suplente"*** Pues las únicas competencias que el señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA podía delegar eran aquellas sobre las cuales ostentaba la titularidad. Dado que el señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA era Miembro **PRINCIPAL** de la junta Directiva no podía a través de un acto de delegación mantener una suplencia de la cual no estaba investido. Pues si esa era la finalidad él estaría incurriendo en lo que de manera indirecta e injustificada se le endilga a esta Delegada y es usurpar las competencias propias de la Asamblea de socios de Hidroituango.

En este Sentido, el Despacho reafirma las conclusiones a las cuales llegó en el auto de imputación.

---

[387] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00203-00

De otro lado, es necesario precisar que en ningún momento el Despacho ha afirmado o ha considerado que existe responsabilidad solidaria entre los miembros de junta principales y suplentes, eso es una opinión, por demás infundada de la apoderada, quien de nuevo pretende desconocer la existencia del acto administrativo de delegación.

Es preciso recordar en este punto, las conductas por las cuales se le imputó responsabilidad al señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2021 - las cuales se copian de manera textual y se encuentran a folio 18339 del expediente y corresponden a la página 1145 del respectivo auto-:

1. En calidad de delegante **no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario** en la junta directiva de Hidroituango.
2. **En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, mínimo bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.**

Por lo anterior, en cualquier caso, independientemente de la existencia de la delegación atrás referida, tal y como se plasmó en el Auto 1484, se le imputó responsabilidad al señor Fajardo dado que en su rol de Gobernador de Antioquia no ejerció el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente. Cabe recordar que funcionarios de la Gobernación tenían asiento en la Junta Directiva de Hidroituango[388] y el Gerente del IDEA y que además ellos le reportaban los pormenores de lo ocurrido en el proyecto. Lo que se encuentra ampliamente probado y se analizará más adelante.

Así mismo, del material probatorio allegado a esta Causa fiscal por la defensa del señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, se tiene que en algunos de los informes semanales al Gobernador, el IDEA Reportaba lo relativo al proyecto Hidroituango, en los siguientes términos:

- **Informe semanal de fecha 3 de Febrero de 2012**, se lee:

IDEA-PRIMERA JUNTA DE HIDROITUANGO: El día 3 de febrero se realizó la Asamblea Extraordinaria de Hidroituango, en la cual se nombró a la nueva Junta Directiva.
Nuestros socios EPM, presentaron los nombres de sus dos candidatos principales y suplentes, y por unanimidad se unificó en una sola plancha.

Es de anotar que para este primer informe aún no había sido nombrado como Gerente del Idea el Señor Iván Mauricio Pérez Salazar.

[388] Respecto de los cuales no ejercía un simple control de tutela sino un control jeràrquico

- **Informe Semanal del 27 de abril de 2012** se lee:

IDEA – JUNTAS DIRECTIVAS: HIDROITUANGO: El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos.

En este informe ya se encontraba como Gerente del IDEA el señor IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR

- **Informe Semanal 9-13 de julio de 2012** se lee:

IDEA – VARIOS: Junta Directiva Hidroituango: Se llevó a cabo el día martes la Junta Directiva de Hidroituango, se trataron temas Informe de Avance del BOOMT, Informe de Zona Franca, Informe de Seguridad en la Zona del Proyecto, Consideración incremento salarial para HI, Definición de la Estructura Administrativa de HI, Nombramiento del gerente para HI.

- **Informe Semanal 31 de agosto de 2012**

IDEA – INVERSIONES- HIDROITUANGO: HIDROITUANGO

• John Maya empezará el 12 de septiembre.

• Nos reunimos con la Gerencia de EPM para clarificar las dudas frente a la adjudicación de las obras. Dadas las explicaciones, tenemos total tranquilidad

- **Informe Semanal 7 de septiembre de 2012**

IDEA – INVERSIONES- HIDROITUANGO: HIDROITUANGO

➢ Hubo Junta. John Maya fue nombrado gerente, empieza el 12 de septiembre.

➢ Se realizará sesión de todo un día el 26 de septiembre para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación a la luz de todos los eventos que se han presentado a la fecha (dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc.).

- **Informe Semanal 16 de noviembre de 2012**

IDEA-INVERSIONES PATRIMONIALES: HIDROITUANGO: Durante la semana se realizaron reuniones de entendimiento sobre el impacto de la sesión del contrato, para negociación de beneficios con Federico Restrepo y Juan Felipe Gaviria

- **Informe Semanal 7 de diciembre de 2012**

IDEA-INVERSIONES PATRIMONIALES: HIDROITUANGO: Estamos pendientes de hacer la presentación sobre los resultados que arrojó la negociación de cesión del contrato.

En los siguientes informes semanales que van hasta julio del año 2013, no se encuentra reporte alguno realizado por el IDEA en relación con el Proyecto Hidroituango.

Así mismo es preciso anotar que en ninguno de los informes semanales atrás referidos se encuentran anotaciones al margen realizadas por el entonces Gobernador, ni siquiera en el informe de fecha 7 de septiembre de 2012, en el cual se observa que el IDEA reporta que se va a realizar una sesión de Todo el día el 26 de septiembre **para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación** en razón de todos los eventos que se estaban presentando, entre los cuales textualmente se refiere a *"dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc*".

Adicional a lo anterior, también aporta como prueba de su defensa dos (2) reportes mensuales de seguimiento a inversiones de la Gobernación y el IDEA de fecha 14

de junio de 2013 y de 5 de julio de 2013 en los cuales en relación con Hidroituango se reporta la siguiente información:

Reporte mensual de fecha 14 de junio de 2013: en el título *"Hechos relevantes del mes"* se lee: *"**El contratista de los túneles de desviación sigue presentando retprasos** (SIC) y se están analizando alternativas de obra para no afectar la entrada en operación del proyecto. Por ahora, vamos ajustados al cronograma CREG*". Y en el título "*Observaciones/Próximos Pasos*" se lee: "*Hacer seguimiento a las propuestas de obras alternativas. **Seguimiento al desempeño del contratista de los túneles*** ".

Reporte de 5 de julio de 2013, en el título "*Hechos relevantes del mes*" se lee:"*Se continúa con el cronograma de obras. **La desviación del Rio sigue siendo un punto crítico y aún se estudian posibles alternativas para acometer la obra**"*; en el título "Observaciones/Próximos Pasos" se lee: *"Destacar más las obras de impacto positivo para la comunidad (vías). Apoyar al ejército en su solicitud de un Batallón de combate terrestre ante la nación"*.

En los anteriores documentos se trata de 2 reportes correspondientes a junio y julio de 2013, en los cuales nuevamente se le ponen de presente situaciones importantes como es el retraso en la ruta crítica del proyecto para ese entonces cual era la desviación del Río Cauca pero en las observaciones únicamente se realiza una observación genérica dirigida a "hacer seguimiento al desempeño del contratista de los túneles" pero no se encuentran instrucciones sobre una determinada postura a asumir frente a la administración de Hidroituango y tampoco se denota un afán del señor Gobernador de asistir a la junta de Hidroituango y tomar las posturas requeridas para intentar conjurar las graves situaciones que se estaban presentando, a pesar de tener la potestad jurídica para hacerlo al ostentar la calidad de miembro principal de la junta directiva.

De igual forma dentro del material probatorio obrante en el plenario, se allega un Documento denominado *"Historia Clínica Inversiones Patrimoniales IDEA-GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA"* de fecha 25 de abril de 2013 en el cual se *"resumen los hechos destacados y la información relevante de las empresas en las cuales el Instituto y/o la Gobernación poseen participación patrimonial, con datos actualizados al cierre del año 2012. Se incluye también un breve resumen sobre la situación actual, así como una proyección sobre las expectativas del futuro inmediato de cada compañía".*
De manera puntual, en lo que se refiere a la Hidroeléctrica de Ituango se dice lo siguiente:

Hidroeléctrica Ituango S.A.	
Sector económico	Generación de energía
% participación IDEA	50,74%
% participación Gobernación	2,15%

Otros Socios	"EPM (46,33%), Otros accionistas (0,78%)"
Patrimonio 2012 (COP Millones)	$73.597
Año Constitución	1.998
Año vinculación del IDEA	1.998

Breve Descripción
Proyecto que tiene por finalidad el aprovechamiento del potencial hidroeléctrico del río Cauca.
El objetivo de la sociedad es verificar la ejecución del contrato BOOMT para la construcción y operación de la Central Hidroeléctrica Ituango y garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018. La sociedad conserva las licencias ambientales. La capacidad proyectada es de 2.400 MW. con inversión estimada: U$3.500 Millones
Situación Actual
El 25 de agosto de 2010 se ratificó el acuerdo al que llegaron los dos socios mayoritarios, para que EPM sea quien financie, construya y opere durante un período la Central Hidroeléctrica Ituango; para lo cual EPM constituyó la firma "EPM – ITUANGO"
A finales el año 2012, EPM propone al IDEA que ante la no declaratoria de Zona Franca del proyecto por parte del Gobierno Nacional con la consecuente pérdida de beneficios tributarios asociados a esta figura, se le ceda el contrato BOOMT que ejecuta EPM – Ituango; negociación que se concretó en enero de 2013. Como contrapartida a esta cesión, se reconoció la suma de U$ 35 Millones a los accionistas de la sociedad Hidroituango diferentes de EPM que se llevarán como anticipo del proyecto. Al IDEA le correspondió el 94,547% de dicho valor. Igualmente, el proyecto hará una inversión social adicional por la suma de US$100 millones, destinada a la ejecución de obras, planes y programas de alto impacto social en los 12 Municipios del área de influencia del proyecto.

Perspectivas
Continuar con el rol de verificación en la evolución de las obras de infraestructura para la construcción de la central hidroeléctrica y la ejecución de obras sociales negociadas en la cesión del contrato BOOMT a EPM

Se destaca del documento anterior, que se pone de presente que el Rol de Hidroituango es el de realizar la verificación en la evolución de las obras. En relación con este documento, tampoco se encuentra manifestación alguna por parte del Gobernador sobre algún tipo de instrucción o postura que debiera asumir su delegado en relación con el proyecto Hidroituango.

En el testimonio del señor Carlos Andrés Pérez, expresó: "(…) *No recuerdo muy bien instrucciones puntuales pero* ***si puedo decirles que el Proyecto Hidroeléctrico Ituango y sobre todo el plan Integral del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango participaba en el Consejo de Gobierno como tema específico una o dos veces cada año donde allí los diferentes secretarios daban cuentas sobre la marcha del proyecto.*** *Acá es importante hacer esta aclaración, cuando nosotros llegamos y encontramos el proyecto en marcha, una obra de gran envergadura para este país,* ***una de las cosas que identificamos precisamente fue los retrasos que estaban sucediendo en el proyecto****,* ***esto a causa de las dificultades de orden público (…)"****.*

En el testimonio del señor Mauricio Valencia, indicó: *"entonces yo podría decir señora contralora que desde las actuaciones del gobernador Sergio Fajardo digamos hubo dos instrucciones, una instrucción en el marco puramente de la delegación de la Junta directiva del proyecto ituango y en segundo lugar toda una actuación dirigida constantemente en los Concejos de Gobierno del plan integral de manejo ituango incluso que teníamos como un relacionamiento con la comunidad dos veces al año que se hacía una rendición de cuentas de todo ese marco de acción del plan integral"* De otro lado expresó: *"(…) cuando un gobernador interactúa directamente con la comunidad cuando un gobernador a través de los usuarios de despacho interactúan con las necesidades de cada una de las comunidades alusivas a los diferentes temas educación orden público medio ambiente infraestructura vial puentes servicios públicos acueducto alcantarillado energía será una presencia activa que por supuesto en el marco de la ejecución de sus programas y proyectos sobre el plan de manejo integral de ituango generan un impacto real inminente en el desarrollo del proyecto digamos no del orden técnico que esa es una responsabilidad de EPM y del contratista como tal y del seguimiento a través de la interventoría pero en lo que concierne a muchos de los atrasos que se pudieron haber generado por el orden público secuestros indudablemente el impacto que tuvo condiciones de medición específica de reducción de presencia de grupos armados al margen de la ley de reducción de secuestros de minimizar el impacto de las comunidades que tenían inquietudes y hacían bloqueos precisamente para impactar en la entrada y salida de vehículos de la obra entonces digamos reducción del impacto negativo a través de la entrada en operación del plan integral de manejo de Ituango".*

De donde se concluye que tal y como se dijo en el Auto de imputación, a pesar de estar informado de situaciones graves que se presentaban en el proyecto no dio instrucciones efectivas a su delegado, ni ejerció el control de tutela en debida forma respecto de este aún cuando el mismo como se explicó líneas atrás era agente suyo por tener la calidad de Gerente del IDEA..

Por todo lo anterior, estos argumentos no están llamados a prosperar.

Ejercicio del control de tutela, supervisión y vigilancia sobre sus subalternos (activación de mecanismos y generación de instrucciones).

La Delegada hace un llamado de atención, advirtiendo que en la Junta Directiva de Hidroituango se encontraban secretarios de despacho departamentales, que por lo tanto, eran para la época de los hechos, subalternos del señor Gobernador de Antioquia Sergio Fajardo.
Agrega que, de conformidad con las evidencias recolectadas en la etapa de investigación fiscal se encuentra plenamente acreditado que los secretarios del Despacho realizaban informes semanales que presentaban al Gobernador, en los cuales detallaban el seguimiento a las diferentes actividades que desplegaba cada uno y también se hacía referencia al proyecto de la central hidroeléctrica, y por ello, encuentra plenamente acreditado que el doctor Fajardo no solo conoció los problemas que se estaban presentando en el proyecto más importante para el Departamento de Antioquia, como son los atrasos de la obra, los problemas con el contratista de los túneles y los problemas con la licencia ambiental, así como la

imposibilidad de desviar el río en las fechas programadas, sino que además, se le solicitó su intervención directa a efectos de determinar la estructura administrativa con la que debía contar HI frente a su rol de vigilancia y control respecto del BOOMT, entre otros temas que eran relevantes para el proyecto.

Sin embargo, en sentir del Despacho, en relación con dichas situaciones el doctor Fajardo Valderrama, no dio instrucciones efectivas a sus subalternos "así como tampoco, a pesar de que tenía la competencia para ello por ser miembro principal de la junta directiva, tomó acciones para apersonarse de estas situaciones y contribuir de manera activa a evitar la pérdida del valor presente neto del proyecto y el logro de la entrada en operación de la hidroeléctrica dentro de las fechas programadas, aun cuando era evidente un atraso general de más de 8 meses y un atraso en el cumplimiento del hito 1(desviación del río Cauca) de 1 año.

Frente a los reproches realizados por la Delegada hemos de indicar que se presenta una grave conjetura que no encuentra sustento en las pruebas obrantes en el proceso, a más de que se hace una interpretación fragmentada de los medios probatorios en aras de sustentar esas conclusiones, lo cual resulta poco ortodoxo y altamente cuestionable, por lo cual haremos un pronunciamiento enérgico frente a las conclusiones plasmadas y las afirmaciones que sustentan las mismas, las cuales plasmaré en los siguientes acápites:

1. Le asiste razón a la Delegada cuando indica que se encuentra plenamente probado en el, proceso que los secretarios de despacho con asiento en la Junta Directiva de HI presentaban informes constantes al señor Gobernador sobre los diferentes problemas que presentaba la obra, tales como los atrasos, las demoras en la expedición de las reformas a la licencia ambiental, la necesidad de acoger una nueva estructura organizativa de la empresa, entre otros. Pero de este hecho válidamente probado no se infiere en modo alguno que el Gobernador no haya rendido instrucciones y directrices a sus subalternos, ni haya tomado una posición proactiva para la solución de los diferentes problemas planteados en el desarrollo del proyecto, y esta inferencia surge obligada de dos premisas fundamentales:

(1) Nadie que tenga un mediano juicio, solicita informes de la gestión de sus subalternos de manera escrita y semanal, para hacer una colección de éstos, o para simplemente obligarlos a realizar un ejercicio de síntesis.

Obviamente estos informes tenían el claro propósito de documentarse de cada uno de los proyectos, programas, líneas del plan de desarrollo, dificultades presentadas en las diferentes secretarías entre otros, para que en el consejo de gobierno realizado de manera semanal se discutieran los diferentes asuntos de interés para el adecuado seguimiento de las diferentes dependencias del Departamento de Antioquia, o se realizara de manera separada con los secretarios de despacho encargados de los diferentes temas de relevancia para el Departamento de Antioquia.

(ii) Adicionalmente, se acreditó con las declaraciones de los doctores León Jaime Gutierrez Uribe y Clara Luz Mejía Vélez, que el doctor Sergio Fajardo citaba a los secretarios para ampliar los informes y hablar sobre los diferentes temas de interés para la Gobernación de Antioquia.

Retomo la declaración del Dr. Gutierrez que fue reseñada por la Delegada a folios 1.132 del auto de imputación "el lunes de cada semana él tomaba líneas o le pedía al secretario que se quedara después; de hecho tenía reuniones permanentes-semanales-con ciertas dependencias, recuerdo que todos los miércoles era con la Secretaría de Infraestructura. El Gobernador siempre revisaba los informes, para el

lunes poder socializar, entender, comprender, y hablar con cada secretario en caso de que necesitara algo'.

Igualmente, en el consolidado de informes que fue entregado al doctor Fajardo Valderrama el 27 de enero de 2012, el cual se aporta como prueba de descargos, se resalta como en los temas que apoya la Secretaría Privada del Departamento de Antioquia, está la participación en las Juntas Directivas, y en este informe presentado se resaltan los mecanismos para hacerle seguimiento a todas las Juntas Directivas donde la Gobernación tenía asiento, entre ellas Hidroituango, del cual se extrae:

"Se definió el proceso de seguimiento a las Juntas Directivas y se inició con su ejecución. Este proceso consiste en: 1. Identificar Juntas Directivas y Consejos Directivos donde participa la Gobernación de Antioquia (todos los días aparecen nuevos consejos o juntas directivas de los cuales la Gobernación es miembro). 2. Revisar Estatutos. 3. Presentar propuestas de miembros al Gobernador. 4. hacer delegaciones 5. Informar a los delegados 6. Hacer seguimiento a los temas tratados en las juntas?'." (negrillas nuestras).

De las afirmaciones realizadas por el doctor Gutierrez Uribe, así como del informe presentado por la Secretaría Privada se acredita que en reuniones personales sostenidas con los secretarios de despacho con asiento en la Junta Directiva de HI, se ampliaban los informes y se discutían sobre los diferentes temas frente a los cuales era necesario brindar instrucciones y directrices por parte del Señor Gobernador.

2. Las instrucciones brindadas por un Gobernador normalmente se dan en reuniones personales y privadas sostenidas con sus subalternos, en donde se revisan cada uno de los temas de trascendencia e importancia para el Departamento de Antioquia, se revisan los problemas presentados y se brindan las instrucciones, directrices y recomendaciones necesarias para que el secretario, haciendo uso de estas herramientas presente una aptitud proactiva para la solución de los diferentes problemas.

Un buen gobernante no desplaza a los subalternos en sus cargos, pues confía en la labor realizada por éstos de cara a solventar de manera adecuada los diferentes problemas que se presentan en los proyectos y programas a su cargo luego de brindar las sugerencias y recomendaciones necesarias para lograr tal propósito.

Un buen gobernante dota de herramientas, consejos e instrucciones a sus subalternos, y hace seguimiento a los proyectos, para revisar si las directrices brindadas han sido acogidas y si las mismas están entregando resultados.

De ahí entonces que criticamos la postura realizada por el Despacho, cuando infiere que el comportamiento esperado del doctor Sergio Fajardo Valderrama era el asumir la competencia como miembro principal y apersonarse de las situaciones presentadas en el proyecto HI, como si las recomendaciones e instrucciones dadas por él no pudiesen ser revisadas y presentadas por sus subalternos. Esta hubiese sido probablemente la decisión que hubiese tomado un hombre arrogante, un gobernante sin gobernabilidad, un esclavo del ego que no fuese capaz de enfrentar las situaciones de una manera ponderada y presentar alternativas y propuestas de solución a los diferentes problemas que se estaban planteando al interior de la Junta Directiva HI y materializarlas a través de las directrices entregadas. Alguien que no tuviese la cordura, inteligencia ni tenacidad para enfrentar los problemas y darles solución sin generar controversias innecesarias que no llevaran a solucionar las dificultades sino a acrecentarlas, no hubiese merecido tener la dignidad ocupada por mi poderdante durante los cuatro años en que se desempeñó como Gobernador de Antioquia.

Un gobernante no se asusta con los problemas, le busca soluciones, se asesora, reconoce que no es un superhombre que todo lo sabe y todo lo puede, que las soluciones a los problemas técnicos deben ser estudiadas por quienes tienen la experticia para proponer estrategias para solucionarlos desde sus competencias y conocimientos.

Un buen hombre de negocios, como lo plantea la delegada, no es aquel que ante cualquier dificultad sale a vociferar y demandar, a escribir y proclamar que hay problemas, pero no busca soluciones sino que acrecienta las dificultades, por sus desaciertos, por la premura, la ligereza y la arrogancia.

Contrario a lo que considera el Despacho, un buen hombre de negocios sabe muy bien que el mejor aliado es el dialogo, la concertación, el compromiso, el apoyo, la confianza en el trabajo bien hecho, en las decisiones tomadas por expertos, aquel que reconoce sus limitaciones de conocimiento frente a temas especializados y deja hacer el trabajo a quienes lo saben hacer, aquel que no se impresiona con los problemas, sino que los analiza, los pondera y busca soluciones concertadas y efectivas que han sido previamente analizadas, revisadas y recomendadas por comités de expertos, como los encargados de hacerle seguimiento al desarrollo del proyecto.

Con acierto, la doctrina señala lo siguiente:

Los conocimientos actuales y potenciales del sujeto no definen si una conducta es o no imprudente, pues sólo constituyen un elemento integrante de la exigencia de cuidado. [ ] fundar la imprudencia en una consideración de previsibilidad que excluya elementos normativos, en un sentido radicalmente sicológico, aludiría a una posibilidad o capacidad de prever vacía porque no podría convertirse en una exigencia al sujeto de realizar determinada conducta Que el sujeto simplemente tenga la capacidad para hacer algo es irrelevante sin un adicional normativo que lo obligue, en atención a esa capacidad, a ejecutar u omitir una conducta

Considerado este elemento normativo en la misma noción de previsibilidad, entonces el recurso al concepto de cuidado es ineludible detrás de la previsibilidad siempre está la exigencia de comportarse cuidadosamente".

Por lo anterior, luego de poner en contexto de manera concisa los reproches formulados por la Delegada, por cuanto no pretendo agotar la disertación en este capítulo, revisaré por qué las soluciones propuestas por el Despacho para los diferentes problemas generados dentro del proyecto no se consideran acertadas y sí las analizadas e implementadas en la Junta Directiva de HI, y cómo de la mano de los diferentes informes presentados por los Secretarios de Despacho con asiento en la Junta Directiva de HI, además de quien fungía como suplente durante los años 2012 a 2013, (doctor Iván Mauricio Pérez Salazar), se fueron implementando las diferentes estrategias y soluciones, previa consulta, análisis y recomendación de los comités de expertos, para poder garantizar que la obra cumpliera con el cronograma, y que además presentara unos costos muy por debajo de los esperados, como en efecto se logró, prueba fehaciente, es necesario insistir, son los informes presentados por el reasegurador en Zurich", la firma Deloitte96, la firma Interventora97y las Actas de Junta Directiva de HI, durante los años 2016 a abril de 201898, momentos antes de producirse la contingencia.

En los acápites siguientes dedicaré la atención a escalonar cada uno de los problemas que son formulados por la Delegada, y a acreditar cómo de la mano de las directrices e instrucciones brindadas por mi poderdante, de la inteligencia, la mesura y la proactividad de sus Secretarios de Despacho con asiento en la Junta Directiva de

HI, y de su suplente nombrado por la Asamblea General Ordinaria", así como del análisis, revisión y estudio de los comités técnicos especializados, con un contratista comprometido como EPM, lograron obtener soluciones razonables y sustentadas desde sus componentes técnicos, financieros y legales.

Anticipo que frente a cada uno de estos reproches me pronunciaré de manera profunda en capítulos posteriores, y por ello, el primer análisis tan sólo estará orientado a constatar como las directrices brindadas por el doctor Fajardo Valderrama a sus subordinados y a los miembros suplentes (Gerente del IDEA) fueron implementadas, y como estas medidas resultaron realmente efectivas y eficientes.

Igualmente es prudente aclarar, antes de iniciar el análisis propuesto que, durante el año 2012, el doctor Sergio Fajardo Valderrama fue designado como miembro principal de Junta Directiva, y como suplente el Gerente del IDEA, cargo que ocupó inicialmente el doctor Horacio Vélez de Bedout, y posteriormente fue asignado el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar".

En este mismo año 2012 fue designada la doctora Maria Eugenia Ramos Villa, Directora de Planeación Departamental, como miembro principal de Junta Directiva y como suplente de ésta, al doctor Alejandro Granda, Subgerente Financiero del IDEA.

En este mismo año 2012 también fue designado como miembro principal el doctor Mauricio Alberto Valencia Correa, Secretario de Infraestructura Física del Departamento de Antioquia, y como suplente de este el doctor Tomas Molina, Secretario de Productividad y Competitividad del Departamento de Antioquia".

Para el año 2013, fue designado el Gobernador de Antioquia como miembro principal de Junta Directiva de HI, y como suplente de éste el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, Gerente General del IDEA.

Fue igualmente nombrada la doctora Maria Eugenia Ramos Villa, como miembro principal, y como suplente de la misma, el doctor Tomás Molina. Para este mismo año 2013, fue designado el doctor Mauricio Valencia como miembro principal de Junta Directiva y como suplente el doctor Alejandro Granda".

Para el año 2014, fue designado como miembro principal de Junta Directiva de HI el doctor Fajardo Valderrama, y como suplente de éste el doctor Sebastian Alvarez Diaz, Gerente de Proyectos Estratégicos de la Secretaria de Infraestructura Física del Departamento de Antioquia.

En este mismo año 2014 fue designada la doctora Maria Eugenia Ramos Villa como miembro principal de Junta Directiva y como suplente de la misma, el doctor Jaime Ignacio Velilla, Secretario de Productividad del Departamento de Antioquia.

Igualmente fue designado el doctor Ivan Mauricio Pérez Salazar como miembro principal de Junta Directiva de HI y como suplente de este, el doctor Alejandra Granda.

En el año 2015, el doctor Sergio Fajardo Valderrama fue designado como miembro principal de Junta Directiva, y fue nombrado suplente de éste, el doctor Rafael Nanclares Ospina.

En este mismo año 2015 fue elegida como miembro principal de Junta Directiva de HI a la doctora Maria Eugenia Ramos Villa, y fue designado como suplente de esta el doctor Carlos Andrés Pérez Diaz, Secretario Privado del Departamento de Antioquia.

Para este mismo año 2015 fue designado el Gerente del IDEA como miembro principal de Junta Directiva, cargo ocupado en ese momento por el Dr. Alejandro Granda, y como suplente de este el Sub-gerente de Inversiones y Cooperación del IDEA.

Dejando claro lo anterior, procederé a examinar cada uno de los reproches irrogados por la Delegada, a señalar las directrices brindadas por mi poderdante de cara a implementar mecanismos y soluciones que permitieran enfrentar cada uno de los problemas que se presentaron durante los cuatro años de su gobierno, así como la forma en que fueron implementadas dichas directrices por parte de sus Secretarios de Despacho, su suplente y en general por quienes ostentaban una subordinación jerárquica en el gabinete departamental.

R/: En este punto el Despacho se remite a lo resuelto líneas atrás y a la valoración probatoria realizada y se reitera que la vigilancia sobre los subalternos no podía limitarse a simplemente recibir información y realizar anotaciones al margen sino que debieron darse instrucciones efectivas que contribuyeran a conjurar el daño.

***1. Primer reproche: desechar el informe de estructura administrativa y de seguimiento al BOOMT propuesto en el informe presentado por PENTA**.*
Este reproche formulado por la Delegada, se concreta en que durante el año 2012, se debía definir la estructura administrativa de Hidroituango para atender en debida forma el rol de vigilancia y control al BOOMT, por lo cual consideró que el desechar el informe de PENTA, que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, "diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango'.
Frente a lo expresado por el Despacho es necesario hacer dos precisiones fundamentales:
1. El informe de PENTA no fue desechado, éste se acogió en cuanto a la propuesta organizacional y de seguimiento, lo que no se consideró adecuado fue el sistema de seguimiento Business Inteiligence - BI para el manejo de la información recomendado por la mencionada empresa.
2. Posterior al acogimiento de la estructura administrativa propuesta por PENTA, en el año 2017, no se establecieron nuevos cargos ni se asignaron nuevas funciones para fortalecer el seguimiento al BOOMT, simplemente se crearon dos cargos, con la finalidad de institucionalizar a través de la planta de HI, funciones que venían desempeñando dos contratistas, esto es, crearon los cargos y les asignaron funciones, las cuales ya venían desarrollándose en la práctica por dos profesionales contratados a través de contratos de prestación de servicios.
Así como tampoco, durante el año 2017, se acogió el sistema Business Intelligence-BI, toda vez que esté siempre se consideró inadecuado para hacerle el seguimiento al BOOMT.
Realizadas las precisiones anteriores, es necesario revisar y contextualizar cuál fue la orientación y directriz entregada por mi poderdante frente a los informes que fueron presentados por la doctora Maria Eugenia Ramos, Directora de Planeación Departamental, y el Gerente del IDEA, doctor Ivan Mauricio Pérez, sobre la necesidad de definir la propuesta organizativa de Hidroituango para hacerle seguimiento al contrato BOOMT, de qué forma se presentó esta propuesta a la Junta Directiva de HI, y como fue implementada la misma.

Finalmente explicaré por que el reproche presentado por la Delegada no tiene sustento, a más que la solución que ésta considera acertada, de prima facie se advierte inconveniente, ineficiente y antieconómica.

Del informe presentado por la doctora Maria Eugenia Ramos Villa para la preparación del Consejo de Gobierno, en fecha 27 de enero de 2012105, se extrae lo siguiente:

"Informe 27-01-2012 (Planeación)

"Junta Hidroituango

•"El miércoles pasado en Junta de Hidroituango se propuso por parte de EPM que la empresa Hidroituango sea revisada en su estructura administrativa y financiera ya que tiene un costo de funcionamiento anual que supera los 2.000 millones con funciones que se duplican con la interventoría y la auditoría externa. No se plantea liquidar la empresa como erróneamente se entendió por algunos empleados sino revisar un estudio que se contrató el año pasado y mantener sólo la estructura básica esencial. En Asamblea extraordinaria en los próximos días se nombrará nueva Junta Directiva".

En reunión sostenida entre mi poderdante y la doctora Ramos Villa, fue informado por parte de ésta, que la estructura organizativa de Hidroituango debía redefinirse debido al nuevo rol que empezó a ejercer la sociedad luego de suscribirse el contrato BOOMT.

Que habiéndose presentado una propuesta de reorganización por parte de la empresa PENTA, la anterior administración había diferido la decisión final de la estructura de la empresa a la nueva Junta Directiva.

Además, se comunicó que la propuesta de PENTA, recomendaba la implementación de un sistema de seguimiento denominado Business Intelligence - BI para el manejo de la información. Sin embargo, los anteriores Gerentes de HI, habían advertido que con la finalidad de conocer, recibir y analizar la información que suministra EPM Ituango, en HI se había programado la Intranet Corporativa y se habia elabado (SIC) un Cuadro de Mando Integral para manejar la informacion del contrato BOOMT, considerando que el programa BI implica tiempo y recursos económicos importantes, y que además su manejo no resulta tan eficiente para el control del BOOMT, por lo cual consideraban que el sistema GANT y el tablero de mando elaborados por la Empresa, podian suministrar la información suficiente que Hidroituango requería para la verificación del BOOMT.

Ante la información suministrada por la doctora Maria Eugenia Ramos, se definió hacer reuniones entre los miembros de Junta Directiva para encontrar criterios e identificar el modelo organizacional más acertado.

La directriz que fue trazada para realizar el informe preliminar en torno a la necesidad de redefinir la nueva estructura organizacional de conformidad con el nuevo rol que debía cumplir Hidroituango, fue comunicada al entonces Gobernador Fajardo Valderrama, en informe semanal presentado el viernes 24 de febrero de 2012, por la directora de planeación del cual se extrae:

• "En la última Junta de Hidroituango quedamos con el compromiso Gobernación/EPM de revisar la estructura administrativa de la Empresa; la primera impresión es que es una empresa sobredimensionada: su único objetivo hoy es hacer el seguimiento del contrato de ejecución de proyecto suscrito con EPM y son 17 personas con un costo anual de $2.000 millones. Horado Vélez me manifestó que en la Junta del IDEA se había tocado el tema y que no quieren que se toque esta estructura; yo no estoy de acuerdo y así se lo dije a Horacio; siento que se necesita y se puede tener una estructura mucho más liviana del orden de 6 a 8 personas para

hacer la tarea de seguimiento; es como el Olaya Herrera cuando se entregó en concesión: se redujo su planta de personal pues sus tareas también se redujeron a hacer seguimiento a la concesión. El próximo jueves hay Junta de HI y Horacio y yo nos reuniremos el lunes para analizar este tema". (negrillas nuestras)

Luego de examinar detenidamente los informes presentados por la doctora Ramos Villa, y de definir cuál era la mejor decisión, se recomendó hacer el seguimiento y control del BOOMT con el personal actual con que contaba la empresa, y empezar a realizar una revisión de los perfiles y competencias y la propuesta organizativa presentada por PENTA, además de la revisión y comparación entre el sistema que se encontraba implementado para hacerle seguimiento al BOOMT, y el Business Intelligence— BI recomendado por la mencionada empresa, toda vez que era muy prematuro asumir una decisión, dado los altos costos que implicaba la implementación de éste, además que la instalación, ajustes y puesta en marcha tardaba cerca de dos (2) años.

En las reuniones de seguimiento realizadas entre el señor Gobernador y los secretarios de despacho, se consideró que lo más prudente era adelantar un estudio interno por el gerente y el equipo directivo de Hidroituango, para examinar la propuesta presentada por PENTA, tanto a nivel organizacional como de implementación del programa de seguimiento y control al BOOMT, y revisar de manera detallada la conveniencia, oportunidad, y viabilidad técnica y económica de acoger las proposiciones expuestas por esta empresa, para lo cual se debía dar cuenta de las conclusiones a las cuales se llegara luego de agotar el estudio a través de un informe presentado a la Junta Directiva.

Las recomendaciones que fueron realizadas por el doctor Fajardo Valderrama a sus subalternos, fueron trasladadas por éstos al interior de la Junta Directiva de Hidroituango, tal como se aprecia en la reunión de este órgano corporativo en el Acta número 131 del 25 de abril de 2012108, del cual se extrae como relevante que se presentó un informe por el Gerente encargado, Dr. OSCAR JARAMILLO, en el cual señala que una vez definido el rol de la sociedad, de cincuenta y ocho empleados con los cuales contaba la sociedad HI, se realizaron procesos de negociación y retiros voluntarios quedando a la fecha con una planta de personal de quince (15) empleados, aclarando que: "el rol de verificación se viene realizando desde la suscripción del BOOMT y con los actuales empleados se han redistribuido las funciones para efectuar ese seguimiento y compromiso contractual'.

Luego de llevar a cabo esta Junta Directiva, la doctora Maria Eugenia Ramos Villa presentó el informe semanal de seguimiento de fecha viernes 27 de abril de 2012, en el cual resaltó la necesidad de realizar una reunión donde se estudiara la estructura que debía acoger Hidroituango, así se extrae de lo expresado allí: "Junta de Hidroituango "El miércoles hubo junta. Es urgente tomar una decisión con usted y los que hacemos parte de la junta (Mauricio Pérez, Mauricio Valencia y yo) y con Federico Restrepo sobre la estructura administrativa ideal de esta empresa ante su nuevo rol así como la nueva escala salarial ya que la que existe hoy es demasiado alta y no se compagina con otras empresas de la Gobernación ni con la escala salarial de la misma gobernación. También es importante contar con un gerente en propiedad""°.

El doctor Iván Mauricio Pérez en calidad de suplente designado del Gobernador, y además como Gerente del IDEA, también presentó el correspondiente informe tal como se revisa en la página 51 del informa semanal de seguimiento de fecha viernes 27 de abril de 2012, del cual se extrae el siguiente acápite:

"HIDROITUANGO:

"El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos"1".

Tal como se había previsto en las anteriores reuniones, la Junta Directiva delegó en el nuevo gerente Dr. John Alberto Maya Salazar la revisión del estudio realizado por la empresa PENTA, en cuanto al modelo de la estructura organizacional y el nuevo sistema propuesto para hacerle seguimiento al contrato BOOMT.

En reunión de Junta Directiva realizada el día 31 de octubre de 2012, conforme consta en el Acta 134, el doctor Maya Salazar, siguiendo las instrucciones de este órgano de dirección, hizo la presentación sobre la definición de la estructura administrativa de HI, el cual permite afrontar el nuevo rol de la sociedad con la ejecución del contrato BOOMT por un tercero, para ello tuvo en cuenta las labores de la empresa antes de dicho contrato, la propuesta del consultor PENTA Desarrollo Organizacional, y el análisis de su equipo de trabajo113(pág. 5).

En esta presentación, el señor Gerente expuso que la planta de personal requerida no implica la aplicación de la figura del Bussines Inteligence por costosa y porque con el personal adecuado y la plataforma de información que ha dispuesto EPM es suficiente, igualmente presentó los perfiles requeridos para el personal propuesto y la escala salarial114 (pág. 5).

Es necesario precisar, que la implementación del sistema Business Intelligence— BI recomendado por PENTA, y que la Contraloría sugiere que debió acogerse para realizar un seguimiento adecuado al proyecto, no resultaba conveniente por cuanto el mismo no permitía hacer un seguimiento simultáneo a los tres cronogramas.

Además, existía un sistema de control eficiente y confiable para hacerle seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas del Contrato BOOMT, el sistema GANTT, el cual fue modelado y complementado por tres métodos para estimar el avance de obra: a) Avance Físico o espacio — temporal, b) Conceptual según la complejidad constructiva, c) Por pesos específicos considerando los costos de cada una de las actividades y su porcentaje de participación en el presupuesto de referencia del proyecto establecido en el BOOMT, ajustado según los costos reportados por EPM I en la confección de su cronograma.

Este sistema había sido diseñado para hacerle control al contrato BOOMT de acuerdo con las tres curvas establecidas en los diferentes cronogramas, programa que fue implementado por EPM para darle alcance y cumplimiento a la obligación contractual establecida en el anexo 6.12, en donde se establece el acceso a la información por parte de Hidroituango, y que permitía un seguimiento constante al proyecto, por lo cual no resultaba una decisión acertada implementar el sistema Business Intelligence — BI recomendado por PENTA, y que la Contraloría sugiere que debió acogerse para realizar un seguimiento, por cuanto éste no garantizaba el seguimiento al proyecto en los diferentes cronogramas establecidos, y además resultaba altamente costoso, lo cual hubiese sido decisión antiecónomica e ineficiente; pues el reemplazar un sistema que se encontraba operando y que garantizaba un mejor seguimiento, por otro, que a la postre no permitía un seguimiento adecuado al proyecto, y además invertir una gran cantidad de dinero, no hubiese sido una decisión acertada.

Ahora bien, como PENTA había presentado varias propuestas de organización para la empresa HI, se acogió una de las propuestas presentadas por el consultor, procediendo a implementar una planta de personal de 16 personas (la que sugirió

PENTA era de 13 personas), y se complementaron algunas actividades de revisión a través de personal contratista para cumplir con un adecuado seguimiento al BOOMT. Se reitera así mismo, que en el año 2017, no se asumió el sistema Business Intelligence — BI recomendado por PENTA, ni se incrementaron las labores de revisión y control del BOOMT, a través de la vinculación de nuevas personas, simplemente se crearon dos cargos, para vincular a dos contratistas que venían desempeñando labores asociadas al seguimiento del BOOMT a través de contratos de prestación de servicios, para evitar los riesgos generados con este tipo de contratatación, tal como se explicará en extenso al presentar las explicaciones frente a cada uno de los reproches realizados a mi poderdante.

R/: En primer término, resulta importante precisar que en relación con la adopción de la estructura administrativa para Hidroituango no obra prueba alguna de que el señor Gobernador haya dado instrucciones sobre el particular. En los informes semanales que presentaban los secretarios de Despacho al Gobernador, sobre el particular, se encuentra lo siguiente:

Informe semanal del 27 DE ENERO DE 2012: PLANEACIÓN-JUNTA HIDROITUANGO: "• El miércoles pasado en Junta de Hidroituango ***se propuso por parte de EPM que la empresa Hidroituango sea revisada en su estructura administrativa y financiera ya que tiene un costo de funcionamiento anual que supera los 2.000 millones con funciones que se duplican con la interventoría y la auditoría externa****. No se plantea liquidar la empresa como erróneamente se entendió por algunos empleados sino revisar un estudio que se contrató el año pasado y mantener sólo la estructura básica esencial. En Asamblea extraordinaria en los próximos días se nombrará nueva Junta Directiva.*

• Se estableció un contacto nuestro con EPM Ituango para que nos presentaran las obras y acciones planteadas para ser ejecutadas por cuenta del proyecto en los 10 municipios asociados con el embalse, de aquí al 2018. Nuestra idea es entender muy bien qué se hará con cargo a los USD 240 millones que es la valoración del Plan de Manejo Ambiental y cuándo se hará y cómo podemos generar sinergias con nuestro Plan de Desarrollo. TAREA!!"

Así mismo, en el mismo informe, el IDEA reporta lo siguiente:

IDEA- PRIMERA JUNTA DE HIDROITUANGO: El día martes 24 de enero se realizó la Junta Directiva de la Empresa Hidroituango en la Sala de Juntas de la Gerencia General del IDEA, invitación del Instituto, con asistencia completa de Socios. Cambio de ambiente, agradecimientos a Juntas Anteriores y Pendientes.

Así mismo, en relación con el personal que conformaba Hidroituango

En el informe semanal de fecha 24 de febrero de 2012, PLANEACION-JUNTA DE HIDROITUANGO Y ASAMBLEA METO DE MEDELLÍN se lee: *"En la última Junta de Hidroituango quedamos con el compromiso Gobernación/EPM de revisar la estructura administrativa de la Empresa; la primera impresión es que es una empresa*

sobredimensionada: su único objetivo hoy es hacer el seguimiento del contrato de ejecución de proyecto suscrito con EPM y son 17 personas con un costo anual de $2.000 millones. Horacio Vélez me manifestó que en la Junta del IDEA se había tocado el tema y que no quieren que se toque esta estructura; yo no estoy de acuerdo y así se lo dije a Horacio; siento que se necesita y se puede tener una estructura mucho más liviana del orden de 6 a 8 personas para hacer la tarea de seguimiento; es como el Olaya Herrera cuando se entregó en concesión: se redujo su planta de personal pues sus tareas también se redujeron a hacer seguimiento a la concesión. El próximo jueves hay Junta de HI y Horacio y yo nos reuniremos el lunes para analizar este tema".

En el informe semanal de fecha 27 de abril de 2012, PLANEACIÓN-JUNTA DE HIDROITUANGO se lee: El miércoles hubo junta. ***Es urgente tomar una decisión con usted*** *y los que hacemos parte de la junta (Mauricio Pérez, Mauricio Valencia y yo) y con Federico Restrepo sobre la estructura administrativa ideal de esta empresa ante su nuevo rol así como la nueva escala salarial ya que la que existe hoy es demasiado alta y no se compagina con otras empresas de la Gobernación ni con la escala salarial de la misma gobernación. También es importante contar con un gerente en propiedad.*

En el mismo informe el IDEA reporta en relación con la Junta Directiva de Hidroituango, lo siguiente: HIDROITUANGO: El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos.

Por último, en el informe de fecha 9 a 13 de julio de 2012, se lee: Junta Directiva Hidroituango: Se llevó a cabo el día martes la Junta Directiva de Hidroituango, se trataron temas Informe de Avance del BOOMT, Informe de Zona Franca, Informe de Seguridad en la Zona del Proyecto, Consideración incremento salarial para HI, Definición de la Estructura Administrativa de HI, Nombramiento del gerente para HI. Después de lo cual, en ninguno de los informes allegados se toca nuevamente el tema, tampoco de las pruebas obrantes en el plenario se observa que haya existido pronunciamiento alguno del señor Gobernador sobre el particular ni que posteriormente haya solicitado información sobre las determinaciones finales que se tomaron sobre el particular.

De manera puntual sobre esto se le preguntó al testigo *Mauricio Valencia quien expresó lo siguiente:"(…) PREGUNTADO: quisiera hacerle una pregunta sobre los temas puntuales que le puso de presente en su momento a la Dra. Ramos en enlace pues diferentes informes semanales que rendían los secretarios del despacho al gobernador. El primero está referido al tema de la estructura administrativa del proyecto, yo quisiera saber en alguna de las de las reuniones semanales pero informa al señor gobernador que este tema es muy importante es de tratar y que deben hacer reuniones con el con usted en su nombre en esta acta para efectos de determinar cuál debe ser la actitud administrativa de Hidroituango para cumplir con el rol que tiene el seguimiento del contrato de BOOMT. yo quisiera que nos contara un poco si usted presenció tienen esa reunión Si se hizo la reunión y las instrucciones que dio el señor Fajardo. CONTESTADO. sí señora contralora que digamos de manera puntual y a través de la delegación que tuvimos desde el mes de febrero del 2012 para actuar como delegado por parte del gobernador en los temas*

*inherentes del desarrollo del proyecto y pues en las diferentes juntas y en las diferentes reuniones que tuvimos teníamos con el proyecto virtual con los representantes de epm quienes fungían pues como los ejecutores del proyecto a través de los contratistas nos presentaban una serie de informes. De hecho y creo que es muy importante señora contralora en las actas como usted muy bien lo dice reposan parte de los testimonios del seguimiento que le hacíamos pues tanto la doctora María Eugenia Ramos como como yo en su momento de este año estuve como representante y exigiéndole de manera reiterativa y por parte digamos delegados del señor gobernador Sergio Fajardo y exigiéndole a epm un seguimiento exhaustivo, riguroso muy preciso frente al tema como de la estructura de trabajo frente al tema del seguimiento de los hitos fundamentales del proyecto. DESPACHO: le voy a pedir el favor de contestarme de manera puntual sobre lo que le estoy preguntando específicamente sobre las discusiones de la estructura administrativa de Hi, para hacer el seguimiento y esa reunión en la que se menciona su nombre y en la que se menciona su nombre y que el gobernador es debía atender ese tema se realizó y si usted recuerda qué pasó en esa reunión, que instrucciones dio el gobernador expresamente sobre este tema en particular de la estructura administrativa. CONTESTADO**. no pues realmente puntualmente señora contralora sobre puntual sobre el tema de estructura administrativa no recuerdo específicamente con precisión esa reunión de la cual hace usted mención".***

Así mismo en relación con el tamaño de la planta de personal de hidroituango y los costos que la misma implicaba el Gobernador tampoco indagó nada adicional, aún, cuando como lo dijo el señor **Jairo Hernán Ramírez Gómez, en su testimonio en el cual expresó:**

> "(…) la información que se empezó a dar a **Junta *Directiva cuando hubo cambio de administración en el año 2011 a 2012, era que Hidroituango era una sociedad muy costosa y creo que en una junta alcanzaron a hablar que costa 10 mil millones de pesos mensuales, perdón anuales, cuando esto era completamente falso, los salarios y el personal de Hidroituango en la parte administrativa salarial con prestaciones no costaba toda esa plata, lo que si costaba 10 mil millones de pesos mensuales tal vez, perdón anuales, eran los costos de gerenciamiento de EPM que esos si eran muy altos, solamente los de gerenciamiento porque después todos los costos eran cargados al costo del proyecto, y eso si era, los diez mil millones era más o menos de 45 o 60 días era lo que costaba EPM, no la sociedad Hidroituango, entonces hubo una confusión con eso**, razón por la cual al Gobernador le informaban que Hidroituango era muy costosa, que había que tomar una decisión, entonces me disculpan, pero fue más o menos lo que yo ví en su momento, porque muchas de las cosas solamente las conocí después de que la Contraloría emitió su informe. PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Usted recuerda cuánto podía costar realmente la planta de personal y el mantenimiento administrativo de Hidroituango antes de la reforma que hicieron, después del 2012. CONTESTADO. Si, la voy a ilustrar en lo siguiente. Cuando Hidroituango empezó, en la sociedad nos empezamos a organizar como una empresa que efectivamente iba a construir, operar y mantener el proyecto, **entonces comenzamos a hacer simulaciones y empezamos a vincular personal, es más se creó una plaza en su momento para el tamaño de lo que pensaba hacer de 39 personas, 39 funcionarios, pero resulta que más***

> ***adelante cuando comenzó el proyecto a crecer y los acuerdos entre socios y ya pensamos en la subasta, porqué se pensó en la subasta, porque se encontró que la Sociedad Hidroituango no tenía el músculo financiero para construirlo ni los socios, salvo EPM, porque ni el IDEA ni el Departamento y sobre todo porque cualquier inversión o cualquier préstamo que se lograra conseguir para construir para el proyecto, a la Gobernación y al IDEA les iban a arrancar su capacidad de endeudamiento, entonces ahí fue cuando surge primero el proceso de subasta y luego la decisión de que sea EPM. En ese trascurso de tiempo creo que Hidroituango llegó a una planta de personal de 54 personas por muy poco tiempo.*** *Desafortunadamente no tengo en estos momentos ese presupuesto de esa época, pero entonces ya entra el BOOMT, se adjudica y empieza esto a trabajar y a Hidroituango a ejercer sus funciones. Es el año 2011, muy crítico porque paralelamente está el estudio de PENTA, Hidroituango con una planta de personal de 54 o 55 personas, algunas ante la decisión tomada de que el proyecto lo hiciera EPM Ituango, entonces algunos funcionarios se fueron retirando y quedaron como 42 de los cincuenta y pico y de esos entonces había que empezar ley de garantías en junio 29 del año 2011, PENTA trabajando por un lado, nosotros con ley de garantías y con una nómina para aguantarla ahí 6 meses mientras terminaba ley de garantías, pues iba a hacer algo muy costoso. Entonces decidimos pensar en un plan de retiro voluntario para que esa nómina se adelgazara más o menos hasta, quedó como con 17 y luego con el tiempo ir vinculado a otras 7, para quedar con un estimativo de 24 personas que necesitaba Hidroituango. En otras palabras, la nómina pues de Hidroituango en un principio yo creo que no es tan trascendental porque íbamos hacer los constructores y luego fue avanzando con estas cosas. Se dio el plan de retiro voluntario, pasó la ley de garantías y en noviembre de 2011, presentamos a Junta Directiva, la propuesta, ya con el estudio final de PENTA, con las 4 alternativas y una propuesta de Hidroituango si mal no recuerdo de 24 plazas. La planta de PENTA, sin Business Intelligence y sin tercerización de procesos era una planta de 33 funcionarios".*

Ahora bien. En este punto se encuentra probado que desde el Acta 128 de 30 de noviembre de 2011 – con posterioridad a la suscripción del contrato BOOMT-, se presentó el informe PENTA para la estructura de Hidroituango, así como la propuesta de la administración y se decidió que sería la nueva junta, la encargada de tomar dicha determinación.

Cabe recordar que el Estudio Penta sugería cuatro alternativas dependiendo de dos variables: el Business Intelligence y la tercerización de algunas actividades. Al respecto se indicó en acta 128 de 30 de noviembre de 2011, por la Administración de HI, lo siguiente: *"Considera que el informe es acertado en términos generales con relación a la estructura propuesta, para efectos del nuevo rol y condición de verificación del contrato. La Administración quiere presentar unos ajustes mínimos a la propuesta de Penta, basados en el estudio que ha venido realizando y la experiencia y el conocimiento que le han dado los meses transcurridos después de la suscripción del BOOMT, ajustes que pondrá a consideración de la Junta Directiva*". Así mismo se indicó en la sesión, lo siguiente*: "A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un*

Bussiness Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer en tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas, está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas".
Ahora bien los objetivos del informe que sobre el particular realizó PENTA fueron los siguientes:

> "*Definir y construir unas Estructuras de procesos y administrativa que le permitan a Hidroituango la verificación del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato BOOMT, y que le garantice desarrollar y ejecutar las actividades necesarias para realizar una verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación y mantenimiento, explotación y restitución de la central hidroeléctrica, incluyendo el soporte institucional y corporativo requerido para realizar una óptima y adecuada gestión.*
> *Construir la estructura de cargos para una adecuada y óptima gestión definiendo los conocimientos, experiencias y responsabilidades requeridas para cada cargo.*
> *Dimensionar la planta de cargos requerida para el funcionamiento normal de HIDROITUANGO lo cual incluye además de la verificación técnica, financiera y legal descrita anteriormente, el soporte institucional y corporativo requerido para su gestión".*

El informe Penta al realizar el diagnóstico de lo que se pretendía tuvo en cuenta tanto a Hidroituango como a EPM[389] e identificó lo siguiente:

> "*Hay unanimidad y alineación entre EPM e Hidroituango en que* ***la misión de HI debe ser la de verificar y controlar las diferentes obligaciones establecidas en el contrato BOOMT.*** *Se hizo énfasis en que* ***no puede existir una Coadministración****.*

[389] Lo anterior contrasta lo afirmado por el testigo Jairo Hernán en el sentido de considerar que a la sociedad hidroituango no se le permitió intervenir la elaboración del informe PENTA. Lo que es contradictorio con lo que él mismo dijo, en el sentido de que existía una comisión de junta directiva de Hi el testigo sobre el particular expresó: "*Esto se llevó a comité de contratación en la sociedad Hidroituango y también se le informó a la Junta Directiva de la Sociedad. Siguiendo con ese mismo orden,* ***la Junta Directiva de la Sociedad ordenó de que el contratista no interactuara con la sociedad Hidroituango sino con una comisión de Junta y efectivamente así empezó PENTA a trabajar creo que con reuniones semanales o cada 10 días, yo no estaba enterado de esos avances porque a la Sociedad le habían prohibido interactuar con el contratista*** *y ya más adelante empezaron a manifestarse una serie de inconvenientes porque el contrato necesitaba un supervisor y ese supervisor o interventor era una persona de Hidroituango debidamente probada y capacitada para manejar todos los temas también relacionados con estructuras, plantas de cargos y dimensionamiento, pues tenía amplia experiencia en ese asunto, entonces era la persona más indicada para interventor.* ***Entonces en una Junta posterior se autorizó la figura de que entrara el supervisor tuviera algún contacto y que todas las relaciones se manejaran entre el Gerente de la sociedad y la comisión que la Junta había designado*** *Es así como empiezan a darse una serie de sucesos como ya el primer pago, la ampliación de plazo del contrato, que era una suma así como de 100 millones de pesos,* ***el contratista presenta a las comisiones de junta y a la Junta todos sus avances, recibe su retroalimentación por parte de ellos y ya finalmente le dicen que haga la multiplicación o la experticia donde se veían los resultados del estudio y que lo muestre a la sociedad Hidroituango, es donde yo me entero, me empiezo a enterar de cómo va el estudio****, simplemente me enteraba a partir de unas reuniones de presentación de ellos"*

*- Hay unanimidad en que la razón de ser de **EPM Ituango** es la establecida en el contrato: **Ejecutar el proyecto**: Build, Own, Operate, Maintain and Transfer.*
- Los actores claves consideran que la relación entre Hidroituango y EPM Ituango debe ser:
*o Relación **de tipo informativo a través de libro abierto y comités**.*
o Relación de confianza, la cual debe generar una estructura interna de HI más liviana
*o **Relación de verificación, control y vigilancia del contrato en temas financieros, técnicos, legales y ambientales**.*
*o **Relación en la que debe primar la representación de los intereses de los dueños de HI.***
*o **HI debe dar alarmas** pero no definir pasos a seguir.*
*o **No control previo**.*
- Los actores entrevistados consideran que los puntos críticos de la relación son:
*o **Cumplimiento del cronograma a través del cumplimiento de los Hitos.***
o Se entiende que el proyecto inició con un atraso.
o Tenencia a tiempo de los recursos ($ requerida en el momento oportuno)
o Control de costos a través de organización internacional.
*o **Control de rentabilidad del proyecto***
*o **Garantía de cierres financieros***
o Cambios en la administración pública.
o Costos de operación de HI
o Control de la matriz de riesgos.
*o **Claridad en los roles de cada parte**.*
*o **Tener una estructura adecuada con los perfiles requeridos***
*o **Sistemas de información**.*
- Así mismo, consideran que estos puntos críticos se pueden prevenir:
o Generando confianza
o Conociendo la legislación ambiental
o Información actualizada del entorno político.
*o **Continuidad del proyecto sin cambios drásticos**.*
o Información clara y abierta.
- Ante la pregunta de cómo considera que se debe organizar Hidroituango, contestaron:
*o **Organización mínima y liviana, de acuerdo a las necesidades para la ejecución de su misión***
*o **Estructura eficaz y eficiente.***
o Gran capacidad de buscar aliados y/o outsourcing para temas críticos – contratar para cada hito" (Negrilla y Subrayado del Despacho)

Así mismo, concluye Penta que *"Después de analizar las obligaciones del contrato, los entendimientos de los actores claves entrevistados y los diferentes modelos de negocio de los tres tipos de empresa (Auditoras, Verificadoras, Holding), PENTA concluyó que **el modelo organizacional debe parecerse al de una especie de empresa holding, que verifica el desempeño de sus unidades estratégicas**". Aclarando que no es un parecido legal, pero que, gracias a estudiar la forma en que trabaja una holding, podemos **sugerir el trabajo a partir de una plataforma de Business Intelligence**".*

Adicional a lo anterior, en el informe final de Penta, se lee lo siguiente:

> "*El **objeto social** de la empresa es: La promoción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y comercialización de la energía de la Central Hidroeléctrica Ituango a nivel nacional e internacional.*
> *Su **misión** es: **Diseñar y construir la Central Hidroeléctrica Ituango, garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018 y comercializar su energía. Todo ello con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental**.*
> ***Su visión** es: **En diciembre de 2018, HIDROITUANGO S.A. E.S.P., será generadora y comercializadora de energía, altamente competitiva en el mercado nacional e internacional. Será ejemplo por sus aportes al manejo armónico del medio ambiente y su compromiso con el desarrollo social y económico de las comunidades que lo rodean, impactando positivamente a la región, a Antioquia y a Colombia.***
> *A partir del estudio del marco estratégico de Hidroituango, concluimos que desde la firma del contrato BOOMT, **el rol fundamental de Hidroituango cambia radicalmente, pasando de ser el responsable directo en la construcción y financiación del proyecto, a ser el responsable de la verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación, mantenimiento, explotación y restitución de la Central Hidroeléctrica, es decir, del cumplimiento del contrato BOOMT firmado con EPM ITUANGO**.*
> *Teniendo en cuenta lo anterior y, analizada la documentación, los diagnósticos y el contrato, consideramos que Hidroituango tiene la necesidad de verificar 5 puntos fundamentales durante la ejecución del contrato, **de acuerdo con su razón de ser y para asegurar sus ingresos y resultados futuros:***
> *• **Cumplimiento del cronograma de actividades a través de un plan de verificación.***
> ***• Ejecución de costos.***
> *• Esquema de financiación (disponibilidad de capital).*
> *• Gestión ambiental y gestión social.*
> ***• Modelo financiero del contrato**.*
> *Con base en lo anterior, durante la ejecución del contrato, Hidroituango puede tomar 4 tipos de decisiones fundamentales:*
> *1. **Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***
> *2. Modificar el contrato.*
> *3. Modificar los términos del modelo financiero distintos de los establecidos en el contrato.*
> *4. Hacer efectivas las garantías de cumplimiento*
> *Teniendo en cuenta esto, Hidroituango debe tener una estructura organizacional y de procesos **que le permita tener toda la fundamentación necesaria para tomar decisiones, derivadas de la verificación de los aspectos fundamentales**".*
> *"(…)*
> *Al analizar el contrato y los roles de todos los actores claves alrededor del mismo, consideramos que Hidroituango no debe ser una empresa auditora, sino VERIFICADORA. **Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las***

> ***diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato****" (ver mapa punto 2.2.).*
> *Vista, entonces, de esta manera, el rol primordial de Hidroituango es verificar que el contratista (EPM Ituango) cumpla con los compromisos adquiridos en el contrato BOOMT. Los clientes fundamentales de HI son sus propios accionistas. Por lo anterior,* ***HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT****.*

Específicamente, en relación con el BI el informe dice lo siguiente:

> *"Como mencionábamos anteriormente, además de la estructura y procesos* ***recomendamos que Hidroituango contrate una consultoría para el diseño de un sistema de BUSINESS INTELLIGENCE, el cual, a partir de la información proporcionada por EPM Ituango, le entregue a la Gerencia General y a las 3 direcciones de Hidroituango información organizada para su gestión y les proporcione un sistema de indicadores*** *(Balanced Score Card).*
> *Para este efecto, recomendamos que HIDROITUANGO desarrolle una primera fase en la cual los actores claves determinen el CUADRO DE MANDO INTEGRAL que requerirán tener, para cumplir con sus objetivos de verificación, y que éste se revise con EPM para asegurar la disponibilidad de los datos y la información en los sistemas de esta empresa. Adicionalmente, Hidroituango debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:*
> *1. Recomendamos comenzar a definir los términos de referencia para que se inicie el proyecto a la menor brevedad posible.*
> *2. Es recomendable trabajar en equipo con EPM para asegurar que se obtenga un sistema de BI eficaz:*
> *a. Mostrar los pliegos a EPM antes de empezar el proceso de contratación para aprovechar su experiencia.*
> *b. Asegurar que el contratista se acogerá a la plataforma IBM que tiene EPM para poder acoplar a EPM- Ituango.*
> *c. Solicitar que los proponentes hayan trabajado con EPM porque facilita el proceso de enseñanza y agiliza los diseños de cubos para el "data mining" en las bases de datos de EPM relacionadas con EPM ITUANGO.*
> *d. Aprovechar las herramientas de desarrolladas por EPM para el BI.*
> *Con base en lo anterior, proceder a contratar, en una segunda fase, la construcción de los cubos de información y la plataforma de BI requerida para alimentar los cuadros de mando"*
> *(…)*
> *"Penta recomienda implementar el modelo organizacional propuesto, a la mayor brevedad posible en los aspectos corporativos y administrativos.*
> *- En cuanto a la estructura propuesta para realizar los procesos de verificación, la implementación debe hacerse gradualmente. Es decir, a medida que se vaya implementando la plataforma de Business Intelligence, se debe ir avanzando en la estructura propuesta para el desarrollo de estas funciones.*
> *- Esta estructura, naturalmente, se deberá revisar y ajustar en la medida en que avanza el proyecto y se modifican los procesos, de acuerdo a las necesidades que se vayan presentando, que no es posible prever.*

*- Teniendo en cuenta que la contratación, diseño, parametrización e implementación del sistema de Business Intelligence requiere de algunos meses y que **es un prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto**, recomendamos que Hidroituango defina inmediatamente un Plan para la implementación del sistema de BI lo más pronto posible, en donde se establezcan responsables y tiempos límite para el proceso, desde la contratación hasta la implementación.*
Recomendamos que este proceso inicie inmediatamente, ya que la implementación de la estructura ideal propuesta depende fundamentalmente de contar con este sistema.
*- Adicionalmente, recomendamos que se defina un plan de implementación y Transición que garantice la migración del modelo actual al modelo propuesto. **Actualmente, sin sistema de BI, Hidroituango tendrá que desarrollar las funciones propias de su razón de ser de una forma manual y terminar de cerrar algunos procesos que hacen falta, después de la firma del contrato BOOMT, para lo cual recomendamos migrar a una estructura de transición, la cual, una vez implementado el sistema de BI, debe migrar a la ideal propuesta**.*
Es necesario revisar la estructura organizacional actual y empezar el cambio organizacional, definiendo una estructura de transición que puede funcionar mientras se implementa el sistema de BI".

El informe Penta como puede verse generó unos Diagnósticos adecuados teniendo en cuenta tanto la misión visión de Hidroituango como la finalidad de dicha empresa y los roles que debería cumplir cada parte del contrato BOOMT
Respecto de EPM tiene claro que se trata del ejecutor de la obra. Respecto de Hidroituango, tiene presente la dimensión del Rol de verificación, y reconoce los principios de no control previo, no coadministración[390] y también reconoce la existencia de una relación de confianza entre EPM e Hidroituango. Bajo estas premisas, de la lectura de las cláusulas de contrato BOOMT concluye, de manera acertada, que para desarrollar su labor dentro del contrato BOOMT, Hidroituango ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato**. Y de igual manera, precisa, lo cual también resulta acertado, que **HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT**.*

[390] Lo anterior se encuentra además corroborado en el testimonio del Señor Jairo Hernán quien al preguntársele sobre el particular adujo lo siguiente: *"(…) PREGUNTADO POR EL DESPACHO. El contenido del informe PENTA estaba dirigido a establecer un diagnóstico y unas soluciones, obviamente para que Hidroituango pudiera realizar de manera óptima el seguimiento y control al contrato BOOMT. Yo quiera saber si Usted recuerda si dentro de ese informe PENTA, la empresa PENTA, tuvo en cuenta el principio de no coadministración que existía entre Hidroituango y EPM. CONTESTADO. Pues yo creo que sí, porque fueron premisas que se establecieron desde el principio y que PENTA conocía cuando se le entregó el contrato BOOMT también o cuando se le dijo que Hidroituango y por acuerdos de socios no coadministraba, inclusive por esta razón, pues fue también que se acudió con este tercero para que hiciera el BOOMT y también el diagnóstico no quedaran funciones de coadministración".*

En el mismo sentido, el informe Penta también destaca cuáles son las acciones que Hidroituango puede tomar. Siendo la primera: 1. ***Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***

En este contexto es que el informe Penta sugiere la adopción del Business Intelligence (BI), así mismo como prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto y de manera temporal mientras se establecía dicho software, debía desarrollar las funciones propias de su razón de ser de una forma manual y terminar de cerrar algunos procesos que hacen falta, después de la firma del contrato BOOMT, para lo cual Penta recomendaba migrar a una estructura de transición.

En este sentido, es claro para este Despacho que desde agosto de 2011, Hidroituango contaba con un informe que daba un diagnóstico acertado sobre los alcances del Rol que le había sido impuesto por el contrato BOOMT y que debía desarrollar.

Así mismo, es claro y se encuentra probado en las actas que se trataba de un informe conocido por todos los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango tanto por aquellos que hacían parte de la misma en el año 2011 como por los miembros de la junta que iniciaron en 2012 siendo estos últimos quienes debieron tomar las determinaciones sobre la estructura Administrativa de Hidroituango.

Lo que critica el Despacho en el Auto de Imputación, en relación con este punto, no radica en el hecho de que Hidroituango hubiera o no comprado el BI. Sino que hubiera obviado lo dicho por el Informe Penta que dimensionaba de forma acertada el Rol de Hidroituango, y hubieran permitido que EPM impusiera la manera como se iba a realizar la verificación por parte del dueño del proyecto y que bajo una lógica inadecuada, de manera contraria a la realidad y al texto mismo del contrato, se hubiera pensado y permitido que Hidroituango no realizara ni siquiera las acciones fundamentales para reconducir el desarrollo del Proyecto.
Lo anterior lo corrobora el Testimonio del señor Jairo Hernán rendido el día 16 de julio de los corrientes en el mismo se expresó lo siguiente:

> *"(…) PREGUNTADO DEL DESPACHO. Cuando Usted dice que a Hidroituango, EPM le daba los recursos, Usted se refiere vía capitalización o a que se refiere. CONTESTADO. No. Los recursos para la sociedad Hidroituango, después de la firma de contrato BOOMT, Hidroituango tenía que presentarle el presupuesto y aprobarlo por junta directiva y con ese presupuesto le solicitaba a EPM que con cargo a los costos del proyecto le adelantara esas platas para su funcionamiento.* ***En otras palabras, los costos de funcionamiento de Hidroituango hacen parte de los costos del proyecto. EPM le daba flujo de caja a Hidroituango****. Entonces análisis y conclusiones eran las que nosotros hacíamos en el equipo de trabajo, entonces nosotros dice:* ***Primero, Hidroituango no tiene control sobre las fuentes de información que***

> ***alimentaría ese Bussiness Intelligence, ni el ingreso, ni la calidad ni la oportunidad. Estábamos sujetos a un tercero, en este caso al contratista que era EPM. Segundo, la información oficial que se requiere en Hidroituango está soportada en informes periódicos no son informes inmediatos en tiempo real, por ejemplo informes mensuales, trimestrales y anuales que entregaba EPM Ituango, que entregaba la misma auditoría de costos y el mismo auditor de la curva S Deloitte, el comité de seguimiento de Hidroituango que era cada mes daba información, la misma revisoría fiscal de EPM Ituango, entre otros****. No se trataba de una información en tiempo real, sino una información que iba fluyendo a medida que se iba desarrollando y aprobando. Y como punto final Hidroituango no tema decisiones operativas en relación con el proyecto, no coadministra ni tiene control previo (…)".***

Ahora bien, respecto del BI, el informe Penta es claro en precisar que se trataba de un prerrequisito para implementar la estructura organizacional propuesta. Lo anterior por cuanto para efectos de la verificación se requería mantener tanto la información entregada por EPM como la información propia de manera organizada, de forma tal que ello permitiera realizar los contrastes entre ambos tipos de información.

Si bien el testigo Jairo Hernán Ramírez Gómez, reconoce la importancia que el mismo tenía pues en palabras del testigo: *"Si, el Business Intelligence, no refiriéndome a un caso particular sino en términos globales lo que es un Business Intelligence, es un sistema que permite disponer en tiempo real de información para tomar decisiones oportunas y obtener ventajas competitivas. Normalmente está diseñado para directivos y para personal que toma decisiones estratégicas, eso en términos generarles es un bussines intelligence. Mirada así las cosas, todo proceso administrativo gerencia o empresarial necesita un bussines intelligence, otros lo llaman sistema de información, y de ahí tiene muchas derivaciones según la especialidad que sea el Bussiness. Un Bussines es importante que toda organización lo tenga. Si nos vamos al caso particular de EPM, perdón, de las características de un Bussiness es para responder estrategias de negocios normalmente se focaliza mucho en información cuantitativa, se alimenta de muchas fuentes de información, la información se captura a través de interfaces, es utilizado para altos volúmenes de información. La implementación de un bussiness sobre todo para un proyecto de estos tan particular, primer proyecto en Colombia que se desarrolla con características de BOOMT en un proyecto de esta envergadura. Entonces ese sistema como tal que estaba en el imaginario del contratista, en el PENTA, en el imaginario del contratista PENTA, estaba un Bussines Intelligence de tal forma que si en la casa de máquinas se cae una roca en este momento inmediatamente el eco retumba en la Sociedad Hidroituango, o sea, esa era como la concepción que se tenía, todo lo que ocurra en el proyecto en tiempo real fuera conocido por Hidroituango".*

En su testimonio expresó las razones para no adquirirlo así*: "Pero eso era muy difícil, en esos momentos no hay y yo no creo que no hay un sistema de información para un proyecto de esta magnitud que responda a ese ofrecimiento que nos hacían. Entonces es un sistema que requiere tiempo y mucho conocimiento porque hay que adaptarlo a las condiciones particulares del BOOMT, el BOOMT es un contrato muy complejo, es un*

sistema que hay que actualizarlo y mantenerlo. Y fuera de eso requiere adicionalmente de un sistema de aseguramiento de la calidad. Fuera de eso un Bussiness Intelligence requiere control sobre las fuentes de información, si a Usted un sistema le da, igualmente le saca. Pero si Usted lo alimenta de información que no es oportuna y no es confiable, entonces tampoco es confiable el Bussiness. Son factores determinantes la calidad y la oportunidad, es un sistema que facilita la toma de decisiones y opera con información cuantitativa, lo que permite realizar diagnósticos, proyecciones y simular procesos productivos". (…) ***"Porque una Empresa de estas meterse en un Businness Intelligence que no se encuentra en el mercado, que hay que hacerlo, y fuera de eso bien costoso, pues Hidroituango es una Entidad muy limitada en recursos, porque los recursos para el funcionamiento se los daba también EPM, y había que solicitarlos, entonces no era que Hidroituango tuviera manos abiertas para pedir todo lo que necesitara y para Hidrotuango en ese momento decir que un sistema de información que valía dos millones y medio de dólares algo parecido cinco mil millones de pesos pues no era muy fácil ni pedirlos e implementarlo y tener recursos para desarrollarlo".***

Igualmente precisó que tal y como se encuentra probado que la estructura de hidroituango se encontraba financiada por EPM.

Sobre estas razones, es preciso anotar, que las mismas reflejan que Hidroituango era una empresa que carecía de recursos, que aun así decidió adelantar el proyecto y que en últimas no contaba con la estructura administrativa necesaria para cumplir con el rol designado en el contrato BOOMT

En el caso concreto la capacidad de supervisión de Hidroituango se diluyó, no sólo por cuanto tal y como está probado no se adquirió el Sistema BI, sino porque tampoco contó con un sistema distinto pues Hidroituango realizó su función contando exclusivamente con la información que cargaba EPM en sus plataformas, información que valga anotar se cargaba con retrasos, información en esencia voluminosa que con los medios que Hidroituango poseía era dispendiosa de analizar, lo anterior aunado a lo expresado por los testigos quienes expresaron que la labor se realizaba manualmente.

Sobre este punto, coinciden los testigos al afirmar que Hidroituango realizaba el seguimiento sirviéndose del diagrama de GANTT, los tableros de control y los informes que, desde el área legal, técnica y financiera realizaban los funcionarios de hidroituango.

En efecto el señor **Jairo Hernán Ramírez Gómez**, **expresó frente al cuadro de mando integral**, lo siguiente:

> *"(…)* ***El cuadro de mando integral es como un sistema que controla las obligaciones que estaban plasmadas en el BOOMT y llevarles un cronograma más o menos cuando si se cumplían las obligaciones o no****, lógicamente los sistemas van avanzando a medida que EPM va avanzando en su desarrollo, y luego esta intranet y esto, empezaron ya a surtir otros cambios internos, porque ya la información con la que se contaba a través de los*

> *sistemas que EPM suministraba y de la verificación que se llevaba en el BOOMT, ya era manejada por otro lado, entonces, esto si era una propuesta que se había hecho y se había trabajado en Hidroituango un tiempo. PREGUNTADO POR LA DRA. ALEJANDRA SANDOVAL. Quién alimentaba el cuadro de mando integral. CONTESTADO.* ***Todos en los planes de desarrollo y trabajo mandaban información, creo que era una persona que estaba adscrita, si mal no recuerdo, a la Gerencia Técnica o de Estructuración Financiera o Control Interno, no recuerdo****. PREGUNTADO POR LA DRA. ALEJANDRA SANDOVAL. Ese cuadro de mando integral mostraba indicadores de cumplimiento. CONTESTADO. Si mostraba indicadores de cumplimiento. PREGUNTADO POR LA DRA. ALEJANDRA SANDOVAL. Mostraba también el avance del cronograma respecto a la ejecución del contrato BOOMT. CONTESTADO.* ***Si, esos eran los informes que presentaba el Director Técnico de Hidroituango en su momento, que era permanente sobre su control del avance del cronograma****. (…) Entonces los informes de la dirección técnica, eran muy confiables e iban revelando la realidad del desarrollo del proyecto, el cronograma, curva S, avance de obras, eran muy estrictos y muy completos (…) El mero hecho que no se tuviera ese cuadro de mando integral, en la empresa si se manejaban indicadores de tipo presupuestal, cómo se iba con la ejecución del proyecto, cómo iba en la parte presupuestal, cómo iban los presupuestos futuros, qué se necesitaban, cómo iban en el cumplimiento de tierras y servidumbres, de la inversión social, o sea, si bien no existían consolidados en un cuadro de mando integral las diferentes dependencias si llevábamos control de indicadores y lo informábamos a la Gerencia. (…)* ***Entonces para mí hablar de cuadro de mando integral es como hablar de un cuadro de indicadores que se tenían en otros informes que se producían de la verificación****. (…) CONTESTADO. Lo que pasa es que cuando se habla de cronogramas, hay varios tipos de cronogramas de cumplimiento, uno, por ejemplo es el que habla de la curva S, cómo va en cumplimento de tiempo, y todo ese cronograma está soportado en actividades que van sumando y hay unas que se adelantan paralelamente y otras no. Entonces, una cosa es hablar del cronograma y el porcentaje de cumplimiento desde el punto de vista económico y otro del avance técnico del proyecto (…)".*

el diagrama de GANTT es preciso anotar que el mismo es un cronograma visual de un proyecto que era elaborado por EPM. Respecto de los tableros de control (ver qué tenemos) y los mismos, tal y como lo reconoce el señor Jairo Hernán Ramírez Gómez duraron muy poco[391] y los informes que pasaba cada funcionario de hidroituango.

Sobre este último punto, no resulta cierto que el Estudio Penta hubiera sido tenido en cuenta de manera parcial, pues tampoco se atendió a la cantidad de personal que en concepto de dichos expertos era el mínimo requerido, pues la Sociedad a

[391] "(…) *Si ese cuadro de mando integral no tuvo mucho vida, porque más adelante como lo había dicho con los informes al comité de verificación y los reportes que hacía EPM de su sistema de información llenaban los requisitos con los informes que se detallaban por cada una de las dependencias encargadas de su verificación (…)".*

pesar de habérsele sugerido que contara con una planta de 33 personas -lo que contradice la afirmación de la apoderada en el sentido de considerar que el estudio Penta proponía 13 personas- la redujo a 16, de las cuales afirma el testigo Jairo Hernán que el 60 o 70 % estaban realizando la vigilancia y control del contrato BOOMT[392]. Es muy importante en este contexto, recordar lo que se encuentra probado en el plenario, de cara al tipo de información y a la calidad de la misma, que debía ser analizada por Hi. El sistema de libro abierto implementado por EPM en el cual Hidroituango tenía acceso a la totalidad de la información del proyecto, la cual evidentemente era muy voluminosa e implicaba realizar análisis complejos. De lo dicho por los testigos se concluye que estos análisis terminaban siendo mediados también por EPM, en la medida en que era dicha empresa quien a través de sus técnicos presentaba las conclusiones y los eventos e Hidroituango, al no contar con la estructura administrativa suficiente para realizar de manera independiente su función, terminaban aceptando todo lo que EPM proponía.

Adicionalmente, de manera injustificada los miembros de la junta directiva de hidroituango limitaron su acción excusándose en dichos principios, a aceptar todo lo que les proponía EPM, incluyendo la modificación de la fecha de dichos hitos, sin ejercer en debida forma las funciones de vigilancia y control que les correspondían. De otro lado *en el artículo 44 (numeral 3) de la Escritura 771 de fecha 19 de marzo de*

[392] *PREGUNTADO POR EL DESPACHO: De cara al seguimiento del contrato BOOMT, cuántos funcionarios de Hidroituango finalmente terminaron haciendo ese seguimiento y si Usted me podría hablar de los perfiles de esos funcionarios. CONTESTADO. Hay que separar dos cosas, uno es el seguimiento y verificación legal, la verificación técnica, la verificación financiera y la verificación administrativa. Eso en número de funcionarios es pequeño, pues pequeño, hablemos del 60 o 70% de la planta de personal, porque los otros son temas eran muy administrativos. Por ejemplo por la parte legal, el jurídico aparte de responder por la parte societaria también necesitaba hacer verificación legal y sus analistas uno o dos que tuviera abogados, también tenían que ver mucho con la parte de juntas, actas, archivos, varias actividades, pero eran muy poquitos los que se necesitaban debido pues a que el proyecto todavía no había empezado a generar, estaba en etapa de construcción y se hacía muy fácil no era tan difícil la verificación que había que hacer, aunque si había una verificación muy estricta en lo legal, en lo financiero y en lo técnico, estimo en lo personal un 65 o 70% repartido en verificación y el otro en temas operativos y administrativos. PREGUNTADO POR EL DSPACHO. Y ese 65% o 70% más o menos a cuántos funcionarios equivale, CONTESTADO. Aquí tengo el documento que se llevó a la junta directiva de octubre 31 de 2012, donde se describieron las plazas y donde están las funciones y el perfil que debían tener. Entonces me voy a remitir: por Gerencia General: un gerente general que es el responsable del gerenciamiento y cumplimiento de todo lo del BOOMT y todo lo administrativo de HIdroituango, un director de control interno que ya sabemos que sus funciones son muy conocidas también en dirigir y organizar la verificación y evaluación del sistema de control interno, un asistente administrativo para la Gerencia General, un director de verificación técnica para verificar la ejecución del contrato BOOMT desde el punto de vista técnico, dos analistas de verificación técnica, o sea en la gerencia técnica estaba la especialidad del seguimiento, en ese caso eran 3 profesionales para la técnica, en la financiera un director para la verificación financiera, un analista de verificación y un analista financiero administrativo y ya seguirían cargos de contadora, analista, asistente administrativo y oficios varios y mensajería que no tenían que ver nada con la verificación, sino eran labores de apoyo y por la secretaria general, un director de verificación legal y un analista de verificación legal y un asistente administrativo total para un planta de 16 personas frente a una de 33 que había planteado PENTA (…)".*

2003 se establecen las funciones de la Junta Directiva, dentro de las que se indica que tiene la función de cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales.

Por todo lo anterior y, contrario a lo afirmado por la Apoderada esta conducta sí fue contraria al deber de conducta esperado de los miembros de la junta directiva de Hi quienes a pesar de tener la obligación de actuar en el mejor interés de la sociedad y de, como lo dice el Estudio Penta, ***agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT*** (entre ellos la Gobernación de Antioquia y el IDEA), permitieron que el proyecto quedara a merced de EPM y que se diluyera la capacidad de verificación y control que sobre el mismo debió ejercer Hi en cabeza de su junta directiva y su gerente.

Lo que condujo a que se presentaran más atrasos, problemas serios que no tuvieron una solución pronta por ejemplo con el contratista de los túneles de desviación, así como los graves problemas con la contratación de las compuertas y la decisión de ponerlas, todo lo cual llevó a la determinación desaprobada por el Board de expertos de construir un tercer túnel, todo lo cual no generó en Hidroituiango las alertas necesarias ni la imposición de apremios o multas a EPM sino una actitud pasiva que llevó a la dueña del proyecto a aceptar la totalidad de las modificaciones propuestas por el ejecutor, preocupándose única y exclusivamente si en la matriz de riesgo establecida pagaba una entidad o la otra y no, como debió ser, por acometer una obra de las dimensiones de la planteada y con el impacto regional y nacional de la misma en las condiciones de costos inicialmente concebida, pues independientemente de quien deba pagar conforme a la matriz de riesgos, se trata de recursos públicos respecto de los cuales se exige el manejo probo y cuidadoso para satisfacer los intereses de la comunidad. Objetivo que a hoy y después de las cuantiosas inversiones probadas en esta causa fiscal no se ha logrado pues la Hidroeléctrica no produce 1 solo KW y los costos de la misma han excedido de manera evidente lo inicialmente presupuestados, generando la destrucción del valor presente neto del proyecto como consecuencia de inversiones injustificadas y han generado un lucro cesante, daños probados y que son objeto de la presente causa fiscal.

De lo anterior, resulta claro que se trata de una conducta que no obedece al Estándar exigido de un buen hombre de negocios pero peor aún ni siquiera atiende a lo que se esperaría de una persona poco diligente con el desarrollo de sus propios negocios, por lo que se trata de una conducta que desde el artículo 63 del Código Civil puede ser calificado como Culpa grave.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

> **2. *Segundo reproche: A pesar de los evidentes y graves atrasos que venían presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin***

ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

Para fundamentar este reproche, la delegada parte de dos premisas equivocadas: (i) Considerar que el imponer cláusulas de apremio al contratista EPM, hubiese solucionado los problemas de atraso que venían presentándose debido a diferentes factores tales como problemas de orden público, dificultades geológicas, invasiones foráneas, y además el bajo rendimiento del subcontratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-., y así mismo, suponer que estaban dados los presupuestos fácticos y jurídicos para la imposición de estas. (ii) Adicionalmente, el presumir, que la imposición de multas al Consorcio CTIFS, hubiese generado en éste los rendimientos esperados en la ejecución del contrato, y que además era viable esta solución jurídica, pues da por sentado, sin estarlo, que los bajos rendimientos presentados por este consorcio son atruibles a un incumplimiento contractual, cuando claramente se encuentra documentado en el expediente, que los bajos rendimientos presentados por el contratista se debian a una gran cantidad de factores concurrentes.

Medidas de apremio al contratista EPM y multas al sub-contratista CTIFS, como lo sugiere la delegada hubiesen sido totalmente ineficientes para conjurar los atrasos del proyecto. Lo único que hubiese generado el imponer medidas de este tipo, es un ambiente hostil entre las partes, un desanimo en la generación de alternativas y la activación de mecanismos jurídicos de presión sin estar dados los presupuestos para hacerlo, los cuales, en modo alguno hubiesen posibilitado el ubicar el proyecto prácticamente al día con el cumplimiento del cronograma. Además, luego de un juicioso estudio realizado por un equipo interdisciplinario del contratista EPM, se llegó a la conclusión que el Subcontratista Consorcio CTFS, no presentaba una causal que incumplimiento que posibilitara la imposición de multas y menos aún la declaratoria de caducidad del contrato y de otro lado, no se tenía la posibilidad jurídica de imponer medidas de apremio al contratista EPM por cuanto las mismas tan sólo surgían si se verificaba el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el hito 9, tal como quedó consignado en forma expresa en el numeral 4.09 del contrato BOOMT -Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos" 115.

De tal cuenta, que los atrasos en el proyecto generados en múltiples situaciones, tales como las demoras presentadas en la adjudicación y definición de los procesos contractuales, (muchas de las cuales se habían generado con anterioridad a que asumiera mi poderdante la Gobernación de Antioquia), los problemas de orden público en la zona de influencia del proyecto, los problemas geológicos, las invasiones foráneas, las protestas de mineros y pobladores de la zona, los bajos rendimientos del sub-contratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-, no se hubiesen conjurado con las medidas que a lo largo de la imputación de responsabilidad fiscal ha presentado la Delegada como las esperadas, "las que hubiese tomado un buen hombre de negocios", sino con medidas multidisciplinarias, desde el punto de vista social, de seguridad y de estrategias técnicas que generaran mayor eficiencia en el desarrollo de los trabajos como las que finalmente lograron ubicar el proyecto prácticamente al día y calificarse como una de las mejores prácticas gerenciales de carácter internacional, como lo pudo revisar el reasegurador en Zunck a tan sólo dos (2) días de presentarse la contingencians, como se explicó al inicio de este escrito de descargos.

De ahí entonces, que las medidas que propone el Despacho como "acertadas" (imposición de medidas de apremio al contratista EPM e imposición de multas al sub-

contratista Consorcio CTIFS, no solamente hubiesen sido totalmente ineficaces e ineficientes para conjurar los atrasos del proyecto, sino que además, hubiesen generado sobrecostos y riesgos jurídicos inaceptables tanto para Hidroituango como para EPM, y por ello, esas medidas se consideraron inaceptables, inconvenientes e improcedentes desde el punto de vista jurídico, y en su lugar, se optó por solucionar los problemas de manera estratégica y eficiente, lo cual posibilitó recuperar los atrasos, ubicar el proyecto practicamente al orden del día, cumplir con el cronograma propuesto, resolver los problemas geológicos que se fueron presentando con alternativas constructivas debidamente estudiadas y avaladas por expertos, a la vez que se conservaron los costos del proyecto los cuales siempre se mantuvieron muy por debajo del presupuesto estimado.

Tal como acertadamente lo plantea el doctor Javier Tamayo Jaramillo, al absolver consulta realizada por la Junta Directiva de Empresas Públicas de Medellin, sobre la solicitud de conciliación prejudicial presentada por EPM frente a los contratistas del Proyecto Hidroelectrico Ituango:

"En una obra como la de Hidroituango, es claro que la ingeniería tiene conocido y aceptado que, sólo a medida que se realizan los trabajos, se descubren obstáculos que retrasan y encarecen la obra y que, inclusive pueden causar daños a terceros. En esta medida, la aplicación del principio de precaución imposibilitaría su adelantamiento. Nadie estaría dispuesto a desarrollar una obra de esa envergadura, cuando resulta claro que cualquier posible obstáculo le haría responsable. En conclusión, bajo la incorrecta aplicación de este principio, sería aconsejable que nadie se le mida a construir una hidroeléctrica ya que siempre se tendrá el riesgo, así sea remoto, de que se puedan presentar obstáculos que afecten las obras y/o causen daños a terceros".

Bajo la premisa sustentada por el doctor Tamayo Jaramillo, era evidente, que los obstáculos en la realización de un megaproyecto no podían ser atribuidos sin ninguna fórmula de juicio al contratista y éste a su vez a los sub-contratistas, y simplemente considerar de manera simplista que la imposición de medidas de apremio e imposición de multas tienen la virtualidad de solucionar problemas de atrasos presentados en la obra por múltiples factores concurrentes; sin atacar de manera estratégica todos los factores que han insidido de manera directa o indirecta en los atrasos del proyecto, como efectivamente se estimó en su momento.

Así las cosas, bajo el convencimiento de la eficiencia de EPM para el manejo del proyecto, la cual expresó desde la primera reunión de la Junta Directiva de Hidroituango, el doctor Fajardo Valderrama orientó a sus secretarios de Despacho para que cumplieran sus funciones como miembros de Junta Directiva con diligencia y cuidado, realizando un seguimiento estricto al desarrollo del cronograma del proyecto y las medidas de recuperación de plazos que fueron informadas por el contratista EPM a través de los directivos que asistían a la Junta en calidad de miembros o invitados a la misma.

Recuérdese que desde la primera reunión de Junta Directiva de Hidroituango realizada el día 23 de enero de 2012, el doctor Fajardo envío un comunicado a esta instancia de dirección, en la cual dejó clara la confianza en la eficiencia de EPM al servicio del proyecto:

"( ) para el Departamento HI es una sociedad en la que se tiene una relación de socios que se quiere potenciar, ya que sus dos grandes accionistas no se encuentran en orillas contrarias sino complementarias. Se cuenta con la eficiencia de EPM al servicio del proyecto y se adelanta un contrato muy reglamentado. Por ello, agrega el doctor

Horacio Vélez, en la Junta hay altura y un gobernador y un alcalde cercanos. La gobernabilidad de HI está garantizada para que el proyecto sea exitoso en los cuatro años que vienen" (pág. 2).

Por ello las orientaciones entregadas por el doctor Fajardo Valderrama a los Secretarios de Despacho con asiento en la Junta Directiva de Hidroituango, no podían ser otras, que hacer un seguimiento estricto al cronograma del proyecto, recibir los informes presentados por el contratista EPM sobre las medidas técnicas implementadas para recuperar los atrasos y presentar la colaboración necesaria para que las dificultades generadas en el proyecto fuesen solventadas de manera adecuada. Así se evidencian dichas directices durante el desarrollo de todas las juntas directivas de Hidroituango, en las cuales, sus secretarios tuvieron una participación proactiva, basta con revisar el desarrollo de algunas de estas reuniones de junta directiva para confirmar el cumplimiento de las directrices impartidas, las cuales van aparejadas a los distintos informes entregados por los secretarios de Despacho con asiento en la Junta Directiva de Hidroituango.

En ilación con lo anterior, y en virtud del reconocimiento de la importancia de la megaobra para el Departamento de Antioquia, mi poderdante dentro de las pautas impartidas, (tal como se constatará en los informes presentados por sus Secretarios de Despacho), catalogó a Hidroituango como un proyecto estratégico, y como tal brindó la directriz de que todos los secretarios de despacho debían colaborar desde sus competencias funcionales para el desarrollo del proyecto, así entonces logró confluir en un mismo propósito a la Secretaria de Gobierno, la Secretaria Privada, los Asesores de Despacho, la Dirección de Planeación, entre otras dependencias.

En los acápites siguientes centraré la atención en resaltar la presentación de los informes por los secretarios de despacho y el gerente del IDEA, la trazabilidad de las orientaciones dadas por el doctor Fajardo Valderrama, y la forma como dichas directrices fueron implementadas al interior de la Junta Directiva en relación con las estrategias necesarias para cumplir con el cronograma de ejecución del proyecto, con lo cual, no quedará ninguna duda, que mi poderdante ejerció de manera rigurosa el control de tutela sobre sus subalternos, además que un seguimiento estricto a las actuaciones del suplente designado en la Junta Directiva, quien además ostentaba la calidad de Gerente del IDEA.

Antes de empezar la disertación sobre el tema propuesto, es necesario resaltar, que el doctor Fajardo Valderrama se interesó en que los secretarios de despacho del departamento, con altas capacidades y competencias tuviesen asiento en la Junta Directiva de Hidroituango, para cercionarse que se llevara a cabo un trabajo ardúo, coordinado y riguroso frente al seguimiento del proyecto.

Por ello, se resalta, que en informe semanal presentado el viernes 03 de febrero de 2012, por la Directora de Planeación, doctora Maria Eugenia Ramos Villa, esta manifiesta:

"Asamblea Hidroituango "En la Asamblea extraordinaria citada hoy se eligió la nueva Junta directiva donde la Gobernación tiene 3 principales y 3 suplentes, todos somos personas del equipo tal como usted nos instruyó, y EPM tiene dos principales y dos suplentes, todos también del equipo de EPM. Los accionistas minoritarios aprobaron también la nueva Junta pero solicitaron que se les de un espacio con la nueva Junta para exponer temas que les preocupan". (negrillas nuestras)12°.

De igual manera la exposición presentada por el Gerente del IDEA, en el consolidado de informes semanales presentados al gobernador, en fecha 03 de febrero de 2012, da cuenta de la instrucción dada por el doctor Fajardo de presentar los candidatos

para la conformación de Junta Directiva atendiendo a las capacidades y potencialidades de los miembros del equipo de trabajo, así se lee en el informe:
'Primera Junta de Hidroituango
"El día 3 de febrero se realizó la Asamblea Extraordinaria de Hidroituango, en la cual se nombró a la nueva Junta Directiva. Nuestros socios EPM, presentaron los nombres de sus dos candidatos principales y suplentes, y por unanimidad se unificó en una sola planchala".
Como puede revisarse del extracto de informes presentado, el doctor Fajardo Valderrama, entregó la directriz de proponer planchas para la elección de junta directiva que fueran personas de su equipo de trabajo con altas capacidades gerenciales que le permitieran hacer un seguimiento adecuado del proyecto, y por ello, se logró con el grupo de estrategias que enseguida detallaré colocar prácticamente al día el proyecto antes de ocurrir la contingencia.
Realizada la anterior anotación, efectuaré el seguimiento de los informes presentados por los secretarios de despacho, no sólo con asiento en la Junta Directiva de Hidroituango, sino además, aquellos que por las funciones y competencias debían brindar colaboración con el manejo de los temas sociales y de orden público en las diferentes regiones de influencia del proyecto, al mismo tiempo que concateno e interrelaciono los mismos con las intervenciones, participación y medidas tomadas en la Junta Directiva de Hidroituango por los miembros de la junta con cargos directivos y el gerente del IDEA, quien actuó como suplente de éste en los cuatro años de su mandato.
Ahora bien, con respecto al tema que nos ocupa, es necesario resaltar que en reunión de Junta Directiva de Hidroituango realizada el 01 de marzo de 2012, se informó por parte del doctor Luis Javier Vélez Duque que se debía modificar las fechas de cumplimiento de algunos hitos, y"explica que el retraso en el avance de las vías no posibilitó su lindo y, por ello, e/ contrato arrancó más tarde de lo programado. Todo viene del contrato con Pescadero I que se recibió con un atraso del 90%. Por ello se debe modificar dos hitos que se deben cumplir el año entrante /422.
Posteriormente, mediante comunicación radicada 2012002331 del 14 de junio de 2012, dirigida al ingeniero Oscar Jaramillo Hurtado123, Gerente Encargado de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P, el doctor Luis Javier Vélez Duque, Gerente de la empresa EPM Ituango S.A. E.S.P, solicitó la modificación de algunos hitos del cronograma previsto en el contrato BOOMT, fundamentando la solicitud en una serie de circunstancias ocurridas en el desarrollo de los contratos de construcción de obras del proyecto que actualmente se encontraban en ejecución, ajenas a la gestión y control de parte de EPM Ituango, siendo relevante para el propósito de esta defensa destacar que los aspectos que fueron considerados para solicitar la modificación de los hitos 1, 2 y 6 se sustentaron en las dificultades presentadas en la ejecución de las obras relacionadas con los accesos requeridos para iniciar las obras de desviación, a punto que debieron pasar equipos de excavación desde la margen izquierda hasta la margen derecha del río Cauca utilizando una garrucha para obviar la falta del puente. Esto sumando a las contingencias geológicas, climáticas y de orden público que no eran del control del subcontratista de túneles de desviación, ni de EPM Ituango.
De tal cuenta, que si los atrasos del proyecto estaban sustentados en problemas de tipo geológico, de orden público, en problemas de acceso, los cuales también estaban impactando los rendimientos del contratista, sería totalmente ineficiente para lograr recuperar los atrasos el imponer multas al sub-contratista e imponer medidas de apremio a EPM como contratista; lo realmente eficiente era buscar alternativas y

soluciones para menguar los impactos generados por todos los aspectos antes descritos, a la par que se exigían medidas técnicas al contratista EPM para lograr la recuperación de los atrasos del proyecto, generados en todos los factores antes descritos, tal como se hizo en el informe titulado "PROYECTO HIDROELECTRICO ITUANGO- Contrato C-T-I- 2011-000014. Construcción de los Túneles de desviación, del túnel de acceso y las galerías de construcción de la casa de máquinas del Proyecto. Informe sobre la alternativa de Encomendar parte de las obras de desviación al Consorcio CCC Ituango, septiembre de 2013".

Convencidos de la necesidad de buscar soluciones y alternativas para aliviar los impactos negativos de las situaciones que estaban generando los atrasos, los secretarios de despacho con asiento en la Junta Directiva de HI, con apoyo en las otras secretarías del Departamento de Antioquia, tales como la Secretaria de Gobierno, la Secretaria Privada, la Secretaria de Desarrollo Social, la Secretaria de Agricultura, sus Asesores, entre otras, debidamente acoplados conforme a las instrucciones brindadas por el doctor Fajardo Valderrama, protagonizaron la búsqueda de soluciones, además de la participación activa en el análisis y materialización de las mismas para mejorar las condiciones de orden público, conjurar problemas de invasiones foráneas, a la par que el contratista EPM generaba mecanismos para mejorar los rendimientos y remover los obstáculos presentados en la construcción del proyecto, concibiendo como estrategia UN PLAN INTEGRAL DE INTERVENCIÓN A LA ZONA DE INFLUENCIA DE HIDROITUANGO, el cual incluía entre otras acciones la socialización del proyecto a la comunidad, la intervención del manejo de orden público, la minimización de las protestas sociales originadas en la inconformidad con el proyecto, la inversión de recursos como un retorno de regalías orientado a que las comunidades encontraran beneficios y aceptación a la realización del proyecto, entre otros aspectos, tal como se revisa en los diferentes informes presentados por los secretarios de despacho a mi poderdante.

A continuación dedicaré la atención a exponer la forma como las directrices emanadas de mi poderdante en su calidad de Gobernador a sus subalternos, de realizar un PLAN DE MANEJO INTEGRAL A HIDROITUANGO, impactaron favorablemente en la minimización de los problemas sociales y de orden público que estaban afectando el cronograma del proyecto, a la par que se generaban mecanismos de seguimiento estricto al contratista EPM para que éste presentara alternativas y soluciones para la recuperación de los atrasos que presentaba el proyecto.

Siguiendo estrictamente las directrices entregadas por mi poderdante, los Secretarios de Despacho empezaron a realizar diferentes acciones desde el ámbito de sus competencias funcionales para minimizar las dificultades del proyecto Hidroituango, y de esta manera, poder avanzar en un manejo integral de la zona de influencia del mismo, tal como se revisa en los diferentes informes semanales presentados no sólo por los secretarios de despacho y asesores, sino además por el Gerente del IDEA, quien había sido designado como miembro de Junta Directiva de HI suplente del señor Gobernador de Antioquia.

Siguiendo con esta línea de análisis, es preciso señalar que en informe semanal Nro. 12 (semana del 23 al 27 de abril de 2012128), el doctor Mauricio Perez Salazar, Gerente del IDEA, presentó el documento sobre seguimiento a las instrucciones realizadas para Juntas Directivas, anunciando concretamente frente al tema de Hidroituango:

"HIDROITUANGO:

"El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos"9".

De igual manera, y siguiendo las instrucciones rendidas por el entonces Gobernador de Antioquia, en el informe semanal del viernes 8 de junio de 2012 el Secretario de Gobierno, doctor Santiago Londoño Uribe, enseñó el avance del manejo de la seguridad en las regiones de Antioquia, enfatizando en las acciones que se estaban tomando sobre este tema en los municipios de influencia del proyecto Hidroelectrico Ituango, mencionando que a esta iniciativa se sumó la

Dirección de Planeación a cargo de la doctora Maria Eugenia Ramos Villa, así lo precisó:

"El pasado martes 5 de junio se realizó una reunión interinstitucional donde participaron representantes de EPM, Ejercito Nacional, Consolidación y la Secretaría de Gobierno, para mostrar el avance y los trabajos realizados en temas de seguridad e inversión social en los municipios de influencia de hidroituango. Allí se acordó crear una mesa de trabajo con el fin de plantear la manera de llevar toda la oferta institucional a la zona en el desarrollo del proyecto. "El próximo martes se realizará una nueva reunión para mirar avances en el tema. A esta iniciativa se sumó Planeación Departamental" (negrillas nuestras).

En el informe semanal de seguimiento comprendido entre el 9 y 13 de julio de 20121, el doctor Pérez Salazar mostró una síntesis de los aspectos principales que en ese momento estaban presentadose al interior de la Junta Directiva de Hidroituango, el cual era ampliado en reuniones de seguimiento períodicas realizadas con mi poderdante. Se aprecia en el documento que se aporta como prueba, la relación de hechos relevantes que habían sido tratados en la Junta de

HI, así:

"Junta Directiva Hidroituango: Se llevó a cabo el día martes la Junta Directiva de Hidroituango, se trataron temas Informe de Avance del BOOMT, informe de Zona Franca. Informe de Seguridad en la Zona del Proyecto. Consideración incremento salarial para HI, Definición de la Estructura Administrativa de HI, Nombramiento del gerente para HI' .

Conforme a los derroteros trazados por mi poderdante, en cuanto al plan de manejo integral para la zona de influencia del proyecto Hidroituango, se observa como en el informe semanal presentado el viernes 19 de julio de 2012, el Secretario de Gobierno Departamental expuso el avance de las gestiones encomendadas en apoyo al proyecto Hidroelectrico Ituango, en cuanto al manejo de la seguridad en la zona de influencia de la megaobra, así como el relacionamiento con el Gobierno Nacional para darle celeridad a las modificaciones de la licencia ambiental por parte de la ANLA, para poder continuar con el desarrollo de las obras, así fue plasmado en el mencionado informe:

"Secretaria de Gobierno

"•El jueves 19 de julio se realizó en Santa Fé de Antioquia reunion con los alcaldes de los municipios de influencia directa del proyecto hidroeléctrico Ituango para socializar los acuerdos de seguridad y convivencia que se realizaron previamente con cada uno de los 12 municipios. Además la secretaría de Gobierno dio las primeras líneas sobre la segunda fase del proyecto que gira entorno a la institucionalidad de emergencia de territorio".

De otra parte, se rindió informe sobre los proyectos estrátegicos destacando la gestión realizada frente a Hidroituango en relación con las dificultades en las modificaciones de la licencia ambiental, así se precisó en el informe:
"Gerencia de Proyectos Estratégicos:
"Actividades: RELACIÓN CON EL GOBIERNO NACIONAL:
"El Secretario viajó el martes 17 de julio a la ciudad de Bogotá y sostuvo reunión con la Directora del ANLA. Compromisos:
"(.)
3. "HidroItuango: se resolvieron problemas jurídicos y técnicos de licencias que estaban pendientes desde hace más de 1 año".

En informe semanal del viernes 31 de agosto de 2012, el Gerente del IDEA, quien actuaba como suplente del doctor Fajardo Valderama en la Junta Directiva de Hidroituango informó:
"HIDROITUANGO
• John Maya empezará el 12 de septiembre.
• Nos reunimos con la Gerencia de EPM para clarificar las dudas frente a la adjudicación de las obras. Dadas las explicaciones, tenemos total tranquilidad".
En el informe semanal presentado el viernes 07 de septiembre de 2012139, el Gerente del IDEA indicó que en sesión de todo un día se evaluaría el tiempo de construcción del proyecto Hidroituango y su fecha de entrada en operación, esto en consideración a las dificultades surgidas en su desarrollo, sin perjuicio de las soluciones para afrontarlas, tal como se revisa en el mencionado documento:
"HIDROITUANGO
> Hubo Junta. John Maya fue nombrado gerente, empieza el 12 de septiembre.
> Se realizará sesión de todo un día el 26 de septiembre para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación a la luz de todos los eventos que se han presentado a la fecha (dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc.)".
En seguimiento semanal presentado el viernes 26 de octubre de 2012, distintos Secretarios de Despacho y asesores, presentaron la información correspondiente frente a los avances del Proyecto Hidroelectrico Ituango, desde sus competencias funcionales y misionales, como una forma de cooperar y coayudvar en la solución de los distintos problemas que se estaban presentado desde el ámbito social y de orden público. Se pueden revisar en este seguimiento semanal, tres informes presentados por diferentes Secretarios de Despacho:
La Secretaria Privada quien anunció a Hidroituango como uno de los proyectos estratégicos del Departamento de Antioquia, precisó:
"HIDROITUANGO:
• "Esta semana realizamos presentación del proyecto. Fue un trabajo conjunto con la Gerencia de Municipios y Gobierno. Lo que sigue: construcción del convenio marco con EPM y el diseño de la jornada de actos públicos en la región. Le proponemos la fecha del viernes 30 de noviembre para esa Jornada. Lo busco en su despacho para revisarlo con usted".
La Dirección de Planeación informó sobre el proyecto Hidroituango:
"Actividades
"Se logró concretar con el Alcalde de Santa Fe de Antioquia, trabajar de manera conjunta con él y otros alcaldes del Occidente cercano una visión compartida a nivel subregional que los prepare para los impactos de Hidroituango y la vía a Urabá

partiendo de las potencialidades mismas de la subregión. Inicialmente haremos la agenda la próxima semana".
Por su parte la Secretaría de Gobierno señaló en el informe mencionado:
"Se construyó el proyecto de intervención de Entornos Protectores para los Municipios del Plan Integral de Hidroituango".
Finalmente, el doctor Ivan Marulanda, Asesor del Despacho del Gobernador, informó:
• "Reunión con EPM para evaluar la estrategia de acompañamiento social del proyecto HidroItuango. Para finales del año 2012, los Secretarios de Despacho de acuerdo a sus labores misionales incentivaron las actividades para posibilitar el desarrollo del proyecto y minimizar los impactos y retrasos que el mismo había generado por problemas sociales y de orden público, así se revisa en los informes presentados por éstos al Gobernador el día 16 de noviembre de 2012.
El Secretario Privado en el informe presentado al Gobernador de Antioquia el 16 de noviembre de 2012, llama la atención sobre la agenda de trabajo acordado para la semana siguiente, y resalta que se realizarían varias actividades para la presentación del proyecto, así como la programación de una reunión para colocar al tanto al mandatario de lo que pasará en Ituango, así lo expuso este funcionario:
"Revisamos con Secretaría de Gobierno y Gerencia de Municipios los próximos pasos que debemos dar para lograr la presentación oficial en el territorio el 13 y 14 de diciembre. Trabajaremos con EPM el día martes 20 para concertar la Ruta de Trabajo, la Estrategia de comunicación y el evento del 13-14 de dic.
"LO QUE SIGUE: Reunión el 19 de nov. con Jairo Foronda para revisar la metodología de participación de la comunidad; ¿cómo lograremos movilizar esa comunidad tan permeada por ilegalidad?. El día miércoles 21 estaremos revisando nuevamente los avances y últimos pasos. Programar reunión para mostrarle al Gobernador lo que pasará en Ituango".
( )
"Jefe, la semana entrante está full. No me atrevo proponerle espacios para reuniones pero sí, los temas que tenemos pendientes para que usted determine si en algún momento tiene tiempo y los veamos."
*1. Productividad y Competitividad: ADRA **, Antiqueños Viajando por Antioquía y Banco de las Oportunidades.*
2. URABÁ: Pendientes por reunión. Clave antes del lanzamiento
3. Ituango: mostrarle todo lo que haremos". (negrillas nuestras).
También en la fecha enunciada, el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, presentó el informe resumen de los hechos más relevantes que estaban siendo tratados en la Junta Directiva de HI:
"HIDROITUANGO: Durante la semana se realizaron reuniones de entendimiento sobre el impacto de la sesión del contrato, para negociación de beneficios con Federico Restrepo y Juan Felipe Gaviria".
Para la semana del 07 de diciembre de 2012, el doctor Pérez Salazar presentó nuevo informe sobre Hidroituango para ser revisado por el Gobernador de Antioquia en sesión del consejo de gobierno, en el cual precisó:
"HIDROITUANGO: Estamos pendientes de hacer la presentación sobre los resultados que arrojó la negociación de cesión del contrato.
Para el año 2013, los esfuerzos para continuar con el PLAN DE MANEJO INTEGRAL DE HIDROITUANGO a fin de posibilitar la interacción de medidas que permitiesen avanzar en la recuperación de atrasos que venía implementando el contratista EPM,

fueron evidentes, y así se dejó sentado en los informes semanales presentados al señor Gobernador de Antioquia Sergio Fajardo por los diferentes Secretarios de Despacho del Gabinete, no sólo los que tenían asiento en la Junta Directiva de Hidroituango, sino de todos los que de una u otra forma debian interactuar en los diferentes componentes objeto de intervención para conjurar los factores que estaban presentado dificultades en la ejecución del proyecto, y por ende atrasos en la ejecución de las obras.

Se resalta, que la estrategía de intervención de un plan integral de manejo para la zona de influencia de Hidroituango por parte del gobierno departamental, en donde participaban activamente los secretarios de despacho, asesores y gerentes, había sido una directriz constante del Gobernador para conjurar o al menos minimizar los hechos que estaban generando retrasos en el desarrolllo de las obras, al tiempo que, se realizaban requerimientos constantes al contratista EPM para que incentivara medidas de recuperación de plazos para ubicar el proyecto al día con el cronograma previsto para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas con la CREG.

Así se deja entrever de los informes presentados al señor Gobernador por varios secretarios de Despacho el viernes 8 de febrero de 2013, en donde es reiterativo el esfuerzo por impactar a los municipios de influencia de Hidroituango con proyectos sociales y medidas de orden público, que permitiesen dentro del ámbito de competencia del gobierno departamental minimizar los factores que estaban afectando el normal desarrollo de las obras.

El viernes 8 de febrero de 2013152, diferentes secretarios de despacho presentaron el informe al entonces Gobernador de Antioquia, en donde se evidencian las acciones precisas para lograr la aceptación del proyecto por parte de las comunidades, y la concertación del plan de intervención social para el retorno temprano de las regalías que se espera que el mismo genere, así como la intervención en el manejo del orden público en la zona de influencia de la hidroelectrica.

La Dirección de Planeación en su informe titulado "PLAN INTEGRAL HIDROITUANGO", infomó sobre las reuniones sostenidas con los alcaldes de los municipios de influencia del proyecto y las intervenciones en infraestructura que éstos solicitan para mejorar las condiciones de las comunidades que representan, así mismo da cuenta de algunas dificultades presentadas en la modelación de intervención y solicita una reunión urgente con mi poderdante para tratar los diferentes asuntos que son plasmados en el informe, tal como se precisa en el documento donde se condensan todos los informes presentados por los secretarios de despacho y el cual es aportado como prueba de descargos'.

Se resalta como al final del informe presentado por la Directora de Planeación, ésta deja constancia sobre temas que considera importantes y precisa que éstos deben ser analizados por mi poderdante, lo cual evidencia no sólo que el doctor Fajardo Valderrama brindaba las directrices y orientaciones necesarias a sus secretarios de Despacho, sino además que los temas considerados importantes eran analizados en reuniones sostenidas con él, como se manifestó al iniciar la exposición consignada en este capitulo.

Por su parte, la Gerencia de Municipios, trajando en la misma linea y acogiendo las directrices del entonces Gobernador de Antioquia, entregó el informe sobre el avance de la presentación oficial del Plan Integral de la Hidroelectrica Ituango, el compromiso y entusiasmo de los mandatarios locales por coadyuvar en este proceso, y la forma como se planea interactuar a través de mesas de trabajo concertadas con EPM y los representantes de las comunidades, así se plasmó en el documento:

"Previa a la presentación oficial del Plan Integral Hidroeléctrica Ituango el próximo viernes 15 en Ituango y 16 en Olaya, esta semana realizamos dos reuniones con los alcaldes del Norte y con los alcaldes de Occidente, una el miércoles y otra el jueves. En esta reunión junto con EPM profundizamos un poco más con los mandantarios locales sobre este hito que tendremos la semana entrante y la importancia de su rol como líderes de sus comunidades alrededor del proyecto. Quedaron muy motivados y comprometidos a ser los principales voceros del proyecto en sus territorios. De esta forma, avanzamos en la tarea que nos puso de hacer que los alcaldes lleguen tranquilos al evento, sabiendo que serán escuchados y tenidos en cuenta, en representación de sus comunidades, para ajustar la propuesta de la distribución de los recursos plús. Estamos en el montaje interno de articulación de la mesa de trabajo con EPM y las mesas permanentes que se crearán con los alcaldes y líderes comunitarios en el Norte y en Occidente. Mensaje clave: Este proceso no inicia ni termina con los eventos del próximo fin de semana. Lo que vivimos es un hito importante, al oficializar el compromiso de la Gobernación y de EPM con el desarrollo de estas comunidades durante estos tres años siguientes, alrededor de un proyecto de la magnitud de la Hidroeléctrica. Una cosa importante: Teníamos programado en Ituango la firma de los Pactos por la Calidad de la Educación, pero María Eugenia Ramos dijo que no los hagamos para concentrarnos en el evento como tal y no despertar susceptibilidades políticas de la Alcaldía y EPM, que lo hablaba con usted. Pero usted en la rendición de cuentas de la Asamblea habló de esto y me parece importante que recuerde que en la agenda que le pasé la semana pasada por eso esto no aparecía. Me imagino que el lunes en el Consejo de Gobierno, cuando toquemos el tema, se hablará de esto. La contrapropuesta que nos hizo María Eugenia fue volver después a firmarlos con estos alcaldes." (Negrillas nuestras).

Finalmente, el Secretario de Gobierno da cuenta de las acciones preventivas frente a la violencia generada en el territorio de influencia del proyecto, participando la planeación de una jornada cultural que denominó en su informe "Bombardeamos a Ituango de Arte con Accion Poética, jóvenes por Ituango y gestión social de EPM".

Para el viernes 8 de marzo de 2013, la Dirección de Planeación entregó el informe de seguimiento al Plan Integral de Hidroituango, resaltando los diferentes avances que se han presentado en la conformación de mesas de trabajo con las comunidades, la intervención activa de los funcionarios de EPM en las diferentes actividades realizadas, y la convocatoria de un gran parte liderado por Ríos Vivos y la forma como la Secretaría de Gobierno se está preparando para afrontar este hecho, tal como se revisa en el informe consolidado de secretarios de despacho el cual era compilado por el secretario privado del entonces Gobernador del Departamento de Antioquia157.

El 12 de abril de 2013158, varios Secretarios de Despacho brindaron el informe sobre el avance del plan de intervención de las zonas de influencia de Hidroituango, en los cuales se deja entrever una articulación en los diferentes aspectos frente a los cuales el Gobierno Departamental centró la atención para poder avanzar en el proyecto logrando la aceptación de éste por parte de las comunidades, y además la posibilidad de un retorno de los beneficios en desarrollo que éste traería a las regiones.

Así, en el informe presentado por la Secretaría de Participación Ciudadana, se destaca el interés en generar espacios de intervención que posibiliten a las comunidades expresar sus opiniones sobre el proyecto, las expectativas y la forma como la comunidad puede interactuar con éste a la par que se obtiene un desarrollo

integral para las regiones en infraestructura vial, seguridad, generación de empleo, educación, entre otros. Así fue presentado el informe por esta
Secretaría:
"Seguimos juiciosos en Hidroituango, creemos que nuestro proyecto de participación es esencial para el logro de los objetivos allá y así lo hemos asumido".
Por su parte, la Direccion de Planeacion brindó el informe "PLAN INTEGRAL HIDROITUANGO", y siguiendo las directrices de su jefe inmediato, le presentó el reporte correspondiente de las actividades realizadas para generar espacios de concertación, dialogo y convergencia para lograr la aceptacion del proyecto por parte de la comunidad, y de esta manera minimizar el impacto de las invasiones y protestas protagonizadas por agentes foráneos o por los habitantes en busca de exigencias económicas, las cuales habían generado atrasos considerables al proyecto.
Se dejó consignado en el informe semanal presentado por la Dirección de Planeación los avances del plan integral de Hidroituango, así:
"Avances Ya le presenté ayer un informe breve sobre la mesa de trabajo que sostuvimos con Ríos Vivos en la mañana. Los compromisos son:
- "Implementar una mesa de veedores de derechos humanos en la zona y proponen que de ella hagan parte la vicepresidencia, la procuraduría, organismos internacionales; entre otros. Consideramos acertada esta propuesta pero queremos revisar los integrantes de la misma.
- Parte de los recursos de los 100 millones estarán orientados a apoyar el fortalecimiento institucional, incluidas las personerías locales; se plantea fortalecer también las mesas municipales de víctimas que están instaladas en el marco de la justicia transicional. Nos parece una solicitud pertinente y en el marco de los proyectos en los que venimos trabajando con la secretaría de gobierno.
- "Se plantea la solicitud de establecer rutas para apoyar acciones de reparación integral que vayan más allá de lo económico, como por ejemplo apoyar las acciones de fiscalía en la zona donde se presume que hay varias fosas comunes.
- "Se solicita revisar la presencia de las fuerzas armadas y de policía alrededor de las IE, pues según ellos esto es lo que ha hecho que proliferen los artefactos explosivos en inmediaciones de estas infraestructuras.
- Nos enviaron un mail planteando sus solicitudes de condiciones para retornar; en este momento la secretaría de gobierno y el Dapard lo están evaluando y posteriormente le pasaremos un informe
• "Avanzamos de forma muy proactiva en las mesas municipales. Ayer se trabajó en San Andrés de Cuerquia con las mesas municipales de proyectos productivos y con presupuesto participativo. Tenemos una gran dificultad: yo he hablado personalmente con Felipe, Mauricio Valencia y Luz María Agudelo sobre la importancia de que las personas que ellos delegaron para integrar estas mesas efectivamente nos acompañen pero no funciona bien.
Necesitamos que usted nos ayude con un mensaje claro sobre la importancia de este proceso pues si no somos capaces de materializar rápidamente en territorio nuestros compromisos, aquí no pasará nada y todos los esfuerzos que hacemos en diferentes direcciones se perderán". (negrillas nuestras).
Por su parte el Secretario de Gobierno presentó el informe correspondiente a la Política Criminal Regional para la Seguridad y concretamente frente al tema del manejo de Hidroituango precisó que el tema de seguridad de la zona de influencia de Hidroituango seguía retrasando el inicio de las obras por parte de EPM, por lo cual se reforzó la seguridad del territorio con cuatro pelotones

adicionales.
La Secretaría de Gobierno, en este documento, también entregó el reporte sobre las diferentes acciones emprendidas para prevenir los entornos de violencia, tema frente al cual expuso los esfuerzos que se estaban realizando con otras secretarías para generar entornos protectores de prevención de violencia en la zona de influencia del proyecto Ituango. Así lo precisó en el informe:
"ENTORNOS PROTECTORES QUE PREVIENEN LA VIOLENCIA
"Prevención de la violencia:
"Prevenir es mejor. Hidroituango: Presentación del proyecto de prevención a ejecutarse entre la Sec de Gobierno, Gerencia de inf. Y Adolescencia a los 12 alcaldes de los Municipios que serán impactadas por el proyecto. La presentación estuvo a cargo de funcionarios de la OIM y la Gobernación de Antioquia (GIAJ y Sec. Gobierno, Entornos Protectores) Este proyecto tiene como principal componente la prevención del reclutamiento y la explotación sexual infantil, los alcaldes se comprometieron con la delegación de 4 de sus funcionarios para acompañar el proceso de implementación de las acciones en el territorio .
Para el viernes 19 de abril de 2013, se presentó informe por parte de la Dirección de Planeación frente a los avances del Plan de Manejo Integral para Ituango en el cual da cuenta de las acciones adelantadas para fortalecer el dialogo y la convivencia en las comunidades y los diferentes sectores que presentan oposición al proyecto. Así se plasmó en el mencionado documento:
"PLAN INTEGRAL HIDROITUANGO
• "Continuamos en este proceso de sacar adelante el Plan Integral y obviamente el proyecto. En el transcurso de la semana se le dio respuesta a la carta de Ríos Vivos a través de la cual plantean las "condiciones necesarias para el retorno". En su mayoría las interpretamos como exigencias que convaliden su fortaleza en el territorio y su representatividad de las comunidades impactadas y por ello la respuesta a la mayoría de ellas fue negativa y siempre reiterando que no promovimos su desplazamiento y que consideramos que las condiciones de seguridad están dadas para que ellos retornen. Finalmente vamos avanzando en las mesas técnicas con los municipios y las comunidades y vamos muy bien; hasta ahora hay un tema que lo han planteado tanto Buriticá como Briceño y es que mediante respectivas cartas ambos alcaldes han planteado que "renuncian a participar en proyectos de vivienda, salud, proyectos productivos, gobernabilidad, etc y que toda la plata que a ellos les tocaría por cuenta de todos los demás componentes del plan integral, ellos solicitan que se le ponga a las respectivas vías de acceso". Este tema nos tiene estudiando pero no lo vemos muy viable; además consideramos que los alcaldes son actores muy importantes pero no son los únicos que toman estas decisiones. Muy enredada la participación de educación en las mesas; normalmente no asisten o asisten personas sin criterio. Mi opinión personal es que Felipe necesita personas más competentes en el tema; lo he hablado con él pero él insiste en que estas dificultades se las manifieste directamente a él y que él las resuelve pero lo siento un poco ahogado y con muchos temas. Seguiremos intentando trabajar con él.
Temas Territoriales
• Siguiendo su directriz de consejo de gobierno, hemos hecho un balance de los diferentes temas en los que estamos trabajando para mejorar las capacidades y las competencias de los territorios. A continuación se los enuncio:
o (..)
NORTE

o Hidroituango
o Zona de consolidación
OCCIDENTE
o Hidroituango
(- .)
"Nuestra gran dificultad hoy es que cada uno de estos temas ha surgido por diferentes razones; algunos por decisión nuestra como Valle San Nicolás o PIR Urabá, o los PMI por ejemplo o por razones como la existencia previa de una zona de consolidación o por megaproyectos como HI o Gramalote. Sin embargo al margen del origen, todos ellos hoy están en marcha o al menos enunciados (como los PMI) y requieren lineamientos y trabajo articulado de las dependencias. El reto de planeación para atender los requerimientos de cada proyecto es muy grande y hoy sólo lo hacemos parcialmente; necesitamos plantear una estrategia clarísima para cada uno de estos temas y no necesariamente será planeación quien los lidere todos aunque en todos debe participar; hoy no tenemos resuelto este reto pero estamos trabajando en él para hacerle una propuesta a usted pero creo que es importante reiterar lo que dije en consejo de gobierno en el sentido de que no tenemos capacidad para garantizar que llegaremos a los 125 municipios. Hoy, con esta lista de proyectos estamos llegando a 62 municipios y algunos de ellos tienen impactos por cuenta de varias actuaciones cuyo sincronismo debemos garantizar (por ejemplo Ituango, Briceño y Valdivia con HI + consolidación). Ayúdenos por favor con sus opiniones, sugerencias y recomendaciones." (negrillas intencionales).
Por su parte, el Gerente del IDEA, quien fungía como suplente de mi poderdante en la Junta Directiva de Hidroituango, presentó el informe sobre los aspectos relevantes de su gestión, el cual plasmó en los siguientes términos:
✓ "Realización de taller para delegados del IDEA y la Gobernación en las juntas directivas: Tuvo una asistencia del 70%, donde se cumplió con el objetivo de sensibilizar a los asistentes en sus responsabilidades como miembros de junta y socializar los lineamientos de la gobernación y el IDEA respecto a las inversiones en empresas. Hace parte de las acciones de Gobierno Corporativo'65" (pág. 26).
De igual forma, el 25 de abril de 2013165, el doctor Perez Salazar, presentó un informe pormenorizado de las inversiones del IDEA titulado "Historía Clínica Inversiones Patrimoniales", en el cual hace un análisis de la situación de Hidroituango, el cual plasmó en los siguientes términos:
(…)
"Breve Descripción
"Proyecto que tiene por finalidad el aprovechamiento del potencial hidroeléctrico del río Cauca.
"El objetivo de la sociedad es verificar la ejecución del contrato BOOMT para la construcción y operación de la Central Hidroeléctrica Ituango y garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018. La sociedad conserva las licencias ambientales. La capacidad proyectada es de 2.400 MW. con inversión estimada: U$3.500 Millones
"Situación Actual
"El 25 de agosto de 2010 se ratificó el acuerdo al que llegaron los dos socios mayoritarios, para que EPM sea quien financie, construya y opere durante un período la Central Hidroeléctrica Ituango; para lo cual EPM constituyó la firma "EPM — ITUANGO"
A finales el año 2012, EPM propone al IDEA que ante la no declaratoria de Zona Franca del proyecto por parte del Gobierno Nacional con la consecuente pérdida de

beneficios tributarios asociados a esta figura, se le ceda el contrato BOOMT que ejecuta EPM — Ituango; negociación que se concretó en enero de 2013. Como contrapartida a esta cesión, se reconoció la suma de U$ 35 Millones a los accionistas de la sociedad Hidroituango diferentes de EPM que se llevarán como anticipo del proyecto. Al IDEA le correspondió el 94,547% de dicho valor.

"Igualmente, el proyecto hará una inversión social adicional por la suma de US$100 millones, destinada a la ejecución de obras, planes y programas de alto impacto social en los 12 Municipios del área de influencia del proyecto.

"Perspectivas

Continuar con el rol de verificación en la evolución de las obras de infraestructura para la construcción de la central hidroeléctrica y la ejecución de obras sociales negociadas en la cesión del contrato BOOMT a EPM". (negrillas nuestras)

Del informe presentado por el doctor Mauricio Pérez Salazar, es necesario destacar que se logró concertar con EPM en las negociaciones de la cesión del contrato BOOMT, recursos por cien millones de dólares (100.000.000,00 US) destinados a la ejecución de obras, planes y programas de alto impacto social en los doce (12) municipios del área de influencia del proyecto, lo cual vendría a reforzar financieramente la estrategia del PLAN DE INTERVENCIÓN INTEGRAL PARA HIDROITUANGO, que venía liderando mi poderdante, en su calidad de Gobernador de Antioquia, con el apoyo de los secretarios de despacho, asesores y gerentes del gabinete.

Siguiendo con las directrices y orientaciones de mi poderdante, el 10 de mayo de 2013, varios de los secretarios de despacho del gabinete departamental presentaron el informe de intervención, cada uno desde sus competencias misionales dan cuenta de diferentes trabajos orientados a fortalecer los vínculos institucionales con las comunidades impactados con el proyecto, el mejorar sus condiciones, calidad de vida y el fortalecimiento de escenarios propicios para el dialogo y la concertación.

A continuación extraeré para ilustración del Despacho algunos de los informes que fueron presentados en esta semana al doctor Fajardo Valderrama, para que éste, previo a la realización del Consejo de Gobierno preparara los temas y brindara las correspondientes instrucciones a los secretarios de despacho. La Secretaría de Agricultura, comprometida con el desarrollo integral del agro en las regiones del Departamento de Antioquia, no podía ser ajena al plan integral de intervención de Ituango que fue direccionado por el señor gobernador, y por ello, en el informe presentado el 10 de mayo deja entrever como de la mano de otros secretarios de despacho había adelantado algunas acciones de intervención en la zona de influencia del proyecto'.

La Secretaría de Educación entregó el informe sobre intervención de la infraestructura educativa en el Departamento de Antioquia, concretamente el mejoramiento de las instalaciones físicas de los establecimientos educativos en varios municipios ubicados en la zona de influencia del proyecto, los cuales, de acuerdo a la estrategia de Plan Integral de Hidroituango orientado por el señor Gobernador, da cuenta que esta zona estaba siendo objeto de intervención en diferentes frentes para lograr armonizar el impacto del proyecto con posibilidades de desarrollo y mejoramiento en la calidad de vida para la comunidad, tal como se evidencia en el documento que es presentado como prueba.

Por su parte la Dirección de Planeación Departamental, presentó el informe sobre el Plan Integral Hidroituango, en el cual da cuenta de la participación plural de los líderes temáticos del Departamento de Antioquia, con los cuales se venía trabajando en la

intervención integral a la población, y el fortalecimiento de la participación de los mandatarios locales de los municipios de zona de influencia del proyecto. Así se dejó plasmado en el informe:

"El pasado miércoles hubo reunión con los alcaldes de la zona de influencia y con Monseñor Ossa y un representante del Arzobispo de Santafé de Antioquia.

Asistieron 9 alcaldes y la alcaldesa de Librorina; los alcaldes de Olaya y Santafé enviaron delegados. Por parte nuestra estaban los líderes temáticos de vivienda, salud, educación, infraestructura, participación, agricultura, gobierno y Maná así como sus pares en el equipo de EPM. Además estábamos con directivos de EPM y Diego Miguel y yo. El gerente de Epm instaló la reunión y luego yo hablé en nombre suyo e hice la invitación a reunión mensual de seguimiento con usted, lo cual motivó de entrada a los alcaldes a participar junto con Monseñor Ossa y con el arzobispo de Santafé; es importante si podemos coordinar con usted una propuesta de agenda para esas reuniones; usted me planteó hacerlas en territorio pero la verdad es que para los de occidente llegar al norte o viceversa es muy complejo y por eso ellos mismos plantean que Medellín es más "central" para todos.

• Elementos por destacar: agradecimiento generalizado de los alcaldes por la forma en que les estamos exponiendo y entregando la información y que ya tienen claridad qué intervenciones se harán con cada bolsa de recursos (gobernación, PMA y recursos de USD100 MM); aceptación y claridad por su parte en que los recursos adicionales serán discutidos en las mesas y que lo que estamos planteando es una propuesta. Gran relevancia a la incorporación de recursos para vías terciarias y caminos de herradura y en particular Briceño y Buriticá que habían enviado cartas solicitando que "todo lo que nos corresponde se invierta en vías", se tienen propuestas concretas a través de las cuales se intervienen las vías solicitadas e igual que con las vías terciarias, quedaron ambos muy contentos; en general hay muy buenos avances en las concertaciones de vivienda, salud, actividades productivas y próximamente se discutirán temas de infraestructura educativa, servicios públicos y vías en detalle en cada municipio. Monseñor Ossa pide que aunque San José de la Montaña no está en el área de influencia directa, merece y necesita apoyo nuestro para salir adelante (hablemos de esto, creo que si podemos y debemos hacer un esfuerzo).

"Qué solicitan los alcaldes: mayor participación en la contratación. Frente a este tema explicamos que ellos contratarán aprox. 36.000 MM correspondientes a Maná (huertas), presupuesto participativo, actividades productivas y vías terciarias y secundarias. La gran contratación de vías la harán epm y la gobernación ya que al tener contratos en ejecución en la zona se agiliza el proceso y hay economías de escala. Otra solicitud reiterada: mayor inversión en seguridad, pero en particular en el tema de inteligencia y apoyo con dispositivos electrónicos y de alta tecnología; aquí la discusión vuelve a la "contribución especial" que es el 5% que pagan los contratistas de obra pública para seguridad y que hoy se va todo para Medellín; creo que es hora que usted intervenga en este tema con el alcalde".

De forma similar, la Empresa de Vivienda de Antioquia -VIVA- dio cuenta de las acciones emprendidas para la contribución de soluciones de vivienda para la población impactada con el proyecto dentro del plan integral de la Hidroeléctrica Ituango. Así fue presentado en el informe:

"Plan Integral de la Hidroeléctrica Ituango (VIVA)

"Dentro del Plan Integral de la Hidroeléctrica Ituango, VIVA socializó la propuesta de intervención en 10 municipios y se programó las mesas para Buriticá y Toledo para los días 17 y 21 de mayo".

La Secretaría de Gobierno, siguiendo con el manejo de plan integral de seguridad para la zona de influencia del proyecto, presentó el informe semanal correspondiente al 10 de mayo de 2013, enfatizando en el fortalecimiento de las personerías dentro del componente de derechos humanos y víctimas.

En el informe presentado por los secretarios de despacho el viernes 24 de mayo de 2013, se sigue evidenciando las instrucciones entregadas por mi poderdante para el manejo integral de las zonas de influencia del proyecto Ituango en los componentes sociales, de orden público, de promoción y protección de los derechos humanos, infraestructura educativas, entre otros, los cuales habían ayudado a tener un nivel de aceptación del proyecto y el control de algunos factores que habían causado graves retrasos en el mismo.

Así se evidencia del informe presentado por la Dirección de Planeación titulado "Plan Integral Hidroituango" en el cual se extrae por su importancia la relevancia frente al tema de la seguridad y el desplazamiento de los campesinos como factores exógenos que han afectado los rendimientos esperados en el avance de las obras del proyecto.

La Empresa de Vivienda de Antioquía -VIVA- por su parte informó sobre los avances en el manejo del Plan Integral de la Hidroeléctrica Ituango, en torno a las soluciones de vivienda para la población aledaña al proyecto, señalando al respecto que:

"En el marco del Plan Integral de la Hidroeléctrica Ituango, VIVA presentó la propuesta de intervención para los 12 municipios que hacen parte del proyecto. Se ejecutarán 1.660 soluciones de vivienda. Se espera la entrega de la documentación de los lotes y familias beneficiarias, por parte de los municipios para iniciar con el proceso de formulación y estructuración de cada proyecto". (negrillas nuestras)

El Secretario de Educación por su parte, informó sobre las inversiones en infraestructura educativa realizadas a los Municipios de San José de la Montaña, Sabanalarga, Liborina, Ituango, San Andrés de Cuerquia, entre otros municipios aledaños a la zona de influencia del proyecto Hidroelectrico Ituango.

Finalmente, el Secretario de Gobierno brindó el informe sobre los avances en la intervención de los entornos protectores de los derechos humanos concretamente en el Municipio de Ituango, programa que hacía parte de la estrategia de intervención integral a todos los municipios de influencia del proyecto.

En el informe semanal presentado por varios secretarios de despacho el viernes 31 de mayo de 2013, se revisa como el entonces gobernador continúa con la estrategia de intervención integral a toda la zona de influencia del proyecto, y así lo evidencian los informes presentados por los diferentes secretarios de despacho, en los cuales, se extrae como aspecto de especial importancia para esta defensa, la preocupación del gabinete departamental, encabezado por mi poderdante, por lograr el entendimiento de los alcaldes de los municipios en la trascendencia regional del proyecto, y por ende un mayor compromiso en aras de desarrollar mancomunadamente estrategias de intervención que posibiliten minimizar los aspectos negativos que estaban generando atrasos en las obras.

Es así como la Directora de Planeación Departamental, doctora Maria Eugenia Ramos Villa, llama la atención sobre la necesidad de que mi poderdante, en su calidad de Gobernador de Antioquia, refuerce el mensaje que Hidroituango es un proyecto de impacto regional, y por ello, se requiere un compromiso decidido de los alcaldes de la zona de influencia del proyecto. Así lo dejó plasmado en el informe:

"Con relación a la fecha para su reunión con los alcaldes de Hidroituango, aún no está agendada. Edward hablará con usted. Yo creo que este tema es muy importante y muy urgente; necesitamos que usted les refuerce el mensaje de que esto es un proyecto de impacto regional y que el Plan Integral también es regional; en las mesas de trabajo el discurso es muy claro pero luego al otro día, cada alcalde nos radica una carta pidiendo que para su municipio no se haga nada de lo que planteamos como de impacto regional sino que se les resuelva su necesidad puntual en otros temas como la infraestructura de salud, así no se les haga inversión en otros temas importantes como DDHH o presupuesto participativo o MANA por ejemplo. Su mensaje es clave. Cuándo? (negrillas nuestras).

La Gerencia de Municipios por su parte, en el informe del 31 de mayo de 2013, da cuenta de la difícil situación de orden público por la cual atraviesan los municipios de la zona de influencia del proyecto, (factor que como se ha manifestado, es uno de los aspectos que influyó ampliamente en los atrasos que presentó el Sub-contratista Consorcio CTIFS), lo cual lleva a proponer como estrategia de intervención la recuperación del territorio a través de la presencia efectiva del Estado y del retorno a la gobernabilidad.

Revisese adicionalmente, como al final del escrito que trascribo para ilustración del Despacho, el Gerente de Municipios le manifiesta a mi podedante que queda pendiente de los comentarios para revisar el mensaje que se les dará a los alcaldes de la zona de influencia del proyecto, lo cual deja entrever que la presentación de informes semanales por los Secretarios tenía como propósito el recibir las orientaciones y directries del manejo de cada una de las situaciones que se presentaban al interior del proyecto y que incidian en el desarrollo del mismo.

Así lo expresó el Gerente de Municipios:

"El tema de segundad en los 12 municipios de Hidroituango se puso muy delicado esta semana. Me llamaron los alcaldes de Peque, San Andrés de Cuerquia, Briceño y Sabanalarga a decirme que sienten que el control del territorio lo tienen las Farc en este momento y no laFuerza Pública. En Peque la guerrilla tiene impuesto un toque de queda desde las 6:00 de la tarde y están minando zonas que antes no estaban identificadas de estar en este riesgo, lo que incluso generó que esta semana Hugo se tuviera que venir con un joven herido por una mina en una de las veredas cercanas al casco urbano. Yo hablé con Santiago este tema, él me respondió que ya estaba trabajando en eso con la Policía y el Ejército, pero creo que es clave unos operativos prontos y públicos en este territorio para que los alcaldes entiendan que el Estado está llegando de manera efectiva a sus municipios y que las épocas en que la guerrilla impone las leyes, va a quedar atrás. Sé que decirlo es más fácil que hacerlo, que es un reto inmenso y que se debe hacer con cuidado, pero siento que tenemos que responder al llamado de los mandatarios. No sé usted qué piensa y qué sabe, pero yo de Gobierno no he tenido una respuesta clara. Quedo atento a sus inquietudes para ver qué mensaje le damos a los alcaldes". (negrillas nuestras).

En el informe semanal presentado por la Dirección de Planeación el día 7 de junio de 2013 se propone llevar a cabo la reunión con los alcaldes el 19 de dicho mes, y se advierte por parte de la titular de esta dependencia que el proyecto se encuentra atrasado, y que el contratista de túneles de desviación "es un desastre", pero así mismo, resalta que EPM considera que es más grave y oneroso declararle incumplimientos al contratista, y por ello está buscando alternativas técnicas que agilicen la ejecución de las obras retrasadas184.

Así se plasmó en el informe rendido por la Directora de Planeación:

• "Proponemos que el 19 de junio sea la reunión con los alcaldes de la zona del proyecto.
• Hoy tuvimos Junta; el proyecto en su ejecución está atrasado; el contratista de túneles de desviación es un desastre pero epm considera que es más grave y más oneroso declararle incumplimientos. Están buscando alternativas técnicas que agilicen la ejecución de las obras retrasadas. Le seguiré contando cómo avanza el tema.
• Hay un problema con la licencia y con la ANLA, es importante que nos ayude invitando a la directora de la ANLA a que visite el proyecto. Estamos ad-portas de una sanción ambiental por unas actuaciones que hizo epm sin que estuvieran en la licencia y luego las informaron. Epm dice que ellos lo podían hacer porque generaba menor impacto ambiental pero la ANLA está molesta (creo que con razón) porque epm se los "saltó". (negrillas nuestras)
Resulta importante destacar que EPM, luego de revisar la viabilidad y conveniencia de imponer multas al subcontratista Consorcio CTFS o realizar un proceso de negociación que permitiera estratégicamente recuperar los atrasos del proyecto, concluyó que no era aconsejable imponer multas al Consorcio CTFS y en su lugar optó por implementar medidas técnicas para recuperar los atrasos que presentaba el proyecto, las cuales eran informadas a la Junta Directiva de Hidroituango, quien se encargaba de realizar el seguimiento al cronograma.
A la par que EPM implementaba medidas técnicas para recuperar los atrasos, los secretarios de despacho del Departamento de Antioquia, atendiendo a las directrices entregadas por mi poderdante, continuaban con la implementación del plan de manejo integral de Hidroituango, el cual como se anotó anteriormente, buscaba generar acciones multilaterales que permitieran minimizar las situaciones que estaban generando atrasos en la ejecución de las obras, sin dejar de lado el continúo seguimiento y exigencia a EPM para que implementara las medidas técnicas necesarias para poder recuperar los atrasos, como se revisará en detalle con el seguimiento a las reuniones de la Junta Directiva de HI.
Para el 14 de junio de 2013 el doctor Ivan Mauricio Pérez Salazar presentó el reporte mensual de seguimiento a inversiones de la Gobernación y el IDEA, destancando como hechos relevantes del mes que "el contratista de los túneles de desviación sigue presentando retrasos y se están analizando alternativas de obra para no afectar la entrada en operación del proyecto. Por ahora, vamos ajustados al cronograma de la CREG." A renglón seguido presenta como observaciones y próximos pasos a seguir: "Hacer seguimiento a las propuestas de obras alternativas. Seguimiento al desempeño del contratista de los túneles. Al próximo mes, el 05 de julio de 2013189, el Gerente del IDEA, presentó el reporte mensual de seguimiento a las inversiones de la Gobernación y el IDEA, destancando como hechos relevantes que "Se continúa con el cronograma de obras. La desviación del río sigue siendo un punto crítico y aún se estudian posibles alternativas para acometer la obra'. Seguidamente presenta las observaciones y los próximos pasos que sugiere para hacerle frente a la situación planteada: "Destacar más las obras de impacto positivo para la comunidad (vías). Apoyar al Ejercito en su solicitud de un Batallón de combate terrestre ante la nación".
En el informe semanal del 12 de julio de 2013, nuevamente el Gerente del IDEA, enuncia los avances del proyecto Hidroituango, precisando que: "Tuvimos junta hace una semana; el proyecto avanza y lleva bien (sic) ritmo, pero aún está retrasado con respecto al cronograma. Se plantearon por parte de EPM alternativas técnicas para minimizar el riesgo de más retrasos. Ruta critica: la desviación del río en primer

trimestre de 2014 y hoy estamos muy ajustados en el cronograma para cumplir ese hito. Si no se desvía el no en esa fecha, no existe posibilidad de entrar en operación en 2019, con las consabidas multas de la CREG.
"Estamos trabajando con Gobierno en la logística para el regreso de la población de la U. de A. el próximo miércoles. También ese día, firmaremos los contratos marco de ejecución de ejecución de proyectos entre EPM y los alcaldes y alcaldesa. La idea es que usted firme ese documento pero sin ninguna obligación contractual sino únicamente como "testigo de excepción" para darle formalidad y seriedad a los compromisos, esto ya lo revisó la Secretaria General".
En el espacio dedicado a las observaciones del entonces Gobernador, el doctor Fajardo pregunta: "Cuando se sabe con certeza?" y "Paga EPM?". Con las frases aludidas mi poderdante estaba indagando sobre el momento en que se sabría con certeza si se podría desviar el río Cauca en las fechas previstas, y si en caso de no poder hacerlo, EPM respondería por esta situación.
Era claro para mi poderdante en ese momento, que cualquier análisis de la situación que se estaba presentando resultaba prematuro, por cuanto EPM venía implementando mecanismos de recuperación de plazos que permitían revisar los avances del proyecto y acercarlo más al cumplimiento del cronograma. Por lo tanto, lo más adecuado en ese momento era incentivar los mecanismos de seguimiento y exigir de EPM asumir medidas técnicas que permitieran colocar al proyecto prácticamente al día con el cronograma como finalmente se logró.
Durante todo el año 2014 y el año 2015, se observan los diferentes informes de los Secretarios de Despacho en los cuales dan cuenta de su compromiso con el cumplimiento de las directrices para implementar un plan de manejo integral en el tema de la seguridad ciudadana, el manejo de derecho humanos, la participación de la comunidad, las alternativas de vivienda, la generación de oportunidades para la población impactada con el proyecto, el relacionamiento con los alcaldes de los diferentes municipios, y en fin, se brindó el apoyo necesario desde las diferentes dependencias de la Gobernación de Antioquía para minimizar los impactos negativos de los hechos que estaban generando retrasos en las obras, a la par que se continuaba ejerciendo seguimiento y control a EPM para que incentivara medidas para lograr recuperar los atrasos del proyecto.

R/: En este punto la apoderada expone y mezcla varios temas diferentes a saber: De un lado se refiere a la percepción que ella tiene sobre la eficacia de la imposición de multas en un contrato, lo que le permite atar el argumento con el uso de medidas multidisciplinarias que ella considera más efectivas y específicamente se refiere al Plan de Manejo Integral de Hidroituango. Finalmente se refiere al supuesto seguimiento efectivo realizado por los secretarios de Despacho al contrato BOOMT.

Este Despacho procederá a analizar cada uno de los argumentos planteados por la apoderada en este acápite, procediendo además a valorar las pruebas allegadas al plenario por la defensa y aquéllas obrantes en el plenario que sean relevantes en este punto.

En relación con la imposición de multas por parte de Hidroituango a EPM, la apoderada parte de una concepción de las medidas de apremio contraria a la razón de ser de las mismas que lleva a un razonamiento al absurdo y es considerar que

las mismas nunca en ningún contrato van a servir para nada por cuanto generan **"un ambiente hostil entre las partes, un desanimo en la generación de alternativas".**

Para responder el argumento planteado por la apoderada es necesario revisar lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dicho sobre la finalidad de los apremios y las multas, lo cual ha sido sostenido, tanto para los contratos estatales como para los contratos privados, como procederá a verse a continuación:

> *"El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*
> *En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de contratación de la administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas* ***con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones****"*[393] *(Negrilla y subrayado del Despacho)*

> *"A partir de estos artículos, el Consejo de Estado concluye que el poder de dirección y control en la ejecución del contrato otorga a la entidad contratante las prerrogativas de dar órdenes al contratista y* ***de asegurar su cumplimiento*** *a través de la imposición de sanciones coercitivas"*[394].
> *"Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo. (…) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial"*[395].

Es necesario precisar que aún de cara a contratos interadministrativos, el Consejo de Estado se ha referido a la posibilidad de imponer multas, en los siguientes términos:

> *"En este orden de ideas, por lo pronto, la Sala quiere enfatizar que un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.*
> *De manera que debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y*

[393] RAMOS ACEVEDO, Amparo y RAMOS ACEVEDO, Jairo "Contratación Estatal, Teoría General y Especial", Tercera Edición,2014, Editorial Ibañez p 156 y 157.
[394] BENAVIDES, José Luis, "El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho privado" Segunda Edición, 2008, Editorial Universidad Externado de Colombia, p 415
[395] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875).

patrimoniales a ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.
(…)
De este modo los contratos interadministrativos comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para el caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los convenios interadministrativos que, como se puntualizará más adelante, son acuerdos que permite la autonomía de la voluntad celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses.
(…)
Concordante con lo anterior, en la contratación estatal, en aras de lograr la ejecución de los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones y, por ende, la realización y obtención de los fines de la contratación, las entidades estatales deben exigir del contratista la "ejecución idónea y oportuna del objeto contratado" (artículo 4, Ley 80 de 1993), esto es, su cumplimiento de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas y, por su parte, los contratistas deben colaborar con las "entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y éste sea de la mejor calidad" (artículo 5, num. 2, ibídem). Correlativamente, el contratista tiene, entre otros, principalmente el "derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato" y, en consecuencia, "a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida" (artículo 5, num. 1, ibídem)
(…)
Este supuesto puede darse cuando las partes de dicho contrato son una entidad estatal contratante y un particular contratista que actúa como colaborador de la Administración, posibilidad que no puede descartarse cuando las partes del contrato son entidades públicas, es decir, cuando se está en presencia de un contrato interadministrativo. Tampoco puede excluirse la posibilidad de que una de las partes de un convenio interadministrativos lo incumpla.
(…)
En síntesis, las multas son medidas sancionatorias de carácter económico o de tipo pecuniario que se imponen al contratista con la finalidad de constreñirlo, presionarlo o apremiarlo, en forma legítima, para que cumpla el contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra oportuno o al día en el desarrollo las obligaciones a su cargo y por ende, esté en mora o retardo conforme a los plazos convenidos o en incumplimiento parcial. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo72 , sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida

> ***el objeto contractual, pues las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión se le incita al cumplimiento por temor a la multa, de tal manera que adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir por resultarle harto gravosa'[396].***

Así mismo y tratándose de contratos sometidos al Derecho privado, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales', resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes* ***para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo*** *o para sancionar el incumplimiento de las mismas.'[397]*

Visto lo anterior, resulta claro para este Despacho que la consagración de las multas en el contrato BOOMT, tuvo como objetivo que las mismas sirvieran para conminar al contratista a cumplir las obligaciones a su cargo, en efecto como se lee de las sentencias atrás referidas, las reglas de la experiencia demuestran que las mismas cumplen con dicha función pues generan un temor en el contratista quien, contrario a lo alegado por la apoderada, cuenta con incentivo suficiente para reconducir el desarrollo del contrato y lograr la meta perseguida.

En este sentido, se demuestra que la conclusión de la apoderada sobre la generación de un ambiente hostil y de desincentivar al contratista, no tienen asidero y parten de una percepción subjetiva e irreal que tiene la apoderada sobre el mecanismo jurídico de las multas.

Así mismo, resulta necesario recordar que en la interpretación de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 1620 del Código Civil, deben interpretarse en el sentido en el que las mismas generen efectos (efecto útil). En este sentido, resulta claro que si se dan los supuestos contemplados en la cláusula lo correcto es permitir y propender porque se den los efectos de la misma.

En el caso concreto y a pesar de estarse configurando las situaciones que daban lugar a las mismas, la junta prefirió desconocer el contenido del contrato y permitir

---

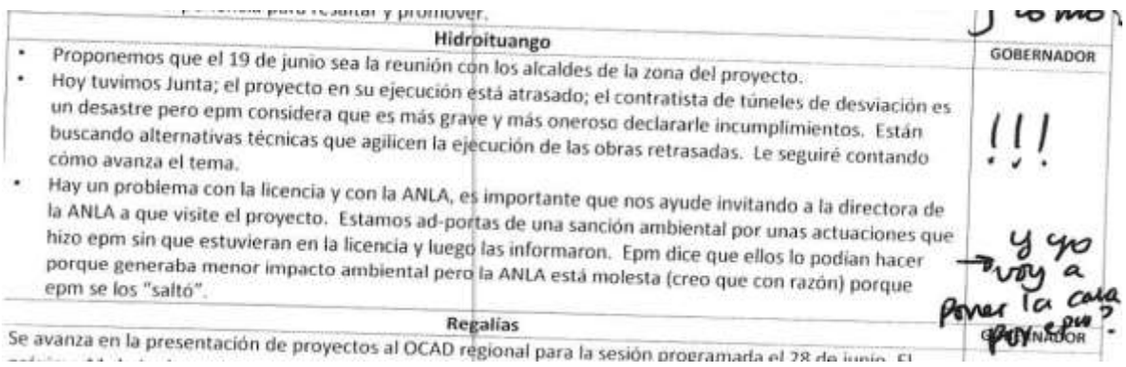
396 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicación interna: 2257 Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00.

397 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicado: 25000232600019950169 9-01 (17.936)

la modificación de los hitos y de las características que contractualmente habían sido pactados como inmodificables.

Ahora bien, en lo que se refiere a la imposición de multas a CTIFS por parte de EPM, en primer lugar es necesario precisar que dicha omisión no le fue atribuida en ningún momento a los miembros de la junta directiva de hidroituango pues es claro que no contaban con la potestad jurídica para lograrlo. De otro lado frente a las razones por las cuales CTIFS no desarrolló a cabalidad las prestaciones contratadas las cuales debieron ser finalizadas por el contratista de obras principales, desde el Auto de imputación (folios 17.873 y s.s.) con un amplio análisis del material probatorio obrante en el plenario, se precisaron las diversas acciones y omisiones atribuibles a los miembros del consorcio CTIFS y los motivos que llevaron al Despacho a calificarlas a título de culpa grave. Por lo que se le sugiere a la apoderada realizar una lectura completa del auto de imputación. Pues contrario a lo planteado por ella, gran parte de los atrasos sí obedecieron a causas generadas por el contratista.

Así mismo, es importante recordar que dentro de las pruebas que fueron aportadas por la misma apoderada se encuentran algunos de los informes semanales presentados por los secretarios de Despacho al señor Gobernador[398]. En los mismos se encuentra uno en particular – el informe de 7 de junio de 2013- en el cual se comprueba que la idea que tenían los miembros de la junta directiva de Hidroituango y que le fue transmitida al Gobernador era que el contratista de los túneles de desviación era un desastre:



Hidroituango — GOBERNADOR

- Proponemos que el 19 de junio sea la reunión con los alcaldes de la zona del proyecto.
- Hoy tuvimos Junta; el proyecto en su ejecución está atrasado; el contratista de túneles de desviación es un desastre pero epm considera que es más grave y más oneroso declararle incumplimientos. Están buscando alternativas técnicas que agilicen la ejecución de las obras retrasadas. Le seguiré contando cómo avanza el tema.
- Hay un problema con la licencia y con la ANLA, es importante que nos ayude invitando a la directora de la ANLA a que visite el proyecto. Estamos ad-portas de una sanción ambiental por unas actuaciones que hizo epm sin que estuvieran en la licencia y luego las informaron. Epm dice que ellos lo podían hacer porque generaba menor impacto ambiental pero la ANLA está molesta (creo que con razón) porque epm se los "saltó".

!!!

y yo voy a poner la cara por epm?

Regalías — GOBERNADOR

Se avanza en la presentación de proyectos al OCAD regional para la sesión programada el 28 de junio. El

Adicional a lo anterior y, si bien esto mismo fue precisado en el auto de imputación, ante la nueva alegación de la apoderada resulta necesario repetirlo, no corresponde a la realidad procesal ni a la realidad contractual la afirmación de la apoderada conforme a la cual *"no se tenía la posibilidad jurídica de imponer medidas de apremio al contratista EPM por cuanto las mismas tan sólo surgían si se verificaba el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el hito 9"*

[398] Ver CP 114, Carpeta de Referencia cruzada, Fl. 23790.

Tal y como se demostrará a continuación, partiendo de lo que se precisó en el Auto 1484 de 2020, en el cual se dijo:

> *"Sin embargo, en acta de Junta Directiva 122 de 9 de marzo de 2011, en la presentación de los elementos esenciales del contrato BOOM a los miembros de Junta, se leen las limitaciones con las que se concibieron las cláusulas penales de apremio:*
>
> ***d).- Cláusulas penales de apremio en la etapa de construcción***
> - *En el Contrato se pactó que las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos durante la Etapa de Construcción, sólo se harán exigibles si EPM incumple con las obligaciones relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento, esto es, la entrada en operación comercial de la Unidad 1 (Grupo 1 de Unidades) a más tardar el 24 de junio de 2019.*
> - *Se pactó además que, a opción de **EPM,** el valor de las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos en la Etapa de Construcción podría ser pagado, o considerado como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración de Hl.*
>
> *De lo anterior, fuerza concluir que Hidroituango podía interponer Cláusulas de Apremio en contra de EPM si se incumplían los hitos 1 a 9 pero sólo podía hacerlas exigibles si, no se lograba la entrada en operación en la fecha programada"*[399]

De donde se aprecia que las cláusulas de apremio podían interponerse en el momento en que se verificara el incumplimiento de cualquiera de los hitos 1 a 9 pero solo podía exigirse si no se lograba la entrada en operación en la fecha programada. Así mismo, es importante precisar que el reproche que realiza este Despacho en relación con dicho tema en el auto de imputación, es textualmente el siguiente:

> *"A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM".*

Era conocido por la junta directiva de Hidroituango y por EPM, e inclusive por el Gobernador de Antioquia, que la ruta crítica para los años 2012 a 2014 era precisamente la desviación del Río que debió hacerse en 2013. Era tan grave la situación que desde 2012 en atención a los retrasos presentados en este punto era claro para EPM que era improbable comenzar a generar energía con la hidroeléctrica en el año 2018.

[399] Ver fl 17979 vto, que corresponde a la página 426 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

A pesar de toda la información con la que contaban y debían haber tenido en cuenta los miembros de junta directiva, de manera negligente avalaron el cambio de la fecha del hito 1 aceptando las explicaciones que daba EPM sin asumir la postura crítica y que en defensa de los intereses de los socios de Hidroituango debieron mostrar.

No solo no se impusieron las multas las cuales se recuerdan era una de las decisiones estratégicas que podía tomar Hidroituango sino que ni siquiera se elevaron las alertas correspondientes, sino que se permitió cambiar la fecha de los hitos.

Ahora bien, respecto de la supuesta eficacia de las medidas multidisciplinarias tomadas por la junta directiva y que llevaron a recuperar los atrasos y supuestamente a ser calificados como una práctica gerencial, resulta importante proceder a Estudiar los sostenido por la apoderada, en lo que se refiere al Plan de manejo integral de Hidroituango.

De conformidad con lo sostenido en el testimonio del señor **Carlos Andrés Pérez, el Plan Integral de manejo de Hidroituango constaba de 8 puntos estratégicos** a saber:

> *"(…) PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Lo que estoy entendiendo el plan integral tenía un componente social, este era el único componente que tenía o que otros componentes tenían ese plan integral.* ***CONTESTADO****. Eran varios componentes pero no los recuerdo todos, teníamos* ***un primer componente que era el de fortalecimiento institucional****, siendo coherentes con lo que decía, era fortalecer la capacidad institucional que había en el territorio, es decir, apoyar las alcaldías, apoyar los organismos de acción comunal de tal manera que pudieran hacer una mejor gestión en su territorio, o sea, una Alcaldía que fuera mas capaz de ejercer sus funciones pues iba a ser percibida por los ciudadanos como una Alcaldía que les prestaba un servicio, los protegía, apoyaba con diferentes proyectos, ofrecía un buen servicio de salud, educación, ese fortalecimiento institucional era muy importante,* ***una segunda línea era conectividad*** *donde era una zona apartada y de difícil acceso y habían muchas personas que viven de la agricultura donde la mayor dificultad una vez tienen su cosecha poder llevar sus productos a un punto de consumo, cómo acceder a mercados y entonces desde allí esa línea de conectividad precisamente hizo intervención integral buscando que las vías terciarias estuvieran en buenas condiciones haciendo obras de mitigación donde allí hay problemas de estabilidad de la vía, haciendo mantenimientos, ampliaciones, de tal manera que las personas pudiera acceder (…).* ***Había una línea para desarrollo de bienestar social****, esta es muy importante porque se le daba la oportunidad a la comunidad de decidir en qué invertir recursos, utilizamos la metodología de presupuesto participativo sabíamos que había un recurso para bienestar social pero dijimos que ese recurso no lo decida la Gobernación de Antioquia, el Gobernador dijo yo quiero que ese recurso lo priorice la comunidad para poder construir confianza de nuevo y para poder lograr que la comunidad se empodere*

> *del desarrollo (…). **Teníamos una línea también de proyectos productivos** que se enfocó principalmente al apoyo de la producción agrícola y esta línea incluyó desde entrega de insumos hasta capacitación y fortalecimiento de la societividad. Se hizo un proceso de economía de base para mejorar la capacidad productiva de los campesinos. Este proyecto tenía también **una línea de vivienda era construcción de vivienda y mejoramiento de vivienda**, esta la ejecutaba directamente el proyecto Hidroituango. Había una **línea de educación que se enfocó principalmente en el mejoramiento de la infraestructura educativa**, allí tuvimos escuelas que fueron de madera y que entregamos después en material, se amplió, se mejoró la infraestructura educativa con algo muy importante y es que un reto que nos puso el Gobernador, yo no quiero que las inversiones se queden en el área urbana que además se ven mas, una exigencia que nos hizo es que hay que llegar a las zonas mas apartadas porque allí es donde está el caldo del conflicto en comunidades rurales que no tienen contacto (…) **una línea de salud (…) una línea de servicios públicos** donde pudimos llevar conexión de gas domiciliario donde pudimos llevar acueducto y alcantarillado a los cascos urbanos y en algunos casos acueductos veredales (…). Esas son las 8 líneas de las que constaba el plan integral (…)".*

Si bien dicho plan tenía objetivos cuya importancia para la región este Despacho no desconoce, el mismo era parte del proyecto hidroeléctrico y su finalidad no se reducía a obtener un beneficio social en la zona sino facilitar con este el Desarrollo de Hidroituango, Por lo que la inversión de estos recursos únicamente se encuentra justificada si se hubiera cumplido el objetivo de desarrollar el proyecto en las condiciones de tiempo, modo y costos inicialmente planeados.
De donde **se concluye que a pesar de las acciones adelantadas en desarrollo del mismo, estas no pueden ser entendidas como un actuar diligente y que exima de responsabilidad al Gobernador de Antioquia para la época de los hechos, sobre todo si se tiene en cuenta que, como se probó desde el auto de imputación, el señor Fajardo estuvo enterado de las muchas otras vicisitudes del proyecto y no dio instrucciones ni adelantó acciones efectivas tendientes a conjurarlas desde el Rol que le correspondía como Gobernador y como miembro principal que era de la Junta Directiva de Hidroituango.**

En efecto, las conductas descritas en el Auto de imputación atribuidas a IVAN MAURICIO PEREZ SALAZAR, MARÌA EUGENIA RAMOS VILLA, NANCLARES, **que les fueron atribuidas como miembros de la Junta Directiva de HI, en ejercicio de una gestión fiscal directa**, antieconómica, ineficiente e inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango, fueron las siguientes:

5. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en

2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.

6. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
7. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.
8. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de PEM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Así mismo al señor IVAN MAURICIO PÉREZ, además de las anteriores, se le endilgó *"Omitir informar al delegante, Segio Fajardo, la actividad realizada como delegado en la Junta Directiva de Hi".*

De donde se desprende, que dichas acciones y/u omisiones, se refieren específicamente a la administración de la sociedad hidroituango y del proyecto no relacionadas con el componente social.

En este sentido y si bien se encuentran probadas con el material probatorio obrante en el plenario las acciones desplegadas por el Gobernador en desarrollo del plan integral de hidroituango, las omisiones que se cuestionan no están relacionadas con el desarrollo de dicho plan sino con la falta de dirección y control de tutela ejercido respecto de su delegado y sus subalternos quienes tenían asiento en la junta directiva de hidroituango.

En este sentido, se atribuye falta de dirección y control respecto de temas específicos a saber: La determinación de la estructura administrativa de hidroituango, los múltiples atrasos y problemas presentados con el contratista de los túneles, el permitir la modificación de las especificaciones técnicas calificadas contractualmente como inmodificables a través de la aprobación programática del plan de aceleración.

Revisado el material probatorio obrante en el plenario se tiene que:

Revisados los testimonios se encuentra que los testigos centran sus declaraciones sobre el desarrollo y los avances del plan de manejo integral de hidroituango pero cuando se les pregunta sobre las situaciones puntuales relacionadas con la administración de hidroituango (sociedad dueña del proyecto cuyo único objeto radicaba en desarrollar el proyecto hidroituango), no recuerdan acciones o instrucciones concretas que pudieran haberse dado sobre el particular.

De manera puntual se destaca lo afirmado en el testimonio por el señor Mauricio Alberto Valencia Correa así:*:"(…) PREGUNTADO: quisiera hacerle una pregunta sobre los temas puntuales que le puso de presente en su momento a la Dra. Ramos en enlace pues diferentes informes semanales que rendían los secretarios del despacho al gobernador. El primero está referido al tema de la estructura administrativa del proyecto, yo quisiera saber en alguna de las de las reuniones semanales pero informa al señor gobernador que este tema es muy importante es de tratar y que deben hacer reuniones con el con usted en su nombre en esta acta para efectos de determinar cuál debe ser la actitud administrativa de Hidroituango para cumplir con el rol que tiene el seguimiento del contrato de BOOMT. yo quisiera que nos contara un poco si usted presenció tienen esa reunión Si se hizo la reunión y las instrucciones que dio el señor Fajardo. CONTESTADO. sí señora contralora que digamos de manera puntual y a través de la delegación que tuvimos desde el mes de febrero del 2012 para actuar como delegado por parte del gobernador en los temas inherentes del desarrollo del proyecto y pues en las diferentes juntas y en las diferentes reuniones que tuvimos teníamos con el proyecto virtual con los representantes de epm quienes fungían pues como los ejecutores del proyecto a través de los contratistas nos presentaban una serie de informes. De hecho y creo que es muy importante señora contralora en las actas como usted muy bien lo dice reposan parte de los testimonios del seguimiento que le hacíamos pues tanto la doctora María Eugenia Ramos como como yo en su momento de este año estuve como representante y exigiéndole de manera reiterativa y por parte digamos delegados del señor gobernador Sergio Fajardo y exigiéndole a epm un seguimiento exhaustivo, riguroso muy preciso frente al tema como de la estructura de trabajo frente al tema del seguimiento de los hitos fundamentales del proyecto. DESPACHO: le voy a pedir el favor de contestarme de manera puntual sobre lo que le estoy preguntando específicamente sobre las discusiones de la estructura administrativa de Hi, para hacer el seguimiento y esa reunión en la que se menciona su nombre y en la que se menciona su nombre y que el gobernador es debía atender ese tema se realizó y si usted recuerda qué pasó en esa reunión, que instrucciones dio el gobernador expresamente sobre este tema en particular de la estructura administrativa. CONTESTADO**. ***no pues realmente puntualmente señora contralora sobre puntual sobre el tema de estructura***

administrativa no recuerdo específicamente con precisión esa reunión de la cual hace usted mención".

Ahora bien, los testigos también coinciden en afirmar que el señor Fajardo hacía un seguimiento riguroso que se reflejaba en las reuniones que se efectuaban todos los lunes y que luego se reunía con cada secretario y daba instrucciones precisas a cada una de las secretarías de la Gobernación[400] [401].

---

[400] *Testimonio de Mauricio Valencia Correa:* ***Lo primero que debo decir es que de manera rigurosa el señor gobernador Sergio Fajardo Valderrama en su momento pues de su actuación como gobernador teníamos el Consejo de Gobierno que era una reunión semanal continua todos los lunes de 8 de la mañana a 12:00 h*** *del mediodía donde los secretarios de despacho rendían cuentas directamente al señor gobernador y se establecían mecanismos de seguimiento particular para cartera específica (…)".*

[401] Testimonio de Carlos Andrés Pérez Díaz: *"(…)* ***PREGUNTADO POR EL DESPACHO****. De manera puntual, explicar cuál era la metodología de seguimiento que realizaba el Gobernador en éstas épocas.* ***CONTESTADO.*** *Teníamos desde la oficina privada, por instrucción del señor Gobernador, una metodología de seguimiento constante a todos los temas a cargo de la Gobernación de Antioquia. Voy a empezar nombrado alguno de los instrumentos, los mas relevantes de ellos. El primero de ellos, nosotros realizábamos sesiones semanales de Concejo de Gobierno, se hacían el primer día hábil de cada semana, con una duración aproximada entre 2 y 3 horas. Una agenda que se compartía previamente con todo el gabinete y los invitados. Y con base en esa agenda, los responsables debían preparar sus presentaciones para exponerlas en el Concejo de Gobierno. Reunión en la cual, los miembros del gabinete daban su opinión sobre los diferentes proyectos, quienes exponían los avances, alertas y dificultades de cada uno de ellos. En estas reuniones el Gobernador siempre daba indicaciones y retroalimentación a los secretarios sobre cómo debería dirigir sus acciones en el marco del proyecto Antioquia mas educada. De estas reuniones siempre se tomaba acta, que reposa en los archivos de la Gobernación por ser documento oficial. Un segundo mecanismo de seguimiento lo constituía los informes semanales al Gobernador. Semanalmente desde el Despacho de la oficina privada, recibíamos por parte de todos los secretarios de manera electrónica, los informes semanales para el Gobernador, nosotros nos encargábamos de imprimirlos y ponerlos en una carpeta para que el Gobernador los pudiera tener en físico el viernes al final del día y pudiera dar revisión a los mismos durante el fin de semana. Los días lunes, usualmente, a las 7 a.m. el señor Gobernador hacía devolución de esos informes a mi como Secretario Privado, en esos informes****, El usualmente a mano hacía sus observaciones, hacía preguntas, aclaraciones o daba instrucciones.*** *Con base en estas notas que nos enviaba el Gobernador, a través de estos informes, los diferentes secretarios y líderes de los proyectos se encargaban de dar respuesta o de tomar las acciones que se les hubiera encomendado. Era con base en esos informes que el Gobernador citaba a algunas reuniones para ampliar información, cuando el tema así lo ameritaba y estas reuniones se celebraban en el Despacho en la semana. Cada cual tomaba sus notas de las tareas asignadas pero no se elaboraban actas puntuales. Además de este seguimiento nosotros teníamos por instrucción del Gobernador un sistema de reunión semanal, los días martes por ejemplo se hacía revisión de todos los proyectos de educación con la presencia del señor Gobernador en la mañana, en ocasiones se invitaba a la Universidad de Antioquia, siempre participaba el Secretario de Educación y participaban las demás personas del gabinete y del equipo de Gobierno que estuvieran relacionados con temas educativos, dependiendo el tema que se estuviera rindiendo. Los días miércoles hacíamos seguimiento a temas de infraestructura, en esos días se contaba con la participación del Secretario de Infraestructura, en algunas ocasiones la Gerente de Vivienda, y todas las dependencias que tuviera a cargo los proyectos de Infraestructura.* ***En algunos momentos de estas reuniones se hicieron seguimientos puntuales a cómo avanzaba el proyecto hidroeléctrico Ituango. De estas reuniones no levantábamos acta sino que tomábamos tarea de las mismas.*** *Yo creo que si mi memoria no me falla este es el mecanismo por el cual hacíamos como el seguimiento de operación de la Gobernación. Los días jueves en la mañana, se destinaba*

En el caso concreto y si en gracia de discusión se aceptara que se dieron instrucciones, y dado que no existe prueba en el plenario de que sus subalternos hubieran obrado en contravía de las instrucciones dadas, y por lo tanto esas instrucciones se reflejan en las decisiones tomadas por la junta directiva de hidroituango, ello solamente prueba que las mismas adolecen de los defectos explicados ampliamente en el auto de imputación por lo que pueden ser calificadas como decisiones ineficientes y que solamente contribuyeron a ocasionar el daño al patrimonio del Estado.

De donde resulta evidente que las buenas acciones que pudieron haberse desarrollado en el frente social no son suficientes para desvirtuar las omisiones endilgadas y debidamente probadas en la presente causa fiscal en relación con el control de tutela frente a su delegado y a sus subalternos que tenían asiento en la junta directiva de hidroituango.

Ahora bien, respecto de la efectividad de las decisiones multidisciplinarias a que aduce la apoderada, resulta necesario precisar qué significa la palabra “efectivo”, de conformidad con el diccionario de la real academia de la lengua, en su primera acepción es real y verdadero y en su segunda acepción eficaz.
A su vez la palabra eficacia, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

En este mismo sentido el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (el cual fue derogado por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020), consagraba lo siguiente:

> *ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, **la eficacia**, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; **que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas**. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*
> *La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración”.*

---

a proyectos especiales, de manera que la agenda de lunes a viernes, era precisamente seguimiento a todos los asuntos de gobierno y el día viernes el Gobernador lo destinaba para sus visitas a territorio en las cuales usualmente alcanzaba a visitar uno o dos municipios para ver cómo avanzaban los proyectos de Antioquia la mas educada (…)”.

En el mismo sentido, cabe recordar que la eficacia está consagrada dentro de los principios de la vigilancia y control fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 403 de 2020, en los siguientes términos:

> ***b) Eficacia:*** *En virtud de este principio,* ***los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos***

Bajo esta definición, los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión del señor Fajardo no obedece a la realidad, por cuanto, por definición, la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino en que dichas determinaciones permitan reconducir de manera oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que, a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, **no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación lo cual se encuentra probado con los siguientes documentos**:

- **Informe de interventoría 2020** (Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A –O- CT-I-2012-000036- informes mensuales 2020 (septiembre de 2020), en el cual se estableció:

> ***"****Observaciones generales al programa de trabajo*
>
> *Como resultado de las mesas de trabajo para programa con aceleración, el Contratista por medio de la comunicación CI-04657 entregó el 16 de octubre de 2015 el programa con aceleración para revisión final de EPM y de la Interventoría. Este programa, fue aprobado por las partes (EPM y Contratista) con la AMB 16 el 23 de diciembre de 2015.*
>
> *Hasta el mes de abril de 2018, se realizó el seguimiento y control al avance de las obras contando con este programa.* ***De acuerdo a dicho programa, el ejercicio de seguimiento indicaba que, con una buena dinámica de trabajo, era posible terminar las obras necesarias para el inicio de lllenado del embalse a partir del 1 de julio de 2018.***
>
> *El programa firmado con la AMB 16, perdió vigencia a raíz de la contingencia del proyecto desde finales de abril de 2018, por lo tanto, los comentarios que se presentan a continuación, se encaminan a indicar las acciones emprendidas en cada uno de los frentes de trabajo desde el momento de la presentación de la contingencia con el objeto de minimizar los efectos sobre las comunidades, la protección del proyecto y además el avance del mismo en la medida de lo posible.*
>
> *Bajo el marco de la AMB-36, para la estabilización del proyecto se vienen realizando mesas de trabajo, donde se analizan alternativas de diseño y*

metodologías constructivas en la medida que se va determinando el alcance de las obras a ejecutar. En base a esto y en los compromisos adquiridos en los comités de obra, el Contratista con la comunicación CI-13046 del 6 de febrero de 2020, presentó un programa preliminar PHI-PTV-GEN-001-R0 para las obras que se están ejecutando en los diferentes frentes, en las cuales se tienen definidos los diseños. ***La Interventoría realiza el seguimiento y control a las obras en base a este programa, sin embargo, en la medida en que se realizan ajustes de diseño y se solicitan obras nuevas que obedecen a la atención de la contingencia, el programa pierde vigencia****. Por tal motivo es prioritario definir un programa general que permita realizar el adecuado control y seguimiento a todas las obras del Proyecto".*

Como conclusiones de la interventoría se estableció en el mismo documento, que *"a pesar de contar con avances importantes en la limpieza y retiro de materiales de la central, a la fecha, no es posible determinar en su totalidad las afectaciones en la misma, porque aún no se ha tenido acceso a todos los sitios",* así se plasmó en el mismo:

"(…) y además debido a que el grupo de expertos de EPM y la Asesoría continúan realizando inspecciones y analizando los trabajos necesarios para la recuperación de las cavernas y galerías, que estuvieron sometidas al paso de agua durante nueve meses, entre mayo de 2018 y febrero de 2019. ***En la medida en que se realizan las inspecciones se determinan los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no ha permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto.***

Las obras actuales están encaminadas al taponamiento definitivo de la galería auxiliar de desviación GAD, que ya cuenta con el pre tapón terminado, el taponamiento del túnel de desviación derecho, la estabilización de los distintos sitios afectados, como las galerías en la central y el talud de la parte alta de la plazoleta de compuertas, además el retiro de escombros de la central y los tratamientos de estabilización al interior de las cavernas, el retiro de equipos afectados en la central y la limpieza de los túneles de descarga. Todas estas obras están enfocadas a mitigar y prevenir los riesgos, proteger las comunidades, conservar el medio ambiente y el avance de las obras de estabilización del proyecto en la medida de lo posible.

Con la situación presentada a raíz de la pandemia actual generada por el Covid-19, se evidencian afectaciones en la ejecución de las obras, desde el mes de marzo de 2020 hasta la fecha*, debido a que el Contratista de las Obras Principales debió aislar parte del personal que realizaba labores operativas y de supervisión de las obras por contagio y por nexos, lo que afecta los rendimientos.*

Además, desde mediados de junio comenzó el retiro del personal y el 5 de julio de 2020, se suspendieron casi todas las actividades de producción, por la salida de personal en atención a los protocolos para manejo del Covid-19. Solo hasta mediados del mes de agosto de 2020, las actividades prioritarias se empezaron a reactivar, sin completar las cuadrillas de trabajo (…)".

Del informe de interventoría se deduce que a septiembre de 2020, en la medida en que se realizaban las inspecciones se determinaban los trabajos de estabilización de los distintos frentes afectados, lo que a la fecha no había permitido contar con un programa general para la estabilización y terminación del Proyecto, lo que

aunado a la situación generada por el Covid-19, afectó la ejecución de las obras desde el mes de marzo de 2020.

- **En el informe gerencial – estado actual del proyecto a octubre de 2020 –** (Carpeta principal 74 – DD 75- Visita especial EPM E HI – Nueva carpeta – Sociedad HI S.A **–** presentación Asamblea Departamental – Sociedad Hidroituango S.A.- Estado actual del proyecto), se indicó:

"Ituango – características de energía y potencia

Características

Potencia nominal de la central (MW)	*2.400*
Unidades de generación	*8*
Potencia por unidad (MW)	*300*
Salto neto de diseño (m)	*197.6*
Salto mínimo normal (m)	*186.6*
Salto máximo normal (m)	*201.2*
Nivel del embalse máximo normal (msnm)	*420*
Nivel del embalse mínimo de operación (msnm)	*390*
Caudal medio de río (m3/s)	*1.010*
Caudal de diseño (m3/s)	*1.350*
Caudal por unidad m3/s)	*169*

Hitos representativos realizados:

- Terminación de la presa y obras anexas (galerías, inyecciones, instrumentación, vías).
- Recuperación del túnel de acceso a la casa de máquinas.
- Lleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2 (60.000 m3 de concreto).
- Cierre y reforzamiento de las compuertas de la Galería Auxiliar de Desviación – GAD-
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%).
- Recuperación de bóveda de casa de máquinas unidades de la 3 a la 6 (Avance del 100%).
*- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%).***
*- Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%).***
*- Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).***
- Colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento de las obras.

Obras Generales por realizar para la generación:

- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2.
- Recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8.
- Continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1.
- Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2.
- Continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho.
- Continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción.
- Continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto.
- Iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las unidades de la 1 a la 8.
- ***Iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.***

Informe legal:

- Desde 1998, cuando la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó la constitución de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. como promotora del proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango el Departamento de Antioquia ha contribuido con sus decisiones a que éste sea realidad.
- Con su participación como accionista de Hidroituango, tanto directa como a través del IDEA, el Departamento ha sido relevante en la toma de las determinaciones que se han requerido para poner en marcha la iniciación de su construcción, lo que se logró sin que se comprometieran recursos económicos de nivel departamental, y sin necesidad de incurrir en endeudamiento que lo hubiera afectado a futuro.
- Fue así como se llegó a la celebración del contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, filial de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN que fue su garante, como Casa Matriz, para que se hiciera cargo del desarrollo del Proyecto. De dicho contrato es titular EPM desde enero de 2013, cuando previa autorización de la Asamblea de Accionista de Hidroituango, EPM Ituango se lo cedió a EPM, empresa que hoy es su titular como parte Contratista del mismo.
- El contrato, como es conocido, comprende la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Central hidroeléctrica, que EPM tiene derecho de poseer y explotar comercialmente durante la vigencia del contrato, con la obligación de restituir a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. al vencimiento de dicho plazo tanto los inmuebles del Proyecto que hoy tiene en usufructo, como la Central Hidroeléctrica. La inversión, como es conocido, le es compensada a EPM de manera periódica según se estipuló en el contrato, luego de lo cual y adicionalmente EPM le debe transferir a la

sociedad, también de manera periódica, la llamada "Remuneración", que está distribuirá entre sus accionistas, según decidan sus órganos de dirección y administración, en el momento es que se perciban tales ingresos.

*- **Recibir ingresos depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.*

- La puesta en marcha de la Central, que estaba prevista para el 28 de noviembre de 2018, no fue cumplida, por causa de los eventos ocurridos en el proyecto desde el 28 de abril de 2018 cuando se inició el taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación del río Cauca, hecho ampliamente conocido.

- Dichos eventos produjeron la primera consecuencia en el contrato en relación con el Hito 7, "Cierre de Compuertas e inicio de llenado del embalse" que debía haberse cumplido el 1º de julio de 2018, y no se logró.

*- **El incumplimiento de este Hito dio lugar a que la sociedad, a través de su Junta Directiva, decidiera iniciar un procedimiento judicial para el cobro de la cláusula penal de Apremio correspondiente al hito 7, por valor de $117.825.423.750, proceso que fue fallado de manera negativa por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 12 de noviembre de 2019, la cual, tras ser apelada por HIdroituango, fue confirmada por el Consejo de Estado mediante providencia radicada en el sistema de consultas el 24 de septiembre de 2020, pero aun no ha sido notificada a las partes.***

- Como resultado de dicha situación, se hará la solicitud formal de la convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín, de acuerdo a lo estipulado en el contrato BOOMT, según está estipulado en su cláusula 8.02. A ello se procederá en los próximos días, con el fin de precaver la caducidad de acciones.

Para Hidroituango es fundamental:

12. Que el proyecto se termine de manera eficaz y segura en el menor plazo posible, para lo que se requiere la continuidad y fluidez en las relaciones entre las partes involucradas.

13. Salvaguardar los derecho de la sociedad y de los accionistas.

- Por tales razones, desde antes de conocerse la providencia que negó en segunda instancia las pretensiones de Hidroituango, y aún con anterioridad a conocerse las solicitudes de Conciliación Prejudicial que EPM presentó contra sus contratistas principales, la sociedad Hidroituango se ha venido preparando para ejercer los derechos que le confiere el contrato BOOMT, acudiendo a los procedimientos establecidos en su clausulado como mecanismos de solución de disputas entre las partes del Contrato.

- En efecto, para el análisis de la contingencia organizó en su interior un equipo de profesionales con la suficiente formación profesional, conocimiento y experiencia en el manejo del contrato BOOMT, que se encarga del análisis de los hechos ocurridos desde el inicio de la construcción de las obras del proyecto. El trabajo de este equipo hace énfasis en los hechos acaecidos a lo

largo del proyecto y muy especialmente de los sucesos de abril de 2018 y las consecuencias que ello ha acarreado al proyecto y a la sociedad, para de ahí generar las recomendaciones de las acciones que correspondan por parte de los Asesores externos que la sociedad ha contratado para el efecto.

- Estas acciones se han iniciado con los acercamientos a EPM con el objeto de dar comienzo a la negociación de sus diferencias mediante el arreglo directo, para lo cual sus directivos, con el Gerente a la cabeza, se reunieron el pasado 7 de octubre con el Gerente de EPM y sus asesores a fin de comunicarle su propósito de generar puentes de diálogo para la solución de sus diferencias en torno al contrato BOOMT.

- Como resultado de dicha reunión, se dará inicio formal a un procedimiento de arreglo directo, sin perjuicio de la radicación de convocatoria a Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Medellín por el hito 7, antes mencionado, con el fin de evitar la caducidad de acciones.

*- Todas estas actividades han sido conocidas por la Junta Directiva y por el señor Gobernador, quien como su presidente, ha solicitado reuniones ordinarias y extraordinarias con la finalidad de analizar todos y cada uno de las acciones a realizar, incluyendo el acercamiento con EPM y su propósito de iniciar el procedimiento de arreglo directo así como la solicitud de demanda arbitral, acciones que le fueron comunicadas a la Junta Directiva en sesión del 6 de octubre pasado**, con el beneplácito de la misma.***

En el informe Gerencial a octubre de 2020, se deduce que los hitos representativos realizados dentro del proyecto no alcanzan un avance del 100%, tales como: Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades 1 y 2 (avance del 90%), Recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara **1 (Avance del 80%),** Trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho (**avance del 30%),** Tratamiento de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, entre otros **(Avance 50%).**, lo que demuestra que el proyecto no se encontraba con las condiciones de su operación y puesta en marcha para la generación de energía.

Así mismo se estableció que las **Obras Generales por realizar para la generación, para esa fecha (octubre de 2020), se indicaron entre otras: c**ontinuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 1 y 2., recuperación de los hastiales (paredes) de cada de máquinas unidades de la 3 a la 6, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de casa de máquinas unidades 7 y 8, continuar con la recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 1, recuperación de bóveda y hastiales (paredes) de Almenara 2, continuar con los trabajos relacionados con el taponamiento definitivo del túnel de desviación derecho, continuar con los tratamientos de taludes de la subestación de energía, parte alta de compuertas de aducción, continuar con la colocación de instrumentación superficiales y subterráneas monitoreo del comportamiento del proyecto, iniciar con la instalación del blindaje de los pozos de presión de las

unidades de la 1 a la 8 e **iniciar el montaje de las unidades generadoras de las unidades de la 1 a la 8.**

De otro lado, se dejó establecido que para recibir ingresos **depende tanto de que la Central Hidroélectrica empiece a generar energía, así como de la operación comercial**, es decir, que su resultado sea suficiente para amortización a EPM su inversión y para el pago de la remuneración.

➢ **En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del mes de agosto de 2020 HI 113** (carpeta 75 – referencia cruzada ER0110943 – Folio 15973-01- informes de avance EPM-BOOMT -2020), **se estableció sobre el estado actual del proyecto, lo siguiente**:

> "*Premisas programa – contingencia, recuperación y puesta en servicio – Proyecto Ituango – Cronograma versión 20200415:*
>
> *Se presenta la versión del cronograma para la contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto Hidroeléctrico Ituango. Para dicho producto el Asesor reúne información suministrada por EP, General Electric (GE), ATB Riva Calzoni, GH Cranes & Components y CCCI, el cual se ajustó bajo las siguientes premisas:*
>
> *- Premisas generales:*
>
> • *La estabilización, recuperación y puesta en servicio del Proyecto Ituango está sujeta a la superación de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial.*
> • *Para ejecutar las actividades previstas en el presente cronograma se consideró la comunicación del 2 de marzo de 2020 y Radicación: 2020033433-2-000, donde la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA aclara que EPM tiene facultad para realizar las obras o actividades que de acuerdo con el criterio técnico se requieran, con el propósito de disipar de manera óptima la energía del agua embalsada, garantizar la integridad del vertedero y, en ese sentido, mitigar y reducir el riesgo asociado a la operación continua del mismo. Por tanto, esta aclaración por parte de la Autoridad Ambiental habilita la continuidad de las obras necesarias para la estabilización del proyecto.*
>
> *- Premisas particulares:*
>
> • *Puente grúa: En el presente programa base, los hitos que represente la necesidad del puente grúa en el proyecto son ajustados a los requerimientos para el montaje de las unidades generadoras, los cuales deben estar en obra para iniciar su montaje, en su orden, las vigas carrileras a mediados de agosto de 2020 y los equipos de la viga-puente a mediados de septiembre de 2020, lo anterior está basado en información entregada por el fabricante GH indicando **que los equipos llegarían a FOB a mediados del mes de junio de 2020**, para así cumplir con el hito de pruebas y liberación del puente grúa para finales de*

noviembre de 2020; en comparación con el programa original anterior a la emergencia sanitaria originada por el COVID19, se evidencia un desplazamiento cronológico de 90 días aproximadamente.

- *Blindajes pozos de presión: ATB en su comunicación fechada el 25 de marzo de 2020, **manifestó que podría presentar unas afectaciones en la importación, fabricación y montaje de los blindajes para los pozos de presión en 150 días aproximadamente**. A partir de esta premisa se programó la fabricación y montaje de los blindajes de los primeros cuatro pozos de presión secuencialmente, a partir del mes de septiembre de 2020. Es de resaltar, que la fabricación y montaje no se encontraba en la ruta crítica para el programa base anterior a la emergencia sanitaria y contaba con una holgura de 140 aproximadamente, por lo tanto, no afecta la puesta en generación.*

- Unidades de generación

- *A partir de esta simulación de programa base, GE realizará el montaje del tubo de aspiración como estaba establecido originalmente, es decir con el ingreso por la casa de máquinas y almenara, el cual se estima sea instalado en dos fases, el tramo recto del tubo aspirador se instala en sitio y el codo del tubo aspirador será pre ensamblado en la sala montajes en paralelo con las actividades de obras civiles de CCCI, para posteriormente sea trasladado al sitio y conectado al tramo recto.*
- *Dado que se cuenta con un tuno de aspiración en obra, el presenta programa base se ajustó según el cronograma de fabricación y suministro de 3 tubos de aspiración adicionales por parte del proveedor.*
- *Para agosto de 2020 se requiere las obras civiles necesarias para el montaje del tubo aspirador de la primera unidad generadora, las cuales están a cargo de CCCI, las anteriores actividades se simularon programáticamente teniendo en cuenta las experiencias aprendidas por el contratista en actividades similares ya realizadas y principalmente en programa preliminar el cual fue el producto de los acercamientos por medio de mesas técnicas de trabajo adelantadas en conjunto.*
- *Con el fin de cumplir a cabalidad con tiempos previstos en el presente programa base, se requiere del compromiso total todos los participantes, buscando la optimización de los procesos de toma de decisiones, construcción, montaje y puesta en generación donde se incluyen los acuerdos que permitan el trabajo en paralelo de ensamble de piezas empotradas y obras civiles.*

- Conducciones superiores

- *Para realizar los trabajos en seco de las conducciones superiores se consideró por lo menos adquisición de dos tapones mecánicos, alternativa que está en proceso de contratación, la cual se estima iniciar mediados del mes de junio del 2020. No obstante, la fecha de instalación del tapón en conducción 2, **para facilitar la terminación del revestimiento, está prevista para septiembre de 2021.***
- *Con base en inspecciones sub acuáticas realizadas por medio de video a las estructuras de captación, **se estima en este programa base la ejecución del mantenimiento a la estructura de captación y la limpieza de las rejas***

> ***coladeras de la conducción 1, para iniciar a más tardar en septiembre de 2021****, actividad indispensable para realizar las pruebas con agua de la unidad generadora.*
>
> - ***Conclusiones:***
>
> • ***Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión incluye un retraso de 100 días aproximadamente.***
> • *Es importante resaltar que para que el presente programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.*

En el informe de avance general del proyecto para Hidroituango del **mes de agosto de 2020 HI 113** (informes de avance EPM-BOOMT -2020), se estableció sobre el estado actual del proyecto que Por la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 presentada a nivel mundial y declarada pandemia por La Organización Mundial de la Salud – OMS el 11 de marzo de 2020, se afectó considerablemente los procesos de ejecución, construcción, contratación e importación de bienes y servicios y adquisición de mano de obra, por lo tanto, esta nueva versión **incluye un retraso de 100 días aproximadamente.**

De otro lado, resaltó que para que el programa base sea llevado a cabalidad, es necesario que las fechas establecidas para los suministros, contrataciones, adquisiciones y servicios especiales sean cumplidas.

➢ En visita especial realizada por el Despacho a EPM, se solicitó que se explicara el Estado actual del proyecto, frente a lo cual, con corte a septiembre de 2020, se explicó lo siguiente:

> *"El avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango a 30 de septiembre de 2020,medido con respecto a la última versión del cronograma de contingencia, estabilización y puesta en servicio, es del 79.4%.*
>
> *(…)*
>
> *Se han ejecutado todas las obras de infraestructura necesarias para la construcción del proyecto, la presa y sus obras anexas, el vertedero con sus compuertas, excavación y construcción de las obras de desviación del río y las obras de descarga, la construcción de las obras en las bocatomas, la excavación de todas las obras subterráneas tales como túneles, cavernas, galerías, pozos con sus compuertas de aducción y todos los procesos de contratación para la compra de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.*

Además se han logrado avances en las obras de contingencia, estabilización y puesta en servicio del proyecto, tales como:

- *La construcción del tapón definitivo en concreto en la GAD.*
- *Relleno de la oquedad entre los pozos de presión 1 y 2, con 60.000 m3 de concreto colocados.*
- *Reconstrucción del túnel de acceso a casa de máquinas.*
- *Bombeo y retiro de residuos en las cavernas subterráneas y parte de la estabilización en el complejo de cavernas (…)"*[402].

No obstante los avances atrás referidos, se tiene probado que a hoy, 3 de septiembre de 2021, no se ha puesto en marcha ni siquiera la primera unidad, por lo que resulta evidente que **el proyecto no ha comenzado a generar energía**.

Los anteriores informes, demuestran que no pude hablarse de efectividad, cuando el proyecto no ha entrado en operación y en consecuencia no produce siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación. Lo que evidencia cada uno de los informes mencionados anteriormente, es que no existe una fecha cierta y determinada para su operación y en consecuencia la generación de energía.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

Con respecto a lo enunciado en este cargo, es necesario precisar que mi poderdante no podía entregar una instrucción diferente a que se exigiera por parte de los secretarios con asiento en la Junta Directiva de HI, y por el suplente designado, en su calidad de gerente del IDEA, la sustentación técnica y razonabilidad de cada una

[402] Z:\PRF 2019-01104_UCC PRF 014-2019 – HIDROITUANGO - \EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No.74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E H\Nueva carpeta\AC

de las decisiones técnicas que fuesen tomadas al interior del proyecto, por cuanto, es claro que a pesar de los conocimientos técnicos que tenían sus secretarios, las decisiones con respecto al diseño y construcción del proyecto, debían de analizarse y tomarse sólo por los expertos. Por ello se observa como en el desarrollo de las reuniones de Junta Directiva, los secretarios de despacho, atendiendo a las instrucciones impartidas por el Gobernador, exigieron el soporte técnico de las decisiones, y además revisaron que el BOARD DE EXPERTOS, hubiese revisado la sustentación y razonabilidad de la propuesta de construcción del tercer túnel y además la encontrara ajustada, tal como efectivamente se acreditará en este proceso.

R/: Sobre este punto, la apoderada tergiversa lo sostenido por el Despacho, pues pretende hacer ver esta omisión como si se tratara de una decisión técnica sobre la cual la junta de Hidroituango no tuviera injerencia alguna. En este punto es necesario resaltar, como se explicó líneas atrás y también se precisó en el auto de apertura cuál es el rol de Hidroituango de conformidad con el contrato BOOMT y en este sentido en qué consisten las funciones de su junta directiva, la cual es preciso recordar es uno de los órganos de administración de dicha sociedad.

Esto cobra una importancia decisiva, si se tiene en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País. En este sentido, lo que se critica no es la toma de una decisión técnica sino la falta de seguimiento a uno de los mecanismos de control con los que contaba Hidroituango como era el comité de seguimiento al contrato BOOMT así como las fallas en el control y vigilancia que llevaron a obviar las advertencias realizadas por el Board de expertos sobre las decisiones técnicas que estaba tomado EPM de prescindir de las compuertas de los túneles originales y realizar un tercer túnel.

Cabe recordar que tal y como lo pone de presente el diagnóstico realizado por Penta, la vigilancia y control debían llevar a que Hidroituango a través de su órgano de decisión pudiera entre otras dar las alertas que se requirieran sobre el proyecto. Contrario a ello, la junta al omitir el ejercicio de esta función y por el contrario avalar todas las decisiones de EPM incluyendo la decisión programática del plan de aceleración (Acta 158), contribuyó a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto lo que culminó en la contingencia del año 2018, concurriendo con las otras conductas explicadas a lo largo de este auto, para que se destruyera el valor presente neto de la inversión y el proyecto no pudiera entrar en operación en la fecha programada generando un lucro cesante.

Tampoco es cierto que hubieran revisado lo sostenido por el Board de Expertos, pues de una revisión de las actas del mismo resulta claro que el Board No avaló en Ningún momento dicha decisión. Ahora bien, que desde la decisión de que los túneles originales de desvío no contaran con las estructuras de cierre, el proyecto se encontraba en una situación calificada por el BOARD como “inusual”, ante la premura de cumplir con los tiempos de entrada en operación (aun cuando desde

2012 se sabía que era poco probable), en el acta 6 del Board de expertos y después de buscar las soluciones técnicas posteriores. Cabe anotar que para el acta 3 del Board Integral en calidad de asesor presentó un preproyecto[403] tal y como se explicó en el testimonio del señor Gabriel Jaime Lacouture Correa[404], donde se presentó una solución más estructurada, el BOARD simplemente se expresó en el sentido de dar su opinión sobre cuál de estas opciones planteadas era la menos riesgosa, lo

---

[403] *Carpeta principal No.65 – Folio 13915 – Información DD94- Correspondencia recibida – Respuesta 4 – P 4 – Actas y contratos CM – Anexo 1 – Actas Board – Junta de Asesores 3 reunión informe No.3_29NOV13. "4. GEOTECNIA DE TÚNELES DE DESVÍO.* ***Los comentarios y sugerencias consignados en este capítulo se basan en la información presentada por Integral – Solingral con respecto a las condiciones geotécnicas y resultados de la instrumentación instalada en los túneles de desvío****; así como en las observaciones hechas durante la inspección a los portales de entrada y salida de los túneles (…)".*

[404] Testimonio del señor Gabriel Jaime Lacouture Correa*.* ***"(…)En esa visita, de agosto a noviembre que fue la tercera visita, ahí si fue cuando se empezó a estudiar el famoso tercer túnel que había propuesto el contratista CCI y ahí si fue donde Integral retomó el tema para analizarlo y evaluarlo y hacía unas presentaciones a EPM,*** *pero todo eso se iba a discutir en el Board de Noviembre en la tercera reunión, en esa tercera reunión, nosotros llegamos el día lunes a las 8 a.m., nos sentamos en la mesa en la sala de reuniones donde se hacían esos encuentros con el Board y en esos encuentros participamos varios del equipo de Integral, el Director del proyecto y los que íbamos a exponer y participaban un equipo de EPM, el Board de asesores y a veces, por lo general un representante de la interventoría también en el sitio. En esa reunión llegamos todos muy puntuales, estábamos sentados esperando que llegara la gente de EPM, y nos dijeron que los de EPM estaban en una reunión con el Gerente de EPM y ahí estuvimos esperando.* ***Mientras esperábamos estábamos discutiendo informalmente que vamos a presentar el tercer túnel y luego llegaron la gente de EPM, y expresaron que el tercer túnel es una decisión tomada y vamos adelante con esa decisión y ahí fue donde el Board, en ese reporte dice que fueron sorprendidos con la decisión ya tomada de ese tercer túnel e Integral también fue sorprendido,*** *EPM la veía muy viable porque según beneficios programáticos, no quiero especular, pero EPM tomó la decisión con base, veían los beneficios que tenían y tomaron la decisión en ese momento y el Board es donde dice ahí que no les fue consultada ni si quiera fue discutida sino que la decisión ya estaba tomada.* ***En el desarrollo de la reunión de ese día lunes, obviamente se les presentó el esquema pero ya no para que ellos discutieran y valoraran y vieran si era viable sino que esto es lo que vamos a hacer, ya esto es lo que queremos hacer y ahí es donde ellos dejaron esa situación. PREGUNTADO. Esa presentación se la mostraron a EPM o como era relación entre la asesoría y EPM. CONTESTADO. De alguna manera el Board tenía una determinada fecha, agosto y luego fue noviembre, en ese tiempo se venían discutiendo cosas, entre EPM y la asesoría, incluso EPM nos dijo, esto es lo que propone el contratista, analícelo y mírelo, nosotros lo analizamos, hicimos unos análisis, hicimos unas mejoras como hacer coincidir el túnel 4 con ese y le mostramos a EPM cómo podría ser. Esos días previos a la reunión de noviembre, se discutía con EPM, muy bueno este tema para que se lo llevemos al Board y lo analice, pero si eran unas discusiones previas que se tenían.*** *(…)PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Después de esa decisión de la oposición del Board, quisiera saber si Ustedes como asesores de EPM hicieron alguna otra presentación, alguna recomendación o modificación, a razón de eso que les dijo el Board en ese momento. CONTESTADO****. EPM nos decía que estamos con un cronograma muy apretado, no vamos a cumplir, la meta de 2018 no se iba a cumplir lo que ellos veían, entonces, ellos lo que hacían era ayúdeme a buscar soluciones, incluso nos pidió colaboración a todos, al contratista y a todos, qué pueden hacer para construir esto mas rápido?, ahí es donde nosotros evaluamos y presentamos a EPM opciones, pero siempre se buscaba que fueran valoradas por el Board de aesores, porque son decisiones que eran importantes y que fueran valoradas en ese Board de asesores, incluso eran valoradas desde todos los puntos de vista del proyecto (…)".*

que en ninguna medida puede entenderse como un aval de las situaciones irregulares anteriormente planteadas.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Frente al plan de recuperación de plazos es necesario señalar, que a pesar de que mi poderdante tuvo conocimiento en todo momento que se había generado una mesa de trabajo para revisar las estrategias de recuperación de los atrasos presentados en el proyecto, y sus instrucciones siempre estuvieron orientadas a revisar la sustentación y razonabilidad de las mismas, en aras de que nunca se fuese a ver afectada la calidad de los trabajos, en cuanto al diseño y construcción de la obra, frente a la propuesta de plan de aceleración, la misma tan sólo fue presentada en el mes de diciembre de 2015, y en tal sentido, sólo en este mes, y conforme a las conversaciones realizadas con los secretarios de Despacho y el Gerente del IDEA, se determinó la necesidad de revisar en esta propuesta la ponderación de costos-beneficio de la implementación del plan de recuperación de atrasos, (denominado plan de aceleración), siempre bajo la premisa de que ninguna medida de recuperación de plazos podría afectar la calidad de los diseños y construcción del proyecto.

Es menester señalar que dicha estrategia se formalizó mediante el Acta de Modificación Bilateral No. 16 al contrato CT-2012-000036 entre EPM y el Consorcio CCC (Construcción de la Presa, Central y Obras Asociadas del Proyecto Hidroeléctrico Ituango), la cual se suscribió el 23 de diciembre de 2015, y posteriormente a la suscripción del acta de modificación contractual, el tema fue abordado por la Junta Directiva de Hidroituango, quien mediante el Acta Nro. 158 de diciembre 28 de 20151 aprobó la autorización al Gerente de HI para que, previa la verificación de la matriz de riesgos del contrato BOOMT, tramitara el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración, atendiendo a los beneficios que EPM planteó en el documento en el cual justificó la elaboración de la estrategia tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018. Sin embargo, el plan de recuperación de atrasos fue implementado en su totalidad durante los años 2016 a 2018.

De ahí entonces que las instrucciones generadas estuvieron orientadas a revisar los costos -beneficios de la implementación del plan de recuperación de atrasos, y siempre vigilando que las mismas no tuviesen el riesgo de generar ninguna afectación en cuanto a los diseños y calidad de la construcción del proyecto.

R/: En relación con la aprobación del plan de aceleración, resulta necesario retomar lo dicho líneas atrás y precisar como se explicó de manera precisa en el auto de imputación, qué fue lo que efectivamente se aprobó en el Acta 158.
Es por ello, que frente a lo aprobado en el acta 158 de 28 de diciembre de 2015, y el cual es traído en los argumentos de la Apoderada, es importante traer a colación el *"informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM",* el cual fue puesto a disposición de los miembros de la Junta Directiva de HI para su posterior aprobación, en el cual se plasmó como **situaciones que han impactado el programa del proyecto, lo siguiente**:

> *"Desde el inicio del proyecto se han presentado diversas situaciones de carácter primordialmente técnico, de orden público y otras circunstancias que han afectado el cronograma de obras originalmente considerado, tanto para el contrato de construcción de obras de desviación como para el contrato de construcción de obras civiles principales, las cuales se describen a continuación:*
>
> • *Retraso en la entrega de las vías de acceso al proyecto.*
>
> *Diversas situaciones tales como dificultades con la obtención de predios, movilizaciones y bloqueos por parte de mineros que se consideraban afectados con las obras, tiempos necesarios para desarrollar e implementar concertaciones con la comunidad que se consideró afectada por el proyecto vial, y materialización de condiciones geológicas y geotécnicas más complejas que las estimadas en la etapas de exploración preliminar y diseño, ocasionaron que las vías de acceso a los principales frentes de obra no estuvieran disponibles con lo inicialmente planeado, situación ésta que a su vez, finalmente resultó impactando la adjudicación de los contratos de desviación y obras civiles principales, así como el cronograma del proyecto.*
>
> • *Adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación.*
>
> *Para poder cumplir con la fecha de desviación del río Cauce originalmente considerada por HI, es decir, la primera quincena del año 2013, y teniendo en cuenta el tiempo considerado por el Diseñador (90 días calendario) para demoler los tabiques de protección contra el río, ubicados en los portales de entrada y salida de los túneles de desviación por parte del Contratista de obras civiles principales, la orden de inicio del contrato de construcción de obras de desviación debió haberse dado por tardar en el mes de febrero de 2011. Lo anterior, dado que el plazo considerado por HI para ejecutar dicho contrato era de 610 días calendario.*
>
> *EPM Ituango al recibir el proyecto por parte de HI en el mes de abril de 2011, acelera la contratación de construcción de obras de desviación, pero en cumplimiento de la normatividad de contratación y a la matriz de riesgos del contrato BOOMT, informa a los oferentes sobre el cambio de entidad contratante, solicita refrendación de propuestas y, por último, entrega los*

informes de análisis y recomendación y realizar la respectiva audiencia pública para adjudicar el contrato.

Finalmente luego de suplir todas las etapas necesarias en EPM Ituango, se adjudica el contrato de construcción de obras de desviación, túnel de acceso y construcción de galería superior norte al Consorcio CTIFS y se imparte la orden de inicio anticipada del contrato 11 de agosto de 2011.

Así las cosas, considerando el plazo para la entrega de las obras de desviación (610 días calendario) el tiempo necesario para demoler los tabiques de protección (90 días calendario), la entrega de las vías de acceso a los portales de entrada y salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central y la no ocurrencia de ninguna contingencia, la desviación del río Cauca ya no era posibles antes del 11 de julio de 2013.

Debido a los atrasos en la entrega de la vía de acceso a los principales frentes de obra y situaciones de carácter geológico y geomorfológico, no era posible construir a tiempo ni en las condiciones originalmente consideradas en el diseño, el portal entrada de los túneles de desviación, situación esta que sumada a problemas geológicos encontrados en el portal de salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central, impactan el programa de construcción de obras inicialmente considerado.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Contratista de la desviación no logra entregar oportunamente el túnel de desviación y el túnel de acceso a la central, ***situaciones estas que impactan el programa de construcción de obras, tanto del contrato de desviación como del contrato de obras civiles principales****, retrasando el cronograma de obras del proyecto Ituango en 13 meses, dado que la desviación del río Cauca solo pudo realizarse el 14 de febrero de 2014.*

- *Adjudicación e inicio del contrato de construcción de obras civiles principales.*

Luego de recibido el proyecto, EPM Ituango acelera la revisión y ajuste de las especificaciones técnicas del contrato de construcción de obras civiles principales y acelera la elaboración del pliego de contratación, involucrando en los mismos la normatividad aplicable de EPM, tal como se pactó en el contrato BOOMT y considerando la situación real del contrato de construcción de las obras de desviación, dado que dos de los principales frentes de ejecución del futuro contrato dependían de la terminación de los túneles de desviación y del túnel de acceso a la central a cargo del contratista CTIFS.

No obstante lo anterior, y dados los atrasos por la reprogramación en la adjudicación del contrato de desviación, los problemas de la entrega de vías de acceso y la materialización de situaciones geológicas desfavorables, EPM Ituango decide proseguir con la contratación de obras civiles principales con el propósito de no afectar el programa de excavación del vertedero, dada la

necesidad de acopiar preliminarmente 5 millones de m3 de enrocado en el depósito Ticuita 1, de tal forma que luego de desviado el río, construida la ataguía y limpiado el lecho del río, se alcanzaran las ratas de colocación necesarias para no afectar el programa de construcción de la presa.

- *Problemas presentados durante la ejecución del contrato de obras civiles principales.*

Luego de adjudicado el contrato de obras civiles principales del proyecto al Consorcio CCC Ituango e impartida la orden de inicio el 1º de octubre de 2012 se presentaron afectaciones de carácter geológico en el complejo de cavernas que impactaron el cronograma de construcción de obras principales en aproximadamente 7 meses adicionales".

Como **estrategias, obras y trabajos para recuperación de plazo**, se indicó en el documento, lo siguiente:

"EPM, con el propósito de acelerar el programa de construcción de obras del proyecto, estableció con el Contratista de obras civiles principales ***unas estrategias enfocadas a viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018.*** *A continuación se presentan las estrategias que fueron concertadas y que se ha implementado con el propósito de optimizar su efecto sobre el cronograma:*

- *Galerías, accesos y obras adicionales para desligar obras subterráneas de obras de superficie, impactando rutas críticas y accediendo más rápido a frentes de obra.*

Como resultado de esta estrategia se analizaron, optimizaron y finalmente se construyeron una serie de galerías que permitieron desligar las obras subterráneas de la conducción de actividades predecesoras asociadas a las excavaciones a cielo abierto. Con este enfoque, se recuperaron atrasos en el inicio de la galería de compuertas, pozos de carga, excavación de túneles de conducción inferior y excavación de almenaras, entre otras.

Así mismo, algunas de estas galerías permitieron acceder aguas arriba y aguas debajo de la presa para optimizar los rendimientos de colocación de los enrocados de las etapas 1, 2 y 3, dada la dificultad (circunstancias de orden público y acciones de las comunidades) de construir vías a cielo abierto por la margen derecha y las interferencias asociadas con la excavación del vertedero.

- *Mano de obra y equipos adicionales para extender y optimizar los turnos de trabajo incrementando el número de horas laboradas y consecuentemente un aumento de producción".*

Teniendo en cuenta las situaciones que han impactado el programa del proyecto, así como las estrategias, obras y trabajo para recuperación de plazo,

se establecieron como premisas para negociar la aceleración de obras con el Consorcio CCCI lo siguiente:

> *"EPM, con el propósito de recuperar o reducir los atrasos en el programa de construcción de obras del proyecto y sobre la base de alinear los intereses de EPM con los del proyecto y con los del contratista,* ***considera imprescindible acometer un programa especial de aceleración que permita incrementar los rendimientos y productividad en las obras faltantes del proyecto****. Considerando, que este programa implica para el contratista un esfuerzo adicional de gran magnitud no previsto contractualmente, le permitirá obtener el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que e resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada).*
>
> *Si bien las obras extras como galerías, accesos y obras adicionales permitieron el cumplimiento de etapas importantes del proyecto, estimamos que es indispensable acometer mecanismos constructivos que permitan corregir o mitigar el impacto negativo en el avance de las obras afectado por factores exógenos y ajenas a las partes.* ***Por estas razones, y sobre la base de lo dispuesto en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, se presenta esta propuesta de mecanismo de aceleración de obras con el objetivo final de lograr la entrada en operación comercial de la primera unidad (U4) en la fecha matriculada en la CREG, esto es noviembre 30 de 2018.***
>
> *Las principales premisas tenidas en cuenta por EPM para negociar con el Consorcio CCCI la aceleración de obras del proyecto, son:*
>
> - *Negociación integral de todos los conceptos de recuperación*
>
> *La negociación ha sido abordada por EPM con un criterio de costo integral, en el cual se incluyen las estrategias implementadas, los costos no recuperables y el reconocimiento económico por el éxito de dicha aceleración. Dicho esquema permite obtener beneficios con relación a un esquema de negociación individual de conceptos (personal, equipos comunes y especializados, utilidad escalonada y condicionada) dado que alguna manera se transfiere parte del riesgo al contratista por no alcanzar la meta de entrada en operación.*
>
> - *Alineación de intereses de EPM, HI, el Proyecto y el Contratista.*
>
> *EPM siempre ha manifestado dentro de las negociaciones que el logro de la meta está intrínsecamente asociado a que, tanto el contratista como el contratante, alcancen sus intereses de entrega de obras y puesta en operación oportuna, bajo un esquema en el cual le sean reconocidos al Contratista todos los costos en que este incurra y se logre poner en funcionamiento el proyecto en la fecha esperada.*

- *Reconocimiento para el Consorcio CCC Ituango en función del tiempo real recuperado.*

  En este aspecto, EPM luego de un análisis detallado de la relación costo/beneficio de los escenarios de no entrar oportunamente en operación vs incurrir en un plan de aceleramiento para alcanzar la meta inicial, concluyó, que si bien es cierto el programa general tiene un atraso de 20 meses, sino se logra recuperar como mínimo 9 meses no es procedente la entrega de ningún valor de reconocimiento al contratista. No obstante, si la recuperación de atrasos es entre 18 y 9 meses, se propuso un esquema de reconocimiento al contratista línea decreciente por un valor máximo de setenta mil millones de pesos ($70.000.000.000) si se recuperan 18 meses y un valor de cero (0) si se recuperan menos de 9 meses de atraso.

- *Reconocimiento de costos por mano de obra y equipos adicionales.*

  EPM fue contundente en manifestar al contratista que no reconocería los conceptos de Imprevistos (I) y Utilidad (U) sobre los costos incursos para alcanzar el plan de aceleración, ello significa que no se afecta el concepto de Imprevistos y de Utilidad "normal" del contrato.

  Sin embargo, dado que los atrasos del proyecto no son aún atribuibles al Contratista, y que sería necesario surtir un proceso que estableciera en forma definitiva su responsabilidad y, dado que bajo este escenario para el Contratista sería una opción viable solicitar más bien un plazo adicional para la terminación de las obras, alternativa a toda luz inconveniente para el proyecto. En su defecto, se encontró que la mejor alternativa es reconocer el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que el resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada)".

Como **beneficios por plazo recuperado**, se establecieron entre otros: - La entrada del Proyecto Ituango es indispensable para la atención del crecimiento de la demanda de energía eléctrica y potencia proyectada por la UPME a partir de diciembre de 2018, **- El aporte del proyecto es requerido en el año 2018 para que en el sistema interconectado nacional se alivien las restricciones, mejore la interconexión con la Costa Atlántica, atienda los Grandes Consumidores especiales (GCE) y las posibles ventas a Panamá**, - **El mercado de contratos a largo plazo actualmente es deficitario y la entrada comercial de Ituango es necesaria para darle liquidez,** - El beneficio en Valor Presente Neto (VPN) del proyecto para diferentes escenarios de recuperación de atraso, incluyendo el esquema de reconocimiento considerado por EPM se mantiene, tal como se muestra en el siguiente gráfico y **Los costos proyectados para el pago del Plan de Aceleración, no modifican los costos de referencia del proyecto.**

Ahora como **implicaciones de No pactarse oportunamente esta propuesta de aceleración y en consecuencia no lograr la entrada de operación comercial en diciembre 1 de 2018**, se presentarían estas consecuencias, entre otras, las siguientes: - Dejar de recibir los ingresos por ventas de energía en el MEN, tanto por contratos como por bolsa de energía (estimado anual de 300 millones de USD), - Perder la asignación de obligaciones de energía firme por 1085 GWh por 20 años valoradas a un precio de 13,998 USD/MWh (dólares de 2008), Ejecución de la garantía de entrada en operación comercial de las cuatro unidades por un monto de 41.383.939 dólares, Ampliación del plazo de la garantía de conexión cuyo monto actual es de 272.370.987.024 pesos.

Como conclusión, se estableció, lo siguiente:

> *"Por todo lo anterior, EPM propone este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018**, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 mas $70.000.000.000 (máximo) por utilidad.***
>
> *Con base en lo expuesto, **se solicita a la Junta Directiva de Hidroituango autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considernado la utilidad escalonada y condicionada**. En consecuencia, autorizar al Gerente del HI, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del proyeco, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018".*

Teniendo en cuenta lo expuesto en el documento, a través de los **correos de los miembros de la junta directiva de HI se aprobó el costo de aceleración de las obras del proyecto hidroeléctrico ituango, previa convocatoria por la secretaria general, para deliberar y decidir por comunicación a través de correo electrónico, lo cual se efectuó de la siguiente manera:**

✓ El señor **Jesús Aristizábal**, expresó: *"Por medio del presente correo electrónico doy mi aprobación al costo de aceleración de las obras del proyecto Hidroeléctrico ITUANGO. Tema puesto a consideración a través de la junta virtual de la Sociedad Hidroituango S.A. E.S.P.".*

✓ **Jorge Mario Pérez Gallón**: *"Buenos días, no tengo comentarios ni observaciones a la documentación presentada, por lo tanto doy mi voto afirmativo a los solicitado".*

✓ **Rafael Nanclares**: "Estoy de acuerdo y doy mi aprobación".

✓ **Alejandro Granda Zapata**: *"Cordial saludo. De acuerdo con los elementos y razones expuestas en el documento anexo, es preciso el desarrollo de acciones que permitan acelerar las obras requeridas para la operación de la Hidroeléctrica en los tiempos comprometidos. Por lo anterior voto positivo por el plan de aceleración y, como ha sido una constante en el trabajo de las entidades que acá participan, se deberán dejar las valoraciones jurídicas, técnicas y financieras que respalden cada una de las actuaciones que permitirán su efectiva concreción.*

Mil gracias a todos por su respaldo, apoyo y permanente enseñanza para permitirme hacer parte del desarrollo de un proyecto tan importante para la vida de muchas regiones de Antioquia y Colombia".

✓ **María Eugenia Ramos Villa**: "*Buenas tardes, de acuerdo con el concepto anexo, doy mi voto positivo para que se inicien los trámites tendientes a lograr con el contratista del proyecto, la implementación de las estrategias de aceleración requeridas para entrar en operación en diciembre/18 tal como está programado".*

Lo expresado en líneas anteriores, permite concluir para este Despacho, que en el Acta de Junta Directiva No.158 de diciembre de 2015, los miembros de la junta directiva de HI, autorizaron el reconocimiento de los costos de **del Plan de Aceleración de obras, considerado la utilidad escalonada y condicionada y en consecuencia se autorizaba al Gerente de HI** previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018, lo que no se puede entender como lo realiza la Apoderada en el sentido de indicar que las decisiones que se consideraron acertadas sobre el plan de aceleración y el reconocimiento de los costos fueron ejecutadas en el período posterior al de la señora María Eugenia Ramos y Rafael Nanclares, cuando se desempeñaron como miembros de la Junta Directiva de HI, teniendo en cuenta que en el Informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto de diciembre de 2015 (Grupo EPM – proyecto hidroeléctrico Ituango contrato CT-2012-000036- construcción de la presa, central y obras asociadas – contratista Consorcio CCC Ituango), se plasmó que era **imprescindible acometer un programa especial de aceleración que permita incrementar los rendimientos y productividad en las obras faltantes del proyecto**,

considerando, que este programa implica para el contratista un esfuerzo adicional de gran magnitud no previsto contractualmente, le permitirá obtener el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que e resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada), así mismo EPM proponía este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018**, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 más $70.000.000.000 (máximo) por utilidad.**

De otro lado, se observa en los correos electrónicos de cada uno de los miembros de la Junta Directiva de HI que para la aprobación del acta No.158 de diciembre de 2015, ninguno manifestó o cuestionó el informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM, teniendo en cuenta que se puso de presente antes de la votación, que el documento era necesario para analizar el tema que iba ser sometido a consideración de la aprobación por los miembros de la Junta Directiva de Hi.

Así mismo, para dar esta aprobación tal y como consta en los anexos del acta 158, se encuentra demostrado que la Junta Directiva tuvo acceso a la información en la cual se describía el plan de aceleración lo que le permitió comprender, que incluía la construcción de galerías, accesos y obras adicionales, así como mano de obra adicional. Todo lo cual estaba enmarcado en el reconocimiento condicionado de mayores valores al contratista de obras principales. Lo que también incrementó las inversiones en el proyecto, incidiendo de esta forma en que se destruyera el valor presente neto del mismo.

Así las cosas, el Despacho reitera lo expresado en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, cuando se dijo que este plan de aceleración tuvo como origen, tal y como se muestra en la misma justificación la cadena de hechos irregulares e injustificados explicados en esta causa y que fueron producto de conductas que no atendieron ni siquiera a la prudencia que se le exige a una persona poco diligente con la gestión de sus propios negocios. En efecto, en dicha justificación, dentro de las causas de atraso se enuncian las siguientes: Retraso en las vías de acceso al proyecto, adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación, adjudicación e inicio del contrato de obras civiles, problemas durante la ejecución de obras civiles principales lo que se concretó en el Acta de Modificación Bilateral No.16 al contrato con CCCI.

Ejercicio de control de tutela sobre Hidroituango como entidad de servicios públicos mixta del orden departamental

> *Como se acreditó ampliamente en el acápite anterior, no sólo los secretarios con asiento en la Junta Directiva de HI, presentaron los informes de gestión y recibieron instrucciones de SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, el Gerente del IDEA, quien tenía la calidad de suplente del Gobernador en dicha junta, también debía rendir los informes de manera semanal del proyecto Hidroituango y mensualmente frente a las inversiones que el IDEA, tenia en las sociedades donde era parte, entre ellas, HIDROITUANGO.*
> *También con respecto al doctor Pérez Salazar ejerció la correspondiente tutela y control, por ser un gerente de una de las entidades del orden departamental, y por que el IDEA, era un socio importante de Hidroituango, a punto que, mi poderdante lo citaba a los Consejos de Gobierno, en donde interactuaba con todos los secretarios de Despacho y debía rendir los informes correspondientes de su gestión y de las inversiones que tenía el IDEA en todas las sociedades, incluida Hidroituango.*
> *De ahí entonces que se aprecie la presentación de informes periódicos de parte del doctor Pérez Salazar donde da cuenta del cumplimiento de las instrucciones precisas entregadas por mi mandante, y de la trazabilidad de cada uno de los temas que eran tratados al interior de la Junta Directiva de HI.*

R/: Sobre este punto, la apoderada da por probado el seguimiento y control realizado por su poderdante tanto respecto de los secretarios de despacho como al gerente del IDEA (Ivan Mauricio Pérez Salazar). Sobre este punto, este Despacho se remite para controvertir dicha afirmación con lo dicho líneas atrás.
Así mismo, en relación con el seguimiento y control específicamente realizado en relación con el señor Ivan Mauricio Pérez Salazar y a la supuesta información periódica que este le reportaba, así como a las supuestas instrucciones precisas, resulta necesario retomar lo dicho líneas atrás en el siguiente sentido:

Así mismo, del material probatorio allegado a esta Causa fiscal por la defensa del señor SERGIO FAJARDO, se tiene que en algunos de los informes semanales al Gobernador, el IDEA Reportaba lo relativo al proyecto Hidroituango, en los siguientes términos:

- **Informe semanal de fecha 3 de Febrero de 2012**, se lee:

IDEA-PRIMERA JUNTA DE HIDROITUANGO: El día 3 de febrero se realizó la Asamblea Extraordinaria de Hidroituango, en la cual se nombró a la nueva Junta Directiva.
Nuestros socios EPM, presentaron los nombres de sus dos candidatos principales y suplentes, y por unanimidad se unificó en una sola plancha.

Es de anotar que para este primer informe aún no había sido nombrado como Gerente del Idea el Señor Iván Mauricio Pérez Salazar.

- **Informe Semanal del 27 de abril de 2012** se lee:

IDEA – JUNTAS DIRECTIVAS: HIDROITUANGO: El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos.

En este informe ya se encontraba como Gerente del IDEA el señor IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR

- **Informe Semanal 9-13 de julio de 2012** se lee:

IDEA – VARIOS: Junta Directiva Hidroituango: Se llevó a cabo el día martes la Junta Directiva de Hidroituango, se trataron temas Informe de Avance del BOOMT, Informe de Zona Franca, Informe de Seguridad en la Zona del Proyecto, Consideración incremento salarial para HI, Definición de la Estructura Administrativa de HI, Nombramiento del gerente para HI.

- **Informe Semanal 31 de agosto de 2012**

IDEA – INVERSIONES- HIDROITUANGO: HIDROITUANGO
• John Maya empezará el 12 de septiembre.
• Nos reunimos con la Gerencia de EPM para clarificar las dudas frente a la adjudicación de las obras. Dadas las explicaciones, tenemos total tranquilidad

- **Informe Semanal 7 de septiembre de 2012**

IDEA – INVERSIONES- HIDROITUANGO: HIDROITUANGO
➢ Hubo Junta. John Maya fue nombrado gerente, empieza el 12 de septiembre.
➢ Se realizará sesión de todo un día el 26 de septiembre para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación a la luz de todos los eventos que se han presentado a la fecha (dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc.).

- **Informe Semanal 16 de noviembre de 2012**

IDEA-INVERSIONES PATRIMONIALES: HIDROITUANGO: Durante la semana se realizaron reuniones de entendimiento sobre el impacto de la sesión del contrato, para negociación de beneficios con Federico Restrepo y Juan Felipe Gaviria

- **Informe Semanal 7 de diciembre de 2012**

IDEA-INVERSIONES PATRIMONIALES: HIDROITUANGO: Estamos pendientes de hacer la presentación sobre los resultados que arrojó la negociación de cesión del contrato.

En los siguientes informes semanales que van hasta julio del año 2013, no se encuentra reporte alguno realizado por el IDEA en relación con el Proyecto Hidroituango. Lo que permite demostrar que los reportes que realizaba el Gerente del IDEA no tienen la periodicidad, en lo relativo al proyecto Hidroituango alega la apoderada.

Así mismo es preciso anotar que en ninguno de los informes semanales atrás referidos se encuentran anotaciones al margen realizadas por el entonces Gobernador, ni siquiera en el informe de fecha 7 de septiembre de 2012, en el cual se observa que el IDEA reporta que se va a realizar una sesión de Todo el día el 26 de septiembre **para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación** en razón de todos los eventos que se estaban presentando, entre los cuales textualmente se refiere a *"dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc*".

Adicional a lo anterior, también aporta como prueba de su defensa dos (2) reportes mensuales de seguimiento a inversiones de la Gobernación y el IDEA de fecha 14 de junio de 2013 y de 5 de julio de 2013 en los cuales en relación con Hidroituango se reporta la siguiente información:

Reporte mensual de fecha 14 de junio de 2013: en el título *"Hechos relevantes del mes"* se lee: *"**El contratista de los túneles de desviación sigue presentando retprasos***

(SIC) y se están analizando alternativas de obra para no afectar la entrada en operación del proyecto. Por ahora, vamos ajustados al cronograma CREG". Y en el título "*Observaciones/Próximos Pasos*" se lee: "*Hacer seguimiento a las propuestas de obras alternativas.* ***Seguimiento al desempeño del contratista de los túneles*** ".

Reporte de 5 de julio de 2013, en el título "*Hechos relevantes del mes*" se lee:"*Se continúa con el cronograma de obras.* ***La desviación del Rio sigue siendo un punto crítico y aún se estudian posibles alternativas para acometer la obra****"*; en el título "Observaciones/Próximos Pasos" se lee: *"Destacar más las obras de impacto positivo para la comunidad (vías). Apoyar al ejército en su solicitud de un Batallón de combate terrestre ante la nación"*.

En los anteriores documentos se trata de 2 reportes correspondientes a junio y julio de 2013, en los cuales nuevamente se le ponen de presente situaciones importantes como es el retraso en la ruta crítica del proyecto para ese entonces cual era la desviación del Río Cauca pero **en las observaciones únicamente se realiza una observación genérica dirigida a "hacer seguimiento al desempeño del contratista de los túneles" pero no se encuentran instrucciones sobre una determinada postura a asumir frente a la administración de Hidroituango y tampoco se denota un afán del señor Gobernador de asistir a la junta de Hidroituango y tomar las posturas requeridas para intentar conjurar las graves situaciones que se estaban presentando, a pesar de tener la potestad jurídica para hacerlo al ostentar la calidad de miembro principal de la junta directiva**.

De igual forma dentro del material probatorio obrante en el plenario, se allega un Documento denominado *"Historia Clínica Inversiones Patrimoniales IDEA-GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA"* de fecha 25 de abril de 2013 en el cual se *"resumen los hechos destacados y la información relevante de las empresas en las cuales el Instituto y/o la Gobernación poseen participación patrimonial, con datos actualizados al cierre del año 2012. Se incluye también un breve resumen sobre la situación actual, así como una proyección sobre las expectativas del futuro inmediato de cada compañía".*

De manera puntual, en lo que se refiere a la Hidroeléctrica de Ituango se dice lo siguiente:

Hidroeléctrica Ituango S.A.	
Sector económico	Generación de energía
% participación IDEA	50,74%
% participación Gobernación	2,15%
Otros Socios	"EPM (46,33%), Otros accionistas (0,78%)"

Patrimonio 2012 (COP Millones)	$73.597
Año Constitución	1.998
Año vinculación del IDEA	1.998

Breve Descripción
Proyecto que tiene por finalidad el aprovechamiento del potencial hidroeléctrico del río Cauca.
El objetivo de la sociedad es verificar la ejecución del contrato BOOMT para la construcción y operación de la Central Hidroeléctrica Ituango y garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018. La sociedad conserva las licencias ambientales. La capacidad proyectada es de 2.400 MW. con inversión estimada: U$3.500 Millones
Situación Actual
El 25 de agosto de 2010 se ratificó el acuerdo al que llegaron los dos socios mayoritarios, para que EPM sea quien financie, construya y opere durante un período la Central Hidroeléctrica Ituango; para lo cual EPM constituyó la firma "EPM – ITUANGO"
A finales el año 2012, EPM propone al IDEA que ante la no declaratoria de Zona Franca del proyecto por parte del Gobierno Nacional con la consecuente pérdida de beneficios tributarios asociados a esta figura, se le ceda el contrato BOOMT que ejecuta EPM – Ituango; negociación que se concretó en enero de 2013. Como contrapartida a esta cesión, se reconoció la suma de U$ 35 Millones a los accionistas de la sociedad Hidroituango diferentes de EPM que se llevarán como anticipo del proyecto. Al IDEA le correspondió el 94,547% de dicho valor. Igualmente, el proyecto hará una inversión social adicional por la suma de US$100 millones, destinada a la ejecución de obras, planes y programas de alto impacto social en los 12 Municipios del área de influencia del proyecto.
Perspectivas
Continuar con el rol de verificación en la evolución de las obras de infraestructura para la construcción de la central hidroeléctrica y la ejecución de obras sociales negociadas en la cesión del contrato BOOMT a EPM

Se destaca del documento anterior, que se pone de presente que el Rol de Hidroituango es el de realizar la verificación en la evolución de las obras. En relación con este documento, tampoco se encuentra manifestación alguna por parte del Gobernador sobre algún tipo de instrucción o postura que debiera asumir su delegado en relación con el proyecto Hidroituango.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Funciones corporativas de la Junta Directiva de Hidroituango
Los estándares nacionales e internacionales establecen pautas comportamentales para los máximos órganos de dirección, control y manejo en una organización. A nivel internacional, respecto de las atribuciones para la Junta Directiva, la OCDE en 2016, fecha posterior a la finalización del mandato de SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, sugirió:
• Que el marco para el gobierno corporativo debe garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas.
• Que la Junta Directiva efectúe un examen continuo de la estructura interna de la organización, para establecer una cadena de responsabilidades y de gestión clara.

• Que los miembros de Junta Directiva actúen con pleno conocimiento, de buena fe, con debida diligencia, y según los intereses de la empresa y accionistas. Este principio además es desarrollado de forma textual así:

"En casi todas partes, el deber de diligencia no se extiende a los errores de juicio en las actividades comerciales, siempre que, entre otras cosas, los consejeros no cometan negligencia grave y se adopte la decisión con la diligencia debida. Además, insta a los consejeros a actuar con toda la información necesaria. Desde el punto de vista de la buena práctica, significa que deben cerciorarse de que la información corporativa fundamental y los sistemas de vigilancia del cumplimiento sean, en lo sustancial, sólidos y que apuntalen la función principal de supervisión del Consejo que promueve los Pnncipios".

Ampliamente, se ha expuesto a lo largo del escrito, la pertinencia, rigurosidad, y seguimiento debido que SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, su equipo y demás miembros de Junta Directiva efectuaron respecto de Hidroituango, tanto en decisiones trascendentales, como en asuntos operativos. Esta apreciación es sumamente valiosa, ya que la Contraloría omitió delimitar los presupuestos de la posición de garante, de debida diligencia, y de deber objetivo de cuidado. Por lo que resulta reprochable, que el acto e interés manifiesto en el escrito de imputación, desconozca también los presupuestos límite planteados a nivel internacional sobre el deber de diligencia. De la misma forma, que resulta reprochable, que pese a que la evidencia demuestra una adecuada gestión, el ente de control insista con efectuar una imputación.

En todo caso, otra medida, también sugerida con posterioridad por la OCDE consiste en "la creación de comités especializados que presten apoyo a todo el Consejo en el cumplimiento de sus funciones, en especial, respecto de la auditoría y, según el tamaño y el perfil de riesgo de la empresa, también respecto de la gestión de riesgos y las retribuciones". Como se expondrá en capítulos posteriores, existían múltiples comités dirigidos a la gestión de riesgos específicos, tal y como sugieren las buenas prácticas internacionales.

Para este caso, también conviene destacar que existen principios técnicos para la gestión del riesgo, señalados en la norma ISO 31000, que desde 2009 hasta hoy señalan la necesidad de administrar y gestionar los riesgos de acuerdo con la mejor información disponible. Por ello señalan que la información debe ser oportuna, clara, disponible, actual, y preferiblemente mediada por el examen de expertos. Desde ya señalamos, que en efecto todas las gestiones adelantadas en Hidroituango acataron los deberes de gestión de riesgos señalados en las normas técnicas de estandarización.

Todos estos estándares, trasladados al ámbito nacional son recogidos por la Superintdencia de Sociedades, entidad que en asocio con Confecámaras (Red de Cámaras de Comercio) y Cámara de Comercio de Bogotá elaboraron en 2020 la "Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo para empresas competitivas, productivas y perdurables". Allí establecen una serie de deberes generales y específicos, que merecen ser analizados en el caso concreto

a) Claridad en el ejercicio de los roles de propiedad, dirección y gerencia, así como la definición de un propósito común: Al respecto, aclaran que la empresa debe contar con una "estructura idónea para la gestión y toma de decisiones que incidan positivamente en la competitividad, productividad y perdurabilidad de la organización". Para ello, sugieren que la organización cuente con "instancias claramente separadas, mediante la definición de roles y parámetros de actuación para los propietarios, la dirección y el equipo gerencial. Y, respecto de las atribuciones de Junta Directiva, destacan que dicha instancia debe facilitar propósitos tales como: dirigir organización hacia la consecución de "los objetivos empresariales e tratégicos"2°3; "la alineación con el propósito común, la misión, la visión y los valores"; que "exista un proceso de toma de decisiones directivas, enfocado en el largo

plazo"; promover y fortalecer "las dinámicas empresariales dirigidas a la generación de conocimiento, entre otras.
En el caso concreto, la evidencia demuestra que la Junta Directiva de Hidroituango incorporó un enfoque de sostenibilidad social y ambiental, basado en recomendaciones técnicas. De igual forma, la Junta Directiva procuró la identificación de factores internos y externos que pudiesen afectar el desempeño del proyecto, adoptando medidas de prevención, mitigación y corrección de los riesgos detectados.
Debe añadirse, que existía claridad en el ejercicio de roles de propiedad, dirección y gerencia, gracias al marco regulatono interno de Hidroituango, manuales de funciones, las obligaciones señaladas en el Contrato BOOMT (y sus anexos), las deliberaciones y determinaciones de Junta Directiva y los comités de Junta Directiva, los informes de seguimiento presentados a SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, y las instrucciones impartidas por él, en calidad de Gobernador de Antioquia.
De hecho, está acreditado, que de acuerdo con el marco regulatorio de Hidroituango y el marco normativo aplicable, la Junta Directiva efectuó el seguimiento respectivo a la ejecución de la obra, y el cumplimiento de los hitos de acuerdo con la metodología del Diagrama de GANNT, entre otros aspectos.
Medidas como las ya señaladas fueron también analizadas por instancias de auditoría y terceros independientes v.gr. el Reasegurador, la CREG y los entes de control, catalogando a Hidroituango como un ejemplo de cumplimiento de acuerdo con los estándares y prácticas consistentes a nivel internacional. Evidencia de lo expuesto, se traduce en la mitigación de los atrasos de las obras, sin sacrificar o desmejorar las especificaciones técnicas requeridas del proyecto.
b) Promover una cultura de cumplimiento y ética: En este punto destacan las siguientes prácticas: "identificar y clasificar los riesgos estratégicos, reputacionales, legales y operativos [...] para garantizar y asegurar el cumplimiento de las normas obligatonas"; incorporar un "sistema de alertas, reportes y rendición de cuentas, en los que el equipo gerencia' informe periódicamente a la junta directiva;
"consolidar un ambiente ético sólido bajo el liderazgo de la junta directiva o instancia equivalente".
Conviene destacar que Hidroituango (para la época en que mi representado tenía vínculos con la organización) ya disponía de una arquitectura de control robusta. No obstante, se implementaron medidas para mejorar su funcionamiento, sumado a procesos de debida diligencia, y de pautas comportamentales éticas, tanto en acatamiento de estándares éticos para servidores públicos, así como del ejercicio propio de las profesiones inmersas en el proyecto. Ya se ha expuesto en extenso que Hidroituango contaba con un sistema altamente eficiente para gestión de riesgos, que incorporaba un sistema de alertas, reportes, rendición de cuentas y de seguimiento, por lo que conviene refirmar que todas estas buenas prácticas corporativas también habían sido implementadas.
c) La Junta Directiva debe contar con una estructura adecuada para facilitar la toma de decisiones directivas y estratégicas. Para desarrollar esta medida sugieren, que la junta directiva se conforme por un "grupo de personas con las calidades personales y profesionales necesarias para la empresa", quienes deben tener "alto compromiso para generar valor a la empresa", lo que supone "tener el tiempo disponible para preparar las sesiones y asistir oportunamente a las sesiones".
En el caso concreto, resulta claro que todos los miembros principales y suplentes de la Junta Directiva contaban con las calidades requeridas. Todas las decisiones que se adoptaron en el marco de las facultades de la Junta Directiva se dieron con el propósito de

generar valor en el proyecto, e inclusive los registros documentales demuestran la adecuada preparación para cada tema deliberado en las sesiones de Junta Directiva.
De hecho, también resulta oportuno subrayar, que SERGIO FAJARDO VALDERRAMA permanecía al tanto sobre la ejecución del proyecto, exigiendo informes continuos de la gestión e impartiendo las directrices requeridas. Lo anterior, quiere decir, que hubo una debida diligencia reforzada en su gestión, debidamente acreditada.
d) La empresa debe definir, de manera clara y expresa, las funciones de la Junta Directiya. Entre las funciones que debe desempeñar, se enfatiza en la necesidad de establecer pautas de dirección y monitoreo de la sostenibilidad de la empresa, así como la definición, aprobación y seguimiento del plan estratégico empresarial, lo que incluye los objetivos de gestión y la administración de riesgos de cumplimiento y reputacionales.
En el caso concreto, existía un sistema robusto normativo a nivel interno y externo, del que se extraían las concretas obligaciones de la Junta Directiva, así como los límites a sus deberes. De hecho, más adelante se expondrá como en virtud del contrato BOOMT los deberes de dirección, supervisión y manejo estaban limitados por el principio de no coadministración. En este sentido, no hubo ninguna desatención de los deberes funcionales de los miembros de Junta Directiva, sino que, tal y como puede observarse, la gestión de riesgos corporativos por parte de sus miembros, incluyendo a mi representado, SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, eran consistentes de acuerdo con las mejores prácticas contemporáneas.
e) Las reglas de operación de la Junta Directiva deben facilitar la acción efectiva de esta instancia de gobierno. Esta medida se deriva del deber de establecer mecanismos eficientes de operación de la Junta Directiva, facilitando la administración del tiempo, en aras de cumplir con las funciones inherentes del cargo, siendo una medida pertinente conformar comités temáticos para el desarrollo de funciones esenciales. Todo esto, de acuerdo con las condiciones específicas de la compañía.
En el caso concreto, también es claro que la Junta Directiva tenía un diseño sui generis, amoldado a las necesidades y requerimientos del proyecto hidroeléctrico. Existía un flujo de información constante, se llevaban a cabo sesiones de Junta Directiva con regularidad, y distintos miembros de la administración que intervenían directamente en el órgano colegiado como miembros de Junta Directiva principales o suplentes, rendían sus respectivos informes a SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, quien llevaba a cabo un seguimiento adecuado y coherente con las necesidades de Hidroituango impartiendo las instrucciones, sugerencias y/o recomendaciones requeridas para el proyecto, como ya se expuso.
Por consiguiente, no es consistente la pretensión de la Contraloría de atribuir responsabilidad a mi defendido por negligencia o desatención de deberes, ya que, tal y como se ha expresado, tanto la estructura organizacional como funcional de Hidroituango, sus órganos de dirección y control, así como la evidencia material del cumplimiento de deberes por parte de sus componentes, incluyendo a mi defendido, demuestra una adecuada gestión, de acuerdo con parámetros comportamentales hoy vigentes, inclusive.
f) La empresa debe adoptar instrumentos que le permitan fijar con claridad sus objetivos, alinear sus instancias de gobierno en torno a estos y controlar la consecución de las metas trazadas, asegurando decisiones armónicas entre el equipo gerencial y la Junta Directiva.
Al respecto, textualmente sugieren lo siguiente:
"La empresa debería contar con un tablero integrado, que incluya metas e indicadores clave o KPI, para medir el cumplimiento de las acciones o proyectos más relevantes. [ ] Mediante estos indicadores, la junta directiva o instancia equivalente en cada reunión podrá: i. Conocer ágilmente la situación de la empresa, y establecer cambios respecto de esta. ii.

Evaluar el desempeño del equipo gerencial. in. Tomar, de manera oportuna, decisiones directivas. iv. Controlar los resultados, acciones y avances de la empresa. v. Ajustar los planes y metas trazadas, según los resultados de los indicadores y brechas observadas°.
En el caso concreto, La Junta Directiva contaba con metodologías, instrumentos y sistemas implementados, que garantizaban un adecuado seguimiento a la ejecución de los deberes del proyecto, pudiendo adoptar decisiones adecuadas, controlar resultados y avances, dentro del margen razonable de esferas de competencias atribuidas a la Junta Directiva, sin que con ello se desconociesen las limitantes establecidas en el contrato BOOMT.
Vale la pena destacar, que la interacción de la información entre los miembros de Junta Directiva, las demás instancias corporativas de Hidroituango, los contratistas, y los entes regulatorios, fue lo que permitió que el proyecto fuese valorado positivamente de acuerdo con las mejores prácticas internacionales establecidas.
Finalmente, conviene reiterar, que como se ha expresado, SERGIO FAJARDO VALDERRAMA ejerció sus deberes con la debida diligencia que le era exigible, y de la apreciación sistémica del material probatorio aportado y los argumentos expuestos, resulta válido concluir, que no existe fundamento acusatorio por parte de la Contraloría, que pueda desvirtuar la ausencia de debida diligencia, y probar el respectivo título de imputación subjetivo.
g) La empresa debe contar con mecanismos para gestionar adecuadamente los riesgos de modo que pueda enfrentar los desafíos propios de un entorno dinámico y cambiante.
Como buena práctica recomiendan incorporar en la arquitectura de control etapas de identificación, análisis, evaluación, tratamiento, monitoreo y comunicación de los riesgos, identificando procesos y responsables, de suerte que el sistema de información y comunicación de riesgos sea eficiente para que la alta dirección sea informada de manera oportuna.
En el caso concreto, la evidencia es abrumadora: i) sí existía una arquitectura de control adecuada, que, adicionalmente, fue objeto de actualizaciones, de acuerdo con sugerencias técnicas y científicas; ii) existía un marco completo para gestión de riesgos, seguimiento del proyecto, así como los hitos y objetivos establecidos; iii) el sistema de información y comunicación era eficiente; iv) sin perjuicio de estos mecanismos, también los miembros de Junta Directiva eran diligentes, y transmitían en forma transparente la información al auditor respectivo, así como a los entes de control.
Todo lo anterior permite concluir, que las prácticas adoptadas y las decisiones trazadas para el desarrollo del proyecto, patrones decisorios en los que intervino SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, si se analizan de acuerdo con los estándares de la época y los hoy vigentes, siguen siendo consistentes de acuerdo con las mejores prácticas nacionales e internacionales.

Los argumentos anteriores esbozados por la apoderada están dirigidos a demostrar que la sociedad Hidroituango contaba con una estructura corporativa que cumplía con los estándares nacionales e internacionales que establecen pautas comportamentales para los máximos órganos de dirección, control y manejo de una organización, lo anterior lo respalda citando las sugerencias que en el año 2016 la OCDE hizo en relación con las atribuciones de las juntas directivas. Se refiere de manera expresa a los límites planteados internacionalmente sobre el deber de diligencia y considera que la CGR desconoció en su imputación dichos límites.

Así mismo alega que la Contraloría omitió delimitar los presupuestos de la posición de garante, de debida diligencia, y de deber objetivo de cuidado, igualmente reprocha que se haya realizado una imputación cuando en su opinión se demostró una adecuada gestión que inclusive cumplió con lo descrito en la norma técnica ISO 31000.

La Apoderada alega que en cumplimiento de las mejores prácticas, Hidroituango contaba con múltiples comités dirigidos a la gestión de riesgos específicos, existía una determinación clara de los roles al interior de la empresa, se promovía una cultura de cumplimiento y ética, se contaba con una estructura adecuada para facilitar la toma de decisiones directivas y estratégicas, las funciones de la junta estaban definidas, las reglas de operación de la junta facilitaban la acción efectiva de esta instancia de Gobierno, la empresa tenía instrumentos que le permitían fijar con claridad sus objetivos, la empresa contaba con mecanismos que le permitían gestionar adecuadamente los riesgos.

Así mismo, continúa precisando las funciones específicas de la junta directiva de HI, desde la escritura pública 771 y desde lo dispuesto por el contrato BOOMT.

La apoderada en este punto afirma que *"se garantizó desde la Junta Directiva de la empresa H.I., el seguimiento y control necesario de las obligaciones contraídas en el contrato BOOMT por EPM Ituango S.A. E.S.P, y en cada una de las reuniones realizadas por la Junta Directiva, se recibían los correspondientes informes no sólo del equipo de seguimiento del contrato por parte de Hidroituango, sino además de las revisiones que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento conformados en la estructura organizativa de EPM para el adecuado desarrollo del proyecto desde los aspectos técnico, financiero, jurídico y social"*

Para explicar su afirmación anterior, procede a explicar lo que en su entender implica la verificación del contrato BOOMT.

Afirma sobre el particular que: *"la Junta Directiva debió asumir un nuevo rol como compañía propietaria del proyecto, enmarcado en una labor de supervisión, vigilancia y control de tres aspectos principales del proyecto como se anotó antes (i) el avance de las obras para dar cumplimiento al cronograma propuesto de entrada en operación de la central hidroeléctrica, (ii) el seguimiento a la adquisición de predios y (iii) el seguimiento a la ejecución presupuestal".*

"En el nuevo papel que asumió la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., pasó de ser el responsable directo de la construcción, financiación y operación del proyecto, a actuar como primer interesado en la correcta ejecución del contrato BOOMT, verificando que todas las obligaciones establecidas fueran cumplidas por EPM Ituango"

.

Y repite en este punto lo ya sostenido antes en el sentido de: *"La Junta Directiva de HI garantizó el seguimiento y control necesario de las obligaciones contraídas en el contrato BOOMT, por EPM Ituango S.A. E.S.P, a través de sendos informes que eran entregados en cada reunión por los comités especializados que fueron creados para hacerle*

seguimiento al contrato, de tal cuenta que en cada reunión de junta directiva era informada del seguimiento y ejecución del contrato realizado no sólo del equipo de seguimiento conformado al interior de Hidroituango, sino además de las revisiones que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento conformados en la estructura organizativa de EPM para el adecuado desarrollo del proyecto desde los aspectos técnicos, financieros, jurídicos y sociales"

Después de lo cual explica y retoma un argumento por demás repetido desde antes de que se profiriera la imputación y es que la obligación de Hidroituango se encontraba enmarcada en los principios de NO COADMINISTRACIÓN y NO CONTROL PREVIO. Concluyendo que la Junta Directiva de Hidroituango está obligada solamente a cumplir aquellas competencias y roles que están dentro su ámbito de competencia dentro de la organización, vale decir, aquellas funciones que le han sido asignadas como órgano social.

No se puede partir de la premisa de las calidades profesionales de los miembros de la Junta Directiva, para luego indicar, que éstos debieron tener un mayor control sobre la construcción, y además, que mi poderdante como Gobernador de Antioquía, debía hacer seguimiento a funciones que no están dentro del ámbito de competencias de sus subalternos con asiento en la Junta Directiva de Hidroituango. Es preciso anotar frente a dicha alusión a las sugerencias de la OCDE realizada en el auto de imputación y que trae a colación la apoderada, precisando que las mismas se hicieron con posterioridad a que sus mandantes dejaran los cargos en virtud de los cuales fueron imputados sirvieron de contexto para precisar los estándares exigidos en las buenas prácticas de las juntas directivas de las sociedades, pero no fueron el sustento para determinar las acciones y/u omisiones atribuibles a los miembros de junta directiva, para lo cual el Despacho se sirvió de manera puntual de los Estatutos de la sociedad Hidroituango, de lo de lo dispuesto en la jurisprudencia nacional, así como de lo dispuesto en el contrato BOOMT y lo comparó con el resto del material probatorio obrante en el plenario y pertinente para el asunto entre los que se destacan las mismas actas de junta directiva de Hidroituango y las actas de seguimiento al contrato BOOMT, entre otras.

Ahora bien, la apoderada lanza críticas al auto de imputación al considerar que omitió delimitar los presupuestos de la posición de garante, de debida diligencia, y de deber objetivo de cuidado y así mismo que excedió los estándares internacionales sobre el deber de diligencia. Sin embargo la apoderada no desarrolla de manera clara por qué realiza esta aseveración.

No obstante lo anterior, repite el argumento conforme al cual Hidroituango aseguró el seguimiento a través de sendos informes que eran entregados en cada reunión por los comités especializados que fueron creados para hacerle seguimiento al contrato, de tal cuenta que en cada reunión de junta directiva era informada del seguimiento y ejecución del contrato realizado no sólo del equipo de seguimiento conformado al interior de Hidroituango, sino además de las revisiones que al interior

de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento. Lo anterior en el marco de los principios de no coadministración y no control previo. Para valorar este argumento, resulta necesario recordar cuál era el rol que debía cumplir Hidroituango en el contrato BOOMT.

Sobre el particular en el auto de imputación, se precisó lo siguiente:

> *"(…)*
> *Previa la suscripción del Contrato BOOMT, tal y como consta en acta 119 de 22 de diciembre de 2010296, la junta directiva comenzó a analizar cuál debería ser el papel que debía desempeñar Hidroituango en relación con la supervisión, vigilancia y seguimiento al contrato BOOMT.*
> *Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que la comisión designada en la reunión anterior - integrada por representantes de EPM, IDEA y HI- "ha venido trabajando sobre la supervisión y monitoreo del contrato BOOMT y ya se definió el espíritu general de lo que sería la supervisión o monitoreo. A la fecha se le está dando la redacción al documento que sería un anexo del contrato. La semana anterior el documento se redactó y se remitió a EPM para su revisión.*
>
> *Una vez se apruebe por la comisión el documento de lo que se ha denominado la "Verificación" —modificando la denominación de monitoreo y control- se definirá la estructura administrativa que quedará realizando esa verificación. Pide el doctor, Francisco Beltrán que ese documento se ponga previamente en conocimiento de todos los miembros* ***de la Junta Directiva,*** *aunque no quede sujeto a su aprobación.*
>
> *Ahora bien, continúa el doctor Gómez, teniendo en cuenta que para definir la planta de cargos que tendrá HI existe diferencia conceptual con EPM, por cuanto ellos consideran que la organización debe ser la mínima posible y HI considera que debe ser de mayor entidad, se llegó a la conclusión que lo mejor es contratar una firma externa que, a la luz del documento de verificación, señale la estructura, los perfiles requeridos y el personal que lo debe ejecutar.*
>
> *Señala el doctor Jesús Aristizabal que se debe establecer la verificación, los procesos y el alcance de esa verificación, con lo* ***que se determinará el*** *recurso humano que se requiere.*
>
> *Tal y como se lee en lo arriba transcrito, la Junta Directiva vio como una necesidad contratar a un consultor que determine la estructura idónea de la Sociedad para poder realizar la vigilancia al mentado contrato.*
>
> *En Acta 123 de 16 de febrero de 2011, sin embargo, se presenta una discusión frente a quién debe realizar la reestructuración de la planta de Hidroituango, frente a lo cual el Gerente de la Sociedad pone de presente la importancia de dicha estructura para realizar en debida forma la Supervisión de lo que él mismo denomina "el contrato más importante de Antioquia en los próximos cincuenta años", en los siguientes términos:*

Continúa el Señor Gerente manifestando que EPM hace la propuesta de estructura como si Hl fuese su filial. Pero el caso aquí es bien diferente. Expresa que la Administración no tiene interés burocrático alguno en mantener una determinada planta de personal, sino en establecer cuál debe ser la estructura que le permita ejercer la adecuada supervisión del contrato más importante de Antioquia en los próximos cincuenta años, y en la forma como ha quedado definido en la minuta del mismo.

Así mismo y ante la discusión presentada, se deja constancia en los siguientes términos de la situación que se venía presentando en relación con el hecho de que EPM en cabeza de Federico Restrepo, interviniera en la manera como debía decidirse la planta de personal de la Sociedad Hidroituango para efectos del desarrollo de la vigilancia al contrato BOOMT.

El doctor Federico Restrepo señala que no solo los informes se le deben presen sino que el relacionamiento con esta firma debe ser con una comisión de la Junta Directiva.
El doctor Luis Guillermo Gómez insiste en que la participación de EPM en esa comisión implica un conflicto de intereses.

El doctor Federico Restrepo informa que ese tema ya fue estudiado en EPM y consideran que no hay ningún conflicto de intereses.

El doctor Gómez indica que la Administración se alejará, en consecuencia, del manejo de esa firma, pero suministrará la información que se le requiera. Insiste en que le parece extraño que el controlado sea el que diga cómo se le vigilará.

Los términos en los cuales habrá de desarrollarse la vigilancia por parte de Hidroituango quedaron plasmados en el Anexo 6.12 al contrato BOOMT, en los siguientes términos:

"ANEXO 6.12
MECANISMOS DE SUPERVISION, COORDINACION, CONTROL Y VIGILANCIA DEL CONTRATO TIPO BOOMT POR PARTE DE HIDROITUANGO

En el presente documento se establecen los criterios, procedimientos y herramientas utilizar para efectuar la verificación y el seguimiento por parte de Hidroituango como empresa propietaria del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, al presente Contrato celebrado entre el Contratista e Hidroituango.

Esta Verificación y seguimiento permite a Hidroituango tener el conocimiento continuo de la evolución de la ejecución del Contrato tipo BOOMT, en relación con su cumplimiento, y la detección oportuna de las desviaciones con el fin de generar alertas sobre la necesidad de darles solución.

El Contrato debe estar sujeto a la verificación de Hidroituango, entidad estatal contratante y propietaria titular del proyecto hidroeléctrico, quien como tal tiene

la obligación de realizar la correcta negociación, celebración, iniciación, ejecución, supervisión y liquidación del contrato que se suscribe con el Contratista, y prevenir posibles riesgos que debe asumir Hidroituango como consecuencia de la ejecución del Contrato.

De acuerdo con los principios que regulan a las entidades públicas en Colombia, y en especial los principios de los que trata el artículo 209 de la Constitución Nacional, el Contrato está sujeto a la verificación por parte de Hidroituango, para lo cual ésta tiene el derecho y la obligación de examinar y comprobar el cumplimiento del Contrato, en sus aspectos técnicos, legales, administrativos y financieros.

(...) La verificación del Contrato tiene como objeto examinar y comprobar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, técnicas, financieras y legales del Contratista, en lo referente a la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la central hidroeléctrica Pescadero Ituango a Hidroituango, de tal suerte que se mantengan las responsabilidades legales y patrimoniales de las partes y se garantice el desarrollo del Proyecto.

1.2 ALCANCE DE LA VERIFICACION
La verificación del Contrato tiene el propósito de examinar y comprobar durante la ejecución del Contrato, el avance y cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista en términos de oportunidad, calidad y costos, dentro de las buenas prácticas ambientales, de ingeniería, construcción, operación y mantenimiento, al igual que generar alertas sobre la necesidad de dar solución a las desviaciones que observe Hidroituango con respecto a dichas obligaciones. Para lo anterior Hidroituango activaré los mecanismos previstos en el Contrato, tales como observaciones a los informes o actas correspondientes a la funcionalidad de las obras o los equipos, podrá acudir a las Cláusulas Penales de Apremio, y en general a las medidas contempladas para urgir al Contratista el cumplimiento, todo de acuerdo con lo establecido en el Contrato.

1.3 CRITERIOS FUNDAMENTALES
La verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, técnicas, financieras y legales del Contratista, en lo referente a la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la central a Hidroituango, estará regida, en todo caso, por los siguientes criterios, que constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales se entenderé y ejecutar el presente esquema de seguimiento del Contrato.

- *El Objeto de la verificación es el Contrato*
- *Principio de no coadministración*
- *Principio de no control previo*

1.3.1 OBJETO DE VERIFICACION
De igual forma, en relación con los mecanismos de apremio con los cuales contaba Hidroituango en relación con su contratista (EPM), el contrato

BOOMT estableció en la cláusula 4.9, la posibilidad de imponer cláusulas penales de apremio al contratista.

En consonancia con lo anterior, en el acta 122 de 9 de marzo de 2011, se explicó la manera como habrá de operar la aplicación de dichas Cláusulas penales en el contrato BOOMT. Sobre el particular, se adujo lo siguiente:

1.3.2 PRINCIPIO DE NO COADMINISTRACIÓN

La Verificación que realizará Hidroituango durante la ejecución del Proyecto se hará bajo la premisa de "no coadministrar" en ninguna de las etapas del proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central, y comercialización de energía de la misma.

El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista para la construcción y operación de la central. Cualquier inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista, no a sus Subcontratistas.

Hidroituango no será interventor de los contratos que celebre el Contratista, (esto es potestad exclusiva del Contratista actuando como contratante), pero es deber y potestad de Hidroituango Verificar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Contrato, para garantizar la protección de los intereses de la sociedad y del Proyecto.

1.3.3 PRINCIPIO DE NO CONTROL PREVIO

Hidroituango no ejercer acciones que constituyan control previo, entendido éste como intromisión o injerencia previa en las decisiones que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.

2. COMUNICACION E INFORMACION
2.1 ACCESO DE HIDROITUANGO A LA INFORMACION - LIBRO ABIERTO

El Contratista se obliga a tener a disposición Hidroituango en una plataforma informática compartida, en forma expedita y oportuna, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice el Contratista durante el desarrollo del Proyecto (...) Igualmente, Hidroituango, en ejercicio de su labor de verificación, durante la vigencia del Contrato, puede inspeccionar, examinar, comprobar, sin que se cause retraso ni se interfiera en las decisiones que tome el Contratista, el progreso del Proyecto, y su puesta en funcionamiento, así como su operación y mantenimiento hasta la restitución de la central, de acuerdo con la metodología de Libro Abierto, así como todos los documentos del Contratista relacionados con el Contrato, salvo la información sobre estrategia comercial del Contratista

(...) 3. PARÁMETROS DE REFERENCIA
3.1 COMPONENTES MÍNIMOS DE DISEÑOS Y LICENCIA AMBIENTAL
Se consideran componentes mínimos aquellos que, con respecto a la concepción de los diseños detallados de las obras principales y las exigencias de la Licencia Ambiental del proyecto, solo podrán ser modificados de común acuerdo entre el Contratista e Hidroituango (...)"

El contrato BOOMT traía los mecanismos legales para exigirle a EPM el cumplimiento de sus obligaciones, en el Capítulo I "Interpretación y definiciones",

1.02 Definiciones, trae:

"Clausulas Penales de Apremio: Son las sumas que, a título de cláusula pena de apremio, deberá pagar el Contratista a Hidroituango cuando incumpla alguna de las obligaciones a su cargo bajo el presente contrato. Las Clausulas penales de Apremio no tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios ".

Así lo indica el numeral 9.02. del contrato BOOMT:

"Dentro de los cinco (5) días siguientes al conocimiento por parte de Hidrotuango del incumplimiento del Hito u obligación respectiva (...) Hidrotuango deberá reunirse con el contratista con el objeto de verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento (...) (procedimiento de Cura)"

Sin embargo, en acta de Junta Directiva 122 de 9 de marzo de 2011, en la presentación de los elementos esenciales del contrato BOOM a los miembros de Junta, se leen las limitaciones con las que se concibieron las cláusulas penales de apremio:

d).- Cláusulas penales de apremio en la etapa de construcción

> *• En el Contrato se pactó que las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos durante la Etapa de Construcción, sólo se harán exigibles si EPM incumple con las obligaciones relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento, esto es, la entrada en operación comercial de la Unidad 1 (Grupo 1 de Unidades) a más tardar el 24 de junio de 2019.*
> *• Se pactó además que, a opción de EPM, el valor de las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos en la Etapa de Construcción podría ser pagado, o considerado como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración de HI.*

De lo anterior, fuerza concluir que Hidroituango podía interponer Cláusulas de Apremio en contra de EPM si se incumplían los hitos 1 a 9 pero sólo podía

hacerlas exigibles si, no se lograba la entrada en operación en la fecha programada.

Adicional a lo arriba explicado, cabe anotar que Hidroituango y EPM suscribieron un memorando de entendimiento297 denominado "Acuerdo de voluntades entre Empresas Públicas de Medellín (EPM) e Hidroeléctrica Itunago E.S.P. (HI)", de fecha 4 de julio de 2010 , el cual tenía por objeto:

"El presente acuerdo de voluntades define los principios de la negociación directa, los términos generales de un eventual negocio, la metodología de trabajo a seguir y, finalmente, el cronograma de implementación del acuerdo"

Por último, cabe recordar que Hidroituango funge como dueña del proyecto, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho, percibe un beneficio económico, como consecuencia del funcionamiento de la hidroeléctrica, en ese sentido tiene amplias responsabilidades. Cabe recordar lo que de cara a la responsabilidad extracontractual ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien se ha pronunciado, en los siguientes términos:

"En cuanto a la imputación del daño, es pertinente poner de presente que la demanda fue dirigida contra el Municipio de Pereira, la Nación - Ministerio de Cultura y Ministerio de Salud y Protección Social, respecto de los cuales la parte actora consideró que era posible endilgarles responsabilidad, por cuanto el primero y el segundo de los mencionados fueron las entidades que suscribieron el contrato de obra para la restauración del Palacio Nacional, y el último fungía como propietario del mismo (...). En este orden de ideas, la responsabilidad de tales demandados debe analizarse debido a la ocurrencia de un daño vinculado con la ejecución de una obra, ya fuere porque la contrataron o porque eran los propietarios del bien sobre los cuales esta se desarrolló. ***Se trata de un escenario que la jurisprudencia ha desarrollado bajo el principio de "ubi emolumentum ibi onus esse debet" (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra,*** *al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista "[405].*

En este sentido, y dada la posición que ocupaba la Sociedad, las acciones y omisiones de quienes conformaban su junta directiva deben verse a través de este prisma, toda vez a pesar de existir un Contratista ejecutor de la obra, la sociedad nunca perdió su titularidad".[406]

---

[405] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO,
Bogotá, 3 de abril de 2020, EXP 6601-23-31-000-2012-00147-02 (51846).
[406] Folio 17977 vto. del expediente, que corresponde a la página 421 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

De igual forma, como se explicará más adelante, en relación con al informe PENTA, el Rol de hidroituango de verificación y control del cumplimiento del Contrato BOOMT ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato****. Y de igual manera, precisa, lo cual también resulta acertado, que* ***HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT****.*

Tal y como se precisó en el auto de imputación y se ampliará adelante, Hi no contaba con un software de apoyo para realizar esta función, sino que la misma debía ser realizada de forma manual, coinciden los testigos sobre este punto, en que se contaba con el Diagrama de GANTT el cual es, un cronograma gráfico, elaborado por EPM y los tableros de control (los cuales de conformidad con lo sostenido por el señor Jairo Hernán en su testimonio, “no duraron mucho”), todo lo cual era analizado, se repite, manualmente por unos pocos funcionarios -cabe precisar que la anterior estructura administrativa fue producto también de decisiones de la junta directiva de Hidroituango tomadas en el año 2012-.

Ahora bien, aun cuando desde la imputación misma, se ha reconocido que es posible que la junta Directiva de Hidroituango, contara con colaboradores para desarrollar su función, ello por sí mismo no resulta suficiente para eximirse de responsabilidad, pues dentro de las obligaciones de prudencia y cuidado de los miembros de junta directiva está el de informarse de manera previa y suficiente sobre los asuntos que se van a debatir. Es por eso que resulta inexcusable el hecho de no conocer como mínimo las actas realizadas por el comité de seguimiento al contrato BOOMT y quedarse con la información que alguien más relata en la sesión de la junta. Sobre todo, teniendo en cuenta el número de funcionarios con los cuales se hacía la revisión de la gran cantidad de información.

En relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT, en el auto de imputación, después de realizar un estudio del numeral 2.2. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT, así como el Reglamento de dicho comité, el cual se encuentra en el Acta 2 de 22 de junio de 2011 del comité de seguimiento al contrato BOOMT, así como lo sostenido en el Acta 124 de 4 de mayo de 2011 de la junta directiva de Hidroituango, en la cual se le informa a dicho órgano de administración sobre la creación del comité de seguimiento al contrato BOOMT, el Despacho concluye -y en este momento ratifica dicha conclusión- en relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT “*que se trata simplemente de un punto de encuentro entre las dos entidades para facilitar el desarrollo al seguimiento, pero no releva a la junta directiva de las funciones que legal, estatutaria y contractualmente le corresponden”.*

Así mismo, en el Auto de imputación, también en relación con el comité de seguimiento al contrato BOOMT se sostuvo lo siguiente:

> "Como se explicó en la parte introductoria del acápite de conducta y nexo de causalidad *el hecho de que existiera un comité de seguimiento al contrato Boomt no le restaba responsabilidad a los miembros de junta directiva, quienes, como es sabido son el organismo de dirección y decisión de la persona jurídica, y están revestidos de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad. En este sentido las funciones de vigilancia y control pactadas contractualmente en el BOOMT les competen directamente a ellos.*
> *De lo anterior es claro que el comité de seguimiento es un mero instrumento de apoyo, tal y como se expresa en el Reglamento de Comité de Seguimiento del contrato de BOOMT en el numeral 3, el cual se explica que el objetivo de éste es el siguiente:* "El Comité es un espacio de comunicación y seguimiento del Contrato y estará vigente durante el desarrollo del proyecto, en sus etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de las obras del proyecto a Hidroituango".
> *Por lo anterior, el Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT en el proyecto HI, tiene como fin facilitarle a la junta directiva de HI sus labores más no desplaza la competencia de sus miembros para la toma de las decisiones necesarias para que Hi cumpla con su objeto"*[407]

Ahora bien, la apoderada en este punto, alega que la junta no solo era informada por el comité de seguimiento al contrato BOOMT *"sino además de las revisiones que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento conformados en la estructura organizativa de EPM"*.

Este punto resulta muy importante, pues con esta afirmación ella misma demuestra que los miembros de la junta directiva no estaban realizando las funciones de vigilancia y control que les competían, pues no solo no se informaban de manera completa de lo consignado en las actas de seguimiento al contrato BOOMT sino que además daban por cierta la información que entregaba EPM, cuando la función de vigilancia y control supone necesariamente cruzar la totalidad de la información disponible para verificar si las afirmaciones que realiza el contratista son ciertas o no y tomar las decisiones que fueran del caso, ya fuera elevar las alertas que correspondiera o iniciar los trámites para la imposición de multas o de apremios en los términos establecidos en el contrato.

En este sentido, lo que reconoce la apoderada es que EPM a través de sus propios comités suplía la función que debía ser ejercida por la junta directiva de Hidroitunago. Por lo que resulta evidente que este argumento no solo no tiene la virtualidad de enervar la imputación, sino que por el contrario confirma lo sostenido en el auto 1484 de 2020.

[407] Folio 18030 vto. del expediente, que corresponde a la página 528 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

Ahora bien, en lo que se refiere a los principios de NO COADMINISTRACIÓN y NO CONTROL PREVIO que la apoderada utiliza para concluir que la junta solamente puede ejercer las acciones que le están permitidas, alegando por demás de manera errada que este Despacho le endilga responsabilidad a su representado por responsabilidades que no tenían sus subalternos que tenían asiento en la junta directiva de Hidroituango en relación con "tener un mayor control sobre la construcción", la apoderada parte de una concepción errada de los principios y de una tergiversación de lo dicho en el Auto 1484.

En efecto, es necesario recordar que este Despacho nunca le ha atribuido a los miembros de la junta directiva acciones u omisiones que excedan los límites de sus funciones estatutarias, legales y/o contractuales. Este Despacho no le ha atribuido a los miembros de junta directiva en el periodo 2012-2015 ninguna responsabilidad de cara al "control de la construcción", como si se tratara del ejecutor de la obra como mal lo insinúa la apoderada.

En efecto, el Despacho tiene claro que el ejecutor de la obra física es EPM y quien tiene la responsabilidad de cara a los subcontratos de construcción es EPM. Lo que se le atribuye a los miembros de junta directiva es la falta de control y seguimiento a EPM en desarrollo del proyecto, contexto en el cual, lo que se le exige a la junta directiva de hidroituango es que para tomar las decisiones se informara plenamente aún de las vicisitudes que se daban en el proceso constructivo pues esas situaciones afectaban sin duda el desarrollo del proyecto y eran parte del marco fáctico en el que hidroituango debía desarrollar sus funciones.

En este sentido, en el auto de imputación, se sostuvo lo siguiente:

> *"Frente a este argumento, el Despacho indica que independiente de la responsabilidad de EPM en la comisión de los hechos, la Junta Directiva tenía el deber de verificar los hechos y de actuar de conformidad con el rol que le imponía el contrato BOOMT.*
> *En igual sentido, se considera que las decisiones tomadas por Hl fueron determinantes en la causación del daño, ya que la modificación de los hitos del contrato y de las características inmodificables, así como la aprobación del plan de aceleración incidieron en la consolidación del daño al patrimonio del Estado probado en esta causa fiscal.*
> *De otro lado, es importante resaltar que de conformidad con el deber de inspección que contempla la Ley mercantil es evidente que todas las acciones que tomara la junta debían estar plenamente informadas. Es apenas elemental que frente a un proyecto de semejante magnitud cualquier cambio que afectara su proceso constructivo o entrada en vigencia, hacía exigible, con mayor razón el deber de los miembros de junta de consultar los detalles mínimos para tomar la decisión, detalles que como se ha expuesto en párrafos anteriores, estaban en las actas del comité de seguimiento y demás documentos, no hacerlo implica una omisión en materia grave que genera un efecto contributivo que tuvo en el daño, la conducta de los miembros de junta".*

En este contexto, es claro que el no control previo y la no coadministración, no pueden implicar que Hidroituango quede paralizado o que no puede desarrollar la función de vigilancia y control que le corresponde, por lo que vale la pena en este punto, proceder a revisar el contenido de dichos principios y a contrastarlo con la función atribuida por el BOOMT a Hi.

El contenido de los mencionados principios de conformidad con lo dispuesto en el contrato BOOMT es el siguiente:

> *"NO CONTROL PREVIO: Hidroituango no ejercer acciones que constituyan control previo, entendido éste como* ***intromisión o injerencia previa en las decisiones*** *que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.*
> *NO COADMINISTRACIÓN: El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango* ***no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista*** *para la construcción y operación de la central. Cualquier* ***inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista****, no a sus Subcontratistas".*

Revisado lo anterior, es claro que hidroituango en virtud del principio de no control previo no podía suplir a EPM en la toma de decisiones respecto del proyecto, lo que no significa que, una vez tomadas estas decisiones por parte de EPM, Hidroituango no pudiera elevar alertas o hacer observaciones sobre las mismas a EPM u oponerse a aceptar modificaciones al contrato BOOMT.

Ahora bien, frente a la coadministración, la misma lo que pretende es que no exista una injerencia de Hi en la escogencia del contratista o en la manera como se administra el contrato y evitar que Hi tenga comunicación directa con los subcontratistas, pero tampoco significa que si se presentan situaciones con los subcontratistas que pongan en riesgo el proyecto, Hi deba mantenerse al margen y no elevar las alertas que desde su rol le corresponden. Así mismo es claro que en relación con los subcontratistas podía hacerle observaciones a EPM. La observancia de este principio tampoco implicaba para Hi que no pudiera oponerse a la modificación de hitos o de características que habían sido pactadas como inmodificables.

Claro la dificultad en este punto para Hidroituango y su junta directiva radicaba en que para poder desarrollar las funciones atrás descritas debía mantenerse informada de todos los aspectos del contrato, lo que, como se explicó líneas atrás no se hizo en debida forma.

En este punto y simplemente para dar un cierre al argumento planteado se transcriben las acciones y omisiones que fueron atribuidas a los miembros de la junta directiva en el periodo 2012 -2015, para demostrar que no se les atribuyó

responsabilidad por acciones u omisiones que excedieran sus competencias estatutarias, legales y/o contractuales:

5. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.
6. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
7. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.
8. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de PEM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Por todo lo anterior, resulta evidente que los argumentos esbozados por la apoderada no están llamados a prosperar.

Continúa la apoderada planteando argumentos de defensa relacionados con JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR:

Mediante escrito de descargos con radicado 2021ER0042952[408] del 12 de abril de 2021, Aracelly Tamayo Restrepo, allegó el escrito de descargos del señor John Alberto Maya Salazar.

Cabe señalar que, una vez analizado el referido documento, se encontró que varios de los argumentos desplegados por la apoderada, son idénticos a los consignados en los descargos de los demás imputados que representa, motivo por el cual fueron resueltos en el acápite denominado "argumentos comunes", por lo que, en todo lo pertinente este Despacho se permite a lo allí expuesto.

Tras haber analizado los argumentos comunes, corresponde resolver aquellos formulados por la apoderada en el caso particular del señor Restrepo Posada.

Tras haber analizado los argumentos comunes, corresponde resolver aquellos formulados por la apoderada en el caso particular del señor Maya Salazar.

Inicia la apoderada, con un recuento de las funciones del gerente de la sociedad HI, así:

> *"(…) funciones específicas asignadas al Gerente de HI en el marco del Contrato BOOMT – ESCRITURA 771 del 9 de marzo de 2003*
> *Dejando claro lo anterior, es necesario precisar que mi poderdante estuvo al frente de la Gerencia de la Sociedad hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., desde el 16 de septiembre de 2012 hasta el 29 de febrero de 201646, por lo cual resultan incoherentes las acusaciones realizadas por la Delegada en el auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando refiere la participación del Dr. MAYA SALAZAR en algunas reuniones de la Junta Directiva realizadas durante los años 2008 a 2011, (al respecto, ver páginas 1025, 1026 1027 del auto de imputación) periodo de tiempo en el cual mi poderdante aún no se encontraba vinculado a la entidad.*
>
> *Se precisa que en el lapso en el cual se desempeñó el doctor Maya Salazar como Gerente de H.I. desarrolló las funciones establecidas en el artículo 49 de la escritura pública No. 771 del 19 de marzo de 2003.*
>
> *En cuanto a las funciones asociadas a la Junta Directiva de H.I., en relación con el proyecto hidroeléctrico Ituango, cuyas directrices y orientaciones debía cumplir el Gerente de la Sociedad de acuerdo a las funciones estatutarias asignadas a él, es necesario precisar que a partir de la firma del contrato BOOMT con EPM Ituango, la Junta Directiva debió asumir un nuevo rol como compañía propietaria del proyecto, enmarcado en una labor de supervisión, vigilancia y control de tres aspectos principales del proyecto como se anotó antes: (i) el avance de las obras para dar cumplimiento al cronograma propuesto de entrada en operación de la central hidroeléctrica, (ii) el seguimiento a la*

[408] Fl. 22936-23088

> *adquisición de predios y licencia ambiental (ni) el seguimiento a la ejecución presupuestal. En el nuevo papel que asumió la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., pasó de ser el responsable directo de la construcción, financiación y operación del proyecto, a actuar como primer interesado en la correcta ejecución del contrato BOOMT, verificando que todas las obligaciones establecidas fueran cumplidas por EPM Ituango. La Junta Directiva de la empresa garantizó el seguimiento y control necesario de las obligaciones contraídas en el contrato BOOMT, por EPM Ituango S.A. E.S.P, a través de sendos informes que eran entregados en cada reunión por los comités especializados que fueron creados para hacerle seguimiento al contrato, de tal cuenta que en cada reunión de Junta Directiva era informada del seguimiento y ejecución del contrato realizado no sólo del equipo de seguimiento conformado al interior de Hidroituango, sino además de las revisiones que al interior de EPM Ituango S.A. E.S.P. realizaban los diferentes equipos de seguimiento conformados en la estructura organizativa de EPM para el adecuado desarrollo del proyecto desde los aspectos técnicos, financieros, jurídicos y sociales."*

Posteriormente recalca la apoderada lo establecido en el Anexo 6.12 del BOOMT (principios de no coadministración y no control previo), para sostener que:

> *"Una propuesta argumentativa como la señalada por la Delegada, en la cual pretende que la Junta Directiva, y el gerente de H.I. asuman roles y funciones que no están dentro del ámbito de sus competencias y especialidades, resulta no sólo inaplicable, sino altamente cuestionable, pues es claro que se exaltan las calidades profesionales de mi poderdante, para luego indicar, que éste debió tener un mayor control sobre la construcción, pero olvida la Delegada los mínimos postulados del deber de cuidado, establecido como una premisa fundamental para los administradores, y es que sólo deber actuar dentro del marco de las competencias que le han sido asignadas. Asimismo, diremos que la Contraloría pretende que como el doctor JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR es ingeniero electricista, asuma la supervisión, control y coadministración de las decisiones asumidas por expertos en túneles, tal sindéresis es tan exótica, como pretender que un ortopedista realice una cirugía de corazón abierto, acudiendo a las condiciones generales del conocimiento básico de la profesión, pero olvidando los roles y especialidades que cada uno desempeña dentro de su ejercicio. Sería tan riesgoso que el ortopedista realizara una cirugía de corazón abierto, como que el doctor MAYA SALAZAR coadministrara la construcción de los túneles. Salta de vista, sin mayor esfuerzo nomológico que una sindéresis en este sentido, no sólo es insustentable, sino, además, incompatible con las mínimas pautas de organización y de reparto de funciones y competencias dentro de un proyecto de gran magnitud como lo es Hidroituango"*

R/: Al respecto, cabe resaltar que no es cierto que se exija a ninguno de los presuntos responsables funciones que se encuentren por fuera del marco de su competencia, distinto es que de la interpretación de la apoderada de los principios consagrados en el anexo 6.12 del BOOMT, se desprende que HI dejase de lado el seguimiento

efectivo a la ejecución del mismo, convirtiéndose en un simple espectador de las acciones de EPM.

Lo que se reprochó en el Auto de Imputación, fue precisamente la pasividad de HI ante cada una de las decisiones tomadas por EPM y la evidente ausencia de gestión por parte de los administradores de la sociedad, no es cierto- como pretende hacerlo ver la apoderada- que se le exigiese poner a disposición del proyecto sus conocimientos específicos como Ingeniero Electricista, ni que se le discuta el no haberlo hecho, pues de la lectura integral de la imputación, se desprende que las referencias a su formación profesional, se encausaron exclusivamente a probar- como en efecto se hizo- que el señor Maya Salazar ostentaba experticia y conocimientos suficientes para adelantar con diligencia sus funciones como gerente de la sociedad HI, distinto es que optase por no hacerlo, tal como se demostró en la ya citada imputación, y como se procederá a confirmar.

Tras exponer puntos resueltos en el acápite de argumentos comunes, pasa la apoderada a pronunciarse sobre los reproches elevados por el Despacho en contra de su poderdante, así:

> ***VIII. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS CARGOS IMPUTADOS EN EL AUTO NRO. 1484 DE 2020***
>
> ***1. Desechar Penta***

R:/ Atendiendo a que lo expuesto por la apoderada en este punto es idéntico a lo expresado en los escritos de descargos de sus demás prohijados, se mantiene el Despacho en lo arriba resuelto y se reitera que el argumento no está llamado a prosperar.

> ***2. Se estableció como segunda conducta de reproche fiscal a JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR como gerente de la sociedad Hidroeléctrica Hidroituango entre el 17 de septiembre de 2012 y hasta el 29 de febrero de 2016: "A pesar de conocer de primera mano los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, decidió no hacer uso directamente — en calidad de representante de la sociedad dueña del proyecto -, ni instar a la junta a implementar los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como la imposición de multas por el no cumplimiento de hitos"***
>
> *¿Si el Gerente de la sociedad HI que obraba como tal entre septiembre de 2012 y febrero de 2016 hubiera impuesto multas en forma directa al contratista EPM por el incumplimiento de los hitos, no se hubiera presentado la contingencia del año 2018?; o, ¿si hubiera instado a la Junta Directiva de Hidroituango a la imposición de multas por el incumplimiento de hitos, no se hubiera presentado la contingencia en el año 2018?*
> *(…)*

Así entonces, la Contraloría le reprocha al doctor MAYA SALAZAR que a pesar de conocer de "primera mano" los evidentes y graves atrasos del contratista CTIFS, revelados en el Comité de Seguimiento del BOOMT, en los Informes de Interventoría del contrato 2011-000014 y en las actas de la Junta Directiva de HI, no hubiera impuesto este como Gerente de la sociedad HI o no hubiera instado a imponer las multas por parte de la Junta Directiva al contratista EPM por el no cumplimiento de hitos pactados en el BOOMT. Entendiendo que la condición del reproche al entonces gerente de la sociedad es por haber conocido "de primera mano" los supuestos incumplimientos, es necesario precisar el alcance del significado de saber algo de primera mano como aquel "que llega al conocimiento de una persona directamente de la fuente origina/',108 es decir, es saberlo de la persona que lo ha dicho porque estuvo presente. Para ello, hace entonces la señora Contralora un resumen (fraccionado) de las actas en la que se dejaron las supuestas evidencias de incumpliendo del contratista CTIFS y de las que se supone mi mandante conoció de primera mano por lo que debía actuar en tiempo presente a imponer o instar la imposición de multas.

De las actas señaladas por la señora Contralora, es necesario hacer un pronunciamiento de rigor a cada una de ellas, no sin antes advertir que, mi mandante inició el ejercicio del cargo de Gerente de la sociedad de HI el 17 de septiembre de 2012 hasta el 29 de febrero de 2016:
-Referencia de la señora Contralora al Acta Nro. 8 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT del 20 de diciembre de 2011, según la cual mi mandante actúo en la misma (ver página 1025 del Auto Nro. 1484 de 2020, mediante el cual se profirió imputación de responsabilidad fiscal): Para la Contraloría (y sin discutir el contenido del acta), el investigado doctor MAYA SALAZAR actúo en la reunión que generó el acta y le reprocha no haber actuado en la dirección que ordena la Contraloría, y que, considerada como únicamente apropiada, y es imponer o instar a la imposición de multas. Sin embargo, el Acta de Seguimiento Nro. 8 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT tuvo como asistentes por la sociedad HI a los señores Diego Salas y Oscar Jaramillo H. y por EPM en nombre de EPM Ituango, a Luis Javier Vélez D. y John Jairo Herrera C., según lo reseñado en la página 1 del acta respectiva:
Claramente el doctor MAYA SALAZAR no actúo en la reunión y no lo hizo por la potísima razón de no haber iniciado su gestión como Gerente de la sociedad HI, la cual, se insiste, solo inició el 17 de septiembre de 2012. -Referencia de la señora Contralora Acta Nro. 9 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT del 24 de enero de 2012", según la cual mi mandante actúo en la misma (ver página 1025 del auto de imputación):
Nuevamente, para la Contraloría (y sin discutir el contenido del acta), el investigado doctor MAYA SALAZAR actúo en la reunión que generó el acta número 9 de seguimiento al BOOMT, razón por la que le reprocha no haber actuado para imponer o instar a la imposición de multas. Sin embargo, el acta de seguimiento Nro. 9 tuvo como asistentes por la sociedad HI a los señores Oscar Jaramillo Hurtado y Luis Arbey Torres Mira, y por EPM en nombre de EPM Ituango, a Luis Javier Vélez D. y Juvenal Espinal, según lo reseñado en la página 1 del acta respectiva

Ahora, es importante señalar que el asistente a la citada reunión por parte de HI, fue el señor OSCAR JARAMILLO HURTADO, quien era para ese entonces Gerente de la sociedad, persona que bien podría dar explicaciones más amplias sobre el hecho reprochado, pero que, de manera inexplicable, no ha sido vinculado a la investigación con el mismo racero que fueron vinculados otras personas en calidades de gerentes de HI, así como tampoco no fue aceptado como testigo dentro del proceso de responsabilidad fiscal, a pesar de la petición que se hizo por los investigados en su momento.
-Referencia de la señora Contralora al Acta Nro. 10 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT del 22 de febrero de 2012.
Referencia de la señora Contralora al Acta Nro. 11 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT del 23 de abril de 2012115, según la cual mi mandante actúo en la misma (ver página 1026 del auto de imputación): En forma reiterada, para la Contraloría (y sin discutir el contenido del acta), el investigado doctor MAYA SALAZAR actúo en la reunión que generó el Acta Nro. 11 de Seguimiento al BOOMT del 23 de abril de 2012 y en forma extraña (por no usar otro calificativo), le recrimina haber guardado silencio respecto de lo que fue consignado en el acta. Sin embargo, el Acta de Seguimiento Nro. 11 tuvo como asistentes por la sociedad HI a los señores Jorge Alberto Sierra, Jairo Hernán Ramírez y Luis Arbey Torres Mira, y por EPM en nombre de EPM Ituango, a Luis Javier Vélez, Jhon Jairo Herrera y Carlos Adolfo Mejía, según lo reseñado en la página 1 del acta respectiva:

En todo caso, se debe considerar que tampoco es cierto que se hubiera permitido al contratista dejar salvedades sobre el cronograma de obra dado que en la misma Acta Nro. 11117 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT, se indicó que ante las salvedades incorporadas "se está trabajando en resolver las diferencias presentada?, lo que es concordante con lo que se había consignado en el Acta Nro. 10 del Comité de Seguimiento (antes referida), así: "Se expone que el programa detallado fue presentado por el Contratista, pero con notas del propio Contratista en relación a no estar de acuerdo y que se presenta sólo por lo requerido por EPM. Lo anterior de acuerdo a lo expuesto por EPM equivale a no estar presentado por la salvedad que expone el contratista." "EPM manifiesta que el Cronograma fue aprobado por la Interventoría, pero no se tiene como el definitivo hasta tanto no se tengan los ajustes y conformidad por las partes118". Una lectura concordante y no fraccionada, hubiera concluido que ni HI ni EPM I estaban permitiendo la inclusión de salvedades en el cronograma de obra, pero lo que sí estaban buscando eran mecanismos de solución con el Contratista ante las situaciones presentadas.

R/: Las aseveraciones de la apoderada, hacen referencia no solo a una lectura errada de lo consignado en el Auto de Imputación, sino a la completa tergiversación de lo expuesto en este. Es cierto que el Despacho hizo alusión a las referidas actas, documentos que empleó para introducir el contexto de reproche, en efecto, señala el auto de imputación[409]:

[409] Pg. 1025 y SS.

Tal y como se explicó en los fundamentos de hecho, se encuentra probado que en desarrollo del contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, se presentaron graves atrasos, los cuales tuvieron como causa de un lado la entrega tardía de las vías de acceso al proyecto, pero también situaciones atribuibles al contratista, consistentes en no tener una adecuada planeación y metodología de trabajo, a la insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, por la suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de as labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público y las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones. El señor Maya, en su calidad de miembro del comité de seguimiento del BOOMT, conoció de primera mano los graves atrasos que venía presentando el consorcio CTIFS, tanto las actas del referido comité, como los informes de interventoría del contrato 2012-000014, e incluso las actas de junta directiva, dan cuenta de los mismos, retrasos que tuvieron como consecuencia el hecho de que no pudiera desviarse el río Cauca a inicios del año 2013 y llevaron a que el cumplimiento de dicho hito se retrasara un año, pudiendo lograrse sólo hasta febrero de 2014. Así mismo, estos retrasos contribuyeron a que por la premura no se pudieran instalar las compuertas en los túneles de desviación izquierdo y derecho y, por lo tanto, debiera implementarse un plan de aceleración y debiera realizarse un tercer túnel de desviación, todo lo cual desencadenaría en la contingencia de 2018. Sobre la magnitud de los retrasos, refiere el acta 8 del comité de seguimiento al contrato BOOMT del 20 de diciembre de 2011:

2 Programa detallado desviación

El contratista entregó cronograma, se está revisando por parte de la interventoría y EPM Ituango. Se informó que este programa todavía no es el definitivo. Se están revisando algunos asuntos contractuales que influyen en el cronograma.

Específicamente el contratista argumenta que las fechas a considerar en el programa de trabajo deben ser las fechas de entrega efectiva en condiciones operacionales de las vías industriales y los depósitos de los distintos frentes de obra.

A su vez, en el Acta 9 del comité de seguimiento al contrato BOOMT del 24 de enero de 2012 se evidencia que el problema se seguía presentando:

10. Varios

Se han presentado algunas dificultades con el contratista **Ferrovial – Agroman** y se están analizando las diferentes opciones buscando soluciones que beneficien la marcha del proyecto.

Se están buscando alternativas para el cumplimiento hitos (desviación rio) y si en todo caso se dan retrasos en el hito, no se afecte la entrada de operación del proyecto.

A su vez, el Acta 10 del 22 de febrero del 2012 da fe de las inconformidades de las partes en torno al cronograma del proyecto:

3. **Cronograma del proyecto y programa detallado de construcción de túneles de desviación y campamentos (cláusula 4.05).**
   - Túneles de desviación: Se expone por EPM sobre lo tratado con el Consorcio sobre el programa detallado y las razones expuestas por EPM y el Consorcio (inicio anticipado, disponibilidad accesos y depósitos entre otros).

Se expone que el programa detallado fue presentado por el Contratista pero con notas del propio contratista en relación a no estar de acuerdo y que se presenta sólo por lo requerido por EPM. Lo anterior de acuerdo a lo expuesto por EPM equivale a no estar presentado por la salvedad que expone el contratista.

EPM manifiesta que el Cronograma fue aprobado por la Inteventoria, pero no se tiene como el definitivo hasta tanto no se tengan los ajustes y conformidad por las partes.

Hidroituango expone sobre el envío de este cronograma a lo cual EPM manifiesta que este se debe encontrar en Mercurio y que si no enviará el programa presentado e informa que este mismo no tiene los efectos de ser el definitivo por los ajustes que se expuso se están realizando.

Se informa que al Contratista ya se han efectuado apremios a través del inicio del procedimiento para imposición de multas y se está adelantando el debido proceso.

En el Acta 11 del comité de seguimiento al contrato BOOMT del 23 de abril de 2012, se evidencia como se permitió al contratista incluir salvedades tan graves como que "no estaba de acuerdo con el cronograma", aún a sabiendas que el objeto de un cronograma es precisamente establecer los tiempos en los que han de cumplirse las obras, ante esto John Maya guardó silencio, pese a que de entrada representaba que lo consignado en el referido documento no iba a cumplirse:

1. Pendientes Comité anterior y subcomités

   a. Cronograma del proyecto y programa detallado de construcción de túneles de desviación y campamento, incluirlo en los informes de avance mensuales los avances reales contra los programados.

   Se Informa que se entregará el programa del proyecto, de túneles de desviación (agosto 16) con la salvedad expresada en comités anteriores consistente en que el propio contratista no lo considera válido por no tener todas las vías al momento de la orden de inicio.

   Se esta trabajando en resolver las diferencias presentadas.

   Se presenta por el doctor Luis Javier la estrategia para las modificaciones (vías, túneles) y que se esta elaborando un informe escrito para presentar entre otros a las aseguradoras por la modificación del riesgo.

Como se observa, no es cierto que se haya indicado la participación explícita del Sr. Maya en las referidas reuniones, pues para el Despacho es más que clara la fecha en la que este inició sus labores como Gerente de la sociedad. Al leer el reproche de manera general, tal y como se expuso en la imputación, se deduce que son sus acciones y/u omisiones en el ejercicio del cargo las que se le reprochan, así la apoderada pretenda tergiversar el contenido de la referida providencia.

Así pues, de la lectura armónica de la estructuración del reproche, se tiene que el mismo se encuentra fundamentado a partir de su posesión como gerente de la sociedad, específicamente desde su participación en el Comité de Seguimiento al BOOMT No. 16, del 20 de septiembre de 2012.

Al respecto indica la apoderada:

> *"Referencia de la señora Contralora al Acta Nro. 16 de 20 de septiembre de 2012 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT119: Ahora, en el acta referida, el doctor MAYA SALAZAR sí actúo en su calidad de gerente de la sociedad HI, en tanto había iniciado el ejercicio del cargo, tres días antes a la celebración del acta indicada.*
> ***Sobre el acta señalada, será lo primero indicar que la Contraloría en el auto de imputación ha hecho el uso de herramientas de recorte de pantalla para traer a colación de manera textual los apartes de las actas que le interesan para fundamentar el reproche a los diferentes sujetos procesales, sin embargo, se detectó que en algunos casos se realizó la edición del texto, pero eliminando en el mismo algunos apartes, lo cual vulnera la integralidad de la cita realizada. Así, la fracción recortada del Acta Nro. 16 de 20 de septiembre de 2012 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT120, fue evidentemente editada, y espero que no de mala fe, se suprimieron dos párrafos que serviría a la defensa y que darían un sentido diferente a lo consignado en el acta.***

Se hace referencia al párrafo final de la página 3 e inicial de la página 4 del Acta Nro. 16 de 20 de septiembre de 2012 del Comité de Seguimiento al Contrato BOOMT, que disponen: "HI dice que hay que analizar qué implicaciones técnicas, financieras, políticas y de otro tipo traería este cambio [refiriéndose a la posibilidad de un cambio de fechas de los hitos contractuales del BOOMT]121. Luego se debe buscar como disminuir estos efectos que se podrían generar y posteriormente buscar soluciones como sería elaborar un cronograma sin eliminar los hitos, pero sí correrlos. El Gerente de HI dice que también escuchará las explicaciones que darán en HI, luego de haber escuchado a EPM 1122". No deja de extrañar nuevamente a esta defensa, la conducta de la señora Contralora para desvirtuar los hechos, tales como incluir la presencia de mi mandante en reuniones en las que evidentemente no estuvo porque no podía estar, así como hacer recortes fraccionados de actas de reunión, lo que, en criterio de esta defensa, si fuera ésta la que habría obrado de tal manera, sería presumible de temeridad o mala fe, según las disposiciones del Código General del Proceso dispuestas en el artículo 79, que reza:
"ARTÍCULO 79. TEMERIDAD O MALA FE. Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:) 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

La diferencia de los recortes del acta se cita a continuación en forma comparativa y de los cuales se puede evidenciar lo omitido por la señora Contralora, para lo cual se resalta con sombreado lo que no consignó la Contralora en los recortes del acta que señaló en la página 1028 del auto de imputación (Auto Nro. 1484 de 2020):
Como pudo establecerse, la señora Contralora omitió el siguiente párrafo del acta: "HI dice que hay que analizar qué implicaciones técnicas, financieras, políticas y de otro tipo traería este cambio. Luego se debe buscar como disminuir esos efectos se podrían generar y posteriormente, buscar soluciones como sería elaborar un cronograma sin eliminar los hitos, pero sí correrlos. El Gerente de HI dice que también escuchará las explicaciones que se darán en HI, luego de haber escuchado a EPMI". Ahora, del contexto del Acta Nro. 16 del Comité de Seguimiento se debe indicar que era un hecho real que la desviación del río no se iba a hacer en la fecha que inicialmente se había consignado para el hito 1 en el BOOMT, esto es 15 de enero de 2013, dado que, en primera medida, el contrato celebrado por EPM ITUANGO y el CONSORCIO TÚNELES ITUANGO FS (CTIFS) de Túneles de Desviación -y en el que mi mandante no participó-, fue adjudicado el 28 de junio de 2011 con un plazo inicial de 610 días calendario y con una fecha de inicio anticipada de 16 de agosto de 2011, por lo que debía finalizar (inicialmente) el 16 de abril de 2013, fecha muy posterior a la que se había dispuesto para el cumplimiento del hito 1 del BOOMT.
Además de lo anterior, la Gerencia de la sociedad en cabeza de OSCAR JARAMILLO HURTADO, previamente había sido advertida de la solicitud de modificación de fechas de hitos por EPM Ituango S.A. E.S.P. en comunicación de 14 de junio de 2012, radicado 212002331, en la que se expuso (página 1 y 2): "Con fundamento en las razones que adelante se explican, relacionadas con una serie de circunstancias ocurridas en desarrollo de los contratos de construcción de obras del proyecto que actualmente están en ejecución, ajenas

a la gestión y control por parte de EPM Ituango, se solicita la modificación de los hitos que se indican más adelante, acordados en el contrato BOOMT, suscrito entre EPM Ituango S.A. E.S.P. y la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., EL 30 de marzo de 2011, por cuanto se considera que no es posible su cumplimiento

La imposibilidad de desviar el río Cauca en enero de 2013, a pesar de los esfuerzos y estrategias que se han implementado por parte de EPM Ituango para recuperar los retrasos, implica que esta actividad se tendrá que aplazar hasta enero de 2014. Considerando la interdependencia existente entre los plazos parciales del contrato, será necesario modificar otros hitos del Contrato BOOMT, como se indica a continuación:

Hito Número	Descripción	Fecha actual	Fecha modificada
1	Desviación del río Cauca	15 de enero de 2013	8 de enero de 2014
2	Terminación de la construcción de la ataguía en Rolled Compact Concrete (RCC)	13 de agosto de 2013	6 de mayo de 2014
6	Construcción de la presa hasta la cota 320	11 de enero de 2016	1 de octubre de 2016
7	Cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse	1 de marzo de 2018	21 de noviembre de 2018
8	Entrada en operación comercial de la Unidad 4	27 de septiembre de 2018	19 de junio de 2019
9	Entrada en operación de la Unidad 1	24 de junio de 2019	15 de marzo de 2020

Esta solicitud de modificación de hitos encuentra su fundamento en lo indicado en la página 00204 del Anexo 1.02 (7), del contrato BOOMT, que hace referencia a las salvedades del Cronograma Director:

Luego de exponer las razones técnicas de la solicitud de modificación de fechas de hitos, en la página 5 de la comunicación se concluyó: "Aunque esta gran cantidad de acciones de carácter técnico han incrementado el ritmo y rendimiento de las obras, no nos podemos comprometer con el cumplimiento de las actuales fechas pactadas en el contrato BOOMT; por ello, esperamos que nuestra solicitud sea de pleno recibo y aceptación por parte de

Hidroituango, dado que la misma está debidamente fundamentada en razones objetivas, por fuera del control de EPM Ituango.
En respuesta a la comunicación anterior, HI a través del gerente Oscar Jaramillo Hurtado, en escrito de 9 de agosto de 2012, respondió que EPMI reconocía el esfuerzo que EPM estaba haciendo para cumplir el cronograma y la gestión que adelantaba con el contratista de túneles de deviación (página 1): "Igualmente, hemos destacado el esfuerzo que EPM ha hecho en el sentido de propiciar cambios constructivos en la ejecución de los túneles de desvío, como es el caso de la construcción de las galerías 1, 2, y 3, que en principio buscan crear varios frentes de trabajo enfocados a agilizar la entrega de las obras; confiamos en que estas medidas produzcan el efecto esperado en el cronograma 126". Y concluyó: "El tema contractual es más complejo, por cuanto el no cumplimiento de las actividades asociadas a los Hitos del Proyecto tiene configuradas multas de apremio y, por esta razón, cualquier decisión transciende el ámbito de esta administración y deberá ser la Junta Directiva de la Sociedad la que se pronuncie al respecto. Creemos que, en consideración a los esfuerzos que se están haciendo por parte de ustedes con la apertura de varios frentes de trabajo, y al hecho de que las agencias nacionales e internacionales del clima están pronosticando la presencia del fenómeno El Niño, cuya maduración se prevé entre finales de este año y primer trimestre de 2013, tendrá un impacto positivo en el desarrollo de los trabajos, y en particular será favorable para la desviación del río Cauca en la fecha prevista, o muy cercana a está.
Por lo anterior, los instamos a que continúen los trabajos manteniendo las fechas establecidas contractualmente en el BOOMT para el cumplimiento de los diferentes Hitos. No tenemos duda alguna que la capacidad de gestión, la experiencia y la responsabilidad de EPM en la ejecución de este tipo de proyectos, son garantía que se alcanzarán los objetivos pactados en el contrato". De la simple lectura de las dos comunicaciones, que tenían como presupuesto las salvedades que había realizado EPM al momento de la cesión del contrato del BOOMT, se puede afirmar que no existían elementos que concluyeran eventos de incumplimientos por parte de EPM en el contrato BOOMT, pues las mismas partes estaban de acuerdo en la justificación de los retrasos que se había presentado. Es decir, para la gerencia de la sociedad ya a cargo del doctor MAYA SALAZAR no era un hecho nuevo y solamente conocido en la reunión Nro. 16 del Comité de Seguimiento al Contrato BOOMT de 20 de septiembre de 2012128, las circunstancias en la que el contratista CTIFS estaba ejecutando el contrato adjudicado.

Asimismo, la Junta Directiva mucho antes del inicio de ejercicio de mi mandante como Gerente de la sociedad Hidroituango, sabía de los retrasos del contratista de túneles de desviación y la justificación de ello. Una de las reuniones en las se evidenció lo dicho, fue la celebrada el 28 de septiembre de 2011 según Acta Nro. 127 de la Junta Directiva de HI de la misma fecha, así: Contrataciones: Túneles de desviación y acceso del proyecto Consorcio colombo chileno integrado por Ferrovial Agroman S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A. Ya se firmó el contrato que tiene un plazo de ejecución de seiscientos (610) días calendario (20 meses) y un costo de ciento cuarenta y dos mil millones de pesos ($142.000.000.000). Aclara el doctor Luis Javier Vélez que este contrato que estaba previsto para inicios de mayo de este año empezó a mediados, en razón

de las audiencias públicas, conceptos, etc., se desplazó el inició de este contrato que comenzó a mediados de agosto y, de la forma cómo está proyectado el cronograma de ese contrato, se estaría llegando en abril y, teniendo en cuenta que la fecha de cumplimiento es la de enero, se le solicitó al contratista un programa de recuperación para mantener la fecha en enero. Considera que es viable, pero se debe incrementar el presupuesto. Con relación al desplazamiento de la maquinaria, explica que el contrato prevé un término de treinta (30) días para la movilización de equipos del contratista.

A su vez, en el Acta Nro. 131 de 25 de abril de 2012 de la Junta Directiva de HI, se indicó: "Considera el doctor Luis Javier Vélez que, efectivamente se debe modificar el contrato. Explica que el retraso en el avance de las vías no posibilitó su inició y, por ello, el contrato arrancó más tarde de lo programado. Todo viene del contrato con Pescadero I que se recibió con un atraso del 90%. Por ellos se deben modificar los dos hitos que se deben cumplir el año entrante. El doctor Jaramillo señala que, si bien HI tenía cargo el contrato de vías, la asesoría e interventoría del contrato de diseño y la consecución de los predios se contrataron con EPM. Al momento del empalme se levantaron las actas y EPM I conocía el estado en el que se le entregaba el contrato de las vías, afectado especialmente por la no adquisición de predios y asentamientos mineros. El doctor Juvenal Espinal anota que la dinámica de un contrato como el presente implica la posibilidad de hacerle modificaciones. Esto no quiere decir que el compromiso de entrada en operación de las unidades de operación se estaría aplazando del año 2018. Por consiguiente, se modificarían los Hitos más no la fecha de entrada en operación

De manera similar, en el Acta Nro. 133 del 4 de septiembre de 2012, se consignó: "Modificación del cronograma del proyecto: EPM I remitió una solicitud de aplazamiento del cumplimiento del Hito 1, túneles de desviación y acceso a la casa de máquinas por un año, y modificación de la entrada en operación de la central por nueve meses. Anticipa que no encuentra viable las modificaciones solicitadas, por las siguientes razones: desplazamiento de la remuneración operativa para la Sociedad, EPM y EPM I han manifestado públicamente que no existe retraso alguno del cronograma del proyecto; incumplimiento de la curva S y de la obligación de energía firme comprometida a partir de diciembre 1 de 2018, no obstante, Deloitte, la firma que hace la auditoría de la Curva S en representación de la CREG, manifiesta en su informe que no ve la existencia de impacto grave insalvable que afecte la entrada en operación en la fecha matriculada en la CREG; HI expresó en el paso de Comité de Seguimiento la posibilidad de desviación en el mes de junio dada la hidrología del río Cauca y la existencia de dos veranos, uno más largo en el primer trimestre y otro más corto al final del segundo trimestre, esta posibilidad fue consultada por EPM al Consorcio Generación Ituango, asesor y diseñador del proyecto; además, tal como están definidos los hitos y las cláusulas de apremio en el contrato se podría discutir y redefinir la condición contractual de las multas de apremio. De todos modos, se reconoce el esfuerzo de EPM para que el desvío se de en una fecha lo más cercana posible de la inicialmente pactada.

En efecto, los retrasos estaban documentados en forma clara para la sociedad HI y se circunscribían al desarrollo ínsito de los contratos de obra de esta magnitud, pero ese retraso no indicaba de por sí que no se fuera a dar incumplimiento con la entrada en operación del proyecto para el año 2018.
Ahora, se reitera que el doctor MAYA SALAZAR obró como le correspondía en su condición de Gerente en la reunión del 20 de septiembre de 2012, al dejar consignado que, dado su inicio de ejercicio en el cargo, analizaría la situación y buscaría las soluciones del caso con apoyo de los técnicos de HI que conocían del tema: "HI dice que hay que analizar qué implicaciones técnicas, financieras, políticas y de otro tipo traería este cambio [refiriéndose a la posibilidad de un cambio de fechas de los hitos contractuales del BOOMT]135. Luego se debe buscar como disminuir estos efectos que se podrían generar y posteriormente buscar soluciones como sería elaborar un cronograma sin eliminar los hitos, pero sí correrlos. "El Gerente de HI dice que también escuchará las explicaciones que darán en HI, luego de haber escuchado a EPM.
Sobre el análisis realizado por el gerente SALAZAR MAYA en forma posterior al Comité Nro. 16 de Seguimiento al BOOMT, más adelante se expone la forma en que lo abordó.
En consecuencia, para el entonces gerente de la sociedad, doctor MAYA SALAZAR, no le era dable en la primera reunión del Comité de Seguimiento al BOOMT que participaba el 20 de septiembre de 2012, decidir (si es que pudiera) imponer multas al contratista EPM por incumplimientos que técnica y jurídicamente aún no estaban configurados porque ni siquiera se había llegado la fecha de cumplimiento de HITO Nro. 1 (enero de 2013) y porque las evidencias anteriores existentes entre las partes denotaban justas causas para el contratista EPM en los retrasos de ejecución del BOOMT.
Del acta, la Contraloría hace reproche a mi mandante de no haber instado al contratista para la imposición de multas por tener como "hecho cierto no solo la imposibilidad de desviación del río en la fecha inicia/mente establecida, sino el desplazamiento de la entrada en operación de la central", lo que a mi humilde criterio no es verdad, por lo siguiente: En forma similar a lo ocurrido con el Acta Nro. 16 del Comité de Seguimiento al Contrato BOOMT, la Contraloría nuevamente fragmenta el Acta Nro. 17 del Comité de Seguimiento para excluir, espero que no de mala fe, lo que considera favorable a la defensa de mi mandante, en un evidente ataque de controversia propio de una contraparte y no de una entidad pública que debe obrar en forma objetiva y buscar la verdad de lo ocurrido en el proyecto Hidroituango, pues su labor no debe ser de ataque sino la de realizar una investigación integral. La diferencia de los recortes del acta se cita a continuación en forma comparativa y de los cuales se puede evidenciar lo omitido por la señora Contralora en un resalto sombreado (…)

R/: En primer lugar, respecto de la aseveración de alto calibre, hecha por la apoderada en el sentido de que el Despacho:

"(…) ***ha hecho el uso de herramientas de recorte de pantalla para traer a colación de manera textual los apartes de las actas que le interesan para fundamentar el reproche a los diferentes sujetos procesales, sin embargo, se detectó que en algunos casos se realizó la edición del texto, pero eliminando en el mismo algunos apartes, lo cual vulnera la integralidad de***

> ***la cita realizada. Así, la fracción recortada del Acta Nro. 16 de 20 de septiembre de 2012 del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT120, fue evidentemente editada, y espero que no de mala fe, se suprimieron dos párrafos que serviría a la defensa y que darían un sentido diferente a lo consignado en el acta"***

Cabe señalar que ese Despacho rechaza de manera categórica estas afirmaciones infundadas, pues nunca se ha alterado ninguna prueba dentro del proceso, motivo por el cual no pueden aceptarse estas aseveraciones, que demuestran una transgresión de la apoderada a sus deberes profesionales, pues son una clara falta de respeto contra esta Servidora Pública, por lo que en la parte resolutiva de esta providencia, se compulsarán copias a la comisión disciplinaria para que adelante lo de su competencia.

Lo anterior en atención, a lo consagrado en los numerales 1, 2, y 3 del Artículo 78 del Código General del Proceso, los cuales consagran respectivamente:

> *"**Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados***
>
> *Son deberes de las partes y sus apoderados:*
> *1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.*
> *2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales.*
> *(…)*
> *4. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia."*

En segundo lugar, constituye una violación expresa a lo consagrado en la Ley 1123 del 2007, atentando específicamente en contra i. De sus deberes profesionales (artículo 28), ii. Obrando en contravía de la dignidad de la profesión (artículo 30), y iii. Incurriendo en una abierta falta contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado (artículo 33):

> *"ARTÍCULO 28. DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO. Son deberes del abogado:*
> *(…)*
> *7. Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión.*
> *ARTÍCULO 30. Constituyen faltas contra la dignidad de la profesión:*
> *(…)*
> *4. Obrar con mala fe en las actividades relacionadas con el ejercicio de la profesión.*
> *(…)*
> *ARTÍCULO 33. Son faltas contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado:*

> *(…)*
> *10. Efectuar afirmaciones o negaciones maliciosas, citas inexactas, inexistentes o descontextualizadas que puedan desviar el recto criterio de los funcionarios, empleados o auxiliares de e la justicia encargados de definir una cuestión judicial o administrativa.*

Lo anterior, por cuanto abiertamente acusa la apoderada a esta Delegada de haber alterado las pruebas, en los siguientes términos "***se detectó que en algunos casos se realizó la edición del texto, pero eliminando en el mismo algunos apartes"***, vale la pena recordarle a la apoderada la definición de la RAE para la palabra "editar":

> ***"5.*** *tr. Inform. Abrir un documento con la* ***posibilidad de modificarlo*** *mediante el programa informático adecuado." (Resaltado Propio)*

Por supuesto que se hizo uso de la herramienta de recorte con el fin de señalar los apartes considerados esenciales y posteriormente incluirlos en el auto de imputación, situación que dista abismalmente con lo aseverado por la apoderada, mal haría el Despacho en incluir la totalidad de un documento probatorio al referirse a este en cualquier providencia, pues en primer lugar dificultaría la lectura del mismo, y en segundo lugar, el acto administrativo tendría una extensión desproporcionada, así las cosas, en un minucioso trabajo de síntesis, se tomaron los apartes considerados necesarios de cada una de las pruebas, las cuales- no sobra recordar- fueron ampliamente referenciadas, indicando claramente su ubicación exacta en el plenario, a fin de que su consulta integral fuese expedita y de fácil acceso para los implicados y/o sus apoderados.

La acusación de la apoderada no es solo temeraria, irrespetuosa, y teñida de mala fe, sino que carece de todo fundamento, pues lejos está de probar la "alteración" de cualquier prueba.

Por otro lado, la afirmación de que el Despacho realizó los recortes en un intento de "descontextualizar las pruebas", no puede ser más ilógica, pues se insiste, todas las pruebas han estado siempre disponibles para la consulta de los apoderados, y el texto supuestamente "alterado", es idéntico incluso en el texto transcrito por la apoderada en su cuadro, otra cosa es que lo allí plasmado y las conclusiones de este despacho no sean favorables a los intereses de su prohijado, pues demuestran- en efecto- su falta de diligencia en el ejercicio del cargo y por eso pretenda señalar que el Despacho actuó con algún tipo de sesgo, situación que la apoderada pretende defender señalando que si se hubiese leído "integralmente" cada acta, el Despacho habría llegado a otra conclusión. As-i, al referirse a la supuesta "alteración" del acta 16 del Comité de Seguimiento al BOOMT, indica la apoderada:

> *"HI dice que hay que analizar qué implicaciones técnicas, financieras, políticas y de otro tipo traería este cambio. Luego se debe buscar como disminuir esos efectos se podrían generar y posteriormente, buscar soluciones como sería elaborar un cronograma sin eliminar los hitos, pero sí correrlos. El Gerente de*

> *HI dice que también escuchará las explicaciones que se darán en HI, luego de haber escuchado a EPMI". Ahora, del contexto del Acta Nro. 16 del Comité de Seguimiento se debe indicar que era un hecho real que la desviación del río no se iba a hacer en la fecha que inicialmente se había consignado para el hito 1 en el BOOMT, esto es 15 de enero de 2013, dado que, en primera medida, el contrato celebrado por EPM ITUANGO y el CONSORCIO TÚNELES ITUANGO FS (CTIFS) de Túneles de Desviación -y en el que mi mandante no participó-, fue adjudicado el 28 de junio de 2011 con un plazo inicial de 610 días calendario y con una fecha de inicio anticipada de 16 de agosto de 2011, por lo que debía finalizar (inicialmente) el 16 de abril de 2013, fecha muy posterior a la que se había dispuesto para el cumplimiento del hito 1 del BOOMT.*
>
> *Además de lo anterior, la Gerencia de la sociedad en cabeza de OSCAR JARAMILLO HURTADO, previamente había sido advertida de la solicitud de modificación de fechas de hitos por EPM Ituango S.A. E.S.P. en comunicación de 14 de junio de 2012, radicado 212002331, en la que se expuso (página 1 y 2): "Con fundamento en las razones que adelante se explican, relacionadas con una serie de circunstancias ocurridas en desarrollo de los contratos de construcción de obras del proyecto que actualmente están en ejecución, ajenas a la gestión y control por parte de EPM Ituango, se solicita la modificación de los hitos que se indican más adelante, acordados en el contrato BOOMT, suscrito entre EPM Ituango S.A. E.S.P. y la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., EL 30 de marzo de 2011, por cuanto se considera que no es posible su cumplimiento"*

Lo anterior, no desvirtúa en absoluto lo expuesto por el despacho en la imputación, pues en efecto sigue evidenciando como debido a los retrasos acumulados, la desviación del río Cauca no podría realizarse en la fecha pactada, tampoco se evidencia cómo se desvirtúa el hecho reprochado al señor Maya, que fue precisamente el no haber instado de manera alguna al contratista (EPM) a cumplir efectivamente con las obligaciones a su cargo.

Es evidente entonces, como la apoderada da la razón al Despacho, todo lo supuestamente “editado y eliminado a propósito”, no es sino el desarrollo de lo expuesto en la imputación.

Continúa refriéndose a lo “alterado” por el Despacho en los siguientes términos:

> *De la lectura integral del Acta Nro. 17, se debe resaltar que en un estricto cumplimiento de los deberes que le asistían como gerente de la sociedad en mantener informada a la Junta Directiva de las situaciones que se exponían en el Comité de Seguimiento al contrato BOOMT, este manifestó que se hicieron reuniones con los miembros de la Junta Directiva de HI para presentarles lo expuesto por EPM con relación al atraso de 9 meses para el inicio de la generación, así (página 3 del Acta Nro. 17): "HI expuso que se realizaron reuniones con miembros de la JD en donde se les explicó sobre la evolución del proyecto con la Curva S. Asimismo, se les informó sobre el desplazamiento de la entrada en operación, sus implicaciones en la CREG y adicionalmente el*

impacto que produce en el flujo de caja el hecho de correr 9 meses el proyecto." Asimismo, se debe destacar que el fragmento del acta omitido, espero que no de mala fe por la señora Contralora, en el que se indica que el representante de EPM, el Dr. Luis Javier Vélez, hizo referencia a que la sumatoria de los rendimientos de los distintos frentes trabajados en los túneles de desviación estaban por encima de lo esperado (página Nro. 4 del Acta Nro. 17): "EPM hace una aclaración técnica sobre los rendimientos en la desviación; si se suman los rendimientos parciales de todos los frentes de obra, incluidos los nuevos, se están obteniendo rendimientos superiores a los estimados en el cronograma de la oferta del consorcio." En conclusión, para hacer referencia al acta citada, y contrario a lo que afirma la Contralora, se puede deducir que ante las evidencias de las razones por las que se presentaron los atrasos, se podrían mover los hitos, pero conservando siempre las fechas de entrega en operación: Página 3 del Acta Nro. 17: "HI propone entonces, que los hitos del BOOMT se podrían mover, pero conservando las fechas de entrada en operación. EPM manifiesta que el cronograma, alimentado con las novedades de vías de acceso y depósitos, arroja que las unidades no entran en el 2018, razón por la cual, no es posible garantizar que una unidad entre el 2018. EPM se compromete a hacer todo lo posible, pero no garantiza que se cumplan". Apreciado desde otro enfoque, la Contraloría debió analizar igualmente el Acta del Comité de Seguimiento al BOOMT Nro. 18 de 21 de noviembre de 2012 con el rigor que lo hizo para las actas en que sustentó el cargo, en la que el entonces gerente de la sociedad, doctor MAYA SALAZAR, indicó:

"2 Avance y cronograma de los contratos • Construcción de túneles de desviación: "HI informa que la entrada en operación en el año 2018 es una fecha inmodificable, por las implicaciones económicas que se tienen para el Dpto. de Antioquía (fuente de ingreso) además, se debe tener en cuenta la parte política141." , página 3 del acta. (negrilla nuestra) Adicionalmente manifiesto en la página 3 del acta se consignó: "HI llevaría la propuesta a la Junta, explicando la realidad del proyecto, y con una propuesta incluyendo los compromisos con la UPME y la CREG. De todos modos, manifiesta que el compromiso de puesta en servicio de la operación comercial de la unidad 4 debe mantenerse tal como está en el contrato BOOMT.

Puede decirse firmemente que en las actas del Comité de Seguimiento al BOOMT N ro.16143, 17144 y 18145, a pesar de los planteamientos de EPM de manifestar unos atrasos en la entrada de la generación más allá de 2018, la posición de los representantes de HI, y en especial la del doctor MAYA SALAZAR fue siempre que la fecha de entrada en operación del proyecto era inmodificable, por lo que su gestión fue fiel a velar por los intereses de la sociedad y del Departamento de Antioquia.

-Sobre la referencia de la señora Contralora a los informes de interventoría que dan cuenta de los "constantes atrasos presentados por el contratista del CT000014-2011", de fechas septiembre de 2011, octubre de 2011, diciembre de 2011 y enero de 2012 (según páginas 1031, 1032 y 1033 del auto de imputación), nuevamente se manifiesta que el cargo de Gerente mi mandante lo empezó a ocupar en el mes de septiembre de 2012 por lo que le era imposible

> *actuar respecto de los informes que la interventoría elaboró y que cita la Contraloría.*
>
> *En todo caso, dado la imposibilidad de acceder a los archivos que contienen las actas referidas porque la carpeta del expediente digital que me fue compartida no arroja información (aparece con información inexistente), me abstengo de afirmar que el contenido de las actas sea el que consignado por la señora Contralora en el auto de imputación.*

R/: Con su argumentación, nuevamente la apoderada da la razón a esta Delegada, en el sentido de que resultaba a todas luces innecesario transcribir la totalidad del contenido de las actas en la imputación, pues la síntesis allí expuesta fue la más acertada, adicionalmente demuestra que es ella, quien adelanta una "lectura descontextualizada" de la información. Lo sostenido por este Despacho en el Auto de imputación, fue que el Acta 17 del comité de seguimiento del contrato BOOMT, de 25 de octubre de 2012, establece como hecho cierto no solo la imposibilidad de desviación del río en la fecha inicialmente establecida, sino el desplazamiento de la entrada en operación de la central, al respecto señala la apoderada:

> *" Asimismo, se debe destacar que el fragmento del acta omitido, **espero que no de mala fe por la señora Contralora**, en el que se indica que el representante de EPM, el Dr. Luis Javier Vélez, hizo referencia a que la sumatoria de los rendimientos de los distintos frentes trabajados en los túneles de desviación estaban por encima de lo esperado (página Nro. 4 del Acta Nro. 17): "EPM hace una aclaración técnica sobre los rendimientos en la desviación; si se suman los rendimientos parciales de todos los frentes de obra, incluidos los nuevos, se están obteniendo rendimientos superiores a los estimados en el cronograma de la oferta del consorcio." En conclusión, para hacer referencia al acta citada, y contrario a lo que afirma la Contralora, se puede deducir que ante las evidencias de las razones por las que se presentaron los atrasos, se podrían mover los hitos, pero conservando siempre las fechas de entrega en operación: Página 3 del Acta Nro. 17: "HI propone entonces, que los hitos del BOOMT se podrían mover, pero conservando las fechas de entrada en operación. EPM manifiesta que el cronograma, alimentado con las novedades de vías de acceso y depósitos, arroja que las unidades no entran en el 2018, razón por la cual, no es posible garantizar que una unidad entre el 2018. EPM se compromete a hacer todo lo posible, pero no garantiza que se cumplían".*

La apoderada intenta en este punto imponer una interpretación del contenido del acta contraria a lo que se desprende de la materialidad de la misma, pues asume como un hecho cierto que la sumatoria de los rendimientos de los distintos frentes trabajados en los túneles de desviación estaban por encima de lo esperado y que de ello debe inferir este Despacho que no se estaba advirtiendo la imposibilidad de que la hidroeléctrica entrara en operación en la fecha inicialmente pactada en el BOOMT.

Leída el acta de manera correcta y en su integridad resulta evidente que la sumatoria de los rendimientos de los distintos frentes de trabajo en los túneles de desviación no desmiente el hecho de que la fecha de desviación del río no se cumpliría en la fecha inicialmente pactada, y que la entrada en operación también tendría que desplazarse, todo lo contrario, demuestra cómo EPM justificaba sus retrasos y planteaba constantemente la necesidad de modificar la fecha de los hitos inicialmente establecida, indicando además que no se garantizaba la entrada en operación de la central en el 2018.

En efecto, el tenor literal del acta es el siguiente:

“Modificación hitos del BOOMT

HI expuso que se realizaron reuniones con miembros de la JD de HI en donde se les explicó sobre la evolución del proyecto con la Curva S. Asimismo, se les informó sobre el desplazamiento de la entrada en operación, sus implicaciones en la CREG y adicionalmente el impacto que produce en el flujo de caja el hecho de correr 9 meses el proyecto.

HI considera como un hecho a favor, que en el cronograma de la CREG la desviación está propuesta para el 2014. Propuso que se podría enfocar el cronograma a cumplir con la fecha de entrada en el 2018, al menos con una unidad. Lo de las cuatro unidades en el 2018 según CREG, se podría negociar más adelante.

HI propone entonces, que los hitos del BOOMT se podrían mover, pero conservando las fechas de entrada en operación. EPM manifiesta que el cronograma, alimentado con las novedades de vías de acceso y depósitos, arroja que las unidades no entran en el 2018, razón por la cual, no es posible garantizar que una unidad entre en el 2018. EPM se compromete a hacer todo lo posible, pero no garantiza que se cumpla.

EPM manifiesta que una de las premisas del cronograma en el BOOMT era que la adjudicación del contrato de la desviación bajo responsabilidad de HI, antes de la creación de EPMI. Esto no se alcanzó a hacer y, por lo tanto, correspondió a EPM mitigar los atrasos y adjudicar el contrato con la normatividad.

propia de la empresa; además, dice, que cuando se firmó el BOOMT, las partes (HI y EPMI) de hecho aceptaron que era necesario ajustar el cronograma, porque al compararlo con el de la CREG, se demostró que este no era cumplible.

EPM hace una aclaración técnica sobre los rendimientos en la desviación; si se suman los rendimientos parciales de todos los frentes de obra, incluidos los nuevos, se están obteniendo rendimientos superiores a los estimados en el cronograma de la oferta del consorcio FAS.

EPMI explica que ha implementado con el contratista de la desviación todos los planes de recuperación posibles, con lo que ya no hay holguras; asimismo, se le solicitó al contratista de obras principales una propuesta de ejecución y precio de los frentes de obra que actualmente tiene el consorcio FAS, en el supuesto de que éste los cedería, y la respuesta que se obtuvo fue que terminarían las obras de desviación en mayo de 2014, a unos costos superiores. Es decir, además de costar más, ya la desviación ni siquiera se haría a principios de 2014.

HI considera que puede ser prematuro decirle a la JD que se va desplazar el proyecto, considerando que apenas se van a iniciar las obras principales. EPM dice que el cronograma de hitos modificados que se sometió a consideración, obedece a la realidad de la obra y a la materialización de excepciones y salvedades que quedaron expresamente convenidas en los acuerdos previos y en el propio contrato BOOMT, en lo referente al programa de referencia.

Se definió que la propuesta a llevar a la JD deberá hacerse así: Cambiar los 3 hitos más inmediatos, según la propuesta programática de EPM, dejando claro el efecto que estos traerían en los demás hitos, lo cual será acordado por las partes y plasmado en una AMB oportunamente. EPM propondrá el texto y se enviará a H

1. Avance procesos de contratación
-Via Puerto Valdivia-Proyecto: Pendiente por modificación licencia ambienta
-Puente grúas: nueva fecha de cierre 31 octubre
-Compuertas: nueva fecha de cierre 16 de noviembre
-Transformadores: nueva fecha de cierre 10 de diciembre

2. Avance y cronograma de los contratos:
-La información correspondiente al avance de los contratos Construcción de túneles de desviación, campamentos, obras principales fue tratada en el Subcomité Técnico realizado el 24 de octubre de 2012.
-Las turbinas y generadores continúan en etapa de formalización

3. Seguridad en la Zona del Proyecto: No han ocurrido nuevos atentados en el proyecto. El tema de Ríos Vivos se trató en el subcomité social.

4. Expropiaciones: Ya entregaron a EPMI el lote contiguo al puente Chiri. Continúan pendiente los lotes en los portales del túnel Chiri.

5. Otros temas: Glosas de obra por la auditoria del costo GAE. Hay 18.000 millones de la Gerencia del Proyecto que no han sido aprobados, a pesar de que EPMI ha entregado toda la información solicitada. Según el GAE, esto lo llama una “consistencia contable”.

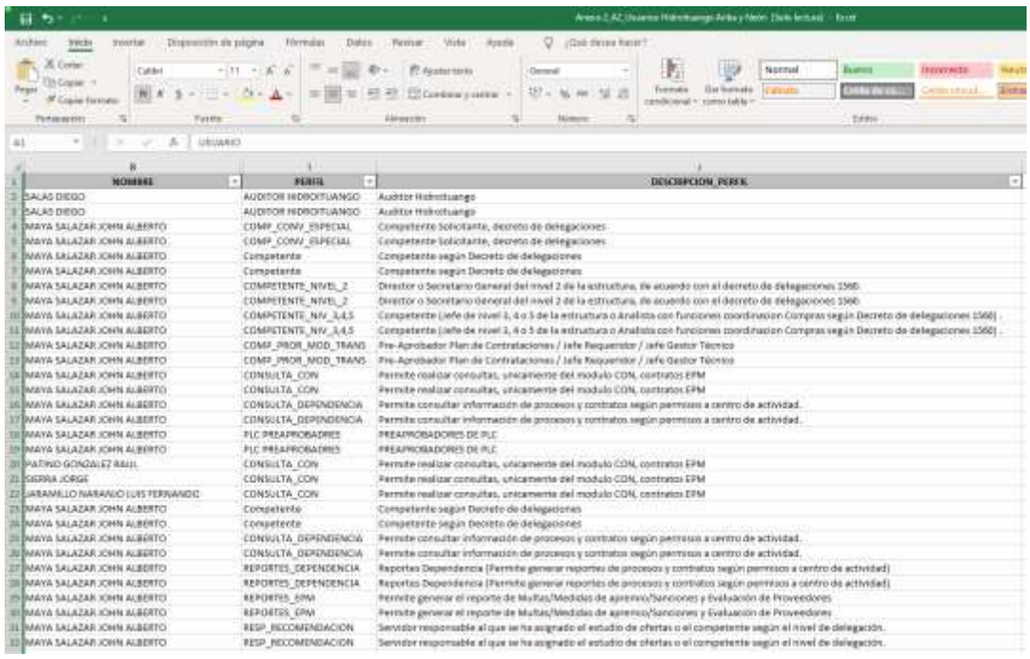
Otro tema glosado, se refiere a obras que no estaban concebidas en el diseño. Esto mismo ocurre con los temas sociales, en la realización de obras de infraestructura.

"HI tiene programadas reuniones con la auditoría para tratar el tema y buscar un mecanismo para que sean aprobadas estas actividades."

Por otro lado, no resulta de recibo de este Despacho el argumento de la apoderada, que radica en que el señor Maya Salazar no podía conocer los informes de la interventoría citados, pues no ocupaba el cargo de Gerente de la sociedad en ese momento, en primer lugar, porque como máximo representante de una sociedad de objeto único, cuyo solo propósito era construir una Hidroeléctrica para satisfacer la demanda energética del 17% del territorio nacional, era su obligación conocer la situación del proyecto, al sostener que le era imposible, la apoderada re confirma lo sostenido por el Despacho en la imputación, y es que su representado no obró con la diligencia que su rol le exigía, máxime cuando los informes de Interventoría referenciados no datan de más de 12 meses previos a su entrada a la sociedad, y cuando las situaciones de retrasos en estos descritos continuaron presentándose hasta después de su salida del cargo.

A lo anterior, se suma la existencia del mecanismo de "Libro Abierto", a través del cual se estableció que HI tendría acceso a todas las plataformas de información del BOOMT (Ariba, Neón, Mercurio y Enter) acceso que, en efecto fue garantizado por EMP, tal como consta tanto en certificaciones, como en el listado de usuarios con acceso a estos, entre los que de destaca el señor Maya Salazar, basta echar un vistazo al listado de los perfiles de acceso a los aplicativos Ariba y neón[410], en donde se refleja lo dicho:

[410] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\A-\2



	B	I	J
1	NOMBRE	PERFIL	DESCRIPCION_PERFIL
2	SALAS DIEGO	AUDITOR HIDROITUANGO	Auditor Hidroituango
3	SALAS DIEGO	AUDITOR HIDROITUANGO	Auditor Hidroituango
4	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	COMP_CONV_ESPECIAL	Competente Solicitante, decreto de delegaciones
5	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	COMP_CONV_ESPECIAL	Competente Solicitante, decreto de delegaciones
6	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	Competente	Competente según Decreto de delegaciones
7	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	Competente	Competente según Decreto de delegaciones
8	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	COMPETENTE_NIVEL_2	Director o Secretario General del nivel 2 de la estructura, de acuerdo con el decreto de delegaciones 1560.
9	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	COMPETENTE_NIVEL_2	Director o Secretario General del nivel 2 de la estructura, de acuerdo con el decreto de delegaciones 1560.
10	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	COMPETENTE_NIV_3,4,5	Competente (Jefe de nivel 3, 4 o 5 de la estructura o Analista con funciones coordinacion Compras según Decreto de delegaciones 1560) .
11	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	COMPETENTE_NIV_3,4,5	Competente (Jefe de nivel 3, 4 o 5 de la estructura o Analista con funciones coordinacion Compras según Decreto de delegaciones 1560) .
12	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	COMP_PROR_MOD_TRANS	Pre-Aprobador Plan de Contrataciones / Jefe Requerntor / Jefe Gestor Técnico
13	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	COMP_PROR_MOD_TRANS	Pre-Aprobador Plan de Contrataciones / Jefe Requerntor / Jefe Gestor Técnico
14	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	CONSULTA_CON	Permite realizar consultas, unicamente del modulo CON, contratos EPM
15	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	CONSULTA_CON	Permite realizar consultas, unicamente del modulo CON, contratos EPM
16	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	CONSULTA_DEPENDENCIA	Permite consultar información de procesos y contratos según permisos a centro de actividad.
17	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	CONSULTA_DEPENDENCIA	Permite consultar información de procesos y contratos según permisos a centro de actividad.
18	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	PLC PREAPROBADRES	PREAPROBADORES DE PLC
19	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	PLC PREAPROBADRES	PREAPROBADORES DE PLC
20	PATIÑO GONZALEZ RAUL	CONSULTA_CON	Permite realizar consultas, unicamente del modulo CON, contratos EPM
21	SIERRA JORGE	CONSULTA_CON	Permite realizar consultas, unicamente del modulo CON, contratos EPM
22	JARAMILLO NARANJO LUIS FERNANDO	CONSULTA_CON	Permite realizar consultas, unicamente del modulo CON, contratos EPM
23	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	Competente	Competente según Decreto de delegaciones
24	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	Competente	Competente según Decreto de delegaciones
25	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	CONSULTA_DEPENDENCIA	Permite consultar información de procesos y contratos según permisos a centro de actividad.
26	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	CONSULTA_DEPENDENCIA	Permite consultar información de procesos y contratos según permisos a centro de actividad.
27	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	REPORTES_DEPENDENCIA	Reportes Dependencia (Permite generar reportes de procesos y contratos según permisos a centro de actividad)
28	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	REPORTES_DEPENDENCIA	Reportes Dependencia (Permite generar reportes de procesos y contratos según permisos a centro de actividad)
29	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	REPORTES_EPM	Permite generar el reporte de Multas/Medidas de apremio/Sanciones y Evaluación de Proveedores
30	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	REPORTES_EPM	Permite generar el reporte de Multas/Medidas de apremio/Sanciones y Evaluación de Proveedores
31	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	RESP_RECOMENDACION	Servidor responsable al que se ha asignado el estudio de ofertas o el competente según el nivel de delegación.
32	MAYA SALAZAR JOHN ALBERTO	RESP_RECOMENDACION	Servidor responsable al que se ha asignado el estudio de ofertas o el competente según el nivel de delegación.

Por lo anterior, este argumento no ostenta vocación de prosperidad.

A renglón seguido indica la apoderada:

> *Referencia la señora Contralora lo que supuestamente se consignó por el entonces señor Gerente, doctor Maya Salazar, en el Acta Nro. 133 del 4 de septiembre de 2012 de Junta Directiva al rendir el informe: "En su informe de gerencia de/Acta 133 del 4 de septiembre de 2012, el señor Maya se limitó a exponer la necesidad de modificar el cronograma del proyecto en el que, pese a hablar de las cláusulas de apremio, se limitó a aplaudir los esfuerzos realizados por EPM para poder lograr la desviación del Río en el 2013, olvidando que eran los intereses de Hi- en su calidad de gerente- los que debía salvaguardar y no los de EPM146". (Negrilla nuestra) Nuevamente, en una absoluta transgresión de la realidad, la señora Contralora coloca en un lugar inexistente a mi mandante como gerente de la sociedad HI para el 4 de septiembre de 2012, pues es claro, diáfano, trasparente, sin discusión, que el que obró como tal fue, el a propósito no vinculado como investigado, señor OSCAR JARAMILLO HURTADO.*
>
> *Y es que la trasgresión de la realidad que ha realizado en forma reiterada la señora Contralora de los hechos, debe preocupar a esta defensa pues sus conductas fuera de parecer errores, muestran un ánimo de desviación de la realidad para encasillarlas en supuestos inexistentes lo que lesiona no solo el derecho de defensa que le asiste a mi representado sino la presunción de inocencia constitucional que le atañe, porque claramente nos encontramos ante*

una especie de sistema adversarial en la que la Contraloría cuenta con toda la fuerza y poder para imponerse sobre mi asistido. Una adición a las redundantes muestras que evidencian una transgresión de la realidad se evidencia en lo descrito por la señora Contralora en la página 1035 del Auto de Imputación Nro. 1484 de 2020, párrafo segundo, así: "De otro lado, se tiene que el señor Maya guardó silencio cuando, EPM transformó una prestación de obra, la cual es típicamente de resultado, en una obligación de medio, lo anterior en atención a la modificación de los hitos y los desfases del cronograma. Al respecto el señor Maya expresó que "la argumentación que ha planteado EPM I para modificar la entrada en operación del proyecto, se refiere a hechos que son anteriores a la escisión que dio origen a EPM I, y los problemas que se tienen actualmente en la obra con el contratista chileno, no entran en los desfases. Agrega que cuanto en la cadena del Project se mueve un hito, se mueven los demás en cascada. Ha nivel contractual han planteado que se deben modificar todos los hitos y eso no quiere decir que no se pueda asumir un compromiso "de medios" para que se mantengan las fechas del BOOMT pero, en cuanto a los resultados, eso es lo que está por definir".

Lo dicho en el anterior párrafo no es coincidente con la realidad, por cuanto, no es cierto que el doctor MAYA SALAZAR haya guardado silencio en el Acta de Junta Directiva de Hidroituango Nro. 133 aludida, por la simple razón de no estar presente, como tampoco es cierto que haya expresado lo que dice afirma el acta dado que esa consigna la hizo fue el doctor Luis Javier Vélez: "El doctor Luis Javier Vélez expresa que la argumentación que ha planteado EPM I para modificar la entrada en operación del proyecto, se refiere a hechos que son anteriores a la escisión que dio origen a EPM I, y los problemas que se tienen actualmente en la obra con el contratista chileno, no entran en los desfases. Agrega que cuanto en la cadena del Project se mueve un hito, se mueven los demás en cascada. Ha nivel contractual han planteado que se deben modificar todos los hitos y eso no quiere decir que no se pueda asumir un compromiso "de medios" para que se mantengan las fechas del Boomt pero, en cuanto a los resultados, eso es lo que está por definir147". Con gran esmero de esta defensa se ha buscado tener una explicación de la forma como se ha realizado una interpretación frente a hechos que son lejanos de la realidad, pero ni el error mecanográfico, ni el parecido de los nombres y fechas (porque son muy diferentes), no me dan ninguna explicación sobre los recurrentes., al parecer errores en el auto de imputación.

Empero de la lectura de la señora Contralora al Acta Nro. 133 de la Junta Directiva de Hidroituango, es importante resaltar los contenidos del acta sobre la solicitud de aplazamiento del hito 1 que con anterioridad había realizado EPMI a HI (obviamente antes del inicio del cargo de mi mandante): Página 4 del acta: "Modificación del cronograma del proyecto: EPM I remitió una solicitud de aplazamiento del cumplimiento del Hito 1, túneles de desviación y acceso a casa de máquinas por un año, y modificación de la entrada en operación se la central por nueve meses14s." ( ) Como puede verse tanto la solicitud de modificación como la presentación a la Junta Directiva del atraso en la desviación del río

como la posibilidad del retraso de la entrada en operación, contrario a lo señalado por la Delegada, si fueron informados a la Junta Directiva en su debido tiempo por mi poderdante.

Adicionalmente con respecto a las cláusulas de apremio en el mismo punto dice el señor OSCAR JARAMILLO en su informe de gerencia: "( ) además, tal como están definidos los hitos y las cláusulas de apremio en el contrato se podría discutir y redefinir la condición contractual de las multas de apremio. De todos modos, se reconoce el esfuerzo de EPM para que el desvío se de en una fecha lo más cercana posible de la inicialmente pactada149." (párrafo final de la página 4) De lo anterior, se demuestra que el antecesor a mi mandante, señor OSCAR JARAMILLO HURTADO planteó la redefinición de las multas de apremio, pero aplaudió suficientemente los esfuerzos realizados por EPM para dar cumplimiento al desvío del río en la fecha en que se había pactado inicialmente, como también apreció que no le parecía estratégico hacer una publicación de una modificación al cronograma, tal como consta en la 5 del Acta Nro. 133 de Junta Directiva de HI: ( ) "Tampoco aprecia que sea estratégica en este momento la publicación de una modificación al cronograma.

Las anteriores manifestaciones del entonces gerente no fueron objeto de reproche al mismo, pero sí, inexplicablemente son cuestionadas a mi mandante por ocultamiento de información.

R/: Se tiene que es cierto que el informe de gerencia referenciado no fue expuesto por el señor Maya, y que se expuso 12 días antes de su posesión como Gerente de la sociedad, no obstante, las aseveraciones de la apoderada, relacionadas con lo que considera una supuesta “transgresión a la realidad”, obedecen tan solo a su percepción e interpretación fragmentada de lo consignado en la imputación, pues la conducta reprochada fue estructurada con base en las acciones y omisiones de su prohijado.

No obra pues prueba alguna aportada por la apoderada dirigida a desvirtuar el reproche endilgado por este Despacho, ya que si bien en dicha oportunidad el señor Maya no fue quien guardó silencio con respecto al incumplimiento de EPM, materializado en el constante aplazamiento de los hitos pactados, si guardó silencio desde su entrada como gerente y a finales del año 2012 con respecto a esta situación, tuvo conocimiento de que la reconfiguración de los hitos del BOOMT era una necesidad inminente, tal como se estableció en el Acta 136 del 13 de diciembre de 2012, en la cual el Dr. Maya participó como gerente de HI.

Por otro lado, no sobra señalar que no es cierto que a raíz de una imprecisión se “*viole el derecho a la defensa*”, pues tendría la apoderada que desvirtuar con pruebas contundentes cada uno de los puntos expuestos en la imputación, lo cual no ocurre en el caso concreto, en el cual la apoderada ha desarrollado su defensa realizando aseveraciones, dirigidas a atacar sin fundamento, y con expresiones descomedidas las conclusiones del Despacho.

Sigue la apoderada indicando:

> *"En cuanto a la referencia de la señora Contralora al Acta Nro. 136 de 13 de diciembre de 2012 de la Junta Directiva de HI (página 1035 del auto de imputación), es cierto que la necesidad de la modificación de la fecha de los hitos 1, 2 y 6 era "inminente", tal y como lo afirmó la misma Contralora. En todo caso debe considerarse que la exposición que sobre "Consideración reconfiguración de hitos del contrato BOOMT" hizo el doctor MAYA SALAZAR en la página 3 del acta Nro. 136, obedeció a un estudio técnico producto de una serie de reuniones y no por una simple apreciación del entonces gerente, así se dejó plasmado en la referida acta: "El Gerente de HI informa a los miembros de la Junta Directiva, que de acuerdo a los compromisos adquiridos en la Junta anterior, se realizaron una serie de reuniones de carácter técnico, para estudiar v analizar los argumentos expuestos por EPM I para modificar las fechas establecidas inicialmente de los hitos 1, 2 y 6151". (Subrayas y negrillas propias). Es que se ha probado dentro de la investigación fiscal que el plazo de ejecución del Contrato de Túneles de Desviación tuvo variación e impactos relacionados por la ocurrencia de sucesos que se consideraron no atribuibles a EPM Ituango por ser externos a las partes contratantes.*
>
> *La presencia de los sucesos (que más adelante se señalan), y que impactaron la ejecución del contrato de túneles de desviación, previa aprobación de la Junta Directiva, fueron expuestos en el AMB Nro. 3 al contrato BOOMT celebrado entre EPM y la sociedad Hidroituango el 21 de diciembre de 2012, así:*
>
> *"4. Que se han presentaron(sic) circunstancias tales como: 1. Problemas geológicos, 2. Inviernos que provocaron constantes derrumbes, 3. Invasiones de población foránea con expectativas de indemnización por minería, 4. Problemas de orden público, 5. Protestas de comunidades locales que obstaculizaron y paralizaron obras, 6. Problemas legales para adquisición de predios en la margen derecha del no, entre muchos otros hechos que se presentaron han arrojado como un hecho cierto e incontrovertible la imposibilidad de desviar el río Cauca en el año 2013, tal como estaba establecido en el Hito 1 del Cronograma Director.*
>
> *(…)*
>
> *La celebración del Acta de Modificación Bilateral Nro. 3 al contrato de túneles de desviación, mediante la cual, entre otras, se amplió el plazo contractual inicialmente pactado con el contratista, se motivó en las siguientes circunstancias que pueden resumirse así: (i) Falta de disponibilidad del depósito Ticuitá, el cual debía ser acondicionado por parte de otro Contratista; (ii) Tratamiento de taludes, con soporte adicional, que debieron colocarse dadas las condiciones reales del terreno encontradas en el campo al momento de realizar las excavaciones; (iii) Demoras en la entrega de las vías de acceso; (iv) Ajustes indispensables a los diseños de las obras y; (y) Eventos de orden público ocurridos durante la ejecución de las obras.*

Tales situaciones geológicas de significativa complejidad y las demás circunstancias dichas, las cuales no podían ser advertidas inicialmente en el diseño del Proyecto, impidieron que el contratista terminara con la totalidad de las obras de desviación que estaban a su cargo, dentro de las cuales se encontraban las estructuras de cierre requeridas para la instalación de las compuertas y el llenado del embalse. Es importante resaltar, que previo a la encomienda del contrato a CCCI, EPM también se evaluó la posibilidad de demandar judicialmente a CTIFS, pero después de un análisis detenido, se concluyó que una controversia judicial podría traer mayores dilaciones y atrasos al Proyecto, por lo que se inclinó por la alternativa descrita que facilitaba la recuperación de los atrasos presentados y, por ende, la ejecución cabal del Proyecto. Las modificaciones contractuales fueron avaladas en todos los casos por la asesoría de diseño (contrato independiente al de la construcción de túneles de desviación), y con el acompañamiento de esta, se buscó adaptar la planeación contractual con la ejecución contractual en una especie de acondicionamiento de lo escrito a la realidad. Estas modificaciones contractuales debidamente justificadas, en algunos casos, llevaron a la modificación de cronogramas contractuales como las ocurridas con el contratista de túneles de desviación que al fin debieron impactar el cronograma dispuesto para el contrato BOOMT.

Se aclara, que cualquier modificación contractual se hizo con la advertencia y consigna de que la Junta Directiva de HI no accedería a la modificación de la fecha de entrada en operación del proyecto. Por lo tanto, la modificación de la fecha al hito Nro. 1 sobre la desviación del río quedó consignada para el 14 de febrero de 2014, con el consiguiente atraso de 13 meses en el cronograma de obras. Debe resaltarse que la modificación en los hitos se relacionaba con las fechas de los hitos, más no los hitos en sí. Vale la pena considerar que la viabilidad de hacer modificaciones contractuales al BOOMT a través de Acuerdos de Modificación Bilateral - AMB, fue dispuesto en el mismo clausulado del contrato BOOMT en el anexo 1.02 (3)159en el que se indicó la procedencia de los cambios, pero con el requisito de hacerse con la aprobación previa de la sociedad Hidroituango. Asimismo, el anexo de salvedades al contrato BOOMT de marzo de 2011, EPM Ituango debió advertir que el cumplimiento de la fecha del hito número 1 de desviar el río en el primer verano del 2013, dependía de que se cumplieran los hitos que se habían dispuesto con los contratistas de obra, cuya gestión estaba en cabeza en su momento en Hidroituango.

Pero aún lo más fundamental al reproche de la señora Contralora, es que exige como conducta a mi mandante la imposición de multas de manera directa o instar a la Junta Directiva para ello, en pleno desconocimiento de las disposiciones del BOOMT consignadas en el numeral 4.09 Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos, que rezan (página 42 del contrato BOOMT): "(i) En relación con las Cláusulas Penales de Apremio para los Hitos 1 a 9 inclusive cuyo cumplimiento deba verificarse en la Etapa de Construcción se procederá de la siguiente manera: (--) (u) La obligación de pagar las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos que deban cumplirse dentro de la Etapa de Construcción, sólo surgirá si el Representante de Hidroituango verifica el incumplimiento de las obligaciones del Contratistas

> 2. **Obras de Desviación:** Se presentan dificultades y retrasos en el avance de esta actividad dado que los rendimientos en los túneles no han sido los esperados. Se hizo una presentación de los avances en cada uno de los túneles y galerías y las razones por las cuales se presentan los bajos *relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento". Es decir, según el anterior clausulado, mi mandante así hubiese tenido elementos para hacerlo, no podía actuar sino cuando se presentara el incumplimiento del hito 9 que, naturalmente para la época en que actúo como gerente, no se habría presentado.*
>
> *De lo anterior, fuerza concluir que Hidroituango podía interponer Cláusulas de Apremio en contra de EPM si se incumplían los hitos 1 a 9 pero sólo podía hacerlas exigibles si, no se lograba la entrada en operación en la fecha programada. No entiende entonces esta defensa, la contradicción evidente de lo reprochado a mi mandante con lo consignado por la propia Contralora.*

R/: El Despacho reitera lo expuesto en la resolución de los argumentos, comunes, por lo que sostiene que este argumento no está llamado a prosperar, no obstante, se requiere precisar que, en primera instancia, no se reprocha -contrario a lo sostenido por la apoderada- el que la exposición del señor Maya en la junta 136 de la Junta Directiva de la Sociedad haya obedecido o no a un estudio técnico, sino a la omisión de un actuar diligente al notar que los rendimientos del contratista no mejoraban, al respecto se indicó en la imputación que pese a que los retrasos ya habían desembocado en una inminente reconfiguración de hitos, tras el planteamiento de la misma, los rendimientos del contratista no mejoraban, tal como evidencia el Acta 137 del 6 de febrero de 2013:

> rendimientos. Se han presentado varias reprogramaciones de esta actividad. En el mes de diciembre se nota un avance importante en estos rendimientos esperando que se siga con esta senda para poder cumplir con lo programado y así dar vía libre a la desviación del río Cauca, ruta crítica del proyecto.
>
> En este punto se destaca el compromiso de EPM de estar apuntando siempre a la desviación en el veranillo de mitad de año, siempre y cuando desde el punto de vista hidrológico sea posible.
>
> En este punto interviene el doctor Juan Esteban Calle Restrepo, miembro principal de la Junta Directiva y Gerente de EPM, quien manifiesta "*le hemos dado una importancia máxima al tema, las metas que nos hemos trazado para este año es que tenemos que llegar a agosto con los túneles listos para desviar, dependerá de las condiciones hidrológicas pero de verdad que es tan importante para nosotros que lo tenemos de objetivo número 1*"

Así mismo, en relación con el argumento conforme al cual las decisiones se tomaron con base en estudios técnicos resulta necesario recordar que existe para los integrantes de la junta directiva, un deber de verificación de consistencia de estos soportes, conceptos o informes, como parte del ejercicio de sus competencias u obligaciones, **con mayor razón cuando la decisión a adoptar resulte determinante en la administración, disposición y manejo de los recursos públicos a cargo de la entidad u organización de la cual formen parte**. **En palabras del Tribunal, se trata del deber de *"examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos"*;** o, en palabras del Consejo de Estado, del **deber de constatar su impacto y comprobar si benefician a la entidad o, en otras palabras, que no le causen perjuicio.**

De conformidad con lo anterior, que no basta ni es motivo de exoneración argüir que en la decisión cuestionada la Junta o Consejo Directivo fue ilustrada previamente con estudios técnicos presentados por la Administración del ente; y que se genera responsabilidad fiscal, si estos estudios o conceptos, no fueron objeto de análisis y ponderación por parte de los miembros de la junta o consejo directivos, antes de aprobar o decidir.

Al respecto, este Despacho se remite a lo expresado por el Tribunal de Cundinamarca[411], que sostiene que, **frente los informes presentados por el Gerente que no eximen de responsabilidad a los miembros de la junta directiva**:

> *"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.*
>
> (...)
>
> *Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.*
>
> *Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.*
>
> *Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"*

[411] Caso Licorera del Valle- Rad. No. 25000-23-41-000-2013-01700-00.

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre la misma cuestión sostuvo que:

> *"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.*
>
> (...)
>
> *De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas d e la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.*
>
> *Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle."*

Por lo que no entiende el Despacho como la apoderada, tras ser tan insistente en la lectura integral de las pruebas, se aleja del concepto por ella misma propuesto al realizar la lectura de lo consignado en la imputación, aislando los hechos que estructuraron la conducta, sin aportar prueba alguna de que lo expuesto carece de validez o veracidad, sino desviando la discusión a temas jamás propuestos por el Despacho, no por falta de diligencia, sino porque estos no guardan relación con la discusión adelantada.

Finalmente, llega la apoderada a la misma conclusión esbozada por esta Delegada en la imputación, y es que Hidroituango podía iniciar los procedimientos para la imposición de Cláusulas de Apremio en contra de EPM si se incumplían los hitos 1 a 9 pero sólo podía hacerlas exigibles si, no se lograba la entrada en operación en la fecha programada, y que a sabiendas de la existencia de dicha posibilidad, el señor Maya Salazar, como el máximo representante de la sociedad dueña del proyecto, decidió no actuar en absoluto.

Adicional a lo anterior y dado que la apoderada reitera sobre este punto argumentos que ya fueron resueltos líneas atrás en los argumentos comunes, el Despacho se está a lo allí resuelto.

Posteriormente, se refiere ahora la apoderada al reproche No. 3, relacionado con la omisión del deber de información a la Junta directiva de su prohijado, así:

> *3.* ***Se estableció como tercera conducta de reproche fiscal a JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR como gerente de la sociedad Hidroeléctrica Hidroituango entre el 17 de septiembre de 2012 y hasta el 29 de febrero de 2016: "Haber propuesto ocultar a la Junta Directiva información trascendental, relacionada tanto con la imposibilidad de entrada en operación en la fecha inicialmente contemplada, como con la advertencia del BOARD de expertos asociada a los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia del abril de 2018."*** *Con la misma dinámica que para otros reproches se ha hecho en este escrito de descargos, procedo a establecer a partir del razonamiento de la señora Contralora cuáles son los silogismos que se debieron hacer por Usía para concluir, a partir del reproche, la supuesta responsabilidad fiscal de mi mandante, así: Si el gerente no hubiera propuesto ocultar información trascendental a la Junta Directiva sobre la imposibilidad de la entrada en operación de la Hidroeléctrica, la contingencia de abril de 2018 no se hubiera presentado.*
>
> *Y, por consiguiente: Pero, como el gerente propuso ocultar información trascendental a la Junta Directiva sobre la imposibilidad de la entrada en operación de la Hidroeléctrica, la contingencia de abril de 2018 se presentó. Aunque la conducta reprochada se basa en la acción de proponer, que para la Real Academia de la Lengua Española significa "determinar o hacer propósito de ejecutar o no algo167 ; que al fin no se sabe su resultado, por ser, obviamente, propuesta, debe entender esta servidora que para la señora Contralora la sola propuesta es la base del reproche a mi mandante, porque si no el reproche hubiese sido el de ocultar información, complejo de entender, pero necesario de precisar.*
>
> *Y aunque para la defensa resulta abstracto el anterior planteamiento, debe indicarse que en el ejercicio del derecho de defensa que me asiste, haré los pronunciamientos que son del caso para probar que no existe el supuesto de ocultamiento de información a la Junta Directiva de la sociedad HI en los casos se plantean en el reproche y en ningún otro.*
> *(…)*
>
> *en el Acta Nro. 16 del 20 de septiembre de 2012169, emitida por el Comité de Seguimiento al BOOMT, tres (3) días después del inicio de funciones de mi*

mandante en el cargo de Gerente de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, EPM I hizo una presentación en la cual explicaba que después de hacer una simulación del cronograma con fechas reales, el resultado que se obtuvo es que se desplazaría la entrada en operación de la primera máquina en 9 meses. Sin embargo, debe indicarse que la simulación fue uno de tantos ejercicios propuestos que habían proyectado sin considerar las estrategias de mitigación para el desplazamiento de la entrada en operación, tales como el plan de recuperación de atrasos del proyecto o plan de aceleración.
Es que para la fecha de celebración de la reunión del Comité de Seguimiento al BOOMT era un hecho evidente, no oculto y conocido, que existían retrasos en el cronograma que venían de épocas pasadas al inicio de funciones de mi mandante, las cuales, de tajo no podía este desconocer.
Ahora, dada la dinámica de ejecución del proyecto, no podría la señora Contralora leer de manera simple y aislada el Acta del Comité y sí dar una lectura holística a todo lo ocurrido en el proyecto, dado que el paso del tiempo daría la razón -tal como se demostró en el proemio de este escrito-, que las estrategias implementadas sí fueron efectivas y para abril de 2018 (mes de la contingencia) el cronograma se estaba cumpliendo a cabalidad para entrar la primera máquina en diciembre de ese año, hecho que ahora no puede ser desconocido por la investigadora.

Retomando, la simulación hecha por EPM I al cronograma en el Comité de Seguimiento al BOOMT Nro. 16 de 20 de septiembre de 2012170, como se evidencia en la misma acta, no tuvo ningún sustento ni aceptación por parte de los integrantes de HI, razón por la que se dejaron expresas manifestaciones, claras y categóricas: "HI dice que hay que analizar qué implicaciones técnicas, financieras, políticas y de otro tipo traería este cambio. Luego se debe buscar como disminuir esos efectos que se podrían generar y posteriormente buscar soluciones como sería elaborar un cronograma sin eliminar los hitos, pero SI correrlos." "El Gerente de HI dice que escuchará las explicaciones que darán en HI, luego de haber escuchado a EPMI." "EPMI dice que según el cronograma aprobado, la licitación de las obras principales debió haber sido abierta en enero de 2011, para poder cumplir con las entradas en operación concebidas en el programa de diseño. Este hecho sucedió en otras fechas." "EPMI solicita llevar este tema del cronograma acordado entre las partes, a la próxima junta de HI.

Con lo dicho, quedó despejado que la manifestación de EPM I de la simulación de cronograma para un atraso de 9 meses en la entrada en operación no fue aceptada por los integrantes de HI (no solo del Gerente sino de todos los participantes de HI), dado que expresamente indicaron que debía ser motivo de análisis los efectos que podría conllevar el atraso en sus diferentes variables y buscar así disminuir esos efectos.

Así, mi mandante como Gerente, manifiesta que en su deber de información escucharía las explicaciones que tienen los directivos y técnicos de HI al respecto, por cuanto en el inicio de actividades como Gerente (a solo 3 días de haberse posesionado) debía acudir a sus propias fuentes de información que le ampliarán los estados y razones de lo que EPMI denominaba atrasos y que venía de años anteriores. Y es que debe saber la señora Contralora, que la

solicitud y planteamiento de EPM I de modificar la fecha de los hitos (no los hitos propiamente dichos) no nació en el Comité de Seguimiento al BOOMT Nro. 16 de 20 de septiembre de 2012172, sino que previamente ya HI tenía la suficiente información dado que la solicitud había sido llevada a la Junta Directiva tal como consta en el Acta Nro. 133 de septiembre 4 de 2012173, con presentación del doctor OSCAR JARAMILLO HURTADO en su calidad de Gerente (E) de HI en el informe del Gerente (página 4 del acta referida): "4. — Informe del Gerente El doctor Oscar Jaramillo, Gerente (E.) de HI, informa de los siguientes temas: (.-.) "Modificación del cronograma del proyecto: EPM I remitió una solicitud de aplazamiento del cumplimiento del Hito 1, túneles de desviación y acceso a casa de máquinas por un año, y modificación de la entrada en operación de la central por nueve meses174. (...)" (Negrilla propias)

Suficiente evidencia para preguntarse entonces ¿qué es proponer ocultar una información a la Junta Directiva cuando esta era suficientemente conocida para este órgano corporativo? Es que, con la anterior reseña de acta, queda desvirtuado que se le haya escondido información a la Junta, dado que la misma había sido presentada antes del ingreso de mi mandante a la sociedad HI como Gerente.

Así, de la mencionada sesión, se puede establecer que en la misma se abrió una discusión entre los miembros de la Junta Directiva en los cuales, tanto los representantes de EPM I como los de HI, plantearon inquietudes, alternativas y compromisos para garantizar la entrada del proyecto en el año 2018, así (página 5 de la citada Acta de Junta Directiva de NI Nro. 133 de 2012):
"Por lo anterior, HI no considera que en este momento se de la discusión y eventual decisión de modificación, además, porque es necesario tener en cuenta el impacto al negocio, se debería volver a correr el MPODE, el modelo financiero, la remuneración, determinar el lucro cesante, entre otros, y hacer una eventual consulta a la Asamblea General de Accionistas. Tampoco aprecia que sea estratégica en este momento la publicitación en una modificación al cronograma. "El doctor Mauricio Valencia considera que la junta debe asumir con responsabilidad, y desde el momento en—que esté enterada, el tema de modificar el cronograma, y debatido con el grupo de EPM: si va a generar o no sobrecostos, si los tiempos son recuperables o se van a tener desfases irrecuperables, para que la Junta pueda tomar la decisión con las consecuencias que ello conlleve. Presenta los ejemplos de Carbocol y Reficar. "El doctor Iván Mauricio Pérez expresa que la información que tienen es precaria y se precisa de una sesión de trabajo extensa para que la Junta tenga la información y asuma la decisión, ya que tiene implicaciones económicas, sociales y jurídicas, amén de las políticas y comunicacionales y, al final también se le podría reclamar responsabilidades a sus miembros. "La doctora María Eugenia Ramos agrega que no se pretende pasar por alto el tema y son conscientes de su trascendencia, ya que hay complejidades técnicas expuestas por EPM I, pero también las hay que tienen que ver con su entrada en operación y sus implicaciones a nivel nacional. Por ello reitera la importancia de la visita al proyecto y la realización de una sesión de trabajo intensiva y en la que se informen con detenimiento las circunstancias técnicas, al igual que sus consecuencias y alternativas.

"El doctor Luis Javier Vélez expresa que la argumentación que ha planteado EPM I para modificar la entrada en operación del proyecto, se refiere a hechos que son anteriores a la escisión que dio origen a EPM I, y los problemas que se tienen actualmente en la obra con el contratista chileno, no entran en los desfases. Agrega que cuando en la cadena del Project se mueve un hito, se mueven los demás en cascada. Ha nivel contractual han planteado que se deben modificar todos los hitos, y eso no quiere decir que no se pueda asumir un compromiso "de medios" para que se mantengan las fechas del Boomt, pero, en cuanto a resultados, eso es lo que se está por definir. "El doctor Iván Mauricio Pérez considera que el análisis se debe asumir con la mejor disposición y la responsabilidad es de todos ya que desde el principio sabían las circunstancias en las que estaban. La doctora María Eugenia Ramos agrega que no considera conveniente el argumento de las pre-existencias, cuando desde su inicio EPM I aceptó el cronograma, ya que con ello se aceptaría que desde el principio estaban equivocados. Se debe buscar algo más proactivo y espera que en la reunión propuesta es tenga un panorama claro, sin partir de supuestos que en proyecto se recibió atrasado1

Ahora, continúa la señora Contralora con una crítica, en mi humilde criterio, artificiosa, de que el señor MAYA SALAZAR ocultaba información a la Junta Directiva sobre el desplazamiento de la fecha de entrada del proyecto y, para eso, hace referencia al Acta Nro. 17 del 25 de octubre de 2012 del Comité de Seguimiento al BOOMT176, sin hacer una integralidad de la lectura del acta, en tanto en el citado Comité se dejó consignado los informes que se le habían realizado a la Junta Directiva sobre modificación de fechas (tal y como se indicó en el acta Nro. 133 de Junta Directiva de HI):

"1 Pendientes Comité anterior y subcomités • "Modificación hitos del BOOMT "HI expuso que se realizaron reuniones con miembros de la JD de HI en donde se les explicó sobre la evolución del proyecto con la curva S. Asimismo, se le informó sobre el desplazamiento de la entrada en operación, sus implicaciones en la CREG y adicionalmente el impacto que produce en el flujo de caja el hecho de correr 9 meses el proyector"." (negrilla nuestra) A pesar de lo anterior, la Contraloría de una manera literal solo tomó un párrafo del acta del Comité de Seguimiento y fácilmente soportó el reproche en la siguiente afirmación: "No obstante la gravedad de la situación y las implicaciones de los atrasos, en acta de seguimiento de BOOMT No 17 de octubre de 2012, el señor Maya expresó que podría ser prematuro decirle a la Junta Directiva que se iba a desplazar la entrada del proyecto, lo anterior, por considerar que apenas se iban a iniciar las obras principales."

Del anterior párrafo, surgen algunos postulados lógicos que se exponen así: En primer lugar, en el Acta del Comité fielmente se consignó que "HI considera que puede ser prematuro decirle a la JD que se va a desplazar el proyecto, (...)? Sin embargo, la Contraloría aseveró radicalmente que "el señor Maya expresó que podría ser prematuro decirle a la Junta Directiva.." (negrilla nuestra), sin considerar que en dicho Comité había un representante más de HI que tenía todo el conocimiento del proyecto, ya que fue el Gerente que hizo entrega al doctor MAYA SALAZAR, y que para ese momento obraba como Director

Técnico, por lo que endilgarse solo la expresión a mí asistido, es conclusivo de la señora Contralora y no del acta del Comité. Para el efecto, véase los asistentes al Comité de Seguimiento Nro. 17 al BOOMT:

"CONTRATO BOOMT
Comité de seguimiento Nro. 17
Lugar: Edificio EPM, piso 9, oficina 393
Fecha: Octubre 25 de 2012
Hora: 10:00 a.m.
Asistentes:
Por HI: John Maya
Oscar Jaramillo H.
Por EPM en nombre de EPM Ituango:
Juvenal Espinal Betancur
Luis Javier Vélez D[178]".

En segundo lugar, la expresión que crítica la Contralora de considerar prematuro decirle a la Junta Directiva que se va a desplazar el proyecto, hacía era referencia a un planteamiento que hizo EPM I sobre haberle pedido al contratista de obras principales hacer una propuesta de ejecución y un presupuesto para terminar las obras de los túneles de desviación, en el caso en que consorcio FAS cediera esas obras, por no haber ya ninguna holgura por los atrasos acumulados y dado que se planteaba la desviación para inicios de 2014. La respuesta del contratista de obras principales fue que saldría más costoso y que adicionalmente ya no se cumpliría con la desviación del Rio Cauca en el primer trimestre del 2014, lo que implicaba que la desviación se tendría que desplazar para el verano de principios de 2015 dejando un año más de atraso para el proyecto. La manifestación entonces de HI a este planteamiento de EPM, fue que podría ser prematuro llevar esa solicitud a la Junta. Con ello, en parte alguna se afirmó que no se llevaría la solicitud a la Junta y máxime cuando todavía no se había empezado la ejecución de las obras principales que, serían en últimas, las que determinarían si efectivamente se podría recuperar los atrasos o no.

Asimismo, consta en el Acta Nro. 17 del Comité de Seguimiento al BOOMT que el representante de EPM I manifestó que los rendimientos del contratista de los túneles de desviación habían mejorado ostensiblemente y que estaban por encima de lo esperado. Pero, aún a pesar de la importancia del párrafo, este sí no se relaciona por la Contraloría en su escrito de cargos, y más aún cuando la desviación del río se hizo efectivamente en el primer trimestre del 2014, por lo que se deja en evidencia que la pretensión de EPM I, en su momento, no tuvo sentido:

"EPM hace una aclaración técnica sobre los rendimientos en la desviación; si se suman los rendimientos parciales de todos los frentes de obra, incluidos los nuevos, se están obteniendo rendimientos superiores a los estimados en el cronograma de la oferta del consorcio FAS." "EPM I explica que ha implementado con el contratista de la desviación todos los planes de recuperación posibles, con lo que ya no hay holgura; asimismo, se le solicitó al

contratista de obras principales una propuesta de ejecución y precio de los frentes de obra que actualmente tiene el consorcio FAS, en el supuesto de que éste los cedería, y la respuesta que se obtuvo fue que terminaría las obras de desviación en mayo de 2014, a unos costos superiores. Es decir, además de costar más, ya la desviación ni siquiera se haría a principios de 2014." "III considera que puede ser prematuro decirle a la Junta que se va a desplazar el proyecto, considerando que apenas se van a iniciar las obras principales. EPM dice que el cronograma de hitos modificado que se sometió a consideración, obedece a la realidad de la obra y a la materialización de excepciones y salvedades que quedaron previamente convenidas en los acuerdos previos y en el propio contrato BOOMT, en lo referente al programa de referencia179." (Negrillas propias)

Ratifica lo dicho sobre el Comité de Seguimiento al BOOMT Nro. 17 de 25 de octubre de 2012, lo ocurrido y registrado en la Junta Directiva Nro. 139 de 11 de abril de 2013180, seis meses después del Comité Nro. 17181, en el que el doctor Luis Javier Vélez hizo una presentación a la Junta de cada uno de los frentes de obra y el estado con respecto al cronograma. En el punto de túneles de desviación, la presentación mostró las estrategias que se implementaron para garantizar la desviación en enero de 2014 y evitar trasladarla para el 2015.

Con lo anterior, nuevamente se da la razón a la posición que fue sostenida en el Comité Nro. 17 por los integrantes de HI en el sentido de que era prematuro comunicarle a la Junta Directiva que el desvío no se iba a dar a principios de 2014 como lo planteaba en su momento EPM I. Así fue expuesto en el Acta de Junta Directiva de Hidroituango Nro. 139:

"Las dificultades de orden público que han afectado el trabajo del contratista (bloqueos, falta de energía, etc.), los ajustes de diseño originados en la geología encontrada y los ordenados por el panel de consultores externos, y los porcentajes bajos de ejecución del contratista, obligaron a tomar medidas para mitigar el riesgo de que la desviación de río se trasladara inevitablemente para el año 2015. Para ello, fue necesario hacer ajustes de diseño y se construyeron unas galerías adicionales, tales como la galería de acceso a los pozos y las galerías de aguas abajo y aguas arriba de los túneles. Con esto, se abrieron nuevos frentes de obra y se compensaron los menores rendimientos del contratista y las dificultades de avance no imputables a él, con más frentes de trabajo." (negrilla nuestra) "Las medidas fueron efectivas, porque permitieron que en la reprogramación del cronograma se proyecte la terminación de éstas obras dentro del plazo requerido para desviar el río a principios del 2014. Sin embargo, es necesario que el contratista obtenga y mantenga los rendimientos con base en los cuales se elaboró el programa actualizado (no lo está logrando todavía), de tal forma que termine sus trabajos en octubre del 2013 y entregue el frente al consorcio CCCI, para que éste en un plazo de dos meses a partir de ese momento, ejecute las obras complementarias y haga los preparativos necesarios para desviar el río en enero del 2014." (Negrilla nuestra) "Se advierte que estas proyecciones no contemplan ninguna holgura, ni incluye las problemáticas de carácter social que impactan la continuidad del trabajo"

Ahora, tanto para la Junta de HI como para su Gerente, independiente de los planteamientos que hiciera EPM I con respecto a desplazamiento de fechas de hitos, era una premisa necesaria y sin discusión que el proyecto tenía que entrar a operar en diciembre de 2018. Una evidencia de esto quedó consignada en el Acta Nro. 18 del 21 de noviembre de 2012 del Comité de Seguimiento al BOOMT, en el que mi mandante obró solo como representante de HI y manifestó: "HI informa que la entrada en operación en el año 2018 en una fecha inmodificable, por las implicaciones económicas que se tienen para el Depto. de Antioquia (fuente de ingreso) además, se debe tener en cuenta la parte política183." (Negrilla fuera del texto) Por otra parte, afirma la señora Contralora en el pliego de cargos (página 1041 del Auto Nro. 1484 de 2020) como sentencia contra mi mandante que: " Así mismo, en el Seno del comité, se advirtió que desde finales de 2012 se planteaba una probabilidad alta de que el proyecto no pudiera entrar en operación en 2018, información que tampoco fue incluida en ninguno de los informes de gerencia del señor Maya, lo que habría generado una alerta tal que le permitiera a los miembros de la junta repensar la manera como se estaba desarrollando el proyecto y tomar las mejores determinaciones para evitar seguir desarrollando planes consecutivos de aceleración e incrementando de manera significativa los gastos en perjuicio del proyecto."(Negrilla nuestra)

No obstante, y para desvirtuar lo manifestado por la Contralora, se determinará en el siguiente esquema la relación de las actas de Junta Directiva de HI en las cuales participó mi mandante y en la que se hizo constar en forma explícita los atrasos que se estaban presentando en la obra, el costo acumulado y las estrategias para recuperar esos atrasos que se adoptaron para así garantizar el inicio de la generación en el año 2018:

(…)

Como puede concluirse en la anterior relación, en 20 de las 25 actas en las que participó mi defendido celebradas entre septiembre 16 de 2012 a febrero 29 de 2016, y que medidas en términos porcentuales ascienden a un 80%, puede afirmarse fehacientemente que a la Junta Directiva de Hidroituango se le presentó clara y oportunamente el avance de la obra y en la mayoría de ellas hubo una descripción frente por frente, por porcentaje de avance versus lo programado, con explicación del desfase, costo acumulado de la obra, con estrategias implementadas para recuperar atrasos y entrar en operación en el año 2018. Puede decirse que en las únicas reuniones que no que no se presentó el estado del proyecto fue en las sesiones extraordinarias o de temas específicos.

No se entiende entonces cómo la Contraloría afirma: "Así mismo, en el seno del comité se advirtió que desde finales de 2012 se planteaba una probabilidad alta de que el proyecto no pudiera entrar en operación en 2018, información que tampoco fue incluida en ninguno de los informes de gerencia del señor Maya, "(negrilla propia), si queda demostrado contundentemente que no es verdad, y que sí se presentaron oportunamente a la Junta Directiva los pormenores de la obra para que los miembros pudieran tomar las decisiones que estimaron

pertinentes con respecto al proyecto y que, un día antes de la contingencia mostraron los resultados de recuperación.

Continuando con el ejercicio de desvirtuar las imprecisiones de la señora Contralora, hago alusión a los siguientes párrafos del Auto de Imputación Nro. 1484 de 2020 (ver página 1041): "En Acta de seguimiento de BOOMT de 21 del 15 de mayo de 2013, el señor Maya planteó que teniendo en cuenta los rendimientos bajos de los túneles de desviación, le inquietó si era viable desviar el río en la fecha indicada, lo anterior se expresó en los siguientes términos:" "3.3 Avance del Proyecto El Dr. Maya Salazar plantea que dado que en téneles de desviación los rendimientos son tan bajos le inquieta si se podrá desviar el río en la fecha prevista. EPM manifiesta que con el consorcio L I1FS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer se las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originales por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo de adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resúmen, el nuevo programa pactado mediate AMB3, que sanea todas las situaciones no " La explicación de la anterior anotación se reduce a una manifestación lógica que se hizo dentro del Comité de Seguimiento ya que como lo había manifestado EPM I los rendimientos del contratista no eran los esperados dada la ocurrencia de una serie de circunstancias algunas imputables al contratista y otras exógenas, por lo que se instaba a EPM I a plantear alternativas para recuperar atrasos y poder cumplir el cronograma.

De hecho, en la misma acta referida se planteó por parte del Gerente de HI que EPM I debía presentar un cronograma detallado de los diferentes frentes de obra para tener una visión clara y poder planteárselo a la Junta Directiva. Hay que recordar nuevamente que el comité de seguimiento era un espacio de comunicación y seguimiento y no de toma de decisiones y, mucho menos, de espacios en los que HI fuera responsable de sugerir métodos de trabajo, nuevos frentes, estrategias para recuperar atrasos ya que esto quedó absolutamente claro en el contrato BOOMT con respecto a no coadministración ni control previo. La responsabilidad de las decisiones y métodos de trabajo eran exclusivamente de EPM I. Así quedó el planteamiento dentro del Acta Nro. 21 del Comité de Seguimiento al Contrato BOOMT (página 3)

R/: En un intento por desestimar el reproche, la apoderada hace un recuento de la información que su prohijado si compartió con la Junta Directiva de la sociedad. Dentro de dicha información, no encuentra el Despacho, prueba alguna de que el señor John Maya le haya dado aviso a la junta directiva sobre la imposibilidad de que la central hidroeléctrica tuviera una alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha inicialmente establecida en el BOOMT (noviembre de 2018).

Una cosa es que se compartan con la junta datos del avance porcentual de las obras, otra, es que con franqueza y claridad se exprese la gravedad de la situación y que se omita- como ocurrió- compartir el hecho de que la fecha final para el proyecto estaba lejos de cumplirse.

Tal como se indicó en la imputación, desde el Acta de seguimiento al BOOMT No. 16 del 20 de septiembre de 2012, se dejó más que claro que el cronograma presentaba atrasos críticos y que la fecha de entrada en operación estipulada estaba lejos de cumplirse:

EPMI explicó que se hizo una simulación del cronograma con fechas reales; el resultado que se obtuvo es que se desplazaría la entrada en operación de la primera máquina en 9 meses.

Por lo la anterior EPMI propone modificar los hitos del BOOMT, aunque se compromete, en un esfuerzo de medios, a poner todos los recursos y todos los esfuerzos para lograr entrar en operación una unidad en el 2018. Se hizo la observación de que aunque con una sola unidad se cumpla con las OEF de 1.085 Gw- h/año para el 2018, la CREG exige que se debe cumplir con la entrada en operación de las 4 unidades.

El cronograma del BOOMT se aprobó con la entrada en operación de dos unidades en el 2018 y las otras dos en el 2019-

No obstante la gravedad de la situación y las implicaciones de los atrasos, en acta de seguimiento de BOOMT No.17 de 25 de octubre de 2012, el señor Maya expresó que podría ser prematuro decirle a la Junta Directiva que se iba a desplazar la entrada del proyecto, lo anterior, por considerar que apenas se iban a iniciar las obras principales.

HI considera que puede ser prematuro decirle a la JD que se va desplazar el proyecto, considerando que apenas se van a iniciar las obras principales. EPM dice que el cronograma de hitos modificados que se sometió a consideración, obedece a la realidad de la obra y a la materialización de excepciones y salvedades que quedaron expresamente convenidas en los acuerdos previos y en el propio contrato BOOMT, en lo referente al programa de referencia.

Así mismo, en el Seno del comité, se advirtió que desde finales de 2012 se planteaba una probabilidad alta de que el proyecto no pudiera entrar en operación en 2018, información que tampoco fue incluida en ninguno de los informes de

gerencia del señor Maya, lo que habría generado una alerta tal que le permitiera a los miembros de la junta repensar la manera como se estaba desarrollando el proyecto y tomar las mejores determinaciones para evitar seguir desarrollando planes consecutivos de aceleración e incrementando de manera significativa los gastos en perjuicio del proyecto.

Sobre este punto, es necesario acotar que en diligencia de testimonio rendida dentro de esta causa fiscal por el Señor Juvenal Espinel el día 26 de octubre de 2020 a quien se le preguntó, de manera específica sobre los motivos por los cuales EPM Ituango consideró en este punto que era posible recuperar los tiempos y lograr la entrada en operación, en efecto en dicho testimonio se dijo lo siguiente[412]:

> ***"PREGUNTA:*** *En las actas de seguimiento al contrato BOOMT, se hace referencia desde el 25 de octubre de 2012, inclusive desde antes- que existía una altísima probabilidad de que el proyecto no pudiera entrar a generar en noviembre de 2018 ¿Cómo entendieron que esa situación era altamente probable? ¿Qué los llevó a pensar que podía recuperarse ese tiempo? Desde lo técnico.* ***RESPONDIO:*** *Lo primero que tiene que tener uno son las vías de acceso, veíamos que ese cronograma tenía sus dificultades, veíamos el riesgo de que esos tiempos no se cumplieran y que se comprometiera la entrada en operación de la primera unidad, si eso se entregaba tarde, la construcción sub siguiente que eran los túneles de desviación, estaba en riesgo también, porque estas son actividades que hay que hacer de manera sub siguiente, no paralela, con los supuestos que teníamos y el rendimiento calculado, en cuanto a construcción de presa y caverna, pudiera uno pensar que iba a atrasarse la entrada en operación de esa unidad 1.*
>
> *Teniendo en cuenta las incertidumbres y acá entra en juego el acompañamiento que se hace desde el punto de vista de la ingeniería (con todo el equipo pues) , con el acompañamiento de la interventoría, y de acuerdo al acompañamiento del BOARD y a todo el acompañamiento por parte del asesor y diseñador, se acoge la posibilidad- de hecho ese es el manejo normal- que le permitan a uno alternativas que abran la posibilidad de recuperar ciertos tiempos que se van perdiendo, recuerdo que dentro del cronograma director, la ruta crítica del proyecto (o sea lo que hay que cumplir si o sí)* ***pasaba por la presa y por la construcción de la casa de máquinas, pero el avance y el éxito, le permiten a uno cuando ya entra a ejecutar la obra que los rendimientos se puedan mejorar, porque el material se puede sacar más fácil, porque el clima ayuda, porque la calidad de la roca que se encuentra uno de pronto va a ser mejor que la inicialmente concebida, todo esto puede hacer que se recupere el tiempo, de igual manera, puede presentarse el caso contrario, que se presenten situaciones que no lo permitan, muchas veces se cumplen y otras no, estamos hablando de la naturaleza, por más estudios que uno haga, no se puede olvidar que se está hablando a la naturaleza, siempre se trabaja con un grado altísimo de incertidumbre****, los estudios*

[412] Ver Video que reposa en carpeta 76 referencia cruzada y acta de testimonio a folios 16146 y ss.

> *nunca le van a dar el 100% y ahí es donde entra la ingeniería, cuando uno construye cualquier túnel, normalmente lo que se hace siempre que se excava es entrar con geólogo, ingenieros y determina el tipo de soporte que se le hace al túnel, es todos los días que se toman esas decisiones. Yo tuve acceso a esta información, eso mostraban* ***decían eso, que la desviación del río no se iba a hacer en esa fecha, pero no se podía decir tampoco que se comprometía la entrada en generación del proyecto, porque se podían presentar muchas situaciones, (…)"****.*

La respuesta anterior, dada por el testigo, partía de la existencia de unos supuestos que podían darse o no, como por ejemplo encontrar una mejor calidad de roca o un mejor clima. Sin embargo, se trataba de supuestos inciertos los cuales de conformidad con la valoración de las pruebas que ha realizado este Despacho, con base en la sana crítica y la persuasión racional, contrario a lo que afirma el Testigo, daban para pensar que las situaciones que se iban a presentar, tal y como de hecho ocurrió no iban a mejorar los tiempos de desarrollo del contrato sino que se iban a presentar mayores problemas.

En efecto, se trataba de una megaobra, ubicada en una zona con características geológicas muy difíciles, las cuales ya se habían hecho evidentes en desarrollo del contrato de las vías y los campamentos, así como una zona con condiciones sociales y de seguridad muy complejas lo cual de suyo suponía mayores tiempos en el desarrollo de cada una de las obras que componía el proyecto. Lo anterior, sumado a los bajos rendimientos que el contratista CTIFS venía presentando desde el inicio del contrato sólo permitían concluir que la posibilidad de recuperar el tiempo generado por los atrasos no era real.

Dado que lo anterior permitía concluir que la posibilidad de recuperar el tiempo generado por los atrasos no era real y dado que el perfil profesional, la experiencia y la condición de administrador y miembro del comité de seguimiento del señor MAYA era él quien contaba con información de primera mano y era el primer llamado a alertar sobre cualquier situación que pusiera en riesgo el proyecto.

Lo que le reprocha el Despacho al señor Maya, es precisamente el ocultamiento parcial de información determinante a la Junta, la apoderada no logra desvirtuar el hecho de que él ocultó información a la Junta Directiva de HI, pues no da cuenta de que, en efecto, su prohijado expresó lo arriba descrito a la Junta Directiva, lo que no hace otra cosa que reforzar lo inicialmente planteado por esta Delegada, y es que el señor Maya Salazar si omitió socializar información vital para la toma de decisiones con la Junta Directiva de la sociedad que representaba.

Sin perjuicio de la responsabilidad que les cabe a los miembros de junta conforme lo establecido en este fallo, debe reprocharse la conducta del señor Jhon Maya quien en su condición de gerente de Hi estaba en la obligación de hacer visible toda información que pudiera afectar de manera estratégica el desarrollo proyecto en el futuro

La información que debió haber procesado se refería al núcleo esencial del proyecto Hidroituango destinado a la generación de energía; y por tanto era una materia que exigía la valoración de todas las instancias de gobierno corporativo de Hi con el objeto de evitar o mitigar los efectos adversos para el buen desarrollo del proyecto. Desde ese punto de vista queda evidenciado en el proceso que la intervención del señor Maya incidió de manera determinante a la configuración de los hechos generadores del daño y en la consiguiente generación del daño.

Se refiere posteriormente la apoderada al reproche del Despacho relacionado con la omisión de información relacionada con la posición del Board de expertos de EPM, así:

> *"2. Advertencia del BOARD de expertos asociada a los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación.*
>
> *Si se hace una comparación de las fechas, la Junta de Asesores tuvo conocimiento de la decisión de EPM de construir un tercer túnel entre el 24 y 30 de noviembre de 2013 y el Comité de Seguimiento Nro. 25 se realizó el 3 de diciembre de 2013231, fecha posterior, por lo tanto, la decisión ya estaba tomada por parte de EPM y en ningún momento se le había consultado ni notificado oficialmente a HI esta decisión.*
> *Según el Acta Nro. 142 del 18 de octubre de 2013232, en la Junta Directiva de HI se planteó a la Junta de HI como una alternativa en estudio la construcción del tercer túnel, pero en ningún momento como una decisión ya tomada. Surge por tanto una inquietud: Si al BOARD de expertos, integrado por profesionales de las máximas calidades y conocimiento técnico con reconocimiento a nivel mundial, EPM les había notificado la construcción de un tercer túnel como un hecho, ¿qué opción tendría HI para cambiar esta decisión? Ninguna, dados los pilares fundamentales del contrato BOOMT233que no permitían hacer es tipo de interferencias.*
> *Así, en el Informe Nro. 3 de la Junta de Asesores en la Introducción página 6 se consignó.'" El Lunes 25 de noviembre, los Consultores de Integral — Solingral hicieron una presentación técnica donde explicaron la incorporación del túnel de desvío No 3, el progreso de las excavaciones..234"(negrilla propias). Aquí se corrobora que la decisión del tercer túnel sí estaba tomada antes de la manifestación, a manera de enunciado, que se había realizado en el Comité Nro. 25 de Seguimiento del 03 de diciembre de 2013.*
>
> *A pesar de lo dicho, fue cortante la señora Contralora para disponer en el auto de imputación Nro. 1484 de 2020 que: "Es claro para el despacho, que no es cierto que la Junta de Asesores validara la construcción del tercer túnel, sin embargo, John Alberto maya omitió tan determinante hecho y en lugar de actuar en consecuencia, tratando de advertir a los miembros de la Junta Directiva de los riesgos que éste plan implicaba, solicitó formalizar la construcción del tercer túnel.*

Para desvirtuar lo anterior, lo primero que se debe indicar es por qué la Contraloría atribuye a mi defendido, expresiones que en el relato del acta no figuran, y que bastaría con leer el Acta Nro. 25 del 3 de diciembre de 2013 (elaborada por el Comité de Seguimiento) en forma textual para concluirlo: "HI solicitó a EPM notificar oficialmente la construcción del tercer túnel, dado que ya se han cumplido dos pasos que son la concepción del túnel y la consulta ante la Junta de Asesores, se debe informar oficialmente para que quede documentado este cambio y, una vez la ANLA apruebe la disminución del caudal ecológico, notificarlo igualmente a la sociedad HI. En la comunicación, se deben explicar los procedimientos que se han realizado y los próximos a realizar ante la ANLA; igualmente, oficializar en este comunicado el informe de la Junta de Asesores y los planos de la desviación.
Y es que, en este Comité, los representantes de HI que participaron fueron JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR como Gerente Hidroituango, OSCAR JARAMILLO HURTADO como Gerente Técnico Hidroituango, ELIANA SALDARRIAGA ESCOBAR como Secretaria General de Hidroituango e ISABEL CRISTINA CARDOZO GARCIA como invitada y en su rol de abogada de Hidroituango. Por lo que no se puede afirmar por la Contraloría que fue el doctor MAYA SALAZAR el que solicitó notificar oficialmente la construcción del tercer túnel para luego, basado en este hecho, configurar uno de los reproches por el que se le imputa cargos relacionado con supuestamente esconder información a la Junta Directiva.

En segundo lugar, confunde la Contraloría los escenarios de actuación del doctor MAYA SALAZAR al plantear en el supuesto que:" .. y en lugar de actuar en consecuencia, tratando de advertir a los miembros de la Junta Directiva de los riesgos que este plan implicaba...", dado que se estaba actuando al interior del Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT y no de la Junta Directiva.

(…)

Como puede verse a la Junta Directiva y al Gerente de HI se le expuso por parte de EPM la posibilidad de la construcción del tercer túnel en octubre de 2013, un mes aproximadamente antes de la visita del BOARD de expertos. En su momento, EPM lo presentó como una alternativa en estudio sin determinar cuál de las dos posibilidades iba a definir.

Ahora bien, en esa misma Acta Nro. 25 del Comité de Seguimiento al Contrato BOOMT, se hizo referencia explícita a la intervención del Gerente al afirmar: En este punto el Gerente de la Hidroeléctrica manifiesta que una vez oficializada la propuesta de construcción del tercer túnel, de deben considerar las responsabilidades, tanto del contratante como del contratista respecto a los sobrecostos que representa esta alternativa, de conformidad con la matriz de riesgo definida238." Lo consigando por parte del Gerente de Hidroituango, evidencia una ajustada gestión, como fue que una vez se diera cumplimiento al protocolo para incorporar el tercer túnel de desviación como parte de la obra, esta debería ser analizado en términos de costos lo que implicaría determinar el mayor valor a la luz de la matriz de riesgos que era la que definía, de acuerdo

a temas y a fechas de ejecución, si hacían parte o no del costo final de la obra por reconocer.

Ahora bien, es necesario aclarar que el tercer túnel o GAD fue concebido, definido, diseñado y construido por EPM, con sus asesores y contratistas, respondiendo a una dificultad que se había presentado en los túneles de desviación originales y que no permitieron instalar las compuertas. Esta fue la alternativa definida por EPM y sus consultores, construir un tercer túnel, para poder taponar o sellar los túneles originales y consecuentemente iniciar el llenado del embalse. La concepción técnica de dicho túnel, fue exactamente igual a la de los otros túneles de desviación; es más, se concibió como una prolongación de la descarga Nro. 4 contemplada en el diseño original. Para ello, debe entenderse que en la obra se construyeron más de 20 kilómetros de túneles tanto de galenas de construcción, como viales, de descarga, de desviación, por lo que en algunos circulaba agua y por otros no. Esto para resaltar que no era desconocido ni nada nuevo la construcción de otro túnel dentro de la obra tal como lo confirma EL Informe Nro. 6 de la Junta de Asesores en su (página 13): "La alternativa A es la más sencilla entre todas y tiene la ventaja de no necesitar intervenciones en los túneles de desviación existentes. Como depende exclusivamente de obras y acciones comunes en construcciones de obras de este tipo, su viabilidad puede ser garantizada desde ahora239." (negrilla nuestra) Sin embargo, lo particular e importante en lo que nos atañe y es motivo de discusión, tal como lo recalca la Contraloría en reiteradas ocasiones, es que éste túnel de acuerdo a lo enunciado por la Delegada tuvo defectos en la construcción, tal y como quedó consignado en la página 1052 del Auto de Imputación Nro. 1484 de 2020: " condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos " (negrillas nuestras)

Por lo tanto, y según los argumentos de la Contraloría, la contingencia (problema), y lo que generó el siniestro, no fue el túnel por sí mismo sino los defectos que afirma la Contraloría se presentaron en la construcción. Por otra parte, merece esta defensa hacer un pronunciamiento ala manifestación realizada de la señora Contralora en el Auto de Imputación Nro. 1484 (página 1042) en el sentido de: "... sin embargo John Alberto Maya omitió tan determinante hecho y en lugar de actuar en consecuencia, tratando de advertir a los miembros de la Junta Directiva de los riesgos que éste plan implicaba, ,.," El pronunciamiento, fuerte y contundente, no será otro que indicar que la carga que impone la señora Contralora es casi imposible de cumplir para mi asistido, en tanto le atribuye poderes sobrenaturales para predecir desde el don de la clarividencia que cinco años después se presentaría los problemas y riesgos de construcción en el túnel y, por ende, la contingencia de abril del año 2018.

Ese pedir de conducta a mi mandante la hace imposible de cumplir, anticipar de esa manera tan precisa el riesgo en el Gerente de HI es salido de tono y más aún, cuando las conclusiones con las que se pretende juzgar se salen de toda lógica dentro de una investigación. Como se recalcó en el punto anterior, la GAD, en términos conceptuales y de diseño, obedecía a lo que era conocido, estudiado por los técnicos y era de práctica común en proyectos de esta índole no sólo en Colombia sino a nivel mundial.

(…)
Como se desprende de la comunicación en ningún momento EPM manifestó que la Junta de Asesores no estuvo de acuerdo con el tercer túnel, lo que hizo fue concentrarse en las alternativas de cierre de los túneles de desviación originales como prioridad, y, para el tercer túnel, implementar un modelo hidráulico que permitiera simular las condiciones de cierre planteadas con el fin de definir la solución óptima para el proyecto.

(…)
De lo transcrito, se puede concluir que la decisión de la construcción del tercer túnel fue exclusivamente de EPM, y fue esta desde su rol en el contrato BOOMT la que asumió la responsabilidad de tal decisión. Ahora bien, de la presentación que se hizo al Comité de Seguimiento Nro. 25, de la carta del doctor IVÁN DARIO SIERRA, radicado 2014000750, de la confirmación de la construcción de túnel 3, como del Informe Nro. 3 de la Junta de Asesores, se pueden derivar las siguientes conclusiones: • El Comité de Seguimiento Nro. 25 del 3 de diciembre de 2013242, fue posterior a la visita del BOARD de expertos en la cual se les presentó la decisión ya tomada por parte de EPM de hacer el desvío en enero de 2014 sin las compuestas de cierre y hacer un tercer túnel para garantizar el sellamiento de los túneles de desviación originales y garantizar el caudal ecológico. • Tanto en la presentación al Comité de Seguimiento Nro. 25 como en la carta de confirmación de la construcción del tercer túnel243, EPM no expuso que el BOARD de expertos no estuviera de acuerdo con dicha determinación. Al contrario, en el Comité de Seguimiento (y sin contar con el acta de la Junta de expertos), EPM manifestó que dichos expertos estuvieron de acuerdo con la decisión planteada.
La carta que fue envíada el 3 de enero de 2014, firmada por el Dr. IVÁN DARIO SIERRA245, radicado 2014000750, fue respondida con carta de abril 24 de 2014246con radicado E-20140424-77, dirigida al Dr. ALVARO LEÓN OSPINA MONTOYA, Director Desarrollo Proyecto Ituango, reemplazó a Dr. IVÁN D. SIERRA, y firmada POR JOHN MAYA, OSCAR JARAMILLO y ELIANA SALDARRIAGA, como representanes de HI, en la cual se le reitera a EPM que dentro de las caracteristicas inmodificables está la desviación, por lo tanto, a pesar de la decisión de EPM de hacer ésta sin las compuertas, el nuevo desvío por el tercer túnel sigue con la caracteristica de inmodificable. Por lo tanto, tiene que ser aprobado por HI de acuerdo a la cláusula 4.07 del contrato BOOMT247; adicionalmente se le reitera que debe conservar el caudal ecológico así la Junta de Asesores recomiende hacer gestiones ante la ANLA para disminuir éste caudal. Por último, le comunica que los gastos y costos que implique la ejecución de la alternativa propuesta deberán se asumidos según la matriz de riesgo del contrato BOOMT.

Genera alerta que a pesar de todas las manifestaciones tanto, en documentos como en comités, en la cual EPM toma la decisión de hacer el desvío sin las compuertas de cierre y determinar como solución hacer un tercer túnel, sea la Junta Directiva de Hidroituango y el Gerente quienes asuman toda la responsabilidad de ese hecho, no así los que realmente tomaron la decisión. Se ha demostrado en reiteradas ocasiones que en el contrato BOOMT se estableció que Hidroituango no podía co-administrar ni ejercer control previo a

las decisiones que en términos técnicos ni administrativos tomara EPM con respecto al desarrollo del proyecto. EPM era el único responsable de estas decisiones todas en aras de cumplir con la ejecución y puesta en marcha del proyecto en las fechas establecidas.

(…)
Este relato se hace para corroborar que mi defendido no le correspondió el seguimiento, vigilancia y control de la SAD, reproche que hace parte de la imputación de cargos de la Contraloría al doctor MAYA SALAZAR. Queda claro que la construcción de la SAD se dio entre los años 2016 y 2017, y le correspondía a la Junta Directiva de HI y a la administración del período 2016-2019 hacer el respectivo control.

Por último, daremos una mirada al tema del BOARD de Asesores y la construcción de la SAD desde las actas de Junta Directiva de HI del periodo 2016-2019.

(…)

Como puede verse en las secuencias referenciadas, actas de la Junta de Asesores o BOARD, informes de la Interventoría y actas de la Junta Directiva de Hidroituango período 2016-2019 la decisión técnica, la construcción y la aprobación de los costos como parámetros técnicos de la SAD fueron todos en el período 2016- 2019. Esto para corroborar que ni la Junta Directiva de Hidroituango, ni la Administración del período 2012-2015 participaron en decisión alguna de la SAD (también conocida como GAD), y mucho menos, dado los tiempos de construcción, en el seguimiento, control o vigilancia de dicha obra."

3. Problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma que llevo a la contingencia de abril de 2018.

Como se hizo en el punto 2, se relaciona nuevamente el cuadro donde se referencian todas las actas de Junta Directiva en las que se expuso de forma clara y oportuna el avance en cada uno de los frentes de la obra, su porcentaje de ejecución contra lo programado, qué atraso había en ese frente y en el total de la obra, que estrategias se estaban implementando para recuperar esos atrasos y garantizar la entrada en operación de la primera máquina en el 2018; asimismo, un informe de los costos del proyecto a la ficha y si existían o no sobrecostos.

(…)

Con todo lo expuesto y documentado, queda demostrado de forma clara y contundente que la Junta Directiva de Hidroituango siempre estuvo informada y al tanto del avance de la obra en cada uno de sus frentes, así como en el costo actualizado a la fecha lo que les daba la oportunidad de tomar las decisiones que a bien tuvieran

R:/ En primer lugar, no es cierto que el Despacho atribuya al señor Maya expresiones que no le corresponden, pues es claro que él cómo representante de la sociedad, es quien ostentaba voz, pero no voto en la Junta Directiva de la Sociedad, de no haber sido él quien expuso lo indicado en nombre de la sociedad, pudo al menos expresar su desacuerdo, o agregar instrucciones adicionales, lo cual no ocurrió.

Por otro lado, no es cierto que el Despacho confunda los escenarios de actuación del señor Maya, porque está claro que la Junta Directiva era el lugar en el que podía advertir a los miembros de esta sobre la no aprobación del plan por parte del Board en desarrollo de la obligación que le competía de proveerle información a la junta, distinto es que fuese el comité de seguimiento el órgano donde se discutiesen a profundidad temas técnicos, nuevamente la apoderada intenta descontextualizar lo expuesto sin tener otro argumento que su interpretación particular de lo sostenido en la imputación.

Finalmente, la apoderada trata de justificar a su prohijado, basada en que:

> "*Como puede verse a la Junta Directiva y al Gerente de HI se le expuso por parte de EPM la posibilidad de la construcción del tercer túnel en octubre de 2013, un mes aproximadamente antes de la visita del BOARD de expertos. En su momento, EPM lo presentó como una alternativa en estudio sin determinar cuál de las dos posibilidades iba a definir*"

Sobra aclarar que no es de recibo para el despacho el que la Junta haya sido anterior a la visita del BOARD, pues al ser una apreciación de semejante magnitud, con tan grandes implicaciones para la obra, el gerente de la sociedad DEBIA asegurarse de que la junta dueña del proyecto, estuviese enterada de la negativa de los expertos al plan de aceleración.

La apoderada expone que no es cierto que el Board no aprobara la alternativa constructiva en cuestión, no obstante el Informe No. 3 de la Junta de Asesores del BOOMT del 29 de noviembre de 2013, desmiente su apreciación (nuevamente carente de sustento probatorio):

> En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el Contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y complementar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta. Además, la alternativa de desviar el río sin las estructuras de cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío, para garantizar el mantenimiento de la fecha de enero 2014, no fue apoyada. La

Junta, se manifestó a este respecto en las conclusiones de su informe como se transcribe abajo:

> "La Junta de Asesores considera que los riesgos técnicos inherentes a la aceleración del desvío del río no son aceptables y recomienda ejecutar el diseño original optimizado con el contratista principal CCC.
> El desvío del río debe ser efectuado después del término de las excavaciones y del concreto de las estructuras incluso la instalación de las guías de las compuertas".
> Incluso se procuró demostrar que, en caso de retraso en el cierre mismo, las fechas finales de generación podrían ser mantenidas, con el desvío del río en el verano de julio-septiembre siguiente y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa, que en el cronograma estaba prevista con mucha holgura.
> En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra.

Lo anterior es prueba suficiente de que, en efecto la alternativa de desviación del río que contemplaba un tercer túnel de desviación (GAD), nunca fue avalada por el BOARD de expertos, quienes plantearon las alternativas expresadas por EPM, como respuesta a una decisión ya tomada, con miras a minimizar los riesgos en el proceso constructivo, adicionalmente, no logró la apoderada desvirtuar el hecho de que su prohijado no comunicase a la Junta Directiva esta información, y por el contrario, argumenta como de forma pasiva, HI permitió que EPM tomase determinaciones trascendentales sin ser controlada, ni mucho menos cuestionada.

Previo a continuar, cabe señalar que al sobre el planteamiento de la apoderada, se pronunció el Despacho en el acápite de argumentos comunes, por lo que se remite a estos en lo que haya lugar.

Aclarado lo anterior, cabe agregar que, no es de recibo para el Despacho el argumento de la apoderada, en el que señala que el contratista "impuso" a la sociedad dueña del proyecto la decisión de adelantar el plan de aceleración, cuando se ha dejado claro que HI no ejerció el rol que le correspondía de conformidad a lo dispuesto en el BOOMT, y se limitó a ser el observador de las decisiones del contratista y a aceptar las modificaciones, basta con revisar el contenido del acta No.158 de la junta directiva de la sociedad, en la que participó el señor Maya, acta que da cuenta de la aceptación programática del plan de aceleración:

ORDEN DEL DÍA

1. "Consideración y decisión de la Junta directiva sobre la petición de EPM de autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerando la utilidad escalonada y condicionada" En consecuencia, autorizar al Gerente de Hidroituango, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018".

La Secretaria de la Junta Directiva informa, que de acuerdo a los votos recibidos por correo electrónico en la fecha y dentro del horario establecido, hay quórum para deliberar y decidir. El doctor Rafael Nanclares, actúa como suplente del señor Gobernador de Antioquia, doctor Sergio Fajardo Valderrama.

DESARROLLO

1.- "Consideración y decisión de la Junta directiva sobre la petición de EPM de autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerando la utilidad escalonada y condicionada" En consecuencia, autorizar al Gerente de Hidroituango, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018".

Para la deliberación del presente punto se pone a disposición el informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM, así como el documento de análisis realizado de manera conjunta entre Hidroituango y EPM, sobre la competencia de la Junta Directiva para decidir sobre la solicitud de EPM.

La autorización del reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerando la utilidad escalonada y condicionada y la autorización al Gerente de Hidroituango, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango los costos del Plan de Aceleración de obras, para los efectos del contrato BOOMT, fue parcialmente aprobado por parte de cuatro de los cinco miembros de Junta Directiva, toda vez que el Dr. Wilson Chinchilla Herrera, representante de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, se declaró en conflicto de interés y por tanto se abstiene de participar en las decisiones objeto de la presente reunión.

Por lo anterior, el argumento no está llamado a prosperar.

Posteriormente, expone la apoderada las razones por las que considera que las decisiones tomadas para el desarrollo del proyecto fueron las más adecuadas, eficientes y oportunas, así:

> *"LAS DECISIONES TOMADAS PARA EL DESARROLLO DEL PROYECTO FUERON LAS MÁS ADECUADAS, EFICIENTES Y OPORTUNAS DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO, ADMINISTRATIVO, JURÍDICO Y FINANCIERO.*

Hoy luego de revisar la cadena de decisiones que son cuestionadas por la Contraloría General de la República, estamos absolutamente seguros que las mismas fueron las más acertadas, razonadas y estudiadas desde el punto de vista técnico y financiero: (i) La decisión de no implementar el Business Intelligence recomendado por Penta a Hidroituango, como otro sistema de control y seguimiento al proyecto, por cuanto este es sólo una herramienta, lo mismo que el Gantt y el tablero de control, fue tomada luego de un análisis cuidadoso, que llevó a la conclusión que el sistema de monitoreo del BOOMT con que contaba EPM era más eficiente que el propuesto por la entidad consultora.

(ii) La decisión de no imponer medidas de apremio al contratista EPM, y tampoco instar para la imposición de multas al subcontratista CTIFS, sino establecer mecanismos técnicos para la recuperación de los atrasos del proyecto a la par que se hacía una intervención integral a la zona de influencia de este, resultó ser más efectiva, que los propios requerimientos contractuales que reclama la Contralora, tal como se evidencia en el hecho de que dos días antes de presentarse la contingencia el reasegurador en Zurich, Londres, logró establecer que se estaba cumpliendo con el cronograma y se entraría en operación de la primera unidad en la fecha prevista, situación que también registró la empresa DELOITTE, auditora oficial del seguimiento al cronograma de la CREG, el día 23 de febrero de 2018 en el informe No. 17 de "Auditoría la obligación de cumplir con la Curva S y el Cronograma para la Construcción y Puesta en Operación Comercial de la Hidroeléctrica Ituango al 31 de diciembre de 2017'279, en el cual se consideró un adelanto de ocho (8) días en el inicio de la operación comercial en la Unidad 4.

(iii) Igualmente, desde que se acordó el plan de aceleración en 2015 con el Consorcio CCC a la fecha del informe (28 meses), el proyecto había logrado recuperarse de un retraso del 10,4% en noviembre del 2015 a sólo 1,1°4 acorde con el informe presentado por la empresa DELOITTE, lo cual permitía esperar que el proyecto efectivamente entraría en operación en noviembre de 2018 tal como estaba previsto desde la firma del contrato BOOMT28° entre EPM y la sociedad Hidroituango.

(iv) Finalmente, la decisión técnica que fue presentada por los expertos ante las dificultades geológicas y geotécnicas encontradas en el terreno que hacían más riesgosa, más costosa y más demorada la instalación de las compuertas en los túneles de desviación derecho e izquierdo, como estaba previsto inicialmente, y que consistió en la construcción de un tercer-tunel-. Sin duda alguna era una alternativa que evitaba esos problemas y permitía hacer el desvío del río en el primer verano de 2014, la cual fue concebida, analizada y sustentada por expertos y avalada por el BOARD, tal como se revisó anteriormente.

En síntesis, todas las decisiones tomadas al interior del proyecto fueron respaldadas con estudios técnicos rigurosos, y por ello se demostró que las mismas fueron efectivas en tanto lograron recuperar los atrasos y tener la posibilidad de cumplir con el cronograma y los compromisos asumidos con la

CREG. Situación muy distinta es que, por problemas al parecer constructivos como lo afirma la Contraloría, que no eran del resorte de mi poderdante, se haya presentado una contingencia, la cual, como se ha revisado anteriormente, no está asociada a ninguna de las decisiones que ahora son cuestionadas por el órgano de control."

R/: En su argumento de la apoderada, se limita a exponer las razones por las que considera que las decisiones tomadas fueron las más acertadas. Al resultar netamente subjetivo y al no aportar pruebas adicionales, se remite el Despacho a lo sostenido en el acápite de los argumentos comunes.

Continúa entonces señalando:

"Para sustentar la presunta culpa grave endilgada a mi poderdante, la Delegada lanza fuertes críticas a todas las decisiones tomadas en el proyecto, desde el punto de vista técnico, administrativo y financiero, pero lejos está de acreditar con pares de expertos de las mismas calidades, que las decisiones no fueron acertadas en ese preciso momento y bajo las circunstancias y condiciones en que las mismas fueron analizadas, sustentadas y solventadas desde su pertinencia y viabilidad.

(…)

Frente a este concreto reproche es necesario realizar tres precisiones fundamentales:
1. El informe de PENTA no fue desechado, éste se acogió en cuanto a la propuesta organizacional y de seguimiento, lo que no se consideró adecuado fue el sistema de seguimiento Business Intelligence - BI para el manejo de la información recomendado por la mencionada empresa.
2. Posterior al acogimiento de la estructura administrativa propuesta por PENTA, en el año 2017, no se establecieron nuevos cargos ni se asignaron nuevas funciones para fortalecer el seguimiento al BOOMT, simplemente se crearon dos cargos, con la finalidad de institucionalizar a través de la planta de HI, funciones que venían desempeñando dos contratistas, esto es, crearon los cargos y les asignaron funciones, las cuales ya venían desarrollándose en la práctica por dos profesionales contratados a través de contratos de prestación de servicios.
3. Así como tampoco, durante el año 2017, se acogió el sistema Business Intelligence-BI, toda vez que esté siempre se consideró inadecuado para hacerle el seguimiento al BOOMT.

Así las cosas, es necesario señalar que la observación realizada por la delegada sobre la dilución del control del proyecto por no haber implementado el sistema Business Intelligence-BI, no es afortunada, por cuanto en este momento se analizó, verificó y constató de manera razonada que la implementación de este sistema no sólo era altamente costosa, sino que el mismo resultaba ineficiente para realizar el seguimiento al proyecto, tal como se analizó ampliamente en el desarrollo de las explicaciones correspondientes a este cargo, por cuanto, tal y

como se había advertido por los anteriores Gerentes de HI, con la finalidad de conocer, recibir y analizar la información que suministra EPM Ituango, en HI se había programado la Intranet Corporativa y se habla elabado un Cuadro de Mando integral para manejar la informacion del contrato BOOMT, el cual era más completo y versatil que el sistema propuesto por PENTA. Adicionalmente se consideró que el programa BI implicaba tiempo y recursos económicos importantes, y que además su manejo no resultaba tan eficiente para el control del BOOMT, por lo cual consideraron que el sistema GANT y el tablero de mando elaborados por la Empresa, podian suministrar la información suficiente que Hidroituango requería para la verificación del BOOMT. Los análisis realizados por sus antecesores frente a la inconveniencia de la implementación del sistema Business Intelligence-BI, fueron retomados por mi poderdante en reunión de Junta Directiva realizada el día 31 de octubre de 2012, conforme consta en el Acta 134289, en la cual mi poderdante Maya Salazar, hizo la presentación sobre la definición de la estructura administrativa de NI, la propuesta del consultor PENTA Desarrollo Organizacional, y el análisis de su equipo de trabajo frente a la propuesta presentada por la firma consultora.

En esta presentación, mi poderdante expuso que la planta de personal requerida no implicaba la aplicación de la figura del Bussines Inteligence por costosa y porque con el personal adecuado y la plataforma de información que habia dispuesto EPM era suficiente, igualmente presentó los perfiles requeridos para el personal propuesto y la escala salarial.

Como viene de anotarse, para revisar si se asumía la propuesta de reorganización presentada por PENTA, así como la implementación del sistema Business Intelligence— BI- se realizó un estudio pormenorizado, razonado y sustentado por parte de las directivas de la empresa, quienes finalmente optaron por una estructura administrativa más robusta que la presentada por el consultor, y consideraron que no era viable la implementación del sistema propuesto por resultar costoso e ineficiente para el seguimiento al proyecto, además, que existía un sistema de control eficiente y confiable para realizar el control del cumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas del Contrato BOOMT, el sistema GANTT. De lo anterior, se evidencia que mi poderdante actuó de manera diligente y responsable al realizar el análisis correspondiente con el equipo de trabajo de la propuesta integral presentada por el Consultor, la cual arrojó la necesidad de implementar la reducción de personal sugerida para llevar a cabo el nuevo rol de la sociedad, pero resultaba ineficiente implementar otro sistema de control cuando ya se tenía que era más funcional y operativo, y permitía hacer el seguimiento integral del proyecto como se anotó con anterioridad. De tal cuenta que no se avizora una conducta culposa, negligente ni descuidada de parte del doctor Maya Salazar en el análisis de la propuesta presentada por PENTA, sino todo lo contrario, una actitud totalmente cuidadosa, analítica y reflexiva que permitiera tomar las medidas más adecuadas, económicas y eficientes para la sociedad que representaba. En cuanto al segundo reproche formulado por la Delegada, tal como se advirtió en forma antecedente, a juicio de esta defensa, el Despacho parte de dos premisas equivocadas:

(i) Considerar que el imponer cláusulas de apremio al contratista EPM, hubiese solucionado los problemas de atraso que venían presentándose debido a diferentes factores tales como problemas de orden público, dificultades geológicas, invasiones foráneas, y además el bajo rendimiento del subcontratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-., y así mismo, suponer que estaban dados los presupuestos fácticos y jurídicos para la imposición de estas. (ii) Adicionalmente, el presumir, que la imposición de multas al Consorcio CTIFS, hubiese generado en éste los rendimientos esperados en la ejecución del contrato, y que además era viable esta solución jurídica, pues da por sentado, sin estarlo, que los bajos rendimientos presentados por este consorcio son atruibles a un incumplimiento contractual, cuando claramente se encuentra documentado en el expediente, que los bajos rendimientos presentados por el contratista se debían a una gran cantidad de factores concurrentes. Medidas de apremio al contratista EPM y multas al Sub-contratista CTIFS, como lo sugiere la delegada hubiesen sido totalmente ineficientes para conjurar los atrasos del proyecto. Lo único que hubiese generado el imponer medidas de este tipo, es un ambiente hostil entre las partes, un desanimo en la generación de alternativas y la activación de mecanismos jurídicos de presión sin estar dados los presupuestos para hacerlo, los cuales, en modo alguno hubiesen posibilitado el ubicar el proyecto prácticamente al día con el cumplimiento del cronograma.

Además, luego de un juicioso estudio realizado por un equipo interdisciplinario del contratista EPM, se llegó a la conclusión que el Subcontratista Consorcio CTFS, no presentaba una causal que incumplimiento que posibilitara la imposición de multas y menos aún la declaratoria de caducidad del contrato y de otro lado, no se tenía la posibilidad jurídica de imponer medidas de apremio al contratista EPM por cuanto las mismas tan sólo surgían si se verificaba el incumplimiento de las obligaciones del contratista relacionadas con el hito 9, tal como quedó consignado en forma expresa en el numeral 4.09 del contrato BOOMT -Cláusulas Pena/es de Apremio por Incumplimiento de Hitos.

De tal cuenta, que los atrasos en el proyecto generados en múltiples situaciones, tales como las demoras presentadas en la adjudicación y definición de los procesos contractuales, los problemas de orden público en la zona de influencia del proyecto, los problemas geológicos, las invasiones foráneas, las protestas de mineros y pobladores de la zona, los bajos rendimientos del sub-contratista que tenía a cargo la construcción de los túneles de desviación -Consorcio CTIFS-, no se hubiesen conjurado con las medidas que a lo largo de la imputación de responsabilidad fiscal ha presentado la Delegada como las esperadas, "las que hubiese tomado un buen hombre de negocios", sino con medidas multidisciplinarias, desde el punto de vista social, de seguridad y de estrategias técnicas que generaran mayor eficiencia en el desarrollo de los trabajos como las que finalmente lograron ubicar el proyecto prácticamente al día y calificarse como una de las mejores prácticas gerenaales de carácter internacional, como lo pudo revisar el reasegurador en Zurick a tan sólo dos (2) días de presentarse la contingencia?", como se explicó al inido de este escrito de descargos"

De ahí entonces, que las medidas que propone el Despacho como "acertadas" (imposición de medidas de apremio al contratista EPM e imposición de multas al sub-contratista Consorcio CTIFS) no solamente hubiesen sido totalmente ineficaces e ineficientes para conjurar los atrasos del proyecto, sino que además, hubiesen generado sobrecostos y riesgos jurídicos inaceptables tanto para Hidroituango como para EPM, y por ello, esas medidas se consideraron inaceptables, inconvenientes e improcedentes desde el punto de vista jurídico, y en su lugar, se optó por solucionar los problemas de manera estratégica y eficiente, lo cual posibilitó recuperar los atrasos, ubicar el proyecto prácticamente al orden del día, cumplir con el cronograma propuesto, resolver los problemas geológicos que se fueron presentando con alternativas constructivas debidamente estudiadas y avaladas por expertos,294a la vez que se conservaron los costos del proyecto los cuales siempre se mantuvieron muy por debajo del presupuesto estimado.

En la práctica se demostró que las medidas que fueron asumidas para lograr recuperar los atrasos presentados en el proyecto resultaron ser las más adecuadas, idóneas, eficientes y económicas, no las que se sugieren en el auto de imputación de responsabilidad fiscal.
Pensar que la imposición de multas al sub-contratista y las medidas de apremio a Empresas Públicas hubiesen conjurado los atrasos presentados en el proyecto por múltiples factores, es un análisis simplista que no consulta la realidad, y por ello, en ese preciso momento en que se analizaron las medidas más eficientes para lograr recuperar los plazos del cronograma, las decisiones que fueron tomadas demostraron ser las más efectivas, económicas y eficientes. Tampoco podría predicarse una conducta negligente, omisiva o culposa de mi poderdante por no promover o solicitar la imposición de medidas de apremio a EPM, o de parte de éstos, imposición de multas al subcontratista, por cuanto las mismas no resultaban jurídicamente viables, además de que hubiesen sido claramente ineficaces para conjurar los atrasos que se presentaban.

En relación con el tercer reproche que fue formulado en contra del Dr. Maya Salazar, se advierte, que ciertamente el mismo está fundamentado sobre premisas aparentes, por cuanto, se parte de la omisión de la entrega de la información por parte de mi poderdante en reuniones donde él no participó, y se inobservan las reuniones donde él participa y da cuenta de los atrasos del proyecto, además que informa de las medidas que fueron asumidas por EPM como contratista para conjurar las mismas.

En este caso, también se observa la diligencia, proactividad y eficiencia en el manejo de la información que presentaba mi poderdante, y que en modo alguno, podría reprochársele una posición pasiva, negligente o desdeñosa frente a las labores desempeñadas por éste.

Así mismo, respecto de John Maya y dada su condición de representante legal de NI, de él resultan predicable, las obligaciones establecidas por la legislación mercantil (Ley 222, art. 23) que impone que los administradores de las sociedades entre los que se encuentran los representantes legales y miembros

de juntas directivas "deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad". Tal y como se explicó con holgura en las páginas precedentes, las acciones desplegadas por mi poderdante NUNCA obedecieron a falta de diligencia, y por tanto NO pueden ser calificadas como culpa grave en los términos de la sentencia la sentencia 619 de 2002, por la cual se declaró la inexequibilidad del parágrafo segundo del artículo 4 y el 53 de la ley 610 de 2000.

Siendo necesario finalmente establecer que la Ley 222 de 1995, invocada por la Contraloría para fundamentar el juicio de reproche es totalmente inaplicable, por cuanto el régimen de responsabilidad del administrador social se conoce bajo una responsabilidad subjetiva comprendida en el deber de diligencia y con la entrada en vigor de la Ley 222 de 1995, la conducta del administrador se interpreta en torno a la exigencia de buen hombre de negocios que responde hasta por culpa levísima, lo cual claramente se encuentra en contravía de lo ordenado en la ya mencionada sentencia 619 de 2002."

R:/ Se reitera a la apoderada, que en la imputación no se "lanzan críticas", se reprochan acciones y/u omisiones con base al análisis objetivo del material probatorio obrante en el expediente, mismo que contrario sensu a lo aducido por la apoderada, siempre ha estado disponible para la consulta permanente de los apoderados, distinto es que las solicitudes de la apoderada se hayan limitado a las copias de los actos administrativos expedidos en el transcurso del proceso.

Nuevamente la apoderada hace un recuento de los reproches del auto de imputación, sin agregar nada distinto a lo expuesto en el desarrollo particular de los mismos, por lo que se remite esta Delegada a lo expuesto, indicando nuevamente que no se logró desvirtuar lo señalado en la Imputación.

Finalmente se refiere la apoderada a lo que considera un "Prejuzgamiento Indebido", y a las "Graves imprecisiones en el Auto de Imputación", en los siguientes términos:

"XIII. PREJUZGAMIENTO INDEBIDO: PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD QUE SOSLAYA LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO DE DEFENSA:

No puede pasar por alto esta defensa la pluralidad de expresiones que utiliza la Delegada, y que dejan entrever un prejuzgamiento en contra de mi poderdante, parece ser, que se ha olvidado que está asistido de presunción de inocencia, para cernir en su contra un claro juzgamiento de manera anticipada, así lo dejan entrever las expresiones de la Delegada en el auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando refiere:

"Adicionalmente, si bien las áreas técnicas pueden servir de apoyo para la toma de decisiones, no desplazan las competencias del señor Maya como Gerente

de Hi, pues como él mismo lo reconoce, dichas instancias únicamente hacen recomendaciones y era al señor Maya a quien le correspondía informarse en debida forma para la toma de decisiones, las cuales, desde su calidad de gerente de la sociedad, deberían haberse adoptado en el mejor interés de la sociedad. Lo que en el caso concreto tal y como se demostró no ocurrió". (negrillas nuestras), (página 1055) "En este sentido, como se probó, las conductas desplegadas por JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, como Gerente de Hi y miembro con voz en la Junta Directiva de Hi, obedecieron a conductas que se apartaron del modelo de buen hombre de negocios y, más aún ni siquiera atendieron al cuidado que una persona poco diligente tiene respecto de sus propios negocios, motivo por el cual fueron calificadas por este Despacho como culpa grave, así mismo se probó que tuvieron incidencia directa en la ocurrencia del daño endilgado y fueron tomadas por él, obrando en cada una de sus calidades con conocimiento de causa y con todo el conocimiento que su formación y amplia trayectoria profesional le otorgaban." (negrillas nuestras) (página 1058) "Aunado a lo anterior, ha quedado plenamente demostrado-gracias a los informes causa raíz que hacen parte del proceso: Skava, Integral, Lombardi y los reaseguradores, que la geología no fue la causa principal atribuible al daño, ha quedado plenamente demostrado que las acciones y omisiones administrativas atribuibles a los presuntos responsable y, en particular a JOHN ALBERTO MAYA tuvieron incidencia directa en la materialización del daño, por lo que este argumento no está llamado a prosperar"

"En este sentido, el argumento presentado no está llamado a prosperar, por cuanto del análisis del material probatorio obrante en el plenario, tal y como se explicó líneas atrás este Despacho encontró demostrados los elementos que constituyen la responsabilidad fiscal atribuible al presunto responsable. "Los elementos de la responsabilidad fiscal han quedado plenamente demostrados, tal y como se explicó, las acciones desplegadas por el señor Maya obedecieron a falta de diligencia que se le exige a una persona con sus propios negocios, puesto que no atendió a las exigencias de conducta anteriormente explicadas que implicaban el desarrollo cuidadoso de las funciones encomendadas legal y estatutariamente como gerente de Hl, pues no actuó en el mejor interés de la sociedad que representaba. (negrillas nuestras

La pregunta que surge obligada luego de leer los extractos del auto de responsabilidad fiscal, es si, para la DELEGADA LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL han quedado plenamente demostrados, este juicio sólo constituye un eufemismo retórico para validar una sentencia que ya fue proferida en contra de mi poderdante en el auto de imputación de responsabilidad fiscal. Es claro, hiriente y salta a la vista de cualquier lector, el claro prejuzgamiento que ha realizado la Delegada en este caso, y concretamente en contra del doctor MAYA SALAZAR

XV. GRAVES IMPRECISIONES DE LA CONTRALORA DELEGADA EN EL AUTO DE IMPUTACIÓN NRO. 1484 DE 2020

Aunque a lo largo de este escrito de la "Presentación de descargos, medios defensivos y pruebas" del doctor John Alberto Maya Salazar se ha hecho referencia a ciertas manifestaciones y aseveraciones imprecisas que ha proferido la Contraloría General de la República en el Auto Nro. 1484 de 2020, procede esta defensa a dejar expresa constancia y nota de protesta en contra de estas irregularidades. Para ello, primero se cita textualmente el aparte del auto de imputación, y luego se presentan las respectivas aclaraciones. 1. En la pág. 1019 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "Tanto el material probatorio aludido, como el Certificado de Asistencia a Juntas Directivas, aportado por la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, permite concluir que el señor Maya, en cumplimiento de sus deberes como representante legal de la sociedad, participó en las reuniones de Junta Directiva de Hidroituango, a partir del 2008, asistiendo por primera vez en la sesión No 89 del 12 de noviembre de 2008 y hasta la 128 del 30 de noviembre de 2011, cabe resaltar que en su calidad de gerente de Hi, tenía voz, pero no voto al interior del órgano directivo." No se entiende cómo la Contraloría sitúa al doctor Maya en reuniones entre 2008 y 2011, cuando en realidad él ingresó a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango a partir del 16 de septiembre de 2012, y se desempeñó como Gerente hasta febrero 29 de 2016. Por tanto, la Contralora Delegada lo puso a sesionar cuatro (4) años antes de su ingreso, y con la gravedad de relacionar número de sesión y fechas tanto de inicio como de retiro de dicha Junta en la que él nunca participó. Hubiera bastado revisar su certificado laboral para darse cuenta de que esto no era verdad. Adicionalmente hacen referencia al Certificado de Asistencia aportado por la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, pero de la diáfana lectura de dicho documento no se sustenta en modo alguno tal afirmación

En la pág. 1026 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que:

"En el acta 11 del comité de seguimiento al contrato BOOMT del 23 de abril de 2012, se evidencia como se permitió al contratista incluir salvedades tan graves como que "no estaba de acuerdo con el cronograma", aún a sabiendas que el objeto de un cronograma es precisamente establecer los tiempos en los que han de cumplirse las obras, ante esto John Maya guardó silencio, pese a que de entrada representaba que lo consignado en el referido documento no iba a cumplirse:" Nuevamente la Contraloría le endilga al doctor Maya responsabilidades y acciones que no realizó, igual como en el caso anterior, puesto que para esa fecha él aún no había ingresado a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango. Por lo tanto, era imposible decir algo en ese Comité de Seguimiento, ni mucho menos cuestionar que "John Maya guardó silencio". Es increíble la manera tan ligera e irresponsable como el órgano de control da por acreditadas expresiones o actitudes que son irreales, falsas, totalmente ajenas a la realidad, y en su lugar las da como ciertas. Esto en abierta afectación de los derechos subjetivos de mi poderdante. 3. En la pág. 1034 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "En su informe de gerencia del Acta 133 del 4 de septiembre de 2012. El señor Maya se limitó a exponer la necesidad de modificar el cronograma de proyecto en el que, pese a hablar de las cláusulas de apremio, se limitó a aplaudir los esfuerzos realizados por EPM para poder lograr la desviación del Rio en el 2013, olvidando que eran los intereses de Hi- en su calidad de gerente-los que debía salvaguardar y no los de EPM".

Nuevamente y como se expliqué en los casos anteriores, para esa época (4 de septiembre de 2012), el doctor John Alberto Maya Salazar NO había ingresado a la Sociedad. Aquí la situación es más grave, dado que la Contraloría asevera que él hizo una presentación, lo cual es totalmente falso, y de una manera tendenciosa, mal intencionada y sarcástica concluyen que se limitó a aplaudir. Otra evidencia más del afán de la Contraloría en acusar al doctor John Alberto Maya Salazar de expresiones que no pronunció, u acciones que no realizó. Sin embargo, con toda desfachatez las presentan como pruebas para imputarle unos cargos de los cuales no es responsable. Con esta actuación se demuestra que en el órgano de con control no hay imparcialidad en el esclarecimiento de los hechos.

"En el acta 11 del comité de seguimiento al contrato BOOMT del 23 de abril de 2012, se evidencia como se permitió al contratista incluir salvedades tan graves como que "no estaba de acuerdo con el cronograma", aún a sabiendas que el objeto de un cronograma es precisamente establecer los tiempos en los que han de cumplirse las obras, ante esto John Maya guardó silencio, pese a que de entrada representaba que lo consignado en el referido documento no iba a cumplirse:" Nuevamente la Contraloría le endilga al doctor Maya responsabilidades y acciones que no realizó, igual como en el caso anterior, puesto que para esa fecha él aún no había ingresado a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango. Por lo tanto, era imposible decir algo en ese Comité de Seguimiento, ni mucho menos cuestionar que "John Maya guardó silencio". Es increíble la manera tan ligera e irresponsable como el órgano de control da por acreditadas expresiones o actitudes que son irreales, falsas, totalmente ajenas a la realidad, y en su lugar las da como ciertas. Esto en abierta afectación de los derechos subjetivos de mi poderdante. 3. En la pág. 1034 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "En su informe de gerencia del Acta 133 del 4 de septiembre de 2012. El señor Maya se limitó a exponer la necesidad de modificar el cronograma de proyecto en el que, pese a hablar de las cláusulas de apremio, se limitó a aplaudir los esfuerzos realizados por EPM para poder lograr la desviación del Rio en el 2013, olvidando que eran los intereses de Hi- en su calidad de gerente-los que debía salvaguardar y no los de EPM". Nuevamente y como se expliqué en los casos anteriores, para esa época (4 de septiembre de 2012), el doctor John Alberto Maya Salazar NO había ingresado a la Sociedad. Aquí la situación es más grave, dado que la Contraloría asevera que él hizo una presentación, lo cual es totalmente falso, y de una manera tendenciosa, mal intencionada y sarcástica concluyen que se limitó a aplaudir. Otra evidencia más del afán de la Contraloría en acusar al doctor John Alberto Maya Salazar de expresiones que no pronunció, u acciones que no realizó. Sin embargo, con toda desfachatez las presentan como pruebas para imputarle unos cargos de los cuales no es responsable. Con esta actuación se demuestra que en el órgano de con control no hay imparcialidad en el esclarecimiento de los hechos.

En la pág. 1040 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "No obstante la gravedad de la situación y las implicaciones de los atrasos, en acta de seguimiento de BOOMT No. 17 de 25 de octubre de 2012, el señor Maya expresó que podría ser prematuro decirle a la Junta Directiva que se iba a

desplazar la entrada del proyecto, lo anterior, por considerar que apenas se iban a iniciar las obras principales". Aquí nuevamente, aunque el doctor John Maya sólo llevaba un (1) mes de posesionado en el cargo de Gerente de Hidroituango, y apenas estaba entendiendo la magnitud y complejidad de este mega proyecto, la Contraloría pone en su boca y con nombre propio expresiones o aseveraciones respecto de las cuales no se puede determinar con certeza su autoría, debido a la vaguedad como quedaron consignadas en el acta, así: "HI considera que puede ser prematuro decirle ala JD que se va a desplazar el proyecto considerando que apenas se van a iniciar las obras principales. En esa sesión participaron como representantes de HI el Dr. Oscar Jaramillo (como Director de Técnico), y John Maya (como gerente de la Sociedad). ¿Por qué entonces la Contraloría concluye que fue John Maya el que dijo eso? Considerando el poco tiempo que llevaba en el cargo el doctor John Maya, era mucho más factible que esto lo hubiera dicho el Dr. Oscar Jaramillo, ya que él trabajaba con HI de tiempo atrás, y conocía todo el devenir del proyecto. Por esa razón tenía la autoridad para indicar que lo manifestado por EPM no era un tema absoluto, puesto que la posición de HI fue siempre que la primera máquina debía entrar a operar en el año 2018. Por lo tanto, lo expuesto por EPM no era de recibo para los representantes de la Sociedad HI, y mucho más cuando se habla de que la ruta crítica estaba en las obras principales, casa de máquinas y vertedero. Éstas no se habían iniciado cuando EPM hizo ese planteamiento. No se podía hablar de que "el resultado que se obtuvo es que se desplazará la entrada en operación de la primera máquina en 9 meses". Aquí nuevamente se denota un afán de la Contraloría por acusar a John Maya de hechos que, en este caso, no se pueden determinar

En la pág. 1051 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que:

"Ahora bien, en relación con el nexo causal entre el daño ocasionado al erario y la conducta desplegada por el señor JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, en su calidad miembro principal de la Junta Directiva y Gerente de EPM para la época de los hechos". Con este párrafo es palmario que le imputan nexo de causalidad a John Maya bajo una especie de doble militancia (Gerente de EPM y miembro de Junta de Directivo de HI), cuando en realidad él solo se desempeñó en el rol de Gerente de Hidroituango durante el periodo 2012-2016. 7. En la pág. 1052 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: ".... por el BOARD de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos (negrilla nuestro), como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación Ituango como asesor, de epm como contratante y de Hidroituango desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto." Como lo plantea la Contraloría, y lo reitera en varias ocasiones el Auto Nro. 1484 de 2020, el problema real de Hidroituango fue la construcción defectuosa de la GAD o tercer túnel de desviación. Este tercer túnel, como se demostró con holgura en los descargos precedentes, fue construido en los años 2016 y 2017, época en la cual John Maya ya no pertenecía a la Sociedad

> *Hidroeléctrica Ituango. Por lo tanto, la vigilancia, control y seguimiento del proyecto HI le correspondía a la administración de ese entonces."*

R/: Se debe recordar a la apoderada lo que se tiene por el término "Prejuzgamiento", la Rae lo define como: "Juzgar una cosa o a una persona antes del tiempo oportuno, o sin tener el cabal conocimiento". Una cosa es emitir un juicio acerca de la conducta del señor Maya Salazar, lo cual no ocurrió, la otra, es reprochar sus acciones y/u omisiones con base en el material probatorio obrante en el expediente.

La apoderada, sin otro argumento que su interpretación errada de lo consignado en la imputación señala que la siguiente consigna es prueba de la existencia de un presunto prejuzgamiento en contra de su prohijado:

> *"Los elementos de la responsabilidad fiscal han quedado plenamente demostrados, tal y como se explicó, las acciones desplegadas por el señor Maya obedecieron a falta de diligencia que se le exige a una persona con sus propios negocios, puesto que no atendió a las exigencias de conducta anteriormente explicadas que implicaban el desarrollo cuidadoso de las funciones encomendadas legal y estatutariamente como gerente de HI, pues no actuó en el mejor interés de la sociedad que representaba."*

Parece que desconociera la apoderada, que la Ley 610 de 2000, exige en la imputación la acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal, que fue justamente el ejercicio adelantado por esta Delegada, tras un análisis fidedigno del material probatorio obrante en el plenario y ampliamente referenciado a lo largo del acto administrativo señalado por la apoderada, el cual al resultar contrario a los intereses de su prohijado, ha buscado desestimar recurriendo en su mayoría a sus apreciaciones, sin estar estas sustentadas en pruebas contundentes. No puede la apoderada aseverar que el cumplimiento de una exigencia legal, se configura en un prejuzgamiento, sencillamente porque lo consignado no le es favorable a quien representa.

Al respecto se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado[413], en el sentido de indicar que la formulación de cargos, o implica prejuzgamiento:

> "*Cosa bien distinta es que desde el momento de la formulación del pliego existiese una multitud de pruebas de distinta índole en el expediente disciplinario, todas las cuales apuntaban, en forma coherente y casi obvia, hacia la responsabilidad del señor Roa por haber participado activamente dentro de la maniobra engañosa destinada a expoliar al ciudadano Germán Rodríguez y hacerle creer que mediante el pago de altas sumas de dinero se haría a la adjudicación –por cierto fraudulenta-*

[413] Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo- Sección Segunda, Subsección A. Rad. 11001-03-25-000-2010-00068-00(0690-10)- C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

> *de un predio en Puerto López. En efecto, son tantas y tan creíbles las pruebas que fueron recaudadas desde el principio mismo de la investigación disciplinaria en contra del señor Roa, incluyendo las consignaciones de dineros por el señor Rodríguez en su cuenta y un torpe intento de retractación forzada posteriormente desmentido por el quejoso, que era elemental que el pliego de cargos estuviese formulado con la solidez probatoria, la coherencia lógica y la consistencia fáctica y jurídica con la cual fue adoptado por el Secretario General del INCODER. El hecho de que todas las pruebas proveyeran desde el inicio un nivel alto de certeza sobre la comisión de las conductas reprochadas por el señor Roa, y que esta solidez probatoria se hubiera visto reflejada en la formulación de los cargos imputados al disciplinado, no significa que hubiese existido un prejuzgamiento. Sería absurdo exigirle a la autoridad disciplinaria que haga caso omiso de aquello que el acervo probatorio le está señalando con prístina claridad y formule un pliego de cargos precario que no refleje las evidencias debidamente recaudadas en el proceso correspondiente, en aras de una mal entendida presunción de inocencia del investigado. Al contrario, la propia ley disciplinaria exige que (a) sólo se formule el pliego de cargos cuando exista suficiente prueba como para comprometer la posible responsabilidad del disciplinado en una falta objetivamente demostrada, y (b) el pliego de cargos incluya dentro de su contenido, como un componente mínimo, la indicación de las pruebas obrantes en la investigación que apunten hacia la responsabilidad del servidor público respectivo."*

Este Despacho ha brindado todas las garantías legales y procesales para que los apoderados ejerzan el derecho a la defensa, y ese es justamente el fin de todo proceso de responsabilidad Fiscal, llegar a la verdad con base en un análisis probatorio serio, distinto es que las pruebas allegadas por la apoderada, no hayan logrado desvirtuar las conductas reprochadas por este Despacho.

En lo tocante a lo que la apoderada considera "*Graves Imprecisiones*" en la imputación, vale la pena tomar una a una, en aras de exponer por qué no le asiste la razón:

1. *En la pág. 1019 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "Tanto el material probatorio aludido, como el Certificado de Asistencia a Juntas Directivas, aportado por la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, permite concluir que el señor Maya, en cumplimiento de sus deberes como representante legal de la sociedad, participó en las reuniones de Junta Directiva de Hidroituango, a partir del 2008, asistiendo por primera vez en la sesión No 89 del 12 de noviembre de 2008 y hasta la 128 del 30 de noviembre de 2011, cabe resaltar que en su calidad de gerente de Hi, tenía voz, pero no voto al interior del órgano directivo." No se entiende cómo la Contraloría sitúa al doctor Maya en reuniones entre 2008 y 2011, cuando en realidad él ingresó a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango a partir del 16 de septiembre de 2012, y se desempeñó*

como Gerente hasta febrero 29 de 2016. Por tanto, la Contralora Delegada lo puso a sesionar cuatro (4) años antes de su ingreso, y con la gravedad de relacionar número de sesión y fechas tanto de inicio como de retiro de dicha Junta en la que él nunca participó. Hubiera bastado revisar su certificado laboral para darse cuenta de que esto no era verdad. Adicionalmente hacen referencia al Certificado de Asistencia aportado por la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, pero de la diáfana lectura de dicho documento no se sustenta en modo alguno tal afirmación

No es cierto que se haya indicado que el señor Maya actuó en reuniones del 2008 y 2011 en calidad de Gerente de Hi ni erró el Despacho al indicar ese espacio temporal en el que se desempeñó como gerente de la sociedad Hi, una vez más la apoderada trata de tergiversar lo expuesto en la imputación, sin indicar cuando señaló el Despacho la supuesta participación de su prohijado en Juntas Directivas del periodo señalado.

Tan preciso fue el Despacho, que indicó las reuniones de junta directiva en las cuales participó el señor Maya, en los siguientes términos:

“Así las cosas, se tiene que John Alberto Maya Salazar, participó en las siguientes juntas directivas:

No. Acta	Fecha
134	Octubre 31 de 2012
135	Noviembre 30 de 2012
136	Diciembre 13 de 2012
137	Febrero 6 de 2013
138	Febrero 25 de 2013
139	Abril 11 de 2013
141	Agosto 2 de 2013
142	Octubre 18 de 2013
143	Enero 20 de 2014
144	Marzo 4 de 2014
145	Abril 11 de 2014
146	Mayo 5 de 2014
147	Mayo 26 de 2014
148	Junio 9 de 2014
149	Julio 31 de 2014
150	Agosto 15 de 2014
151	Noviembre 7 de 2014
152	Marzo 3 de 2015

153	Mayo 4 de 2015
154	Mayo 27 de 2015
155	Julio 28 de 2015
156	Septiembre 23 de 2015
157	Noviembre 26 de 2015
158	Diciembre 28 de 2015
159	Febrero 26 de 2016

Se tiene entonces, que cada uno de los reproches endilgados al señor Maya, se basaron en sus acciones y/u omisiones durante el periodo anteriormente señalado, por lo que el aparte transcrito por la apoderada, evidencia únicamente un error involuntario de transcripción, pues de la lectura armónica de la imputación, se tiene que los hechos acaecidos en el periodo comprendido entre el 2008 y hasta septiembre de 2011, no le fueron endilgados, ni mucho menos reprochados, distinto es que esta Delegada se haya valido de material probatorio de dicha data, en aras de contextualizar a profundidad cada una de las conductas.

La Corte Constitucional[414] se ha pronunciado acerca de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, así:

> *"5.4.1. El artículo 228 de la Constitución prevé que en las actuaciones que se adelanten ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. Este tribunal ha puesto de presente que el derecho formal o adjetivo, valga decir, el que rige el procedimiento tiene una función instrumental, pese a que de él depende la garantía del principio de igualdad ante la ley y en su aplicación y el freno a la arbitrariedad, no es un fin en sí mismo.*
> *5.4.2. Al tener una función instrumental, el derecho formal o adjetivo es un medio al servicio del derecho sustancial, de tal suerte que su fin es la realización de los derechos reconocidos por el derecho sustancial. Entre uno y otro existe una evidente relación de medio a fin. De ahí que, la conducta de sacrificar el derecho sustancial, por el mero culto a la forma por la forma, se enmarque dentro de una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como es el caso del exceso ritual."*

2. *En la pág. 1026 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "En el acta 11 del comité de seguimiento al contrato BOOMT del 23 de abril de 2012, se evidencia como se permitió al contratista incluir salvedades tan graves como que "no estaba de acuerdo con el cronograma", aún a sabiendas que el objeto de un cronograma es precisamente establecer los tiempos en los que han de cumplirse las obras, ante esto John Maya guardó silencio, pese a que de entrada representaba que lo consignado en el referido documento no iba a cumplirse:" Nuevamente la Contraloría le endilga al doctor Maya responsabilidades y acciones que no realizó, igual como en el caso anterior,*

[414] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-499 DEL 2015. M.P María Victoria Calle Correa

puesto que para esa fecha él aún no había ingresado a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango. Por lo tanto, era imposible decir algo en ese Comité de Seguimiento, ni mucho menos cuestionar que "John Maya guardó silencio". Es increíble la manera tan ligera e irresponsable como el órgano de control da por acreditadas expresiones o actitudes que son irreales, falsas, totalmente ajenas a la realidad, y en su lugar las da como ciertas. Esto en abierta afectación de los derechos subjetivos de mi poderdante. 3. En la pág. 1034 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "En su informe de gerencia del Acta 133 del 4 de septiembre de 2012. El señor Maya se limitó a exponer la necesidad de modificar el cronograma de proyecto en el que, pese a hablar de las cláusulas de apremio, se limitó a aplaudir los esfuerzos realizados por EPM para poder lograr la desviación del Rio en el 2013, olvidando que eran los intereses de Hi-en su calidad de gerente-los que debía salvaguardar y no los de EPM". Nuevamente y como se expliqué en los casos anteriores, para esa época (4 de septiembre de 2012), el doctor John Alberto Maya Salazar NO había ingresado a la Sociedad. Aquí la situación es más grave, dado que la Contraloría asevera que él hizo una presentación, lo cual es totalmente falso, y de una manera tendenciosa, mal intencionada y sarcástica concluyen que se limitó a aplaudir. Otra evidencia más del afán de la Contraloría en acusar al doctor John Alberto Maya Salazar de expresiones que no pronunció, u acciones que no realizó. Sin embargo, con toda desfachatez las presentan como pruebas para imputarle unos cargos de los cuales no es responsable. Con esta actuación se demuestra que en el órgano de con control no hay imparcialidad en el esclarecimiento de los hechos.

Nuevamente la apoderada pone en boca del Despacho aseveraciones nunca realizadas, no es cierto que se haya indicado que el señor Maya guardó silencio en la reunión No. 11 del comité de seguimiento al BOOMT, sino que se usó lo consignado como contexto de la situación, lo anterior se entiende con una simple lectura integral del texto de la imputación, el cual la apoderada insiste en tergiversar, simplemente porque lo allí consignado no es favorable a los intereses de su representado, en cuanto a lo consignado en el Acta No. 133 de la Junta Directiva, el Despacho se sostiene en lo arriba expuesto, al señalar que si bien el señor Maya no participó, 2 meses después de su desarrollo, el tema tratado en la Junta Directiva fue el mismo y el señor Maya si guardó silencio. Nuevamente se señala que los términos empleados por la apoderada, carecen de tecnicismo, faltan al lenguaje jurídico, y constituyen expresiones irrespetuosas, carentes de sustento.

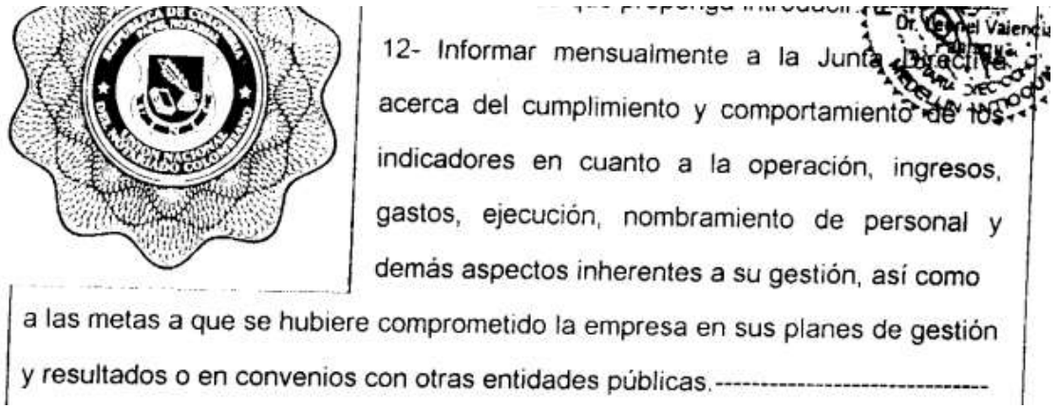
3. *En la pág. 1040 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "No obstante la gravedad de la situación y las implicaciones de los atrasos, en acta de seguimiento de BOOMT No. 17 de 25 de octubre de 2012, el señor Maya expresó que podría ser prematuro decirle a la Junta Directiva que se iba a desplazar la entrada del proyecto, lo anterior, por considerar que apenas se iban a iniciar las obras principales". Aquí nuevamente, aunque el doctor John Maya sólo llevaba un (1) mes de posesionado en el cargo de Gerente de Hidroituango, y apenas estaba entendiendo la magnitud y complejidad de este mega proyecto, la Contraloría pone en su boca y con nombre propio*

expresiones o aseveraciones respecto de las cuales no se puede determinar con certeza su autoría, debido a la vaguedad como quedaron consignadas en el acta, así: "HI considera que puede ser prematuro decirle a la JD que se va a desplazar el proyecto considerando que apenas se van a iniciar las obras principales. En esa sesión participaron como representantes de HI el Dr. Oscar Jaramillo (como Director de Técnico), y John Maya (como gerente de la Sociedad). ¿Por qué entonces la Contraloría concluye que fue John Maya el que dijo eso? Considerando el poco tiempo que llevaba en el cargo el doctor John Maya, era mucho más factible que esto lo hubiera dicho el Dr. Oscar Jaramillo, ya que él trabajaba con HI de tiempo atrás, y conocía todo el devenir del proyecto. Por esa razón tenía la autoridad para indicar que lo manifestado por EPM no era un tema absoluto, puesto que la posición de HI fue siempre que la primera máquina debía entrar a operar en el año 2018. Por lo tanto, lo expuesto por EPM no era de recibo para los representantes de la Sociedad HI, y mucho más cuando se habla de que la ruta crítica estaba en las obras principales, casa de máquinas y vertedero. Éstas no se habían iniciado cuando EPM hizo ese planteamiento. No se podía hablar de que "el resultado que se obtuvo es que se desplazará la entrada en operación de la primera máquina en 9 meses". Aquí nuevamente se denota un afán de la Contraloría por acusar a John Maya de hechos que, en este caso, no se pueden determinar

R/: El mayor representante de la sociedad era en su momento el Dr. Maya Salazar, de ninguna manera es dable argumentar que dada su posesión reciente, no tenía el deber de estar informado de la situación actual del proyecto de la sociedad de objeto único que dirigía, en caso de no haber estado de acuerdo, pudo, tanto solicitar la corrección del acta, como consignar la salvedad, o mejor aún, llevar la información de manera transparente a la Junta Directiva, lo cual la apoderada no pudo demostrar, porque sencillamente no ocurrió. Como se expresó líneas atrás, el señor Maya era el canal directo de comunicación con la junta y faltó a sus obligaciones, así la apoderada pretenda hacer ver lo expuesto por el Despacho como una suerte de acto elaborado con miras a perjudicar directamente a su prohijado, nuevamente sus apreciaciones son críticas infundadas, irrespetuosas, subjetivas y carentes de sustento probatorio alguno.

Aunado a lo anterior, de conformidad con el artículo 49 de los estatutos de la sociedad[415], la función de exponer los informes en la junta directiva, era del gerente de la sociedad, no de su director técnico, así:

[415] Escritura 771 de 19 de marzo de 2003. CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA J ESTATUTOS\ESTATUTOS\PRINCIPALES



12- Informar mensualmente a la Junta Directiva acerca del cumplimiento y comportamiento de los indicadores en cuanto a la operación, ingresos, gastos, ejecución, nombramiento de personal y demás aspectos inherentes a su gestión, así como a las metas a que se hubiere comprometido la empresa en sus planes de gestión y resultados o en convenios con otras entidades públicas.----------

4. *En la pág. 1051 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: "Ahora bien, en relación con el nexo causal entre el daño ocasionado al erario y la conducta desplegada por el señor JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, en su calidad miembro principal de la Junta Directiva y Gerente de EPM para la época de los hechos". Con este párrafo es palmario que le imputan nexo de causalidad a John Maya bajo una especie de doble militancia (Gerente de EPM y miembro de Junta de Directivo de HI), cuando en realidad él solo se desempeñó en el rol de Gerente de Hidroituango durante el periodo 2012-2016. 7. En la pág. 1052 del Auto Nro. 1484 de 2020 se afirmó que: ".... por el BOARD de expertos, condujo a la construcción de obras que no se encontraban inicialmente planeadas y específicamente de un tercer túnel de desviación, el cual adoleció de defectos constructivos (negrilla nuestro), como consecuencia de la falta de diligencia del contratista, así como de la ausencia de control y seguimiento por parte del interventor, del consorcio generación Ituango como asesor, de epm como contratante y de Hidroituango desde sus obligaciones de vigilancia y control establecidas en el contrato BOOMT como dueño del proyecto." Como lo plantea la Contraloría, y lo reitera en varias ocasiones el Auto Nro. 1484 de 2020, el problema real de Hidroituango fue la construcción defectuosa de la GAD o tercer túnel de desviación. Este tercer túnel, como se demostró con holgura en los descargos precedentes, fue construido en los años 2016 y 2017, época en la cual John Maya ya no pertenecía a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango. Por lo tanto, la vigilancia, control y seguimiento del proyecto HI le correspondía a la administración de ese entonces."*

R/: La conducta reprochada se desarrolló exclusivamente con base al rol del señor Maya como Gerente de la Sociedad, HI, por lo que no puede la apoderada aseverar que se le impuso alguna suerte de "*Doble Militancia*", nuevamente sorprende que la tan defendida tesis de lectura integral, opere únicamente para la conveniencia de la apoderada, y no a la hora de interpretar armónicamente el Auto de imputación.

Basta con leer el contexto de la cita de la apoderada para entender que se trató de un error involuntario de transcripción, que en nada afecta el fondo del asunto, pues salta a la vista, que las acciones reprochadas al señor Maya tuvieron lugar únicamente en el periodo en el que este desempeñó sus funciones, y que la apoderada, desconoce el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre la

forma, en aras de desestimar lo argumentado por el Despacho, no a través de argumentos de derecho, sino valiéndose del uso de un error para tratar de descontextualizar lo sostenido, que tal como se vio, se encuentra plenamente soportado, y no obedece a nada distinto que al fiel análisis y valoración del material probatorio obrante en el plenario

Así las cosas, queda demostrado que en el auto de imputación no existieron graves imprecisiones, sino un error involuntario, que no tiene la entidad de modificar el sentido de los reproches en contra del señor Maya, y por lo tanto, en nada afectan el contenido del Auto de Imputación, ni dan lugar a desvirtuar lo consignado en este, pues obedecen simplemente a intentos vanos de la apoderada de desviar lo sostenido por el Despacho en la imputación.

Continúa la apoderada presentando los argumentos de defensa del señor FEDERICO RESTREPO POSADA, mediante escrito de descargos con radicado 2021ER0043672[416] del 13 de abril de 2021, Aracelly Tamayo Restrepo, allegó el escrito de descargos del señor Federico José Restrepo Posada.

Cabe señalar que, una vez analizado el referido documento, se encontró que varios de los argumentos desplegados por la apoderada, son idénticos a los consignados en los descargos de los demás imputados que representa, motivo por el cual fueron resueltos en el acápite denominado “argumentos comunes”, por lo que, en todo lo pertinente este Despacho se permite a lo allí expuesto.

Tras haber analizado los argumentos comunes, corresponde resolver aquellos formulados por la apoderada en el caso particular del señor Restrepo Posada.

Inicia la apoderada, exponiendo que, -según su interpretación- los reproches endilgados por este Despacho a su poderdante, se hicieron únicamente con base en su rol como miembro de la junta directiva de HI, posteriormente transcribe las funciones corporativas del referido órgano directivo, así:

> *“II. Aclaración necesaria en cuanto a la vinculación de FEDERICO RESTREPO PASADA como Gerente de EPM y miembro de Junta Directiva de Hidroituango: Delimitación de funciones y competencias*
> *En el auto de imputación de responsabilidad fiscal a folios 445, el Despacho aclaró que: “la vinculación de FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA a esta actuación e origina tal como lo señala el Auto 945 del 8 de noviembre de 2019, por su calidad de miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Hidroeléctrica; sin embargo, no se debe desconocer que su ingreso y permanencia en la misma obedeció al cargo que ostentaba en una de las empresas accionistas de la Sociedad EPM, en la que se desempeñó como gerente general”. Sin embargo, al momento de revisar la estructura de los siete (7) cargos que fueron imputados*

[416] Fl. 23791-23885

a mi poderdante, el reproche que le es realizado, lo es como miembro de Junta Directiva de HI, y no en su condición de Gerente de EPM. Realizada esta aclaración, abordaremos el análisis y refutación del cargo, concretamente frente al rol desempeñado por mi poderdante y la definición del hecho que le es imputado, haciendo referencia en cada caso concreto a las razones por las cuales se rechaza la imputación y los fundamentos de oposición a la misma.

III. Funciones corporativas de la Junta Directiva de Hidroituango

Todos estos estándares, trasladados al ámbito nacional son recogidos por la Superintendencia de Sociedades, entidad que en asocio con Confecámaras (Red de Cámaras de Comercio) y Cámara de Comercio de Bogotá elaboraron en 2020 la "Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo para empresas competitivas, productivas y perdurables". Allí establecen una serie de deberes generales y específicos, que merecen ser analizados en el caso concreto.

1. Claridad en el ejercicio de los roles de propiedad, dirección y gerencia, así como la definición de un propósito común

2. Promover una cultura de cumplimiento y ética4

3. La Junta Directiva debe contar con una estructura adecuada para facilitar la toma de decisiones directivas y estratégicas4

4. La empresa debe definir, de manera clara y expresa, las funciones de la Junta Directiva

5. Las reglas de operación de la Junta Directiva deben facilitar la acción efectiva de esta instancia de gobierno5

6. La empresa debe adoptar instrumentos que le permitan fijar con claridad sus objetivos, alinear sus instancias de gobierno en torno a estos y controlar la consecución de las metas trazadas, asegurando decisiones armónicas entre el equipo gerencial y la Junta Directiva

7. La empresa debe contar con mecanismos para gestionar adecuadamente los riesgos de modo que pueda enfrentar los desafíos propios de un entorno dinámico y cambiante"

Lo anterior, falta a la verdad, pues varios reproches están estructurados justamente en el hecho de no haberse declarado inmerso en conflicto de intereses, precisamente por la doble condición que ostentaba, tal y como se verá más adelante.

Tras abordar los siguientes argumentos: i) La dimensión del proyecto Hidroituango implicaba la división de trabajo en personal especializado, con experiencia, trayectoria y conocimientos altamente especializados de acuerdo con los roles asignados, ii) La División de trabajo dentro de un megaproyecto: premisa indispensable para la concepción y desarrollo de éste y iii) Principio de confianza: pilar fundamental para el desarrollo de un megaproyecto, manifestaciones abordadas en el acápite de argumentos comunes, pasa la apoderada a pronunciarse sobre cada uno de los mal llamados reproches consignados en el auto de imputación, ante los que cabe manifestar que tanto las referencias a la caducidad de la acción fiscal, como aquellas que atacan el nexo de causalidad en cada conducta endilgada y las referencias a las supuestas falencias del Informe de la Universidad Nacional, fueron también abordadas en su totalidad en el referenciado

acápite de argumentos comunes, por lo que desde ya, se remite el Despacho a lo arriba expuesto, y aclara que se resolverán solo aquellos puntos que difieran de lo ya resuelto. Así las cosas se refiere la apoderada a los reproches endilgados a su prohijado en el Auto de imputación en los siguientes términos:

> ***"CAPITULO VII. Pronunciamiento frente a los cargos imputados en el auto.***
> *Por otro lado, ha fijado la señora Contralora como parte introductoria del capítulo correspondiente a mi mandante, que las actas en las que participó mi representado como miembro de Junta fueron las relacionadas en el auto de imputación (página 445). Sin embargo, en alguna de las actas relacionadas no es precisa la participación que este tuvo. Es decir, el señor RESTREPO POSADA no participó en 5 de las 27 juntas directivas de HI como lo afirma la señora Contralora. Las cinco actas de Junta Directiva de las relacionadas por la señora Contralora en las que no participó Federico Restrepo fueron:*
> - La Nro. 87 de 18 de septiembre de 2008;
> - La Nro. 88 de 3 de octubre de 2008;
> - La Nro. 90 del 26 de noviembre de 2008;
> - La Nro. 119 del 22 de diciembre de 2010;
> - La Nro. 124 de 4 de mayo de 2011.
>
> *Por otra parte, y entendiendo plenamente que las formas no están por encima de la sustancia, el hecho de que la página 446 del auto de imputación la señora Contralora haga referencia al señor JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO en vez de FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA, evidencia al parecer un uso de herramientas de copiar y pegar sin el control debido, lo que denota un ánimo de reproducción de textos para uno y otro investigado con idénticos argumentos, lo que en sí no puede dejar de preocupar a esta defensa.*
> *Así, con el marco de la investigación que fue definida, el investigado Federico Restrepo acudió a los medios de defensa pertinentes y rindió la versión libre sobres los hechos que se le atribuyeron en forma inicial, pero que ahora en el auto de imputación se cambian de manera atípica, y sin consecuencia a la apertura de investigación con las conductas que le habían sido reprochadas, razón por la que se hará el pronunciamiento de rigor para cada uno de los nuevos reparos de la forma que a continuación se expone:*
>
> 1. *Primer cargo: Se estableció como primera conducta objeto de reproche fiscal la siguiente: "Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalle de las vías":*
> *Dada la consigna del reproche de la señora Contralora, se procede a concretar el supuesto en el siguiente silogismo objeto de alzada, en: **¿Si el investigado FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA, en calidad de miembro de Junta Directiva de HI no hubiera autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura, porque la licitación no contaba con los diseños de detalle, no se hubiera presentado la contingencia del año 2018?** Es decir, bajo esa tesis si la autorización para la licitación de las obras de construcción se hubiera hecho con los diseños de detalle, entonces la contingencia del año 2018 no hubiera ocurrido. Para soportar entonces el reproche, la señora Contralora reproduce parte del Acta Nro. 93 de la Junta Directiva de la sociedad HI celebrada el 14 de enero de 2009, y en la que se afirma se aprobó la apertura del proceso de licitación para la construcción de las obras de infraestructura. A continuación, procedo a*

cuestionar de fondo el reproche con argumentos básicos: Lo primero será indicar que, en forma palmaria, clara, diáfana, notaria, la conducta que se dice reprochar a mi mandante está enmarcada en un acto único y exclusivo: dar un supuesto voto positivo a la decisión que en forma unánime se tomó en el Acta Nro. 93 del 14 de enero de 2009 por parte de la Junta Directiva de HI, para aprobar el inicio del proceso de licitación y contratación de las obras de construcción de las vías del proyecto.

Para la Contraloría (y sin discutir el contenido del acta), el investigado doctor FEDERICO RESTREPO POSADA actúo en forma presencial en la reunión que generó el acta, y a pesar de ser ingeniero civil con capacidad de técnica de comprender la supuesta irregularidad en la planeación de las vías, le reprocha no haber actuado en la dirección que ordena la Contraloría, y que ex post considera como únicamente apropiada y es al parecer, dar su voto negativo ante la propuesta. Sin embargo, y se insiste que sin discutir la validez y el fondo de la decisión que la Junta Directiva de HI tomó en la referida acta, debe indicarse que mi mandante no participó en la reunión, y, por tanto, lógicamente no podía tomar decisiones al respecto.

La imprecisión evidente de la señora Contralora para atribuir al investigado decisiones que en realidad no tomó, no tiene consecuencia con la introducción que se había hecho en la página 445 del auto de imputación cuando se señalaron en cuáles actas había participado mi mandante y en la que (correctamente), no se consagró el Acta Nro. 93 de 14 de enero de 2009.

Así, respetuosamente no se entiende por esta defensa cómo en pocas líneas atrás la señora Contralora excluyó el Acta Nro. 93 como de no participación por el investigado y que, en dos párrafos adelante, le reproche como sí asistida y con ejercicio del voto decisorio. Se insiste que respetuosamente, pareciera que fueran dos los autores los que participaron en la elaboración del auto de imputación y que al parecer no se hubieran conectado para llevar un hilo conductor del argumento, situación que preocupa profundamente a esta apoderada dado que se considera que no existe la inmediación que debe tener la señora Contralora en la investigación, y sí una ligereza por adecuar unos argumentos sí y solo sí dirigidos a imputar y luego condenar.

Por lo dicho, no deja de extrañar a esta defensa la conducta de la señora Contralora para incluir la presencia de mi mandante en el Acta de Junta Directiva de HI Nro. 93 cuando evidentemente él no estuvo, así como hacer recortes fraccionados del acta de reunión reprochada, lo que, en criterio de esta parte investigada, si fuera ésta la que habría obrado de tal manera, sería presumible de temeridad o mala fe, según las disposiciones del Código General del Proceso dispuestas en el artículo 79, que reza: "ARTÍCULO 79. TEMERIDAD O MALA FE. Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: (…) 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas. (Negrillas y subrayas propias)

La diferencia de los recortes del Acta de Junta Directiva de HI Nro. 93 se cita a continuación en forma comparativa, y de los cuales se puede evidenciar lo omitido a propósito por la señora Contralora, para lo cual se resalta con sombreado lo que no consignó y que hace que se reste integralidad al acta (ver página 447 del auto de imputación):

(…)

PÁRRAFOS OMITIDOS	Página 11 del acta: Pregunta el doctor Oscar Herrera si en el estatuto contractual el gerente tiene atribuciones para contratar hasta un monto y la Junta Directiva por encima de ese monto. Aclara el Secretario que quien contrata es el Gerente, pero debe solicitar autorización de la Junta cuando supere un monto de mil salaraios mínimos mensuales legales vigente, de allí la solicitud presentada, porque para contratar se requiere la iniciación del proceso licitatorio. Pregunta el doctor Álvaro Villegas si al interior de la Junta hay una comisión para adjudicar este tipo de licitaciones, porque no le parece conveniente que una sola persona adjudique. Se le informa que no está establecida esta comisión. Recuerda el doctor Luis Guillermo Gómez que la ley establece la responsabilidad de adjudicación en la Gerencia. La comisión es asesora del Gerente. Recomienda el doctor Jorge Mario Pérez la conformación de un comité asesor asesor al interior de la Administración. Los doctores Álvaro Villegas y Sergio Betancur insisten en la convenicencia de consultar a la Junta para este tipo de contratación. Recomiendan que se apruebe.
PÁRRAFOS OMITIDOS	Página 12 del acta: por la Junta únicamente el inicio del proceso, y posteriormente se lle a Junta la adjudicación.
Página 12 del acta:	Página 12 del acta:

Como puede establecerse, los párrafos que fueron omitidos por la señora Contralora ***<u>evidenciaban las justificaciones técnicas del entonces Gerente y jurídicas del Secretario General de la sociedad HI, que fueron expuestas para la solicitud de autorización que se requirió a la Junta Directiva y en las que no estaban consagradas las supuestas irregularidades que ahora, de manera muy posterior, se califican como obvias</u>***.

Asimismo, es del caso advertir que, en el presente cargo reprochado a mi mandante, además de inexistente por la ausencia de total de su actuación en el Acta de Junta Directiva de HI Nro. 93, no se determinó en parte alguna cómo se estableció fehacientemente que mi representado actuó con culpa grave, pues los reproches por sí solos no la hacen presumir y no denotan la negligencia, torpeza y falta de diligencia que se le debe enrostrar para calificarlo como tal, a más de no exponer entonces cuál era la conducta diligente y cuidadosa que se supone debía ejecutar.

R:/ En primer lugar, se referirá el Despacho a la afirmación de alto calibre de la apoderada, en la que indica:

> *"(…) pareciera que fueran dos los autores los que participaron en la elaboración del auto de imputación y que al parecer no se hubieran conectado para llevar un hilo conductor del argumento, situación que preocupa profundamente a esta apoderada dado que se considera que no existe la inmediación que debe tener la señora Contralora en la investigación, y sí una ligereza por adecuar unos argumentos sí y solo sí dirigidos a imputar y luego condenar. Por lo dicho, no deja de extrañar a esta defensa la conducta de la señora Contralora para incluir la presencia de mi mandante en el Acta de Junta Directiva de HI Nro. 93 cuando evidentemente él no estuvo, así como hacer recortes fraccionados del acta de reunión reprochada, lo que, en criterio de esta parte investigada, si fuera ésta la que habría obrado de tal manera, sería presumible de temeridad o mala fe, según las disposiciones del Código General del Proceso dispuestas en el artículo 79, que reza: "ARTÍCULO 79. TEMERIDAD O MALA FE. Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: (…) 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas. (Negrillas y subrayas propias La diferencia de los recortes del Acta de Junta Directiva de HI Nro. 93 se cita a continuación en forma comparativa, y de los cuales se puede evidenciar lo omitido a propósito por la señora Contralora, para lo cual se resalta con sombreado lo que no consignó y que hace que se reste integralidad al acta (…)"*

Cabe señalar que ese Despacho rechaza de manera categórica estas afirmaciones infundadas, pues nunca se ha alterado ninguna prueba dentro del proceso, motivo por el cual no pueden aceptarse estas aseveraciones, que demuestran una transgresión de la apoderada a sus deberes profesionales, pues son una clara falta de respeto contra esta Servidora Pública, por lo que en la parte resolutiva de esta providencia, se compulsarán copias a la comisión disciplinaria para que adelante lo de su competencia.

Lo anterior en atención, a lo consagrado en los numerales 1, 2, y 3 del Artículo 78 del Código General del Proceso, los cuales consagran respectivamente:

> *"**Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados***
>
> *Son deberes de las partes y sus apoderados:*
> *1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.*
> *2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales.*
> *(…)*
> *4. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia."*

En segundo lugar, constituye una violación expresa a lo consagrado en la Ley 1123 del 2007, atentando específicamente en contra i. De sus deberes profesionales (artículo 28), ii. Obrando en contravía de la dignidad de la profesión (artículo 30), y iii. Incurriendo en una abierta falta contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado (artículo 33):

> *"ARTÍCULO 28. DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO. Son deberes del abogado:*
> *(…)*
> *7. Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión.*
> *ARTÍCULO 30. Constituyen faltas contra la dignidad de la profesión:*
> *(…)*
> *4. Obrar con mala fe en las actividades relacionadas con el ejercicio de la profesión.*
> *(…)*
> *ARTÍCULO 33. Son faltas contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado:*
> *(…)*
> *10. Efectuar afirmaciones o negaciones maliciosas, citas inexactas, inexistentes o descontextualizadas que puedan desviar el recto criterio de los funcionarios, empleados o auxiliares de e la justicia encargados de definir una cuestión judicial o administrativa.*

Lo anterior, por cuanto abiertamente acusa la apoderada a esta delegada de haber alterado las pruebas, vale la pena recordarle a la apoderada la definición de la RAE para la palabra "editar":

> ***"5.** tr. Inform. Abrir un documento con la **posibilidad de modificarlo** mediante el programa informático adecuado." (Resaltado Propio)*

Por supuesto que se hizo uso de la herramienta de recorte con el fin de señalar los apartes considerados esenciales y posteriormente incluirlos en el auto de imputación, situación que dista abismalmente con lo aseverado por la apoderada, mal haría el Despacho en incluir la totalidad de un documento probatorio al referirse a este en cualquier providencia, pues en primer lugar dificultaría la lectura del mismo, y en segundo lugar, el acto administrativo tendría una extensión desproporcionada, así las cosas, en un minucioso trabajo de síntesis, se tomaron los apartes considerados necesarios de cada una de las pruebas, las cuales- no sobra recordar- fueron ampliamente referenciadas, indicando claramente su ubicación exacta en el plenario, a fin de que su consulta integral fuese expedita y de fácil acceso para los implicados y/o sus apoderados. La acusación de la apoderada no es solo temeraria, irrespetuosa, y teñida de mala fe, sino que carece de todo fundamento, pues lejos está de probar la "alteración" de cualquier prueba.
El Despacho no realizó los recortes en un intento de descontextualizar las pruebas, pues se insiste, todas las pruebas han estado siempre completas, sin alteraciones y disponibles para la consulta de los apoderados, y el texto supuestamente "alterado", es idéntico incluso en el texto transcrito por la apoderada en su cuadro, otra cosa es que lo allí plasmado y las conclusiones de este despacho no sean favorables a los intereses de su prohijado, pues demuestran- en efecto- su falta de

diligencia en el ejercicio del cargo y por eso pretenda señalar que el Despacho actuó con algún tipo de sesgo, situación que la apoderada pretende defender señalando que si se hubiese leído "integralmente" cada acta, el Despacho habría llegado a otra conclusión.

Por otro lado, al sostener que:

> ***¿Si el investigado FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA, en calidad de miembro de Junta Directiva de HI no hubiera autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura, porque la licitación no contaba con los diseños de detalle, no se hubiera presentado la contingencia del año 2018?***

La apoderada confunde la causalidad física con la imputabilidad jurídica, igualmente encuentra como única causa del daño el colapso de la GAD, lo cual como se explicó en precedencia no obedece a la realidad probatoria que enmarca esta causa fiscal, argumento ampliamente expuesto líneas atrás, por lo que el Despacho se remite a lo expuesto.

En un intento por desestimar lo expuesto en el Auto de imputación, indica que los "recortes" del Acta de Junta Directiva No. 93, le dan a la misma un sentido distinto al inicialmente indicado, en aras de demostrar que no es así, cabe recordar lo consignado en la referida providencia con respecto a este documento:

Como se explicó en los fundamentos de hecho, el contrato de diseño de las vías solo recibió orden de inicio hasta el 15 de diciembre de 2008, sin embargo, a tan solo un mes de haberse iniciado la ejecución del contrato de diseños y, por lo tanto, sin contar con diseños de detalle, tal y como se encuentra probado en acta 93, se autorizó dar inicio al proceso de licitación y contratación de las obras de construcción de las vías.

En sesión de junta directiva No. 93 del 14 de enero de 2009, se indicó:

> En consecuencia, reitera a la Junta su solicitud de autorización para iniciar el proceso de contratación. Recuerda que si se demoran un día para la entrada en operación del proyecto, esto puede costar dos millones de dólares diarios que se dejarían de recibir, independientemente de las multas.
>
> Recuerda el doctor Jorge Mario Pérez que la fecha para la entrada en operación debe ser el 1 de diciembre del 2017, ya que apreció en el presupuesto que es el 2018. Ese año es el de contingencia de la construcción del proyecto.
>
> Pregunta el doctor Hugo Mora si la autorización solicitada es para iniciar el proceso, más no para adjudicar, y si evaluadas las propuestas se debe llevar el informe de evaluación a conocimiento de la Junta.

Responde el doctor Luis Guillermo Gómez que la solicitud es para iniciar el proceso, abrir licitación y contratar, ya que quien contrata es la Gerencia y no la Junta. Complementa el abogado Wilson Vélez informando que en el estatuto contractual se consagra que el Gerente debe informar a la Junta Directiva el desarrollo del proceso y la decisión tomada, como se hizo con el contrato del Diseño Detallado de las Obras Principales. Reitera que quien adjudica es el Gerente y no está sujeto a aprobación por parte de la Junta.

Consultados los representantes de EPM, informan que allí existe un Comité de Gerencia, pero quien adjudica es el Gerente y no se le informa a la Junta. El doctor Jorge Mario Pérez indica que si se espera para adjudicar los contratos se puede demorar el procesos cinco o seis semanas que van en perjuicio de la iniciación de las obras.

El doctor Hugo Mora propone que dentro del cronograma se incluya la presentación del informe de evaluación para aprobación de la Junta.

Pide el doctor Álvaro Vásquez que se informe en la próxima Junta el tratamiento de este tema en el Estatuto de Contratación. Pregunta a la Junta Directiva si se aprueba la apertura del proceso de licitación solicitado por la administración.

Se aprueba por unanimidad.

Esta decisión fue aprobada por unanimidad por los miembros de la junta, dentro de los cuales se encontraba el señor Restrepo Posada, quien dada su formación como ingeniero civil, debió comprender la dimensión técnica de esta irregularidad en la planeación de las vías, así como la repercusión que la misma tuvo en todo el proyecto, por el contrario, no demostró su capacidad para gestionar y decidir con los diferentes recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros con los que se contaban para desarrollar una gestión eficiente para la generación de bienes y servicios que aseguraran la productividad de la organización.

El aparte supuestamente “omitido de mala fe”, señala:

“Pregunta el doctor Oscar Herrera si en el estatuto contractual el gerente tiene atribuciones para contratar hasta un monto y la Junta Directiva por encima de ese monto. Aclara el Secretario que quien contrata es el Gerente, pero debe solicitar autorización de la Junta cuando supere un monto de mil salarios mínimos mensuales legales vigente, de allí la solicitud presentada, porque para contratar se requiere la iniciación del proceso licitatorio. Pregunta el doctor Álvaro Villegas si al interior de la Junta hay una comisión para adjudicar este tipo de licitaciones, porque no le parece conveniente que una sola persona adjudique. Se le informa que no está establecida esta comisión. Recuerda el doctor Luis Guillermo Gómez que la ley establece la responsabilidad de adjudicación en la Gerencia. La comisión es asesora del Gerente. Recomienda

> *el doctor Jorge Mario Pérez la conformación de un comité asesor asesor al interior de la Administración. Los doctores Álvaro Villegas y Sergio Betancur insisten en la conveniencia de consultar a la Junta para este tipo de contratación. Recomiendan que se apruebe."*

De la simple lectura del párrafo anteriormente reproducido se desprende que se tocaron temas netamente administrativos relacionados con la cuantía autorizada al gerente de HI para contratar, en los que además, se señala que no existía una comisión especial al interior de la sociedad para adjudicar contratos de ese tipo, lejos está de "*evidenciar las justificaciones técnicas del entonces gerente y jurídicas del Secretario General de la sociedad HI, que fueron expuestas para la solicitud de autorización que se requirió a la Junta Directiva y en las que no estaban consagradas las supuestas irregularidades".*

Resulta evidente, como la apoderada, además de acusar sin fundamento alguno al Despacho de alterar el contenido de las pruebas y de "omitir" información de estas, intenta tergiversar lo consignado en los apartes no incluidos en la imputación, cuando de su simple lectura se deduce que no refutan lo inicialmente propuesto por el Despacho, y mucho menos puede desprenderse de su lectura- aislada, ni armónica con el resto del documento- lo insinuado por ella.

Continúa la apoderada,

> *"Ahora, sin ahondar en el fondo de la exposición técnica que hizo el entonces Gerente de la sociedad HI y que tenía como soporte las recomendaciones de los expertos técnicos designados y competentes para ello, debe precisársele a la señora Contralora que en la metodología de trabajo de un proyecto como Hidroituango, considerado obra compleja, el inicio de obras puede autorizarse con los diseños observacionales o diseños perceptivos, reconocidos mundialmente por organizaciones como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, y que consisten en unos diseños básicos que cuentan con unas especificaciones funcionales y con una serie de características que se basan en las exploraciones y en los estudios que se hicieron de manera previa, pero que generalmente cuando se aborda la obra cambian en la realidad.*
> *En los diseños observacionales se definen los objetivos y alcance de necesidad de la obra por lo que se elabora un diseño preliminar (diseños para la licitación) que van modificándose dada la presencia de la naturaleza y la geología que se va encontrando y que se van configurando los diseños definitivos. De esto último, es que nace la necesidad de contratar una firma de ingeniería que se denomina asesoría en la construcción, que permanece tiempo completo en la obra para que vaya elaborando los diseños de detalle, según los hallazgos y excavaciones que se van presentando.*
> *Es decir, en la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura existían unos diseños observacionales, preliminares, que permitían iniciar la licitación de la obra de construcción y formular por los proponentes una propuesta económica.*

Ahora, es importante indicar que la apertura del proceso de licitación para la construcción no implicaba el inicio de obra, por lo que, dados los amplios tiempos de la licitación para la construcción, era posible y muy factible que para el inicio de la obra ya los diseños de detalle estuvieran en un avance tal que permitiera el inicio de la construcción.

Si se llegara a dar una lectura completa a este cargo, no se logra evidenciar la explicación y análisis técnico en el que se apoyó la señora Contralora para exponer las "consecuencias técnicas y legales" que se dieron en el proyecto con la decisión tomada. Solo se hacen afirmaciones consideradas abstractas que no permiten controvertirlas como debería hacer en un legítimo derecho de defensa. Menos aún, no se explica, cómo debió hacerse, el nexo de causalidad entre la conducta "autorización a la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin diseños de detalles de las vías", con el resultado: ocurrencia de la contingencia de abril del año 2018 y la eficiencia de esa conducta para causar el daño patrimonial.

Por otro lado, el informe técnico de la Universidad Nacional con el que presuntamente se soportó el daño patrimonial NO hizo referencia a la conducta reprochada a mi mandante, ni al alcance de ella, porque claramente su enfoque se centró en determinar (aunque cuestionablemente), la diferencia de valores consignados en el modelo financiero asociado al proyecto por INVERLINK contra el modelo financiero adoptado por la Universidad, entre los años 2011 a 2018, lo que excluye claramente la decisión que fue tomada en el Acta Nro. 93 del año 2009. Así fue indicado en el auto de imputación (página 116).

En este contexto, la autorización de la apertura de la licitación para la construcción de las obras sin los supuestos diseños de detalle, no tuvo relación con el supuesto daño patrimonial y menos con las causas de la contingencia o el impacto que luego de ésta tuvo el cronograma director, dado que el día 23 de febrero de 2018, días antes de la contingencia, la empresa DELOITTE, auditora oficial del seguimiento al cronograma de la CREG, presentó el informe No. 17 de "Auditoría la obligación de cumplir con la Curva S y el Cronograma para la Construcción y Puesta en Operación Comercial de la Hidroeléctrica Ituango al 31 de diciembre de 201784 " , en el cual se consideró un adelanto de ocho (8) días en el inicio de la operación comercial en la Unidad 4, tal como se visualiza en la gráfica que se presenta en la parte final del informe, la cual se inserta a continuación:

Nombre de tarea	Comienzo CREG+Contratistas con Aceleración	Fin CREG+Contratistas con Aceleración	Diferencia Fin contratistas vs. IPVO (días)
PRUEBAS FINALES	7/01/2018	8/21/2019	-263
Cierre de la desviación y llenado del embalse	7/1/2018	7/31/2018	123
Pruebas con agua de la Unidad 4	7/26/2018	11/23/2018	8
Hito: Inicio de la operación comercial de la unidad 4	11/23/2018	11/23/2018	8
Pruebas con agua de la unidad 3	11/23/2018	2/21/2019	-82
Inicio de la operación comercial de la unidad 3	2/21/2019	2/21/2019	-82
Pruebas con agua de la unidad 2	2/21/2019	5/22/2019	-172
Inicio de la operación comercial de la unidad 2	5/22/2019	5/22/2019	-177
Pruebas con agua de la unidad 1	5/23/2019	8/21/2019	-263
Hito: Inicio de la operación comercial de la unidad 1	8/21/2019	8/21/2019	-263

Fuente: Programa CREG + contratista + aceleración (dic 2015).

Lo inmediatamente anterior, es coincidente con el informe rendido en abril de 2018 por la Interventoría del proyecto INGETEC-SEDIC, instancia oficial de seguimiento a la obra, en la cual se precisó que se estaba cumpliendo con el cronograma, lo que garantizaba que la primera unidad entraría a generar en

noviembre del 2018, porque los atrasos prácticamente estaban recuperados (-0.57%) faltando todavía 7 meses para la terminación de la primera etapa (noviembre de 2018) e igualmente el costo se encontraba por debajo de lo presupuestado.
Estando la carga probatoria en cabeza de la Contraloría General de la Republica, debe indicarse que en los supuestos planteados para el cargo no existen elementos que den por probado con tal certeza la relación entre la conducta de mi mandante (hecho dañoso) con el daño patrimonial expuesto, nexo causal que no se presume y por ello no basta con afirmarlo. Por último, y ante la eventualidad remota de cualquier interpretación que pretenda adoptar la señora Contralora respecto del cargo enrostrado a mi mandante, debo indicar que, aunque la conducta es claramente inexistente para el investigado, la fecha de la celebración del Acta Nro. 93 (año 2009) contra la fecha de apertura del proceso responsabilidad fiscal (año 2019), configura sin lugar a dudas la caducidad de la ACCIÓN FISCAL por haberse superado los cinco (5) años desde la ocurrencia del supuesto HECHO GENERADOR del daño al patrimonio público (supuesta aprobación de la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar los diseños de detalle de las vías).

R:/ Este Despacho se remite a lo expresado por el Tribunal de Cundinamarca[417], que sostiene que, **frente los informes presentados por el Gerente que no eximen de responsabilidad a los miembros de la junta directiva**, así:

"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.

(...)

Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.

Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.

Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre la misma cuestión sostuvo que:

[417] Caso Licorera del Valle- Rad. No. 25000-23-41-000-2013-01700-00.

> *"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.*
>
> (...)
>
> *De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.*
>
> *Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle".*

Así mismo es importante indicar que en los Estatutos de la Junta Directiva de HI, (Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003, artículo 44), se establecen como f*unciones de la Junta Directiva, entre otras: "(…)* ***1. Nombrar y remover libremente al Gerente y sus suplentes.*** ***3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)".*

Sobre **el alcance de la responsabilidad de las juntas directivas**, el referido fallo del Tribunal refiere:

> *«37. La Junta o Consejo Directivo (en adelante "Junta') es el máximo responsable del desempeño de una entidad. Aunque legalmente los directores son "administradores", la Junta más que un órgano de gestión (gerencia del día a día) propiamente dicho, es un órgano de supervisión que orienta la política general de la entidad,* ***controla a los representantes*** *legales y sirve de enlace con los accionistas. Sus actuaciones deben buscar el mejor interés de la sociedad y de todos sus accionistas (i.e., incluidos los accionistas minoritarios).*

> *«38. En general, la Junta es responsable de la estrategia, desempeño y control interno de una entidad. En este sentido, la Junta debe ser la encargada de (i) fijar las estrategias generales de la compañía y aprobar las decisiones de mayor importancia y hacer seguimiento a su ejecución, (ii) fijar la política de selección y remuneración de los cargos más importantes de la sociedad, (iv**) evaluar y controlar la gestión de la entidad y de sus representantes legales,** y (v) identificar los principales riesgos de la empresa y de la estrategia y liderar la definición e implementación de los sistemas internos de control e información apropiados"*[418]*.*

De conformidad con lo expuesto en los estatutos de Hidroituango, la jurisprudencia y la doctrina, a la junta directiva de Hi es un órgano de gestión y supervisión que orienta la política general de la entidad y en consecuencia es responsable por las decisiones estratégicas que adopte el Gerente, incluyendo las inversiones que se realicen.

Es importante indicar, que la conducta que se reprocha es que haya aprobado la contratación de las vías sin estudios suficientes, sin diseños de detalle, cuando ese punto **era la ruta crítica del proyecto porque se necesitaba para llegar al punto donde se iba a iniciar la construcción de los túneles de desviación, aunado a que la desviación del río era el Hito 1**.

Es por ello, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho, el contrato de diseño de las vías solo recibió orden de inicio hasta el 15 de diciembre de 2008, sin embargo, a tan solo un mes de haberse iniciado la ejecución del contrato de diseños y por lo tanto, sin contar con diseños de detalle, tal y como se encuentra probado en acta 93, se autorizó dar inicio al proceso de licitación y contratación de las obras de construcción de las vías, pese a no haber participado en la referenciada reunión, le correspondía empaparse de todo cuanto acontecía en el seno del órgano directivo.

Ahora bien, no obra prueba alguna de la posterior desaprobación, y/o solicitud de aclaración de lo discutido en la sesión No. 93, por parte del señor Restrepo Posada, por lo que si bien se estructuró la conducta con base en la aprobación otorgada por la junta en la referida sesión, tras el análisis del material probatorio, en contraste con lo desarrollado en el Auto de Imputación, se tiene que en reuniones posteriores, se siguió tratando dicho asunto, y- como se indicó- no hay registro de la desaprobación de la misma por parte del señor Restrepo Posada, quien no puede excusar su conducta bajo el argumento de su inasistencia a las sesiones de la junta directiva de HI, en la cual era membro principal, pues se traduciría esto en respaldar su falta de diligencia en un supuesto "desconocimiento", originado justamente por

[418] 305 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, DELEGATURA PARA RIESGOS DE CONGLOMERADOS Y GOBIERNO CORPORATIVO SUBDIRECCIÓN DE METODOLOGÍAS DE SUPERVISIÓN Y ANÁLISIS DE RIESGOS (agosto 2010), Manual Documento Conceptual de Gobierno Corporativo, Bogotá D.C., pp. 9.

su ausencia señor Restrepo, en las reuniones a las que estatutariamente se encontraba compelido a asistir.

Teniendo en cuenta que era deber de la junta directiva de Hi cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales y en el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, **la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos**, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

En este punto, resulta necesario resaltar que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la buena administración de los recursos públicos, es un derecho de los administrados y un principio que debe ser cumplido por los administradores de los recursos públicos, siendo parte esencial de la conducta que puede y debe exigírsele a quien toma decisiones relativas a la satisfacción del interés general, más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, **el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano**, **de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados**"*[419].

De lo anterior, resulta claro que se trata de una conducta que no obedece al Estándar exigido de un buen hombre de negocios y de un buen administrador público, pero peor aún ni siquiera atiende a lo que se esperaría de una persona negligente con el desarrollo de sus propios negocios.

Así las cosas, se encontró para el caso concreto, que las decisiones tomadas por quienes estaban encargados de administrar los recursos del proyecto ya sea de manera directa o por contribución con ocasión de la gestión fiscal, adelantaron conductas activas y/u omisivas que no atendieron a la diligencia mínima que se le exige a una persona en la atención de sus propios negocios las cuales resultaron determinantes para la producción del daño al patrimonio del Estado.

[419] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

En ese orden de ideas, la conducta que se le atribuye al señor Restrepo, fue determinante para que se presentaran los inconvenientes y demoras en desarrollo del contrato de las vías, lo que fue determinante para destruir las holguras temporales del proyecto y ponerlo en situación de vulnerabilidad, lo que desembocó en la mal llamada contingencia de 2018, y en consecuencia determinante para que se realizaran mayores inversiones injustificadas todo lo que llevó a que se concretara el daño tanto por la destrucción del valor presente como por el consecuente lucro cesante por la no entrada en operación.

Con respecto a la siguiente aseveración de la apoderada:

> *" (…) debe precisársele a la señora Contralora que en la metodología de trabajo de un proyecto como Hidroituango, considerado obra compleja, el inicio de obras puede autorizarse con los diseños observacionales o diseños perceptivos, reconocidos mundialmente por organizaciones como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, y que consisten en unos diseños básicos que cuentan con unas especificaciones funcionales y con una serie de características que se basan en las exploraciones y en los estudios que se hicieron de manera previa, pero que generalmente cuando se aborda la obra cambian en la realidad.*
> *En los diseños observacionales se definen los objetivos y alcance de necesidad de la obra por lo que se elabora un diseño preliminar (diseños para la licitación) que van modificándose dada la presencia de la naturaleza y la geología que se va encontrando y que se van configurando los diseños definitivos. De esto último, es que nace la necesidad de contratar una firma de ingeniería que se denomina asesoría en la construcción, que permanece tiempo completo en la obra para que vaya elaborando los diseños de detalle, según los hallazgos y excavaciones que se van presentando.*
> *Es decir, en la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura existían unos diseños observacionales, preliminares, que permitían iniciar la licitación de la obra de construcción y formular por los proponentes una propuesta económica.*
> *Ahora, es importante indicar que la apertura del proceso de licitación para la construcción no implicaba el inicio de obra, por lo que, dados los amplios tiempos de la licitación para la construcción,* ***era posible y muy factible*** *que para el inicio de la obra ya los diseños de detalle estuvieran en un avance tal que permitiera el inicio de la construcción."*

Resulta más que claro para esta Delegada, que La "*ingeniería de detalle*" surge, cuando los resultados de los estudios de las características fundamentales de una obra, se transforman en planos de construcción, donde se relacionan los detalles que se requieren para ejecutar los respectivos procesos de construcción en la obra. Como se indicó, la conducta que se reprocha, es que haya aprobado la contratación de las vías sin estudios suficientes, sin diseños de detalle, cuando ese punto **era la ruta crítica del proyecto porque se necesitaba para llegar al punto donde se**

iba a iniciar la construcción de los túneles de desviación, aunado a que la desviación del río era el Hito 1.

Tal y como se explicó en los fundamentos de hecho, el contrato de diseño de las vías solo recibió orden de inicio hasta el **15 de diciembre de 2008**, sin embargo, a tan solo un mes de haberse iniciado la ejecución del contrato de diseños y por lo tanto, sin contar con diseños de detalle, tal y como se encuentra probado en acta 93, se autorizó dar inicio al proceso de licitación y contratación de las obras de construcción de las vías, pese a no haber participado en la referenciada reunión, le correspondía enterarse de todo cuanto acontecía en el seno del órgano directivo.

Olvida la apoderada, que el principio de planeación se traduce en un parámetro de estricta observancia en proyectos de este tipo, máxime teniendo en cuenta que los miembros de la Junta Directiva son gestores fiscales y es su obligación ***velar por el correcto destino que se da a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general***, lo cual exige la estricta observancia del deber de planeación, al respecto indica el Consejo de Estado:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[420]

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir*

[420] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

> *el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[421]

El decidir iniciar la licitación pública para la construcción de infraestructura vial sin contar con los diseños de la misma, atenta flagrantemente contra el citado deber, pues se encuentra probado que el proceso licitatorio para la construcción de las vías fue iniciado sin que la sociedad contara aún con diseños. El argumento de la apoderada no solo reafirma lo reprochado en el Auto de imputación, sino que carece de sustento probatorio, pues se limita a reproducir lo que se entiende por diseños observacionales, indicando que "***era posible y muy factible"*** *que para el inicio de la obra ya los diseños de detalle estuvieran en un avance tal que permitiera el inicio de la construcción"*, una suposición de tal calibre no tiene cabida en un proceso constructivo de la magnitud de Hidroituango, es más, se encuentra probado que este tipo de suposiciones fueron las causantes directas de la necesidad de implementación de múltiples planes de aceleración en el proyecto, situándolo -como ya se expuso- en una situación de vulnerabilidad.

Frente a la remisión de la apoderada al soporte técnico de los expertos, en la que señala:

> *"Ahora, sin ahondar en el fondo de la exposición técnica que hizo el entonces Gerente de la sociedad HI y que tenía como soporte las recomendaciones de los expertos técnicos designados y competentes para ello, debe precisársele a la señora Contralora que en la metodología de trabajo de un proyecto como Hidroituango, considerado obra compleja, el inicio de obras puede autorizarse con los diseños observacionales o diseños perceptivos, reconocidos mundialmente por organizaciones como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (…)"*

Insiste este Despacho en lo arriba expuesto, y en su expresa remisión a la doctrina del Tribunal de Cundinamarca, en donde se estableció claramente que el respaldo de expertos en decisiones técnicas, no obsta para que los miembros de junta directiva, se encarguen de confrontar lo expresado por los expertos, con la realidad fáctica del proyecto, el cronograma, el presupuesto, las obligaciones adquiridas previamente, etc.

Del análisis efectuado por el Despacho del material probatorio, se encuentra demostrado que el señor Restrepo Posada incurrió en la conducta descrita, separándose del modelo de conducta que le era exigible en calidad de miembro de la Junta Directiva de Hi, por cuanto autorizó la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de las vías,

[421] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

sin dimensionar, debiendo hacerlo, las consecuencias técnicas y legales que acarrearían al proyecto.

Por lo anteriormente indicado, este argumento no ostenta vocación de prosperidad.

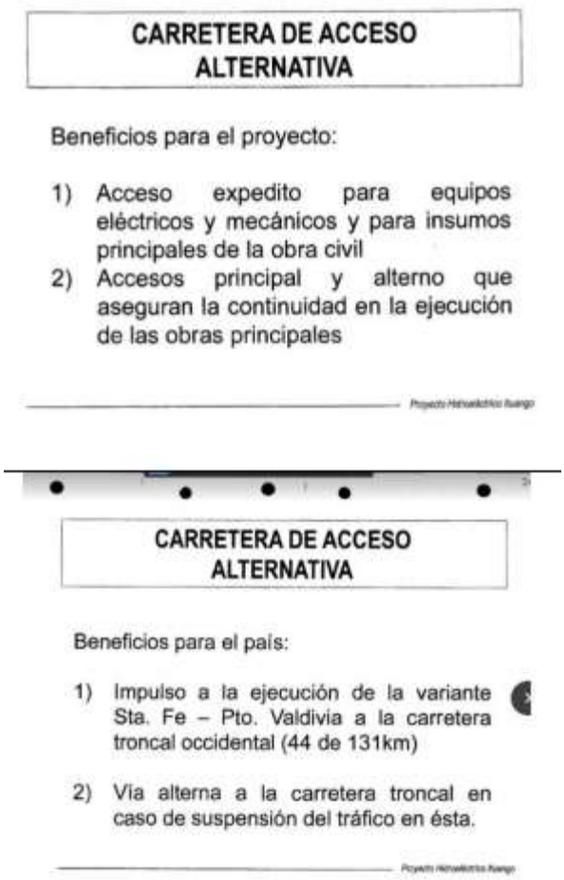
Continúa la apoderada:

> ***“ Segundo cargo: Se estableció como segunda conducta objeto de reproche fiscal la siguiente: “Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las (sic) suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto”.***
>
> *Dada la consigna del reproche de la señora Contralora, se procede, previa interpretación, a concretar el supuesto en el siguiente silogismo objeto de alzada, en: Si el investigado FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA, en calidad de miembro de Junta Directiva de HI no hubiera aprobado la inclusión de nuevas vías, y lo que ello contrajo (modificación de la licencia ambiental), no se hubiera afectado el cronograma de obras y, por ende, no se hubiera presentado la contingencia del año 2018.*
>
> *A pesar de no ser clara la conducta censurada por la cadena de supuestos que conlleva, ambiguos en todo caso, se establecerá a continuación cómo la no participación o la participación de mi representado respecto del cargo reprochado no causó daño patrimonial por lo que su conducta en ese sentido debe desligarse del presente proceso. Por tanto, en forma similar a lo antes expuesto para la conducta número uno, el presente reproche fue soportado por la señora Contralora a través de la supuesta participación que mi mandante tuvo en las actas de reunión de las Junta Directiva de la sociedad HI números 94, 95, 97 y 103. Para entender el alcance del argumento del cargo, sea lo primero precisar que la vía Puerto Valdivia-La Presa no era vía que estuviese construida, y sí la vía El Barro-San Andrés de Cuerquia, lo que hace que no se pueda equiparar las dos vías bajo el supuesto de “nuevas vías”. De tal modo, respecto del Acta Nro. 94 del 28 de enero de 2009 de la Junta Directiva de HI en la que participó mi mandante, el auto de imputación dispuso que se presentó por primera vez “la necesidad de incluir la vía Puerto Valdivia Presa”, pero se agrega que la justificación técnica de ello quedó consignada en la misma acta y en sus anexos que sirven de soporte a la presentación que se hizo a la Junta.*
>
> *Por ello, siendo una vía nueva, la necesidad de la construcción se presentó a la Junta Directiva de HI por el doctor Darío Ceballos Berrio, asesor técnico de Integral, en la que explicó en forma amplia los antecedentes del proyecto de la construcción de la carretera de acceso alternativa Puerto Valdivia, informando que la factibilidad de la misma se había concebido desde el año 1982 como un plan del Gobierno Nacional, razón por lo se formuló dentro del proyecto de Ituango como acceso principal el tramo “Puerto Valdivia – Presa – Conexión con vía San Andrés – Ituango”, la misma que se actualizó en el proyecto para el año 1999 y luego complementada en el año 2007. Así fue la presentación:*

Primera hoja de la presentación del técnico CEBALLOS:

Segunda hoja de la presentación del técnico Ceballos:

El técnico, doctor CEBALLOS, expuso igualmente las condiciones de acceso actual de la vía [para la fecha del acta enero de 2009] definiéndose en forma general de especificaciones muy pobres y con una geología muy regular, en una zona de seguridad muy precaria. Además, se presentaron los beneficios para el proyecto como a continuación se indica:



Basada entonces en la presentación técnica que fue realizada y con el propósito de mantener la incorporación de la construcción de la vía al proyecto por los beneficios y la gran importancia que se tenían para dar solución a probables riesgos en la vía actual y los beneficios para el país, la Junta Directiva de HI consideró que debía escalarse al Gobernador del Departamento de Antioquia de entonces para que, en términos generales, se estableciera una estrategia del Gobierno Departamental con el Nacional para la ejecución de la obra, además de requerir a los técnicos de Integral para que profundizaran en el estudio del tema para definir la incorporación: "Luego de un debate sobre el tema, la Junta considera la importancia de incorporar la construcción de esta vía al proyecto, por los beneficios propuestos por el doctor Ceballos en su presentación, por la solución a probables riesgos en la vía actual y por los beneficios que representa para el país. Se concluye que se le debe hacer una presentación al señor Gobernador, para establecer una estrategia del Gobierno Departamental con el Nacional, y se be solicitar a Integral que continúe profundizando en el estudio del tema para definir su incorporación al proyecto ". En forma estricta, en la anterior Acta Nro. 94 de Junta Directiva de HI NO se aprobó la inclusión de las vías referidas. Por su parte, en el Acta Nro. 95 del 25 de febrero de 2009, en la que se señala desde ya que mi mandante no actuó por inasistencia a la misma, la señora Contralora sostiene que en esta reunión la Junta Directiva de HI autorizó la contratación de la vía Barro-San Andrés de

Cuerquia y la vía Puerto Valdivia, conclusión a la que llegó sin hacer una crítica o análisis formal y puntual del acta y sí una reproducción parcial de la misma.
Apreciado bajo un enfoque detallado, en los apartes del Acta Nro. 95 de Junta Directiva de HI consignados en el auto de imputación, no se hizo referencia al punto Nro. 7 del acta, que tenía como objeto definir la participación del proyecto en la pavimentación que se estaba haciendo en la vía El Barro San Andrés de Cuerquia por INVÍAS, la cual tenía condiciones geológicas muy difíciles, y que, según el entonces Gerente de la sociedad, la medida de la vía que se estaba ejecutando no permitiría que los vehículos que iban a transportar los equipos para la Central (por la magnitud de carga) circularan en forma simultánea con otros vehículos, razón por la que se expuso la necesidad de celebrar un acuerdo institucional con INVÍAS para ampliar la medida de la vía. Por lo anterior, la Junta Directiva autorizó al Gerente la para adelantar la contratación que se requiera con INVIAS (página 22 del acta referida) así: "7. – Participación proyecto vía El Barro San Andrés de Cuerquía con Invias "Explica el doctor Luis Guillermo Gómez que este es el tramo más difícil de la vía de los Llanos de Cuibá al Valle, ya que las condiciones geológicas son muy difíciles. El Invias tiene un contrato para pavimentar y el contratista tiene la instrucción de hacer una vía de 6.50 mts. De ancho total y en esa vía no cabrán simultáneamente los vehículos que transportan los equipos para la central, con otros vehículos. Manifiesta que se puede hacer un acuerdo interinstitucional para que el Invias amplíe el contrato con los contratistas para hacer la vía de nueve (9) de banca con siete con cincuenta (7.50) de pavimento y cunetas de un metro. El presupuesto que debe aportar la Hidroeléctrica es de un valor aproximado de seis mil millones de pesos ($6.000.000.000). Solicita a la Junta Directiva autorización para adelantar la contratación que se requiera"
Con la lectura fiel del Acta Nro. 95, debe indicarse entonces que en ella no se autorizó la inclusión de lo que denomina la Contraloría como nueva Vía Barro San Andrés de Cuerquia porque ésta ya estaba construida y, en razón al mal estado de la misma, se estaba ejecutando su mejora por INVÍAS. Lo que entonces aprobó la Junta Directiva de HI, fue celebrar el acuerdo institucional con el INVÍAS para ampliar el contrato con el contratista y "hacer la vía de nueve (9) metros de banca con siete con cincuenta (7.50) de pavimento y de cunetas de un metro", lo que demuestra una debida gestión económica al concretar apoyos interinstitucionales para dar solución a necesidades puntuales del proyecto y no incurrir en mayores gastos y tiempos. Ahora bien, en la referida Acta Nro. 95 – y en la que se insiste no estuvo presente el doctor FEDERICO RESTREPO POSADA-, el tema propuesto por el Gerente de la sociedad a la Junta Directiva sobre la vía Puerto Valdivia – Pescadero es si se llegara a construir la carretera debía hacerse "con las especificaciones que el proyecto requiere, mas no con las especificaciones de troncal", por lo que se aprobó "la construcción en esas condiciones y se autoriza al Gerente de la Sociedad para inicie los trámites que posibiliten esa construcción" (página 22 del acta)
"Retoma el doctor Luis Guillermo el tema propuesto en la reunión anterior sobre la construcción de la vía Puerto Valdivia – Pescadero. Abierta la discusión, se define que lo que se debe solicitar es que la sociedad tome la decisión de construir una carretera con las especificaciones que el proyecto requiere, mas no con las especificaciones de troncal. Se invitará al gobierno nacional para que participe y, en este segundo escenario, con la participación del gobierno

nacional, se tomará la construcción con las especificaciones de la troncal. Se aprueba la construcción de la vía en las anteriores condiciones y se autoriza al Gerente de la Sociedad para que inicie los trámites que posibiliten esa construcción ".

Por ello, no es acertado la relación de temas que hace la señora Contralora en el Acta Nro. 95 para extraer apartes sobre la licencia ambiental, que se refería era a la Licencia de la Hidroeléctrica y no a la licencia de las consideradas nuevas vías para la Contralora, en tanto la Vía Barro-San Andrés de Cuerquia ya estaba construida, y estaba siendo intervenida por INVÍAS con las licencias que ya existían y que se le hubiesen sido exigidas a esa entidad para su ejecución; y, en cuanto a la vía Puerto Valdivia-Pescadero se advierte que aún no había iniciado su proceso de contratación porque se estaba buscando gestión departamental y nacional.

Basta con leer detenidamente el recorte del acta para establecer a cuál licencia ambiental – la del proyecto en general –, se estaba haciendo referencia (página 14 del acta referida):

"Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que la Licencia Ambiental se recibió el treinta (30) de enero y llegó con algunas obligaciones para la Hidroeléctrica que encarecen los compromisos del proyecto. Pone como ejemplo que en las medidas compensatorias exigen la compra y reforestación de diecisiete mil (17.000) hectáreas para sembrar bosque seco tropical. El doctor Álvaro Osorio, abogado de EPM que adelanta el proceso de la Licencia Ambiental, presentó recurso de reposición a las decisiones que se consideran inadecuadas. Agrega el doctor Jesús Arturo Aristizabal que en el recurso se pide la exclusión de municipios como Olaya y Valdivia que no reciben impacto en el proyecto; la aclaración sobre especies animales y vegetales de las que no hay seguridad de que existan en la zona. Informa que subieron sustantivamente el caudal ecológico ya que inicialmente se tenía una garantía de un corredor de trescientos (300) metros cúbicos por segundo y están exigiendo cuatrocientos cincuenta (450) metros cúbicos por segundo. También sobre temas administrativos como el manejo de reglas de operación del embalse dentro de los compromisos de la licencia ambiental, lo que amarraría las manos para la operación comercial del proyecto.

Con relación a la vigencia de la Licencia después del recuso, informa que hay dos posiciones al interior del Ministerio: la una que señala que si la licencia está recurrida no se encuentra en firme en su totalidad y entre tanto, la Hidroeléctrica no tiene Licencia Ambiental. Otra posición sostiene que si se tiene la Licencia, se puede iniciar las obras y solo se suspende lo que corresponde al recurso. Trae el ejemplo de Quimbo en el que se le impuso una multa por iniciar los trabajos sin tener la licencia ambiental plenamente expedida" 93

Por otra parte, sobre la referencia que hace la señora Contralora al Acta Nro. 97 del 29 de abril de 2009 de la Junta Directiva de HI para establecer que se incluyó como nueva vía la de Pescadero-Puerto Valdivia, debe indicarse que en los recortes que hizo la señora Contralora faltaron, en forma evidente, los relacionados con el numeral 6 definido como "Autorización diseño y adición de la licencia Vía Pescadero Puerto Valdivia", en las que se expuso nuevamente por el Gerente de la sociedad la necesidad de la construcción de la vía (página 10 del acta):

"6.- Autorización diseño y adición de la licencia Vía pescadero Puerto Valdivia "Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que la urgencia que tiene el proyecto para la construcción de la vía Puerto Valdivia – Pescadero ha llevado a la Administración a considerar la posibilidad de realizar el contrato para su diseño y la elaboración del estudio del impacto ambiental con el Consorcio Generación Ituango, como una obra adicional al contrato que viene realizando para el Diseño de las Obras Principales. En el caso contrario se deberían abrir licitaciones que implicarían un término de alrededor de seis meses. En el anterior evento se podría iniciar de forma casi que inmediata y se ganaría un tiempo valiosísimo para el Proyecto. La administración ha realizado los estudios que le permiten concluir que es viable jurídicamente y estaría contemplado dentro de la legislación y el estatuto contractual vigente. Al respecto lee el concepto que se remitirá a los miembros de la Junta y se agrega a la presente acta. Agrega el doctor Luis Guillermo Gómez que la construcción de esta vía requiere también de una modificación a la Licencia Ambiental que el Ministerio del Ambiente ha otorgado al proyecto. Con relación a la pregunta de la doctora Ana Cristina Moreno, sobre la existencia de una probable licencia tramitada por Integral, informa que solo se avanzaron con estudios y considera que se podría solicitar al Ministerio de Obras que permita su utilización para la licencia que ahora se requiere. El doctor Álvaro Vásquez pone a consideración de la Junta la autorización al señor Gerente, doctor Luis Guillermo Gómez, para que realice los acercamientos que se requieren con el Consorcio Generación Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia – Pescadero y el Estudio de Impacto Ambiental se realicen como una adición al contrato de Diseño de las Obras Principales del Proyecto que adelantan y, en el evento de lograr una propuesta favorable para la Sociedad, los contrate con ellos. Es aprobado por unanimidad por los asistentes a la reunión. Con respecto a las especificaciones de la vía- con relación al probable diseño de troncal- concluye el doctor Federico Restrepo que los diseños que se deben elaborar son los que requiere la Hidroeléctrica para el proyecto, y el aprovechamiento para la troncal será tema de otro momento posterior. Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que aún no se ha recibido la propuesta del Ministerio de Ambiente a la reposición interpuesta a alguno de los puntos de la Licencia Ambiental y que según información del doctor Álvaro Osorio, abogado de EPM y apoderado de Hidroituango en el trámite de la Licencia Ambiental, se conocerá en el recurso de la presente semana. Informa el doctor Federico Restrepo que el dueño de la información que Integral tiene sobre el estudio de Impacto Ambiental de la vía Puerto Valdivia – Santa Fe de Antioquia es el INVIAS. Por esta razón se debe solicitar que esta entidad autorice para el proyecto, no de la vía, la utilización de esta información y que no se vaya a cobrar por parte de Integral. Finalmente, el doctor Luis Guillermo Gómez requiere autorización para solicitar al INVIAS y/o Ministerio de Transporte la utilización de la información del estudio del Impacto Ambiental y el diseño de la vía que tiene Integral, para el proyecto que adelantará Hidroituango. Puesto a Consideración es aprobado por unanimidad de los asistentes.

Reiteradamente, de una lectura fiel del acta referida, debe indicarse que lo que se aprobó por la Junta Directiva de HI fue que se realizaran acercamientos con el Consorcio Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia se hiciera a través de una adición al contrato de diseños de obras principales del proyecto,

previo aval que desde un estudio jurídico había determinado su viabilidad, el mismo que fue expuesto a la Junta y que obra como anexo. Es decir, a la Junta Directiva se le sustentó la necesidad técnica, beneficios y la urgencia de construir la vía, además del mecanismo contractual para hacerlo a través de la adición al contrato de diseño de vías principales y evitar así un proceso licitatorio independiente que conllevara largos tiempos de preparación. Con esas razones es que se aprobó la decisión antes referida. Es por lo anterior, que por las debidas gestiones que adelantó el Gerente de la sociedad, este le informó a la Junta Directiva de la ejecución del acercamiento que realizó con el Consorcio Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia, las cuales fueron consignadas por ejemplo en el Acta Nro. 98 del 27 de mayo de 2009 (página 3 en el capítulo Nro. 4 del Informe de la Administración): "Sobre la carretera Puerto Valdivia – Pescadero informa que se iniciaron conversaciones con Integral y les solicitaron una cotización para concretar la posibilidad de realizar con el Consorcio Ituango (Integrado por Solingral e Integral) que adelanta el diseño de las obras principales, el contrato sobre el diseño y el Estudio del Impacto Ambiental, igualmente se iniciaron las conversaciones con el Invías para conseguir los permisos que se requieren para utilizar la información que tiene Integral. Ellos indicaron que no tenían problema alguno y se están oficializando las negociaciones al respecto.

hora, (la de Llanos de Cuibá), la cual afectaría gravemente la obra en tiempos y en presupuesto, así: "6. –Informe vía Puerto Valdivia – Pescadero "El doctor Luis Guillermo Gómez informa que la construcción de la vía Puerto Valdivia – Pescadero tiene importancia como una posible alternativa de acceso a la zona del proyecto, teniendo en cuenta que la actual vía tiene especificaciones muy pobres y una geología regular, en una zona de seguridad precaria. Cualquier aislamiento en el proceso pleno de construcción sería muy grave. En un día de demora, en el momento de mayor producción, el contratista estaría haciendo obra diaria por un valor aproximado de un millón de dólares y un problema en la vía repercutiría en el desarrollo del proyecto. Todo esto justifica la posibilidad de contemplar una alternativa, ya que la vía a los Llanos de Cuibá tiene graves falencias ". Por consiguiente, de la lectura integral del Acta de Junta Directiva de HI Nro. 97 no puede afirmarse, como lo hizo la señora Contralora, que de ella se desprenda que hubo problemas de planeación al no ser incluidas las obras relacionadas con las vías San Andrés de Cuerquia y Puerto Valdivia en las obras de construcción de las vías.

Por otra parte, la señora Contralora hizo alusión al Acta Nro. 103 de 30 de septiembre de 200998 –en la que tampoco asistió el doctor Federico Restrepo- , para argumentar que la misma daba cuenta de la necesidad de la modificación a la licencia ambiental debido al cambio de la altura de la presa, así como a la adición de vías no contempladas inicialmente en el proyecto. Sin embargo, de en una lectura integral del Acta Nro. 103 no puede arrojarse la conclusión de la señora Contralora porque la licencia a la que se hacía referencia era a la del contrato de construcción de vías sin que se mencionara que el no pronunciamiento del Ministerio de Medio Ambiente era consecuencia de la solicitud de inclusión de las nuevas vías y menos aún de la altura de la presa. Basta con releer el párrafo correspondiente:

"El doctor Luis Guillermo Gómez presenta a la Junta Directiva el siguiente informe: d. Licencia Ambiental y orden de inicio del contrato de construcción de

vías. Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que en junio se solicitó una modificación de la Licencia Ambiental al Ministerio de Medio Ambiente y a pesar de haber hablado con la Viceministra del Medio Ambiente y una asesora suya, y las gestiones de EPM, no se ha podido lograr el acto administrativo. Por esta razón no se ha podido dar la orden de inicio al contrato de construcción de las vías y se ha retrasado el cronograma en un mes". Debe anotarse que la vía San Andrés de Cuerquia era una obra a cargo del INVIAS y que contaba con licencia ambiental. Pese a todo, en el Acta Nro. 104 del 28 de octubre de 2009100 de la Junta Directiva de HI, se puede establecer que se informó por la Gerencia que la licencia ambiental se emitió por el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Social, coincidiendo con la comunicación que la sociedad le había remitido al entonces Gobernador de Antioquia para que actuara ante el Presidente, lo que denota un resultado a la debida gestión del Gerente, dado que el parqueo de la licencia estaba era en el Ministerio. Con la licencia, se logró entonces firmar el acta de inicio al contrato de construcción de las vías, pero se debe considerar que el atraso del cronograma de obra, atribuible al Gobierno Nacional, no impactó el cronograma director del proyecto.

Ahora, cualquier reproche que se haga a la construcción de la vía Puerto Valdivia y adecuación de la vía San Andrés de Cuerquia, no debe hacerse en forma aislada a las recomendaciones técnicas que viabilizaron la obras como necesarias, por lo que se debe comprender la magnitud y dimensión de la obra desde su naturaleza e imposibilidad absoluta de presupuestar los hallazgos que en la ejecución se presentan.

Siendo necesario exponer el siguiente planteamiento en cada cargo, debe indicarse que en el informe técnico de la Universidad Nacional con el que presuntamente se soportó el daño patrimonial NO hizo referencia a la conducta reprochada a Federico Restrepo, ni al alcance de ella, porque claramente su enfoque se centró en determinar la diferencia de valores consignados en el modelo financiero asociado al proyecto por INVERLINK contra el modelo financiero adoptado por la Universidad, entre los años 2011 a 2018, lo que excluye claramente las decisiones que fueron tomadas en las actas de Junta Directiva de HI números 94, 95, 97 y 103 del año 2009.

En este contexto, la aprobación de inclusión de nuevas vías (con las salvedades ya expuestas sobre que una de ellas no fue nueva vía) y las consecuencias atribuidas que impactaron el cronograma general del proyecto, no tuvo relación con el supuesto daño patrimonial y menos con las causas de la contingencia o el impacto que luego de esta tuvo el cronograma director, dado que el día 23 de febrero de 2018, días antes de la contingencia, la empresa DELOITTE, auditora oficial del seguimiento al cronograma de la CREG, presentó el informe No. 17 de "Auditoría la obligación de cumplir con la Curva S y el Cronograma para la Construcción y Puesta en Operación Comercial de la Hidroeléctrica Ituango al 31 de diciembre de 2017101 ", en el cual se consideró un adelanto de ocho (8) días en el inicio de la operación comercial en la Unidad 4, tal como se visualiza en la gráfica que se presenta en la parte final del informe, la cual se inserta a continuación:

Nombre de tarea	Comienzo CREG+Contratistas con Aceleración	Fin CREG+Contratistas con Aceleración	Diferencia Fin contratistas vs. IPVO (días)
PRUEBAS FINALES	7/01/2018	8/21/2019	-263
Cierre de la desviación y llenado del embalse	7/1/2018	7/31/2018	123
Pruebas con agua de la Unidad 4	7/26/2018	11/23/2018	8
Hito: Inicio de la operación comercial de la unidad 4	11/23/2018	11/23/2018	8
Pruebas con agua de la unidad 3	11/23/2018	2/21/2019	-82
Inicio de la operación comercial de la unidad 3	2/21/2019	2/21/2019	-82
Pruebas con agua de la unidad 2	2/21/2019	5/22/2019	-172
Inicio de la operación comercial de la unidad 2	5/22/2019	5/22/2019	-177
Pruebas con agua de la unidad 1	5/23/2019	8/21/2019	-263
Hito: Inicio de la operación comercial de la unidad 1	8/21/2019	8/21/2019	-263

Fuente: Programa CREG + contratista + aceleración (dic 2015).

Lo inmediatamente anterior, es coincidente con el informe rendido en abril de 2018102 por la interventoría del proyecto INGETEC-SEDIC, instancia oficial de seguimiento a la obra, en la cual se precisó que se estaba cumpliendo con el cronograma, lo que garantizaba que la primera unidad entraría a generar en noviembre de dicho año porque los atrasos prácticamente estaban recuperados (- 0.57%) faltando todavía 7 meses para la terminación de la primera etapa (noviembre de 2018) e igualmente el costo se encontraba por debajo de lo presupuestado. En otro aspecto, estando la carga probatoria en cabeza de la Contraloría General de la Republica, debe indicarse que en los supuestos planteados para el cargo no existen elementos que den por probado con tal certeza la relación entre la conducta de mi mandante (hecho dañoso) con el daño patrimonial expuesto, nexo causal que no se presume y por ello no basta con afirmarlo. Asimismo, es del caso advertir que, en el presente cargo reprochado a mi mandante, no se determinó en parte alguna cómo se estableció fehacientemente que mi representado actuó con culpa grave pues los reproches por sí solos no la hacen presumir y no denotan la negligencia, torpeza, falta de diligencia que se le debe enrostrar para calificarlo como tal, a más de no exponer entonces cuál era la conducta diligente y cuidadosa que se supone debía ejecutar. Por último, expongo que el cargo enrostrado a mi mandante tiene relación con varias conductas asociadas a actas del año 2009 que en contraposición del auto del proceso responsabilidad fiscal (año 2019) configura sin lugar a duda la caducidad de la ACCIÓN FISCAL por haberse superado los cinco (5) años desde a ocurrencia del supuesto HECHO GENERADOR del daño al patrimonio público (supuesta aprobación de inclusión de nuevas vías).

R:/ En aras de, desmentir en primer lugar la supuesta “ambigüedad” del reproche, referenciada por la apoderada, procede el Despacho a analizar la conducta endilgada en el Auto de Imputación No. 1484 del 2 de diciembre del 2020, ejercicio en el que además se evidenciará como la interpretación de las actas realizada por la apoderada, no solo obedece a una lectura aislada de aquellos apartes transcritos por el Despacho, sino a la negación infundada de la totalidad de temas en estas tratadas, pues todo aquello que la apoderada “niega” que ocurrió en las referidas reuniones de la Junta Directiva, terminó consignándose en la AMB No. 1 al contrato de vías del 1 de diciembre del 2009, tal como se pasará a explicar, así las cosas:

- Se encuentra probado, que el señor Restrepo Posada, desplegó esta acción, la cual se encuentra consignada en las siguientes actas de las sesiones de junta directiva en las cuales conoció, participó y deliberó.

- Es importante anotar en este punto que en el Acta 94 de 28 de enero de 2009, aparece por primera vez la necesidad de incluir la vía Puerto Valdivia Presa, de igual manera, en acta 95 de fecha 25 de febrero de 2009, la junta directiva autoriza la contratación de la Vía Barro San Andrés de Cuerquía, y la vía Puerto Valdivia y mediante acta 97 de fecha 29 de abril de 2009, se autoriza al Gerente para que entre en contacto con el Consorcio Generación Ituango para el diseño de la vía Puerto Valdivia, lo que se justifica en la premura de contar con dicha vía.

- Estas situaciones de manera correlativa generaron modificaciones en el contrato del diseño de las vías. En efecto, a lo anterior obedeció la suscripción del AMB 1[422], la cual valga anotar es de 9 de diciembre de 2009 (casi 11 meses después de que se menciona por primera vez la necesidad de la Vía Puerto Valdivia):

> **ADICIÓN 1: Mediante Acta de Modificación Bilateral No. 1 – AMB No. 1 del 9 de diciembre de 2009.** Para: a) Diseño del tramo de vía entre el sitio denominado El Barro y la cabecera municipal de San Andrés de Cuerquia, b) Diseño del túnel vial bajo el talud del vertedero, c) Diseño de la vía entre Puerto Valdivia y el proyecto, d) Investigaciones sismológicas, e) Legalizar cantidades adicionales en costos directos predecibles. **Valor de la Adición**: Cuatro mil seiscientos treinta y cuatro millones trescientos ochenta y cuatro mil novecientos veinticuatro pesos ($4.634.384.924), sin incluir el IVA. **Valor del Contrato**: Como producto de esta Adición el valor del contrato queda en $20.648.062.819, sin incluir el IVA. **Ampliación del Plazo**: Hasta el 30 de junio de 2010.

- En sesión de acta 94, de 28 de enero de 2009, de Junta Directiva de Hi, respecto a la vía Puerto Valdivia – Pescadero, como vía de acceso al proyecto, se indicó:

[422] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\07-Contratos HI\CT-007-2008 Diseños Detallados y Asesoria\CT-007-2008 Adiciones

6.-Informe vía Puerto Valdivia – Pescadero

El doctor Luis Guillermo Gómez informa que la construcción de la vía Puerto Valdivia - Pescadero tiene importancia como una posible alternativa de acceso a la zona del proyecto, teniendo en cuenta que la actual vía tiene especificaciones muy pobres y una geología regular, en una zona de seguridad precaria. Cualquier aislamiento en el proceso pleno de construcción sería muy grave. En un día de demora, en el momento de mayor producción, el contratista estaría haciendo obra diaria por un valor aproximado de un millón de dólares y un problema en la vía repercutiría en el desarrollo del proyecto. Todo esto justifica la posibilidad de contemplar una alternativa, ya que la vía a los Llanos de Cuibá tiene graves falencias.

Invita al doctor Darío Ceballos Berrio, Asesor Técnico de Integral, quien hace la presentación que se anexa a la presente acta.

Concluye la presentación el doctor Darío Ceballos indicando que la construcción implicaría aumentar noventa millones de dólares al proyecto y estaría terminada para

la época en que el proyecto requiere el ingreso de los insumos importantes, tales como hierros, equipos y la totalidad del cemento.

Luego de un debate sobre el tema, la Junta considera la importancia de incorporar la construcción de esta vía al proyecto, por los beneficios propuestos por el doctor Ceballos en su presentación, por la solución a probables riesgos en la vía actual y por los beneficios que representa para el país.

Se concluye que se le debe hacer una presentación al señor Gobernador, para establecer una estrategia del gobierno departamental con el nacional, y se debe solicitar a Integral que continúe profundizando en el estudio del tema, para definir su incorporación al proyecto.

- Se expresó en la sesión que la construcción implicaría aumentar noventa millones de dólares al proyecto y estaría para la época en que el proyecto requiere del ingreso de los insumos importantes, tales como hierros, equipos y la totalidad del cemento.

- Una vez se realizó el debate, la Junta consideró la importancia de incorporar la construcción de esta vía al proyecto, por "*los beneficios propuestos por el Doctor Ceballos en su presentación, por la solución a probables riesgos en la vía actual y por los beneficios que representa para el país".*

- De otro lado en la sesión de acta 95, de fecha 25 de febrero de 2009, de Junta Directiva de Hi, frente a la vía El Barro San Andrés de Cuerquía se expresó

5.- INFORME DE GERENCIA (Continuación)

Terminado el punto anterior, el doctor Luis Guillermo Gómez continúa con el informe de la Administración. Comunica a la Junta la visita hecha por miembros de la Junta y la Administración al señor Gobernador de Antioquia, doctor Luis Alfredo Ramos B., en la que se le presentó el estudio hecho por Integral sobre la carretera Puerto Valdivia – Pescadero. Señala que tuvo una excelente recepción por parte del Señor Gobernador. Quedó como conclusión que se solicitaría una visita al señor Presidente para presentarle la necesidad de la construcción de esta carretera

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que la Licencia Ambiental se recibió el treinta (30) de enero y llegó con algunas obligaciones para la Hidroeléctrica que encarecen los compromisos del proyecto. Pone como ejemplo que en las medidas compensatorias exigen la compra y reforestación de diecisiete mil (17.000) hectáreas para sembrar bosque seco tropical. El doctor Álvaro Osorio, abogado de EPM que adelanta el proceso de Licencia Ambiental, presentó recurso de reposición a las decisiones que se consideran inadecuadas.

Agrega el doctor Jesús Arturo Aristizabal que en el recurso se pide la exclusión de municipios como Olaya y Valdivia que no reciben impacto del proyecto; la aclaración sobre especies animales y vegetales de las que no hay seguridad de que existan en la zona. Informa que subieron sustantivamente el caudal ecológico ya que inicialmente se tenía una garantía de un corredor de trescientos (300) metros cúbicos por segundo y están exigiendo cuatrocientos cincuenta (450) metros cúbicos por segundo. También sobre temas administrativos como el manejo de las reglas de operación del embalse dentro de los compromisos de la licencia ambiental, lo que amarraría las manos para la operación comercial del proyecto.

Con relación a la vigencia de la Licencia después del recurso, informa que hay dos posiciones al interior del Ministerio: la una que señala que si la licencia está recurrida no se encuentra en firme en su totalidad y entre tanto, la Hidroeléctrica no tiene Licencia Ambiental. Otra posición sostiene que sí se tiene la Licencia, se pueden iniciar las obras y solo se suspende lo que corresponde al recurso. Trae el ejemplo de Quimbo en la que se le impuso una multa por iniciar trabajos sin tener la licencia ambiental plenamente expedida.

Explica el doctor Luis Guillermo Gómez que si llega el momento de adjudicar los contratos de vías y no se ha resuelto el recurso es preferible renunciar a él, por las implicaciones económicas del retraso de las obras con relación al costo de los requerimientos de la licencia, que alcanzan a los setenta mil millones de pesos ($70.000'000.000), aproximadamente.

Retoma en este punto el doctor Juan Felipe Gaviria el tema del cronograma para la subasta y banca de inversión y deja la constancia que desde el punto de vista de EPM no ven inconveniente en la reducción de seis a cinco meses, pero advierten las posibilidades de riesgos y reducción en el precio de oferta, ya que se está ofertando mas una concesión de agua que un proyecto y que, por consiguiente, no están absolutamente tranquilos con lo que ocurra con posterioridad a los cinco meses.

- Por su parte, el Acta de Junta Directiva No. 97 del 29 de abril de 2009, de junta Directiva de Hi, refleja el estado de la licitación del contrato de construcción de vías, cuya licitación ya había comenzado, misma que, como se dijo, inició sin contemplar las vías adicionales, que debido a los problemas de planeación solo fueron pensadas e incluidas al proyecto con posterioridad:

Sobre la licitación para el contrato de la construcción de las vías informa que participaron veinticuatro (24) firmas y se tramitaron varias adendas. El doctor Álvaro Vásquez tenía algunas inquietudes por llamadas que le hicieron, especialmente sobre la exigencia que, con relación a la integración de los consorcios, se exigió que por lo menos uno de ellos tuviera el cumplimiento del 100% de los requisitos exigidos. Se entiende que la figura del consorcio permite que empresas de diferentes niveles se puedan desarrollar juntándose para participar en contratos de mayor cuantía que de otra forma no lo podrían hacer. Exigiendo que uno solo cumpla todo cambia el objeto de la figura ya que los excluye, porque quedarían eliminados.

Otro tema que anota es la exigencia de experiencia a los proponentes partir de una fecha, que en unos casos fue a partir de 1999 y en otros a partir de 1995. Llama la atención en que no puede aparecer que de alguna forma se están prefabricando o direccionando las exigencias de las licitaciones. Se debe ser lo más transparente posible para que la Sociedad se reconozca por ello.

Explica el doctor Luis Guillermo que estos temas se discutieron con los ingenieros asesores de la Hidroeléctrica y el concepto que se emitió es que la Sociedad tiene una prioridad para que este contrato de vías se cumpla rigurosamente porque de ello depende el cumplimiento del cronograma del proyecto. Por ello, con el fin de evitar un eventual incumplimiento se exigió que por lo menos una de las firmas del consorcio cumpla con la totalidad de las exigencias.

El doctor Federico Restrepo anota que no es lo mismo que cuatro o cinco firmas pequeñas se unan en consorcio para cumplir o complementarse, a que una gran firma vaya en consorcio con otra pequeña para alguno de los trabajos; sobre todo con relación al cumplimiento esperado ya que este tema (la construcción de las vías) hace parte de la ruta crítica.

Explica el doctor Luis Guillermo Gómez que con base en las solicitudes hechas por los proponentes se amplió el plazo para la experiencia - tener contratos similares celebrados y/o ejecutados- a partir de mil novecientos noventa y cinco (1995). En un principio se tomo a partir del año mil novecientos noventa y nueva (1999) considerando que en esos diez (10) años se podría cumplir con el requisito, pero por las solicitudes se amplió hasta el año mil novecientos noventa y cinco (1995).

Informa también el doctor Luis Guillermo Gómez que está abierto el proceso de Interventoría para este contrato, y se inscribieron doce (12) firmas. El doctor Luis Guillermo le solicitó a la SAI, por intermedio del doctor Álvaro Villegas, que le hicieran aportes a los pliegos. El día anterior fue la visita de los interesados al sitio de las obras.

- Frente la solicitud del señor Luis Guillermo Gómez, el señor Vásquez, como Presidente de la Junta Directiva de Hidroituango, puso en consideración de la junta directiva, la autorización al Gerente para que entrara en contacto con el Consorcio Generación Ituango para adelantar la adición de las vías, como una adición al contrato de obras principales, en los siguientes términos:

(…)

El doctor Álvaro Vásquez pone a consideración de la Junta la autorización al señor Gerente, doctor Luis Guillermo Gómez, para que realice los acercamientos que se requieren con el Consorcio Generación Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia – Pescadero y el Estudio de Impacto Ambiental se realicen como una adición al contrato de Diseño de las Obras Principales del Proyecto que adelantan y, en el evento de lograr una propuesta favorable para la Sociedad, los contrate con ellos. Es aprobado por unanimidad por los asistentes a la reunión.

(…)".

Finalmente, el doctor Luis Guillermo Gómez requiere autorización para solicitar al INVIAS y/o al Ministerio del Transporte la utilización de la información del Estudio de Impacto Ambiental y el diseño de la vía que tiene Integral, para el proyecto que adelantará Hidroituango. Puesto a consideración es aprobado por unanimidad por los asistentes.

(…)".

- Por último, el acta 103 del 30 de septiembre de 2009, de junta directiva de Hi, da cuenta de la necesidad de modificación a la licencia ambiental, misma que como se explicó, tuvo origen tanto en el cambio de la altura de la presa, como en la adición de vías no contempladas inicialmente en el proyecto. En este punto, es esencial señalar que en un intento por desmentir lo sostenido

en la imputación, la apoderada indica que el Despacho "confunde" la Licencia Ambiental de las vías, con la del proyecto, cuando resulta evidente, que la Licencia objeto de modificación, fue la del proyecto hidroeléctrico[423].

"(…)
a. Licencia Ambiental y orden de inicio del contrato construcción de vías. Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que en junio se solicitó una modificación de la licencia ambiental al Ministerio del Medio Ambiente y a pesar de haber hablado con la Viceministra del Medio Ambiente y una asesora suya, y de las gestioens de EPM, no se ha podido lograr el acto administrativo. ***Por esta razón no se ha podido dar la orden de inicio al contrato de construcción de las vías y se ha atrasado el cronograma en un mes.*** *(…)".*

- Todo lo anterior, demuestra las deficiencias en la planeación, así como la toma de decisiones improvisadas por parte de los miembros de la junta directiva de Hi dentro de los cuales se encuentra el señor Restrepo Posada, quien como se dijo líneas atrás conoció, deliberó y decidió lo referido en las actas anotadas.

- Así las cosas, se encuentra probado que el señor Restrepo Posada incurrió en esta conducta en el sentido de conocer, deliberar y votar la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que aunado al aumento en la altura de la presa, generó cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, impactando así en los tiempos del proyecto, y en consecuencia concluir por este Despacho que su actuar se separa como se verá adelante del modelo de conducta que le resultaba exigible en su calidad de miembro principal de la junta directiva.

De conformidad con lo expuesto en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, la conducta del Restrepo Posada, fue descrita de una manera clara y precisa, que no se presenta a equívocos, como lo pretende hacer ver la apoderada, por lo tanto, no hay lugar a lo alegado por la apoderada en este sentido.

Ahora bien, frente al argumento de la profesional del derecho, de que todo se aprobó teniendo como base estudios técnicos, este Despacho debe remitirse de nuevo, a lo expresado por el Tribunal de Instancia, frente a los informes presentados a la Junta Directiva de Hidroituango, a lo cual consideró

[423] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_3/Ambiental y social/15-CT-2019-000004/Precontractual/Especificaciones Tecnicas/ Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip

"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.

(...)

Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.

Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.

Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre la misma cuestión sostuvo que:

"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.

(...)

De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.

Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta

de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle".

Aunado a lo anterior, se tiene que:

"(…) Dentro de las funciones establecidas a los miembros de la Junta Directiva de Hi estaba la de "Velar por el estricto cumplimiento de los convenios de desempeño y demás obligaciones que contraiga la Sociedad y evaluar los resultados de acuerdo con las metas trazadas" (escritura pública 771), obligación que para el caso de autos aplicaba teniendo en cuenta que además de votar las decisiones en la Junta, debía previamente conocer y documentarse de los temas puestos a deliberar en ésta. Situación que de acuerdo al argumento expuesto por el versionante no acaeció, pues se entendía solo como convalidación de decisiones de terceros, sin un análisis previo por el órgano directivo.

Así las cosas, como miembro de la Junta Directiva no puede excusar las consecuencias de sus decisiones en conceptos de terceros, que si bien ayudan a formar un criterio sobre el tema a debatir y decidir, no por ello se debe salvaguardar en él, y dejar a un lado su deber de participar activamente en las reuniones y establecer si con ellas se cumple el objeto social de Hi.

La apoderada señala que reprocha el Despacho la apertura de la licitación, cabe señalar que, lo que se reprocha, es la improvisación que lleva a no tener claras las prioridades en el tema de las vías lo que es muy grave si se tiene en cuenta que esa era la ruta critica pues se necesitaban para llegar al punto donde se iban a comenzar a construir los túneles de desviación.

De otro lado, es importante indicar que dentro del presente proceso de responsabilidad fiscal, se demostró en los supuestos fácticos que se acumularon grandes atrasos en las obras principales del proyecto, comprometiendo el cronograma del mismo, y en el aumento injustificado de valores del contrato de los túneles de desviación, los cuales se reconocieron con la finalidad de que la presa entrara en funcionamiento, con su primer unidad, en noviembre de 2018, pero que, como se explicó en el acápite correspondiente al daño, no se logró este resultado, trayendo como consecuencia un amplio daño patrimonial para el Estado, entre otras, a causa de la negligencia del constructor de las obras necesarias para la desviación del río Cauca.

Así mismo, quedó demostrado que al consorcio CTIFS, en su calidad de contratista, le fueron reconocidos mayores valores en aras de que la obra fuera entregada oportunamente, lo anterior con la finalidad de que la presa entrara en funcionamiento a partir de noviembre de 2018, no obstante, el Estado dispuso de mayores recursos y a cambio no obtuvo lo esperado, pues el contratista con sus constantes atrasos coadyuvo a que la presa no estuviese lista en la fecha indicada, contribuyendo al detrimento patrimonial al Estado objeto de esta causa fiscal.

Por consiguiente, este despacho concluyó que el contratista CTIFS, con su actuar permitió que se acumularan grandes atrasos en las obras, causando, cada vez más, el aplazamiento de la desviación del río Cauca, conllevando a que se tuviera que adoptar un fracasado programa de aceleración, que no se pudiera desviar el río conforme a los diseños iniciales y a que se adoptara el SAD para poder desviar el río en febrero de 2014 y evitar así millonarias pérdidas a HIDROITUANGO S.A, pese a esto, y fungiendo como conducta concatenada los atrasos presentados por CTIFS, la presa no alcanzó a estar lista para entrar en funcionamiento con su primera unidad en noviembre de 2018, lo que causo un detrimento patrimonial al Estado como consecuencia de la pérdida de valor presente neto.

Frente al argumento de la apoderada, el cual expone que en la reunión de la junta directiva de HI No. 97, lo que se hizo fue autorizar al gerente, en los siguientes términos:

> *"Por otra parte, sobre la referencia que hace la señora Contralora al **Acta Nro. 97** del 29 de abril de 2009 de la Junta Directiva de HI para establecer que se incluyó como nueva vía la de Pescadero-Puerto Valdivia, debe indicarse que en los recortes que hizo la señora Contralora faltaron, en forma evidente, los relacionados con el numera 6, definido como "Autorización, diseño y adición de la vía", en las que se expuso nuevamente por el Gerente de la sociedad la necesidad de la construcción de la vía (página 10 del acta)"*

Cabe aclarar que, de los lineamientos jurisprudenciales invocados a lo largo de esta providencia, se infiere que la simple presentación de conceptos, informes y/o recomendaciones que hace la Administración a los miembros de la Junta Directiva, como soportes de proyectos de decisión o de aprobación sobre materias que, por sus funciones, los mismos deban adoptar**, no es suficiente para exonerarlos de su responsabilidad fiscal.**

Según lo que para cada caso se establezca en las funciones de la respectiva junta directiva, existe de parte de estos integrantes un deber de verificación de consistencia de estos soportes, conceptos o informes, como parte del ejercicio de sus competencias u obligaciones, **con mayor razón cuando la decisión a adoptar resulte determinante en la administración, disposición y manejo de los recursos públicos a cargo de la entidad u organización de la cual formen parte**. **En palabras del Tribunal, se trata del deber de *"examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos"*;** o, en palabras del Consejo de Estado, del **deber de constatar su impacto y comprobar si benefician a la entidad o, en otras palabras, que no le causen perjuicio.**

Es por ello, que este Despacho teniendo en cuenta las funciones de la junta directiva de Hidroituango así como los mismos lineamientos jurisprudenciales se observa que la omisión de estos deberes, por parte de los miembros de la junta directiva fue

calificada como gravemente culposa, según lo establecido en el artículo 63 del Código Civil; y, por tanto, fue objeto de comprobación y calificación por parte de esta Instancia a efectos de verificar la existencia del elemento subjetivo de la responsabilidad.

Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de funciones en relación con la Sociedad, entre ellas **cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (numeral 3 de los estatutos)**, examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos (numeral 8 de los estatutos), la Junta Directiva estaba revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad y tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objetivo *(*Reglamento interno de la Junta Directiva - Artículo 3).

De otro lado, es importante indicar que eran sujetos cualificados, profesionales, con experiencia y en conjunto, debían tener conocimientos y experiencia en la industria de energía, finanzas, riesgos (Reglamento interno de la Junta Directiva, artículo 4), obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones fueran en el mejor interés de la Sociedad. También era obligación de los miembros de junta participar activamente en las reuniones, conociendo y revisando, por adelantado el material de estudio y análisis para las reuniones (artículo 14 del Reglamento interno de la Junta Directiva). Es más, los miembros de Junta son sujetos altamente cualificados que coadministraban la sociedad, con las más amplias calidades para que la Sociedad cumpliera su único objeto social. Adicional a esto, tenían el derecho y la obligación de solicitar toda la información sobre las decisiones a tomar. Expresamente el reglamento de la Junta Directiva cualifica al exigirle una responsabilidad mayor que el deber de conducta medio, que corresponde al buen padre de familia, respondiendo así hasta por la culpa levísima.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad fiscal de los miembros de junta directiva el parámetro de conducta del artículo 63 del Código Civil, enmarca que, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

Por lo anterior, no hay lugar a lo argumentado por la Apoderada.

Continúa la apoderada con el tercer reproche endilgado a su prohijado en la imputación:

Tercer cargo: Se estableció como tercera conducta objeto de reproche fiscal la siguiente: "Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía

inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar de que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma."

Para esta defensa, la lectura del cargo y el reproche que se hace resulta confuso y ambiguo para hacer el debido planteamiento del contraargumento, por lo que sin hacer el silogismo que ha caracterizado el presente pronunciamiento, indicaré que el cargo aborda varios temas: 1. Por problemas de planeación, la vía de la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río quedó de última en el proceso constructivo. 2. Los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías en el Acta Nro. 99 de 24 de junio de 2009. 3. Los miembros de la Junta Directiva en el acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda (seis meses después de conocer el trazado de las vías). 4. La decisión de aprobar la vía de la margen izquierda generó mayores costos y tiempos que afectaron el cronograma.

Es de suponer que los anteriores supuestos, se argumentaron en las actas que se relacionaron en el cargo y de las que se sostiene mi mandante conoció, deliberó y tomó decisiones.

Acta Nro. 99 de 24 de junio de 2009 de la Junta Directiva de la sociedad: Al respecto y sin discutir las decisiones técnicas que en la reunión se expusieron, debe indicarse que mi mandante NO asistió a la citada reunión, y por ello no puede reprochársele decisiones. Basta con leer los asistentes a la Junta y en los que no aparece relacionado el señor RESTREPO POSADA.

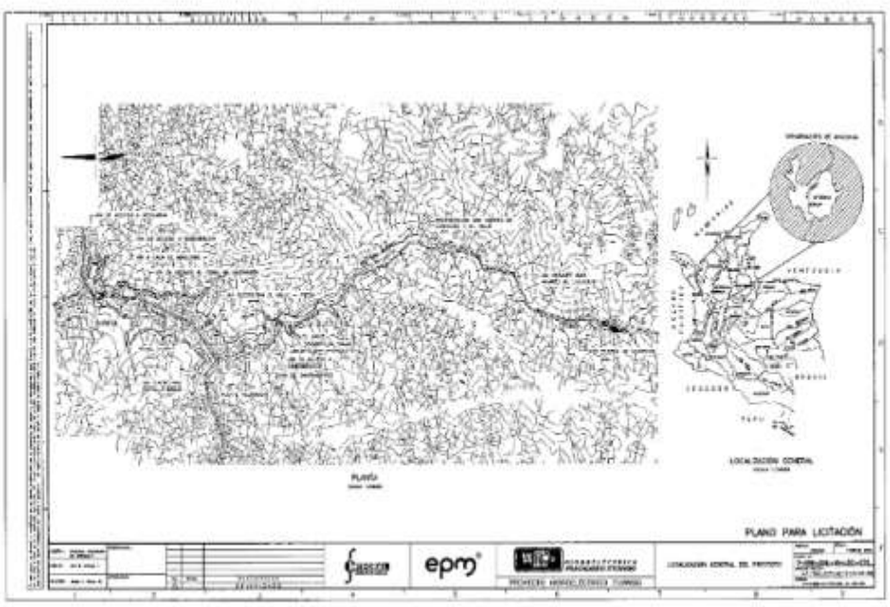
Ahora, para la señora Contralora en el Acta Nro. 99 los miembros de la Junta Directiva de HI conocieron el trazado de las vías, y estuvieron informados que la vía de la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río Cauca había quedado de última en el proceso constructivo. Sin embargo, lo que ocurrió en el Acta Nro. 99 no fue lo que afirma la Contralora, en tanto que lo que realmente se hizo fue una presentación técnica ilustrativa de los doctores OCTAVIO RENDÓN y MARINO GÓMEZ, asesores técnicos de la Hidroeléctrica, sobre la logística del proceso licitatorio con recomendaciones para la adjudicación de esa licitación, lo que no puede equipararse a un conocimiento pleno del trazado y menos de las necesidades técnicas y de construcción que pudieran plantearse. Es que se cuestiona que la señora Contralora pretenda que algunos de los miembros de junta, así posean títulos profesionales en áreas de la ingeniería civil, deban conocer, conceptuar y decidir sobre asuntos puramente técnicos que se relacionen con diseños, tales como proyectar o no una vía. Surge entonces una pregunta ¿cuál hubiere sido la responsabilidad de un miembro de junta si impone, por su saber o creencia en el saber, una decisión técnica que no le correspondía funcionalmente? Evidentemente, existiría una extralimitación de

funciones que hoy lo tendrían igualmente en la lupa de la Contraloría o de alguna de las IAS.

Lo ocurrido en el Acta de Junta Directiva de HI Nro. 99 quedó señalado así: "A continuación, el doctor Luis Guillermo Gómez expresa que, habida consideración de los traslados presupuestales y disponibilidad de vigencias futuras que se acaban de aprobar, pasa a realizar la adjudicación de los contratos de los procesos licitatorios iniciados para la construcción de las vías y para la Interventoría de las obras de infraestructura. En primer término, procede a informar sobre el proceso realizado en la adjudicación de la licitación para la construcción de las vías. Explica la forma como se consideraron las posibilidades en la licitación de obras de infraestructura en tres grupos, a saber: un grupo implica básicamente un movimiento de tierras y algunos puentes menores, otro en el que además hay la construcción de un túnel de un kilómetro y dos puentes de gran extensión y un tercer escenario, que requiere mayores exigencias, y es el de los dos grupos hechos por un solo contratista. La administración contrató un equipo de EPM para que adelantara la logística del proceso licitatorio y presentara una recomendación para la adjudicación de esta licitación. Invita el doctor Luis Guillermo a los doctores Octavio Rendón y Marino Gómez, asesores técnicos de la Hidroeléctrica, para hacer la presentación de la forma como se adelantó este proceso.

El doctor Octavio Rendón reitera lo expresado por el doctor Luis Guillermo Gómez sobre las posibilidades del proceso licitatorio y agrega que la administración tenía la posibilidad de adjudicar el grupo I a un proponente, el II a otro proponente o ambos grupos a un solo proponente. Comenta que 11 contratistas presentaron propuesta para el grupo I y, de estos, cinco presentaron también propuesta para el grupo II. De los cinco que presentaron propuesta para ambos grupos, tres presentaron la posibilidad de descuentos si se le adjudicaban ambos grupos. El grupo I lo conforman las obras que se encuentran más próximas a la entrada del proyecto. El grupo dos incluye las carreteras nuevas. Describe el trazado proyectado para la construcción de este grupo de carreteras, que se anexa a la presente acta con el plano presentado por el doctor Marino Gómez para la ilustración de los miembros de la Junta

El plano al que hace referencia el técnico es el siguiente:



En forma obvia, la presentación y el plano evidentemente técnico no alcanzan a informar suficientemente el asunto sometido a crítica sobre el conocimiento que se supone tuvo la Junta Directiva de HI sobre del trazado de las vías, dado que el mismo se hizo en el marco de explicación del proceso de licitación (ver por ejemplo el título del plano: Plano para Licitación). Sostener que la Junta Directiva conoció el trazado de las vías y que la vía de la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río Cauca había quedado de última en el proceso constructivo, no fue expuesto en la Junta referida, o al menos del acta no se puede desprender lo afirmado. Sin embargo, debe indicarse que se desconoce por qué la señora Contralora afirma que el hecho de que la vía de la margen derecha hubiese quedado de última en el proceso constructivo obedece a problemas de planeación, además de desconocer cuál fue el sustento de la conclusión. No obra en el acta en cuestión que se haya planteado tal afirmación, pero que, en todo caso, si hubiese quedado de último en el proceso constructivo no significa de por sí que sea falta de planeación

-Acta Nro. 107 de 27 de enero de 2010: Respecto de las afirmaciones que hace la señora Contralora sobre las decisiones de esta acta relacionadas con la construcción de la vía alterna, para calificarla de frágil en la planeación, debe indicarse que el recorte parcial y simple del acta no es suficiente para concluir lo que se afirmó, en tanto no se consideró el contexto de lo decidido. De manera general y con fines explicativos, debe manifestarse que la construcción de las vías de la margen derecha e izquierda siempre estuvieron diseñadas en el proceso constructivo, pero era la vía de la margen derecha la que había sido considerada principal para el ingreso al proyecto. El ingreso por esta vía tuvo serios problemas de ejecución que no permitieron hacerla en el tiempo presupuestado como consecuencia de los problemas geológicos, dificultades en la adquisición predial, problemas sociales por invasión de mineros y por problemas de quema de maquinaria por parte de la guerrilla, Frente 18 de las FARC. Previendo la situación de retraso en la obra por lo que ocurrido en la

construcción con la margen derecha y en razón a que la vía de la margen izquierda siempre estuvo diseñada, la decisión técnica que se recomendó fue aprovechar los diseños y hacer una vía industrial que bajara hasta el río Cauca y se conectara con un par de puentes metálicos que permitieran pasar al lado derecho del río con la maquinaria y equipos necesarios a la zona de los portales y así poder ejecutar la obra. Es decir, la vía estaba planeada y la decisión de ejecutarla obedeció a una estrategia técnica natural en el desarrollo de la obra. Al respecto, se indica que en la referida acta participó en forma activa el señor OSCAR JARAMILLO, Gerente Técnico de Hidroituango (funcionario omitido para cualquier actuación en este proceso de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría) para hacer una presentación técnica de las vías alternas de acceso al proyecto. Así quedó en el acta (páginas 3 y 4): "C. Presentación del Gerente Técnico de la sociedad y Construcción de vías alternas de acceso. Expresa el doctor Luis Guillermo Gómez que el túnel de desviación del río es uno de los hitos fundamentales en el proceso de construcción de la presa, porque el río se debe desviar en un estiaje en enero del año dos mil trece (2013). Si no se hace para esa fecha, se tendría un atraso en la construcción de por lo menos un año. Ahora bien, la carretera que llega al portal de entrada de los túneles de desviación, por su ubicación, es lo último en el proceso actual de construcción de carreteras. Bajo las anteriores circunstancias se ha estudiado la posibilidad de llegar por la margen izquierda del río Cauca para comenzar a excavar el túnel por el portal de salida del túnel de desviación, por medio de una carretera de tipo industrial y un puente provisional en el río cauca de bajo costo, con lo que se tendría la seguridad de que la desviación se podría hacer oportunamente y, con ello, el cumplimiento del cronograma. Hace en este momento el doctor Gómez la presentación del nuevo Gerente Técnico de Hidroituango, doctor Oscar Jaramillo, quien ya inició actividades con la Sociedad, y cede la palabra al doctor Darío Ceballos. Reitera el doctor Ceballos lo expresado por el doctor Gómez del requerimiento para lo del desvío en enero de 2013, lo que daría la holgura de un año, esto es, la entrada de la primera unidad en diciembre de 2018. Hasta el momento todo el complejo vial está proyectado sobre la margen derecha del río Cauca, para descender hacia los portales aguas arriba del túnel de desviación Como alternativa, se propone construir un ramal por la margen izquierda que se desprende de la carretera existente en el punto llamado el Bombillo, con el fin de llegar más rápido al frente de aguas abajo o portales de salida de los túneles de desviación. Para este propósito se requiere: Adecuación del carreteable existente entre el Bombillo y el campamento El Palmar, construcción de una vía industrial hasta sitio de presa, construcción un puente metálico provisional sobre el río Cauca, y construcción de una vía industrial hasta plazoleta de casa de máquinas. Estos accesos se pueden hacer en un plazo de doce (12) meses. Paralelamente, se continuará la construcción de las vías por la margen derecha, con el fin de llegar a los portales aguas arriba en las fechas contractualmente definidas. Complementa la explicación anterior el doctor Oscar Jaramillo señalando que la longitud aproximada de esta vía es de diez (10) kilómetros, y señala el detalle en el plano que se presenta a los miembros de la Junta y se agrega a la presente acta. El valor aproximado es de siete mil quinientos millones de pesos ($7.500.000.000), de los cuales, dos mil cien millones de pesos corresponden al puente. La construcción de las vías de acceso por la margen izquierda se

construirán con el contratista actual, utilizando los mismos precios unitarios del contrato, para lo cual, se requiere recomponer el cronograma actual, sin modificar el plazo final. Adicionalmente, se informó que se está analizando la modificación del trazado final de las vías de acceso de la margen derecha, para evitar que pasen por las estructuras de desviación, esto implicaría la excavación de un túnel que se conecte con la vía que viene por la corona de la presa, evitando así que la vía pública pase cerca de las estructuras y de las zonas de depósitos106 ". La presentación técnica del señor JARAMILLO, quedó consignada en el anexo del Acta Nro. 107 de la Junta Directiva de HI, así:

De la anterior presentación, puede extraerse sin discusión la exposición técnica que se hizo sobre las principales ventajas de la construcción de la vía de acceso, entre las que se consagraba el cardinal hito de cumplir la entrada en

operación de la central en la fecha anunciada. Todos los fundamentos técnicos expuestos, llevaron a la Junta Directiva a tomar la decisión de aprobar la construcción de la vía alterna e incorporarla al contrato que se tenía con el contratista Consorcio Ituango que ejecutaba la construcción de las vías. Es decir, cualquier decisión de la Junta siempre estuvo sustentada en los conceptos técnicos que sobre ello ofrecieran las personas competentes. -Acta de Junta Directiva de HI Nro. 108 de 24 de febrero de 2010107: De esta acta, nuevamente se pueden extraer los beneficios que habían sido expuestos por el técnico OSCAR JARAMILLO, Gerente Técnico de Hidroituango (funcionario omitido para cualquier actuación en este proceso por la Contraloría) sobre la construcción de la vía de acceso, así (página 3 del acta): "Señala que ya se inició la ejecución de la vía industrial de la margen izquierda que garantizará el acceso rápido a los portales de salida de los túneles de desvió y al portal de acceso a la casa de máquinas; esto garantizará que se inicien las excavaciones mediante túneles pilotos en el 2011 y posterior excavación total en sección completa para el año 2013. Se analizará la viabilidad jurídica, técnica y económica si se puede realizar la excavación de los túneles pilotos con el mismo contratista que actualmente está construyendo las vías del proyecto o mediante un nuevo proceso licitatorio. Esto permitirá que cuando se dé el empalme con el concesionario, se producirá una cesión de contratos para garantizar la continuidad y asegurar que el desvío del río Cauca se lleva a cabo en enero de 2013108…" -Acta Nro. 109 de 24 de marzo de 2010109: De manera previa, se debe indicar que mi mandante no asistió a esta Junta Directiva de HI, por lo que no deliberó ni decidió sobre lo planteado en ella y la prueba de lo anterior son los asistentes relacionados en el acta misma:

"HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.

JUNTA DIRECTIVA

ACTA No. 109

FECHA: Medellín, 24 de marzo de 2010
HORA: 11:40 a.m.
LUGAR: Sala de Juntas del IDEA

ASISTENTES

Dr. Álvaro Vásquez Osorio	Miembro Principal – Presidente de la Junta Directiva
Dr. Álvaro Villegas Moreno	Miembro Principal
Dra. Ana Cristina Moreno Palacio	Miembro Principal
Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez	Miembro Suplente
Dr. Hugo Alejandro Mora Tamayo	Miembro Suplente
Dr. Sergio Betancur Palacio	Miembro Suplente
Dr. Luis Guillermo Gómez Atehortúa	Gerente General de Hidroituango
Dr. Wilson Vélez Restrepo	Secretario General de Hidroituango

INVITADOS

Dr. Oscar Jaramillo	Gerente Técnico de Hidroituango
Dr. Juan Gonzalo Álvarez	Gerente de Estructuración Financiera de Hidroituango[110]".

Ahora, lo que sobre esta Acta Nro. 109 hizo referencia el auto de imputación fue indicar que un mes después de aprobada la construcción de la vía de la margen izquierdo no había iniciado, que Integral debía entregar los diseños y que hubo manifestación sobre la ruta crítica mayor del proyecto. Para ello, la señora Contralora hace un recorte de párrafos del acta, pero para esta defensa es necesario indicar que la presentación que se hizo a la Junta Directiva sobre las obras de desviación fueron igualmente expuestas por la persona técnica designada para ello: OSCAR JARAMILLO, Gerente Técnico de Hidroituango (funcionario omitido para cualquier actuación en este proceso por la Contraloría), así (página 2 del acta):

"e. Variación en los túneles de desviación. El doctor Oscar Jaramillo hace la presentación que se incorpora a la presente acta sobre la desviación del río Cauca, que se debe hacer para enero de 2013, lo que considera como un hito fundamental para el cumplimiento de la puesta en servicio de la Central Hidroeléctrica en el 2018. Recuerda que las obras de desviación se deben iniciar a más tardar en febrero de 2011 para garantizar el desvío del río Cauca en enero de 2013, pero ya no es posible llegar oportunamente por la margen derecha, ya que este programa vial tiene una duración de 18 meses contados a partir de la fecha de iniciación y, a la fecha, todavía no se han iniciado en forma la construcción de esta vía sustitutiva, ya que aún no se han negociado los predios requeridos. Además, indica que por esta margen es necesario construir un puente sobre el río San Andrés, un túnel vial (Chiri) de un kilómetro, un largo desarrollo para llegar a los portales de salida y una vía industrial para acceder a los portales de entrada. Por lo tanto, para cumplir con este hito es necesario acceder a los portales de entrada y salida por la margen izquierda, para lo cual se analizaron dos alternativas":

En forma fiel, debe indicarse que sobre lo expuesto por el señor JARAMILLO no se adelantó ningún acto decisorio que pueda comprometer a Federico Restrepo, quien además estuvo ausente, o a la Junta misma, dado que la información se consideró explicativa y siempre con contenido técnico, pero con la garantía del responsable de no afectar el cronograma director (páginas 6 y 7 del acta): "El doctor Oscar Jaramillo señala que con la alternativa que se acaba de presentar no se ganaría tiempo, sino que se tendría la seguridad de legar oportunamente a la fecha que se requiere para la desviación del río. "(..) "Regresa el doctor Oscar Jaramillo al tema de las obras de desviación, reiterando a los miembros de la Junta que la implementación de la segunda alternativa para desviar el río Cauca es una garantía para que el proyecto cumpla con su cronograma y, por consiguiente, se deben estudiar las posibilidades financieras que permitan avanzar con su contratación". Ahora, la citada Acta Nro. 109 evidenció que las razones del cronograma estrecho obedecían a que en la construcción de las vías se encontraron dificultades por la conformación geológicas de la zona y al poco avance en la compra de predios por dificultades con los propietarios, lo que no puede desconocerse por la Contraloría para solo afirmar que había pasado un mes sin ejecución de la vía izquierda sin más consideraciones (página 5 del acta):

"Responde el doctor Gómez, que no se trata de atraso en los diseños y que, efectivamente, el cronograma es estrecho de por sí. Ahora, con la construcción de las vías, se encuentran con las dificultades de la conformación geológica de la zona y las que corresponden a la compra de predios, que no avanza al ritmo

que se requiere por las dificultades con los propietarios. Agrega que en la medida en que se avanza en el proyecto en el tiempo se hace más precario, sobre todo en lo que tiene que ver con la fecha de desviación del río Cauca. "Solicita entonces el doctor Sergio Betancur, que se realicen las gestiones necesarias para acelerar el proceso de copra de predios que adelanta EPM, al igual que con los contratistas de las obras viales para que ayuden a ganar el tiempo que están valioso

El doctor Oscar Jaramillo señala que con la alternativa que se acaba de presentar no se ganaría tiempo, sino que se tendría la seguridad de llegar oportunamente a la fecha que se requiere para la desviación del río. "Con relación a las inquietudes planteadas al proceso de compra de predios que adelanta EPM, el doctor Luis Guillermo Gómez expresa que Hidroituango tiene sus propios interventores en este contrato, quienes le han manifestado que para el proceso de la compra de predios EPM tiene desplegado un amplio equipo y que las dificultades se han presentado por altas pretensiones económicas de los propietarios, como ocurre con los dueños de los terrenos en donde se ubicarían los campamentos.

En lo que se refiere a la enunciación de la AMB 2 AL CONTRATO CT-15-2019 de junio de 2010, es claro que las consideraciones de la misma se dirigían a cumplir el primer hito relacionado con la desviación del río Cauca. Por consiguiente y reiterando el siguiente planteamiento en cada cargo, debe indicarse que en el informe técnico de la Universidad Nacional con el que presuntamente se soportó el daño patrimonial NO hizo referencia a la conducta reprochada a mi mandante, ni al alcance de ella, porque claramente su enfoque se centró en determinar la diferencia de valores consignados en el modelo financiero asociado al proyecto por INVERLINK contra el modelo financiero adoptado por la Universidad, entre los años 2011 a 2018, lo que excluye claramente las decisiones que fueron tomadas en las actas números 99 del año 2009 y 107 y 108 del año 2019

Por último, expongo que el cargo enrostrado al doctor Federico Restrepo tiene relación con varias conductas asociadas a actas de Junta Directiva de HI de los años 2009 y 2010, que en contraposición a la fecha del auto del proceso responsabilidad fiscal (año 2019) configura sin lugar a dudas la caducidad de la ACCIÓN FISCAL, por haberse superado los cinco (5) años desde la ocurrencia del supuesto HECHO GENERADOR del daño al patrimonio público (supuesta aprobación de inclusión de nuevas vías).

R:/ Sea lo primero indicar, que, a diferencia de lo señalado por la apoderada, este Despacho no estructuró el referido reproche en el acta de junta directiva No. 99, al respecto, cabe recordar lo señalado en el auto de imputación sobre el particular:

En sesión de acta 99 de fecha 24 de junio de 2009, en el informe de Gerencia el señor Luis Guillermo Gómez, Gerente de la Sociedad informó respecto a la construcción de las vías lo siguiente:

Cuando se solicitó a la junta el presupuesto para las construcción de las vías no se incluyeron aquellas que se deberían construir en el año 2010; sin embargo, cuando en enero de este año se proyectó la licitación, se consideró que era conveniente contratar todas las vías en un solo proceso, con un valor de 120 millones de dólares y de esa forma lo presentó el doctor Luis Guillermo Gómez a la junta del 14 de enero. La Administración expidió para este contrato un CDP por valor de doscientos cuarenta y tres mil setecientos ochenta y cuatro millones de pesos ($243.784'000.000). Ahora bien, el costo total del contrato para la construcción de las vías es de doscientos sesenta y cinco mil millones de pesos ($265.000'000.000). Se anexa el cuadro presentado por el doctor Jairo Hernán Ramírez.

(…)

A continuación el doctor Luis Guillermo Gómez expresa que, habida consideración de los traslados presupuestales y disponibilidad de vigencias futuras que se acaban de aprobar, pasa a realizar la adjudicación de los contratos de los procesos licitatorios iniciados para la construcción de las vías y para la Interventoría de las obras de infraestructura.

En primer término procede a informar sobre el proceso realizado en la adjudicación de la licitación para la construcción de las vías. Explica la forma como se consideraron las posibilidades en la licitación de obras de infraestructura en tres grupos, a saber: un grupo que implica básicamente movimiento de tierras y algunos puentes menores, otro en el que además hay la construcción de un túnel de un kilómetros y dos puentes de gran extensión y un tercer escenario, que requiere mayores exigencias, y es el de los dos grupos hechos por un solo contratista.

De igual forma, en acta 107 de 27 de enero de 2010:

Reitera el doctor Ceballos lo expresado por el doctor Gómez del requerimiento para el desvío en enero del 2013, lo que daría la holgura de un año, esto es, la entrada de la primera unidad en diciembre de 2018. Hasta el momento todo el complejo vial está proyectado sobre la margen derecha del río Cauca, para descender hacia los portales aguas arriba del túnel de desviación.

Como alternativa, se propone construir un ramal por la margen izquierda que se desprende de la carretera existente en el punto llamado el bombillo, con el fin de llegar más rápido al frente de aguas abajo o portales de salida de los túneles de desviación,. Para este propósito se requiere: Adecuación del carreteable existente entre el Bombillo y el campamento El Palmar, construcción de una vía industrial hasta sitio de presa, construcción de un puente metálico provisional sobre el río Cauca, y construcción de una vía industrial hasta plazoleta de casa de máquinas.
Estos accesos se pueden hacer en un plazo de doce (12) meses.

Paralelamente, se continuará la construcción de las vías por la margen derecha, con el fin de llegar a los portales aguas arriba en las fechas contractualmente definidas.

Complementa la explicación anterior el doctor Oscar Jaramillo señalando que la longitud aproximada de esta vía es de diez (10) kilómetros, y señala el detalle en el plano que se presenta a los miembros de la Junta y se agrega a la presente acta. El valor aproximado es de siete mil quinientos millones de pesos ($7.500'000.000), de los cuales, dos mil cien millones de pesos corresponden al puente. La construcción de las vías de acceso por la margen izquierda se construirán con el contratista actual, utilizando los mismos precios unitarios del contrato, para lo cual, se requiere recomponer el cronograma actual, sin modificar el plazo final.

Adicionalmente, se informó que se está analizando la modificación del trazado final de las vías de acceso de la margen derecha, para evitar que pasen por las estructuras de desviación, esto implicaría la excavación de un túnel que se conecte con la vía que viene por la corona de la presa, evitando así que la vía pública pase cerca de las estructuras y por las zonas de depósitos.

Anota el doctor Jesús Aristizabal que lo anterior implicaría una modificación en la Licencia Ambiental, para efectos de los tiempos que se requieren. El doctor Ceballos expresa que se puede trabajar en el tramo inicial de esa vía, mientras llega la autorización de modificación a la licencia, por ser una ruta que ya existe.

El doctor Darío Ceballos expresa que, a pesar de lo eficiente que pueda ser presentar todas las modificaciones, se arriesgaría que algunas modificaciones que se requieren con urgencia, como lo del camino industrial, se dilaten porque la solicitud total implicaría una respuesta mas demorada.

Pregunta el doctor Álvaro Vásquez a los miembros de la Junta si se aprueba la solicitud hecha por la administración para la construcción de la vía alterna, por un valor aproximado de siete mil quinientos millones de pesos ($7.500'000.000) y para incorporarla al contrato que se tiene con el contratista actual (Consorcio Ituango I) que está haciendo la construcción de las vías. Es aprobada por unanimidad.

La necesidad de tomar esta decisión denota la fragilidad en la planeación del proyecto, puesto que 5 meses después de iniciado el contrato de construcción de las vías, y si bien era claro que el primer hito que debía cumplirse en el proyecto era la desviación del río Cauca, las vías que llegaban al punto donde debían iniciarse las obras para construir los túneles de desviación, eran por su ubicación, lo último en el proceso constructivo.

Lo que llevó a plantear la alternativa de llegar a la boca de túnel para poder comenzar la excavación desde la margen contraria (es decir la margen

izquierda) y con un puente provisional atravesar el río Cauca, lo que supuso que se realizaran inversiones adicionales, todo lo anterior en pro de cumplir con el cronograma.

Si bien en el acta 108 de 24 de febrero de 2010, se informó que ya se habían iniciado la construcción de dicha vía, en acta 109 de 24 de marzo de 2010, es decir un mes después se reconoce que dicha vía realmente no ha iniciado y que INTEGRAL debe entregar los diseños de la misma. Además, en el acta el señor Sergio Betancur pregunta si con esta decisión, se está poniendo en punto de ruta crítica mayor el proyecto.

Recuerda que las obras de desviación se deben iniciar a mas tardar en febrero de 2011 para garantizar el desvío del río Cauca en enero de 2013, pero ya no es posible llegar oportunamente por la margen derecha, ya que este programa vial tiene una duración de 18 meses contados a partir de la fecha de iniciación y, a la fecha, todavía no se han iniciado en forma la construcción de esta vía sustitutiva, ya que aun no se han negociado los predios requeridos. Además, indica que por esta margen es necesario construir un puente sobre el río San Andrés, un túnel vial (Chiri) de un kilómetro, un largo desarrollo para llegar a los portales de salida y una vía industrial para acceder a los portales de entrada.

Por lo tanto, para cumplir con este hito es necesario acceder a los portales de entrada y salida por la margen izquierda, para lo cual se analizaron dos alternativas:

(…)

Ante la anterior presentación de la Administración, el doctor Sergio Betancur expresa que siempre ha considerado que los diseños y el cronograma del proyecto se encuentran en ruta crítica. Pero, ante la aparición de estas nuevas situaciones, manifiesta su inquietud si en la medida que se van desarrollando los diseños, se está poniendo el proyecto en un punto más alto de ruta crítica no prevista anteriormente.

Responde el doctor Gómez, que no se trata de atraso en los diseños y que, efectivamente, el cronograma es estrecho de por sí. Ahora, con la construcción de las vías, se encuentran con las dificultades de la conformación geológica de la zona y las que corresponden a la compra de

predios, que no avanza al ritmo que se requiere por las dificultades con los propietarios. Agrega que en la medida en que se avanza en el proyecto el tiempo se hace más precario, sobre todo en lo que tiene que ver con la fecha de desviación del río Cauca.

Solicita entonces el doctor Sergio Betancur, que se realicen las gestiones necesarias para acelerar el proceso de compra de predios que adelanta EPM, al igual que con los contratistas de las obras viales para que ayuden a ganar el tiempo que es tan valioso.

El doctor Oscar Jaramillo señala que con la alternativa que se acaba de presentar no se ganaría tiempo, sino que se tendría la seguridad de llegar oportunamente a la fecha que se requiere para la desviación del río.

Para efectos de la construcción de esta vía por la margen Izquierda, solo a través de AMB 2[424] al contrato CT-015-2009 de 29 de junio de 2010, es decir 6 meses después de haberse aprobado su construcción, se incluye ésta modificación, con base en las siguientes consideraciones:

e) Que es fundamental para el proyecto garantizar la desviación del río Cauca en el verano de principios del año 2013 y por lo tanto se debe acceder por la margen izquierda del río al sitio de las obras principales a comienzos del año 2011.

f) Que se hace necesario garantizar el acceso a la zona del proyecto, por lo tanto, debe intervenirse la vía: partidas a San José de la Montaña – San Andrés de Cuerquia.

g) Que la Junta Directiva aprobó la construcción de la vía industrial margen izquierda en sesión del 27 de enero de 2010, acta No. 07 y en la sesión de 27 de abril de 2009, acta No. 97 aprobó la celebración del convenio No. 1843 con la Gobernación de Antioquia y el Instituto Nacional de Vías – Invias para el mejoramiento de las condiciones técnicas de la vía San Jose de la Montaña – San Andrés de Cuerquia en el cual se estableció que la Hidroeléctrica con sus propios recursos construiría el tramo faltante hasta San Andrés de Cuerquia

h) Que entre las partes se acuerda la ejecución de obras adicionales y, como consecuencia de ello, la adición al valor del contrato y el ajuste de los plazos máximos inicialmente consagrados en el numeral 2.2.3.5 – Anexo Técnico – Programa de Trabajo, del pliego de condiciones.

De lo anterior, resulta evidente que la inclusión de esta vía, no solo supuso unos tiempos adicionales sino que además generó mayores erogaciones para la sociedad, cuando se debió tener en cuenta desde los inicios del diseño del proyecto."

[424] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-015-2009 CPI\Contractual\Modificaciones HI

De la lectura armónica del reproche, se desprende que no es cierto que lo único tomado en cuenta por el Despacho, fue lo discutido en la sesión No.99 de la Junta Directiva, en la cual el señor Restrepo Posada, no asistió. De nuevo, intenta argumentar la apoderada, que, debido a la inasistencia de su representado, es imposible que el Despacho le atribuya responsabilidad alguna, y nuevamente la apoderada se refiere al incumplimiento reiterativo de su mandante en lo que respecta a la obligación que les asiste a los miembros de la Junta Directiva de participar activamente en las sesiones para esta programadas y pretende que este opere a su favor. Tal como se indicó líneas atrás, el no haber participado en una reunión de Junta Directiva siendo miembro de esta, no es eximente de responsabilidad alguno.

Al respecto es necesario, traer a colación lo expresado por el artículo 200 del Código de Comercio, en la cual frente a la responsabilidad de los administradores, indicó *"(…) No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra,* ***siempre y cuando no la ejecuten*** *(…)",* sin embargo en el presente caso el señor Restrepo Posada, no votó en contra de la decisión, nunca manifestó su objeción- de haber existido- y conoció del desarrollo el tema en reuniones posteriores del referido órgano directivo.

En razón a lo expuesto por la apoderada, este Despacho realiza nuevamente un examen de la responsabilidad fiscal de los miembros de juntas directivas, en el entendido que debe fundamentarse en las funciones que estas colegiaturas cumplen en la respectiva organización, que en el caso de autos es Hidroituango, y que de acuerdo con el ordenamiento jurídico administren recursos públicos.

Los lineamientos jurisprudenciales invocados a lo largo de esta providencia, se infiere que la simple presentación de conceptos, informes y/o recomendaciones que hace la Administración a los miembros de la Junta Directiva, como soportes de proyectos de decisión o de aprobación sobre materias que, por sus funciones, los mismos deban adoptar**, no es suficiente para exonerarlos de su responsabilidad fiscal.**

Según lo que para cada caso se establezca en las funciones de la respectiva junta directiva, existe de parte de estos integrantes un deber de verificación de consistencia de estos soportes, conceptos o informes, como parte del ejercicio de sus competencias u obligaciones, **con mayor razón cuando la decisión a adoptar resulte determinante en la administración, disposición y manejo de los recursos públicos a cargo de la entidad u organización de la cual formen parte**. **En palabras del Tribunal, se trata del deber de *"examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos"*;** o, en palabras del Consejo de Estado, del **deber de constatar su impacto y comprobar si benefician a la entidad o, en otras palabras, que no le causen perjuicio.**

Es por ello, que este Despacho teniendo en cuenta las funciones de la junta directiva de Hidroituango así como los mismos lineamientos jurisprudenciales se observa que la omisión de estos deberes, por parte de los miembros de la junta directiva fue calificada la conducta gravemente culposa, según lo establecido para este caso concreto; y, por tanto, fue objeto de comprobación y calificación por parte de esta Instancia a efectos de verificar la existencia del elemento subjetivo de la responsabilidad.

Por lo anterior, no es de recibo para este Despacho, el argumento de la apoderada, conforme al cual, tras exponer el plano del trazado de las vías, visto en la reunión No. 99 de la junta directiva de HI, indica: "*En forma obvia, la presentación y el plano evidentemente técnico* ***no alcanzan a informar suficientemente el asunto sometido a crítica sobre el conocimiento que se supone tuvo la Junta Directiva de HI sobre del trazado de las vías****, dado que el mismo se hizo en el marco de explicación del proceso de licitación"* (Resaltado propio).

Si el plano y las explicaciones allí brindadas no fueron suficientes, es lógico argumentar que la conducta de cualquier administrador diligente sería indagar más, solicitar aclaraciones, entender la situación para así poder tomar las mejores decisiones en pro de la sociedad que administra, máxime cuando los recursos que maneja son recursos públicos y el proyecto a construir promete satisfacer la demanda energética del 17% de la nación. Contrario a esto, el señor Restrepo Posada avaló el cambio aún sin- en palabras de su apoderada- estar lo suficientemente informado sobre el asunto sometido a crítica, lo cual denota una evidente negligencia e incumplimiento fehaciente de sus labores como miembro de la Junta Directiva de HI.

Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de funciones en relación con la Sociedad, entre ellas **cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (numeral 3 de los estatutos)**, examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos (numeral 8 de los estatutos), la Junta Directiva estaba revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad y tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objetivo *(*Reglamento interno de la Junta Directiva - Artículo 3).

De otro lado, es importante indicar que eran sujetos cualificados, preferiblemente profesionales, con experiencia y en conjunto, debían tener conocimientos y experiencia en la industria de energía, finanzas, riesgos (Reglamento interno de la Junta Directiva, artículo 4), obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. También era obligación de los miembros de junta participar activamente en las reuniones, conociendo y revisando por adelantado el material de estudio y análisis para las reuniones (artículo 14 del Reglamento interno de la Junta Directiva). Es más, los miembros de

Junta son sujetos altamente cualificados que coadministraban la sociedad, con las más amplias facultades para que la Sociedad cumpliera su único objeto social. Adicional a esto, tenían el derecho y la obligación de solicitar toda la información sobre las decisiones a tomar. Expresamente el reglamento de la Junta Directiva cualifica al exigirle una responsabilidad mayor que el deber de conducta medio, que corresponde al buen padre de familia, respondiendo así hasta por la culpa levísima.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad fiscal de los miembros de junta directiva el parámetro de conducta del artículo 63 del Código Civil, enmarca que, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

En ese orden de ideas, no tiene asidero lo expuesto por la apoderada.

Continúa la apoderada refiriéndose al cuarto reproche endilgado a su prohijado en el Auto de Imputación en los siguientes términos:

> ***4. Cuarto cargo: Se estableció como cuarta conducta objeto de reproche fiscal la siguiente: "Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto".***
> *Nuevamente debe indicarse que el cargo de la forma en que fue elevado contiene varias afirmaciones que deben despejarse para llegar al fondo de lo realmente reprochado a mi mandante y fue decidir adelantar sin la debida planeación la subasta pública y la creación de la sociedad espejo EPM – ITUANGO, lo que (para la Contraloría) generó retrasos en el cronograma e incrementos en el presupuesto. Con el anterior supuesto, se concretará esta defensa en desvirtuar las apreciaciones que hace la señora Contralora en el capítulo referido, y que se refieren a decisiones que afirma tomó Federico Restrepo en las siguientes actas de Junta Directiva de HI: - Acta Nro. 94 de 28 de enero de 2009 - Acta Nro. 97 de 29 de abril de 2009 - Acta Nro. 105 de 5 de noviembre de 2009 - Acta Nro. 108 de 24 de febrero de 2010 - Acta Nro. 109 de 24 de marzo de 2010, de esta se precisa que el señor RESTREPO POSADA no asistió a la reunión que generó el acta - Acta Nro. 110 de 28 de abril de 2010 - Acta Nro. 111 de 9 de junio de 2010 - Acta Nro. 114 de 25 de agosto de 2010 - Acta Nro. 116 de 29 de septiembre de 2010 - Acta Nro. 114 de 25 de agosto de 2010 - Acta Nro. 116 de 29 de septiembre de 2010 - Acta Nro. 117 de 27 de*

octubre de 2010, de esta se precisa que el señor RESTREPO POSADA no asistió a la reunión que generó el acta. A fin de enmarcar las actuaciones del doctor Federico Restrepo en el cargo objeto de reproche se debe realizar una contextualización de los antecedentes que originaron las actuaciones: Lo primero que es necesario precisar es que HIDROITUANGO no tenía los recursos suficientes para ejecutar directamente el proyecto de la hidroeléctrica Ituango, por carecer de activos y otras fuentes de ingresos, y por ello necesitaba contar con un tercero que desarrollara con sus propios recursos y bajo su cuenta y riesgo, la promoción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y comercialización de la energía a nivel nacional e internacional de la Hidroeléctrica.

Por lo anterior, la sociedad HI debió establecer un esquema de financiación de créditos con la banca multilateral garantizados por la Nación. Es así como recurrió a la figura de Project Finance, consistente en lograr financiar el proyecto teniendo como garantía única el flujo de caja del mismo proyecto, sin recurso frente a los accionistas de la sociedad. Con ello, en la Junta Directiva Nro. 94 de la sociedad HI, realizada el 29 de enero de 2009, se dispuso por el Gerente exponerle a la Junta sobre los contactos que se habían adelantado con bancas de inversión, con EPM e ISA y expertos en el tema, por lo que, apoyado en la Asesora Financiera de la Hidroeléctrica, doctora YOMAIRA GIRALDO, manifestó (ver página 9 del acta referida): "La doctora Yomaira Giraldo expresa que se han adelantado contactos con firmas expertas en el análisis de las alternativas de inversión que pueda tener el proyecto. Se establecieron contactos con Bancolombia, Inberlink, City Bank y Sandal Bank, y está pendiente una reunión con el BNP Paraiba., Banco Nacional de París. Se adelantan dos procesos de contratación: el primero es para la asesoria de la contratación de la banca de inversión y el segundo es para la actualización de la evaluación financiera del proyecto, ya que la que se tiene es a nivel de factibilidad. Coincide el doctor Jesús Arturo Aristizabal que para esta última se deben tener en cuenta los diseños definitivos del proyecto y espera tener información en los próximos ocho días de los contactos que se han hecho para ambos contratos. Para el primer contrato se esperan propuestas para EPM, ISA y New Economist Finance, está última de Bogotá. Para este primer contrato, por el monto, no se requiere autorización de la Junta para su contratación, pero se les informará en la próxima reunión116 . (…)". Según lo dispuesto en el Acta Nro. 97 de 29 de abril de 2009 de la Junta Directiva, el entonces Gerente de la sociedad informó a la Junta que, en la búsqueda de un inversionista, mediante convenio interadministrativo de 2 de abril de 2009, la sociedad encargó al IDEA para que desarrolle el proceso de contratación de la banca de inversión que llevara a cabo la subasta y definiera la estructura de los pliegos por los que se contrataría la banca de inversión. En ese roceso se invitaron a nueve (9) bancas de inversión: Santander, BNP Paribas, Creditsuisse, Royal Bank, Deutche Bank, JP Morgan, Bank of América, Citibank, Mitzuho, etc. Por tanto, y se insiste que con el fin de desarrollar el esquema de financiación, la sociedad HI, el 24 de junio de 2009, contrató con la banca de inversión BNPParibas para que actuara como asesor financiero exclusivo de HI en el diseño de un modelo de negocio y en la ejecución de un proceso de selección abierto y competitivo para seleccionar a terceros inversionistas en el Proyecto. Por ello, se propuso la realización de una subasta internacional que tuviera como objeto contratar a un

tercero que se encargara de la construcción del proyecto bajo un contrato de la modalidad BOOMT (Build, Operate, Owned, Maintenance and Transfer). En la fase de precalificación, la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. adelantó una invitación pública internacional la cual se publicó el 17 de noviembre de 2009 en la página web de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. ("Hidroituango"), invitando a los interesados a presentar una solicitud de precalificación con el fin de participar en un proceso de selección para adjudicar los contratos del proyecto, de manera que quien resultara adjudicatario en el proceso de subasta pública, directamente o a través de una sociedad proyecto, financie, construya, opere y mantenga la Hidroeléctrica a través de un esquema BOOMT. El objeto de la Invitación a Precalificar consistía, por lo tanto, en determinar quiénes de los interesados que se presentaran cumplían con los requisitos mínimos de carácter técnico y financiero establecidos en la Invitación para así resultar Precalificados. A la precalificación se presentaron 11 postulantes, 7 de los cuales, entre ellos EPM, cumplían los 5 requisitos habilitantes para participar en una eventual subasta definitiva. Las empresas y consorcios que se presentaron tenían vasta capacidad y experiencia para construir la hidroeléctrica. Los resultados de la precalificación y los documentos que fueron presentados por EPM para ello, dieron lugar a una serie de negociaciones entre los socios mayoritarios del HI, tendientes a que EPM se encargara de la construcción de la obra. Por lo tanto, y dado que dentro la invitación a precalificar se estableció la posibilidad de que la misma se podría suspender para adelantar un proceso de negociación con las Empresas Públicas de Medellín, se determinó por parte de la Junta Directiva de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., mediante Acta No. 111 del 9 de junio de 2010, no abrir la subasta del proyecto y proceder a buscar alternativas de negociación: "Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que desde la reunión anterior de la Junta se consideró la posibilidad de comunicar tanto a los participantes en la subasta como a la opinión pública la suspensión del proceso de subasta considerando la posibilidad de adelantar un proceso de negociación directa con EPM, en virtud del cual esta empresa desarrollaría el proyecto. "El doctor Alvaro Vásquez pone a consideración de la Junta Directiva la posibilidad de suspender el proceso de subasta por unas semanas, hasta cuando la misma Junta decida reabrirlo o darlo por terminado, con el fin de dar tranquilidad a los otros seis precalificados y para poder avanzar con la negociación directa con EPM. Es aprobado por unanimidad de los miembros de Junta Presentes119". En el contexto de esta reunión de Junta Directiva de HI se tomó la determinación de adelantar conversaciones con Empresas Públicas de Medellín para desarrollar el proyecto hidroeléctrico, por lo que se repite, se procedió a suspender por unas semanas el proceso de precalificación, en razón a que no se sabía cuál iba a ser el resultado de las conversaciones. Sin embargo, cualquier negociación con EPM se planteó hacerla con estricta sujeción a lo establecido en los términos de referencia de la convocatoria de manifestación de interés en el proyecto. En la citada reunión de Junta Directiva de HI Nro. 111 se aprobó el comunicado propuesto para informar a los precalificados que: "la suspensión se sustenta en la decisión de la sociedad y sus accionistas mayoritarios (IDEA y el Departamento) de explorar conjuntamente con Empresas Públicas de Medellín E.S.P. alternativas al proceso de subasta que permitan la conclusión del negocio en los mejores términos, plazo y condiciones para Hidroituango, sus

socios y para las comunidades a las que éstos representan." Se resalta que las gestiones adelantadas en torno a la suspensión del proceso tuvieron una "Evaluación Administrativa" por parte de la Personería de Medellín en la que se concluyó que el proceso estuvo ajustado a las disposiciones legales y había sido conveniente para el interés público. En otro aspecto, se debe destacar con gran resalto que en la Junta Directiva Nro. 38 del 10 de abril de 2002 (en la que Federico Restrepo no participó porque no hacía parte de la Junta), se consideró a EPM como un contratista potencial para desarrollar el proyecto, pero los funcionarios de EPM concluyeron que no había interés en participar en el proyecto porque podía generar un VPN negativo (página 3 del acta referida): "Finalmente, concluyeron los funcionarios de EPM: El Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango no es viable económicamente bajo ninguno de los escenarios analizados. Todos arrojan un VPN negativo que oscila entre 290 y 630 millones de dólares que con respecto a la inversión representan valores de rentabilidad del orden del 20 al 42%. No se considera conveniente adelantar estudios complementarios que eliminen las incertidumbres ya que sus resultados no mejoran ostensiblemente los índices económicos 121" (Negrillas y subrayas propias). Con la anterior anotación, se desvirtúa del cargo en cuanto se afirmó que para la Junta Directiva de HI de tiempo atrás se tenía claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, lo que no es correcto.

Ahora, la señora Contralora en la formulación del cargo ha afirmado que Federico Restrepo suspendió una "subasta pública", de lo que se debe decir que no es correcto, dado que no existió proceso contractual, y lo que se hizo fue una invitación pública internacional a precalificar con el interés específico y legal de buscar oferentes que podrían llegar a participar en el concurso y a partir de ello, establecer los términos de lo que sería la posible subasta. Esto se compagina con la advertencia expresa que se hizo en la invitación y fue la relacionada con la NO obligación de Hidroituango de adelantar el proceso o adjudicación del proyecto, así: "Hidroituango se reserva el derecho de suspender o terminar el Proceso en cualquier momento sin que, por ello, las Partes Excluidas tengan que reconocer o pagar una indemnización por daño emergente o lucro cesante por causa de responsabilidad precontractual o cualquiera otra". (…) "A pesar de que Hidroituango reciba los Sobres, no se entenderá que está obligado a adelantar el Proceso o a adjudicar el Proyecto". Así, luego de suspender el proceso de precalificación se presentaron varios acuerdos de voluntades, los cuales finalmente llevaron a establecer que Empresas Públicas de Medellín, en forma directa o indirectamente, desarrollaría el proyecto Hidroeléctrico Ituango, de los cuales se destacan los siguientes: 1. Acuerdo de voluntades suscrito entre Empresas Públicas de Medellín (EPM) y la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. (H.I.)122: El 4 de julio de 2010, se celebró un acuerdo de voluntades entre EPM y HI, en el cual se manifestó la voluntad de llegar a un acuerdo a través de una estructura de negociación directa bajo condiciones que satisficieran la necesidad de ambas partes, y se pactaron unos objetivos, principios generales del acuerdo, la estructura del negocio, la metodología de trabajo y un cronograma a desarrollar para el desarrollo del proceso de negociación directa. En este acuerdo, se incluyeron como testigos al Presidente de la Republica, al Gobernador de Antioquia y al Alcalde de Medellín.

2. Acuerdo entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA- y Empresas Públicas de Medellín -EPM- de 11 de agosto de 2010123: El 11 de agosto de 2010, se firmó entre el IDEA y EPM, en calidad de accionistas mayoritarios de la sociedad, un acuerdo marco cuyo objeto era: i) Establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual EPM pueda financiar, construir, operar, mantener y restituir la Hidroeléctrica Ituango; ii) Establecer entre las partes el compromiso de voto favorable en una Asamblea de Accionistas de Hidroituango para la adopción de la figura jurídica necesaria con las que se celebraría el contrato BOOMT; iii) Establecer las condiciones económicas, según las cuales EPM pagaría USD205 millones a los accionistas de Hidroituango, diferentes a EPM, dentro de los 30 días siguientes a la firma de los documentos que desarrollen la figura jurídica que se adoptara para el desarrollo del proyecto, pero bajo el entendido de que USD35 millones estaba sujeta a la declaración por parte de las autoridades competentes de Zona Franca Permanente Especial para el proyecto. En este acuerdo, actuaron como testigos el Gobernador de Antioquia, Luis Alfredo Ramos Botero y el Alcalde de Medellín, Alonso Salazar Jaramillo. 3. Acuerdo entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA- y Empresas Públicas de Medellín –EPM de 10 de septiembre de 2010124: El 10 de septiembre de 2010, los representantes del IDEA y EPM acordaron los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual EPM directa o indirectamente a través de un vehículo diferente a HI, bajo su control, y mediante un contrato BOOMT, desarrolle integralmente el proyecto, es decir, financie, construya, opere, mantenga y restituya la central hidroeléctrica a HI, y determinó las condiciones, compromisos y obligaciones que tanto el IDEA como EPM asumen para concretar dicha estructura. En este acuerdo, actuaron como testigos el Gobernador de Antioquia, Luis Alfredo Ramos Botero y el Alcalde de Medellín, Alonso Salazar Jaramillo.

Como cumplimiento de los acuerdos, se llevó a cabo la reunión Nro. 24 de Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Hidroituango S.A. E.S.P125. el día 27 de octubre de 2010 en la que se revisó la posibilidad de que el proyecto fuera ejecutado indirectamente, a través de un vehículo controlado por su casa matriz, con el cual se celebraba el contrato BOOMT, así como el contrato de usufructo sobre los predios requeridos para la central hidroeléctrica. Se realizaron varias propuestas, y se determinaron los beneficios y las ventajas de esa tercerización del proyecto con EPM; se obtenían nuevos recursos para el proyecto sin que Hidroituango requiriese más capitalización para el desarrollo del mismo; se maximizaban los beneficios de los accionistas, por recuperar el valor de lo invertido más un margen, al tiempo que mantenían su participación accionaria en Hidroituango y por ello recibirían beneficios durante la operación del proyecto y, al término del contrato BOOMT, obtendrían la restitución de la hidroeléctrica. En esta reunión de Asamblea Extraordinaria General de Accionistas, la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., aprobó en su integridad el proyecto de escisión en virtud del cual la mencionada empresa, sin disolverse, escinde parte de su patrimonio para crear una nueva sociedad, cuya denominación social sería EPM ITUANGO S.A. E.S.P. que sería una sociedad beneficiaria espejo, en la que los accionistas mantuvieron, en principio, la misma participación accionaria y a la que se trasladaría parte del patrimonio actual de la sociedad Hidroituango y los activos necesarios para la realización del proyecto. Por lo

inmediatamente anterior, se debe considerar entonces que la decisión de crear la sociedad espejo EPM-ITUANGO, NO fue tomada por mi mandante sino por la Asamblea General de Accionistas dado que esa decisión correspondía de manera exclusiva a la Asamblea General de Accionistas según las disposiciones del artículo 34 de la escritura pública Nro. 771 del 19 de marzo de 2013 de la Notaría 18 del Circulo Notarial de Medellín, relacionada con la Reforma de Estatutos, Aumento de Capital de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango E.S.P.,: "ARTÍCULO 34. FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. Son funciones de la Asamblea general de Accionistas: (…) 19. Aprobar la participación en nuevas sociedades o en las ya existentes1.

Ahora bien, es necesario señalar que la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. es una sociedad anónima organizada como empresa de servicios públicos mixta, y en el caso específico de las empresas de servicios públicos del sector de energía, en el parágrafo del artículo 8º de la Ley 143 de 1994, se determinó, que su régimen jurídico contractual es el derecho privado, norma que concuerda plenamente con el artículo 312 de la Ley 142 de 1994. Partiendo entonces de la premisa que el régimen contractual aplicable a Hidroituango S.A. E.S.P., es el del derecho privado, en desarrollo de sus competencias estatutarias, la empresa expidió la Resolución Nro. 009 de 2010, que contiene su estatuto contractual, el cual en su numeral 10 del artículo 13, previó que los contratos que la empresa celebra con entidades estatales, se someten al procedimiento de contratación directa, de selección con la petición de una sola oferta, y por ello, era perfectamente viable realizar el proceso de contratación directa con Empresas Públicas de Medellín. Por todo lo expuesto, se desvirtúa el cargo para indicar que no es correcto afirmar que Federico Restrepo, como miembro de Junta directiva de la sociedad HI, conocía que a EPM se le iba a adjudicar el proyecto y menos aún que se le atribuyera la decisión de crear una sociedad espejo EPM – ITUANGO. Por consiguiente y reiterando el siguiente planteamiento en cada cargo, debe indicarse que en el informe técnico de la Universidad Nacional con el que presuntamente se soportó el daño patrimonial NO hizo referencia a la conducta reprochada a mi mandante, ni al alcance de ella, porque claramente su enfoque se centró en determinar la diferencia de valores consignados en el modelo financiero asociado al proyecto por INVERLINK contra el modelo financiero adoptado por la Universidad, entre los que no están el Acta Nro. 94 de 28 de enero de 2009, Acta Nro. 97 de 29 de abril de 2009, Acta Nro. 105 de 5 de noviembre de 2009, Acta Nro. 108 de 24 de febrero de 2010, Acta Nro. 109 de 24 de marzo de 2010 (de esta se precisa que el señor RESTREPO POSADA no asistió a la reunión que generó el acta), Acta Nro. 110 de 28 de abril de 2010, acta Nro. 111 de 9 de junio de 2010, Acta Nro. 114 de 25 de agosto de 2010, acta Nro. 116 de 29 de septiembre de 2010, Acta Nro. 114 de 25 de agosto de 2010, acta Nro. 116 de 29 de septiembre de 2010, Acta Nro. 117 de 27 de octubre de 2010 (de esta se precisa que el señor RESTREPO POSADA no asistió a la reunión que generó el acta). Así fue indicado en el auto de imputación (página 116).

Asimismo, es del caso advertir que, en el presente cargo reprochado a mi mandante, no se determinó en parte alguna cómo se estableció fehacientemente que mi representado actúo con culpa grave pues los reproches por sí solos no la hacen presumir y no denotan la negligencia, torpeza, falta de diligencia que se le debe enrostrar para calificarlo como tal, a más de no

exponer entonces cuál era la supuesta conducta diligente y cuidadosa que se supone debía ejecutar. Por último, expongo que el cargo enrostrado a mi mandante tiene relación con varias conductas asociadas a actas de los años 2009 y 2010 que en contraposición del auto del proceso responsabilidad fiscal (año 2019) configura sin lugar a dudas la caducidad de la ACCIÓN FISCAL por haberse superado los cinco (5) años desde la ocurrencia del supuesto HECHO GENERADOR del daño al patrimonio público (supuesta decisión de adelantar una subasta pública - entiéndase estudios de precalificación y la creación de la sociedad espejo EPM-ITUANGO y las consecuencias atribuidas a ello que generaron costos en tiempo y en dinero).

R:/ Como puede observarse, en un intento por sesgar el reproche, limitándolo a la creación de la sociedad espejo, la apoderada se limita a hacer un recuento cronológico de los hechos, no sin antes indicar que a su juicio, el cargo es "ambiguo", pues está compuesto de varios supuestos de hecho, argumento mismo que demuestra el sesgo argumentativo de la apoderada, pues es más que evidente que un reproche estructurado en varios supuestos de hecho, más que ambigüedad, da cuenta de que no se reprocha un hecho aislado, como es la suspensión del proceso de subasta, sino toda una cadena de decisiones administrativas que actuaron en contravía del cronograma del proyecto. En aras de aclarar que el reproche no se encuentra suscrito a lo alegado en los descargos, es pertinente traer a colación lo consignado en la imputación:

"Desde 2008, tal y como se explicó en los fundamentos de Hecho, EPM , bajo la sombrilla de un convenio marco con Hi, se había desempeñado como contratista de la sociedad , en calidad de interventor y/o consultor para la elaboración de los términos de referencia de los diferentes contratos que se suscribieron para dar inicio al proyecto de la hidroeléctrica.
Desde ese entonces EPM había desarrollado sus actividades ostentando la triple condición de accionista, contratista y miembro de junta directiva, y desde el acta 83 de 25 de julio de 2008, EPM fue considerado por HI como proveedor estratégico, teniendo en cuenta la necesidad de atender con oportunidad el desarrollo del programa de trabajo para cumplir los compromisos ya adquiridos en las subasta de energía, entre los que se encuentra la contratación de la interventoría al contrato de los diseños detallados de las obras principales del proyecto y por la amplia experiencia que tiene en interventorías de contratos similares, tanto por la complejidad técnica como por costos, lo que desde un principio, al iniciarse el proceso de subasta generó incomodidad en los oferentes, por considerar que dicha entidad, la cual como se explicará adelante también estaba participando en la subasta y quedó como precalificado.
En este punto, se encuentra probado que el señor Federico Restrepo conocía la situación anteriormente expresada, pues como se explicó líneas atrás participó en las sesiones de junta directiva que se desarrollaron el año 2008 y además conoció, deliberó y tomó las decisiones que aquí se reprochan al participar en las sesiones de junta que se enunciarán a continuación.

Los trámites para la estructuración de la subasta iniciaron en enero del año 2009, tal como da cuenta el Acta No. 94 de la Junta Directiva de HI, del 28 de enero de 2009[425]:

Sobre la contratación de la subasta para la los interesados en el desarrollo de proyecto, informa que han hecho contactos con bancas de inversión, con EPM e ISA y expertos en el tema. Le cede la palabra a la doctora Yomaira Giraldo, Asesora Financiera de la Hidroeléctrica.

Se adelantan dos procesos de contratación: el primero es para la asesoria de la contratación de la banca de inversión y el segundo es para la actualización de la evaluación financiera del proyecto, ya que la que se tiene es a nivel de factibilidad. Coincide con el doctor Jesús Arturo Aristizabal que para esta última se deben tener en cuenta los diseños definitivos del proyecto y espera tener información en los próximos ocho días de los contactos que se han hecho para ambos contratos. Para el primer contrato se esperan propuestas de EPM, ISA y New Economist Finance, esta última de Bogotá. Para este primer contrato, por el monto, no se requiere autorización de la Junta para su contratación, pero se les informará en la próxima reunión.

Sobre esta contratación de la subasta expresa el doctor Luis Guillermo Gómez que la Sociedad ha entrado en un proceso de enorme magnitud y desconocido en nuestro medio. Por ello no hay experiencias y se está en una etapa de aprendizaje. Trae a colación las dificultades presentadas en la adjudicación del tercer canal y la licitación del túnel de la Línea, para señalar el cuidado que se debe tener en el desarrollo de esta contratación.

Presenta la doctora Yomaira Giraldo el cronograma elaborado para la subasta, que se anexa a la presente acta. Indica que tiene cinco bloques principales de actividades. En primer lugar se requiere la asesoría para la contratación de la banca de inversión para el que se estiman dos meses.

El bloque siguiente es la estructuración para la apertura de la subasta con la banca de inversión. Se debe definir la estrategia de manejo de la subasta, preparar mucha información y por ello se debe contar con un "cuarto de datos" que esté disponible para los inversionistas y bancos interesados; igualmente, el pliego de contratación, prospecto de oferta y manual de instrucciones del proceso de subasta. Para esta parte se han estimado cuatro meses.

El bloque siguiente es la primera parte de la subasta que incluye la audiencia pública, la apertura del cuarto de datos para el que se requieren tres meses; reunión técnica con interesados, entrega de prospectos y precalificación, para lo que se les llamará, evaluará y definirá las firmas precalificadas. Todo esto se encuentra en el bloque tres de actividades previas.

[425] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.

En ese mismo sentido, el Acta 97 de la Junta Directiva de HI, del 29 de abril de 2009[426], da cuenta que el trámite de la contratación de la Banca de Inversión sería adelantado por el IDEA:

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que el dos (2) de abril se suscribió un contrato interadministrativo entre Hidroituango y el IDEA para que esta última entidad desarrolle el proceso de contratación de la banca de inversión que realizará la subasta y después de la firma se han efectuado reuniones para definir la estructura de los pliegos por los que se contratará la banca de inversión.

Una vez suscrito el contrato con la Banca de Inversión BNP Paribas, la sociedad HI, se vió en la necesidad de ampliarlo, tal como se expresó en el Acta 105 del 5 de noviembre de 2009:

6.- Modificación contrato BNP Paribás

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que teniendo en cuenta el nuevo cronograma que se aprobó para el desarrollo de la subasta, con la gestión directa de la banca de inversión que realiza el BNP Paribas, se hace necesaria la adición y ampliación del contrato suscrito con esta entidad, ya que en un principio –por autorización expresa de la Junta Directiva- fueron contratados por cinco meses iniciales y dos de prórroga, plazo que se vence el próximo 24 de enero de 2010 y el nuevo cronograma tiene como fecha final del proceso el mes de junio de 2010.

El Secretario de la Junta informa que, de acuerdo con lo anterior, la ampliación del contrato iría hasta el veinticuatro (24) de julio del 2010 y por un valor de veintiocho mil dólares mensuales (USD 28.000), para un total de ciento sesenta y ocho mil dólares (USD 168.000) sin incluir el IVA. En vista de que con esta adición y ampliación se supera el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato y, de conformidad con lo establecido en la Resolución 005 de 2003 –Estatuto de Contratación de Hidroituango-, la Junta Directiva considera conveniente para el buen desarrollo del proceso de consecución del inversionista la modificación de este contrato y, en consecuencia, da su aprobación para adicionarlo y ampliarlo, extendiendo el plazo hasta julio del 2010 y con honorarios mensuales de USD28.000, como suma fija. Las demás cláusulas del contrato se mantienen vigentes.

Para finales de febrero de 2010, ya habían 7 precalificados, como resultado de la presentación al proceso de subasta, entre los cuales se encontraba EPM, tal como lo señala el Acta de Junta Directiva de HI No. 108 del 24 de febrero de 2010:

[426] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.

e. Empresas Precalificadas en el proceso de Subasta. Expresa el doctor Luis Guillermo que, como es de conocimiento público, de las dieciocho (18) firmas que se presentaron quedaron precalificadas las siete (7) firmas siguientes:

- CHINA THREE GORGES CORPORATION (China)
- Consorcio KEPKO integrado por : Korea Electric Power Corporation, Korea Hidro & Nuclear Power Co., Posco Engineering & Construction y Daewoo Engineerign Company (Corea)
- CONSTRUCÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S.A. (Brasil)
- CENTRALES ELÉCTRICA BRASILERAS S.A. –ELECTROBRAS (Brasil)
- CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (Brasil)
- CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A. (Brasil) y
- EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN (Colombia)

Llegados a este punto, debe mencionarse que la participación de EPM en la subasta, había despertado la inconformidad de varios proponentes, prueba de ello se encuentra en Acta de Junta Directiva No. 109 del 24 de marzo de 2010[427], en la que se expresa:

El doctor Hugo Alejandro Mora considera que para dar tranquilidad en el proceso de subasta, con relación a la participación de EPM, la Administración debe adelantar un estudio, ojalá con abogados externos a ella, autoridades en la materia y ampliamente reconocidos en el país que lo legitimen sobre una eventual incompatibilidad o conflicto de intereses para que miembros de la Junta Directiva puedan contratar directamente con la Sociedad, bien sea a través de selección pública o contratación directa, sus efectos y alternativas para evitarlos o enervarlos, todo ello buscando blindar la subasta, para beneficio de todos los actores, incluido EPM. Agregando a los posibles conflictos que se han expuesto, que desde la última reunión el doctor Juan

Ante tal panorama, tal como se evidencia en el Acta de la Junta Directiva No. 110 de HI del 28 de abril de 2010[428], se planteó la necesidad de suspender el proceso de subasta, adicionalmente se habló de las implicaciones de adelantar paralelamente dos procesos de negociación, pues incluso antes de suspender la subasta, se adelantaban negociaciones directas entre socios de HI (EPM e IDEA), lo que permite concluir que existía una intención de que EPM fuera quien desarrollara este proyecto, más si se tiene en cuenta que desde el acta 80 de 19 de mayo de 2008 EPM expresó que "las utilidades de la empresa no están en preparar términos de referencia sino en adelantar proyectos viables":

[427] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.
[428] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.

"El doctor Federico Restrepo expresa que, para el beneficio del proceso han considerado que no es conveniente que se estén realizando dos procesos de manera paralela: el de subasta y el de negociación directa. Piensa que se debe suspender inicialmente la publicación de los términos de la subasta, para evitar conflictos con los otros proponentes. Expresa preocupación que en el evento de no llegar a un acuerdo, si participa la banca de inversión BNP Paribás, a pesar de un acuerdo de confidencialidad, si se adelanta posteriorpente la subasta y la gana otro proponente se pueda llegar a filtrar la información privilegiada que suministre EPM (…) Otro tema que menciona el Dr. Restrepo, es que para EPM el proceso es serio, a tal punto que desde el inici conformaron un equipo de trabajo que, al interior de la empresa incluye más de 20 personas, cuentan con una banca de inversión y ésta ha contratado asesores

Después de algunas reflexiones sobre la conveniencia de suspender el proceso de subasta y darlo a conocer a la opinión pública, los elementos sustanciales de una negociación directa, la estructura jurídica, el plazo para llegar a acuerdos y publicar prepliegos, etc., los miembros de la junta acuerdan que se continúe con el trámite de la negociación directa entre el IDEA y EPM."

Posteriormente, en la sesión No. 111 de la Junta Directiva[429]- tal como lo refleja el Acta del 9 de junio de 2010- fue aprobado por unanimidad el texto a publicar en la págia web de la Sociedad, dando a conocer a la opinión pública y a los interesados la suspensión del proceso de subasta la cual, señala el documento:

"se sustenta en la decisión de la sociedad y sus accionistas mayoritarios (IDEA y el Departamento) de explorar conjuntamente con EPM alternativas al proceso de subasta, que permitan la conclusión del negocio en los mejores términos, plazo y condiciones para Hidroituango, sus socios y para las comunidades a las que eston representan"[430]

*Vale la pena recordar que la determinación anterior, se tomó después de transcurrido **un <u>año y medio</u>** y a sabiendas de que habían sido invertidos $2.287.000.000 en el proceso de estructuración de la subasta, pues dicha información fue compartida el 24 de marzo de 2010 en la sesión No. 109 de la Junta Directiva de HI.*

De otro lado se indicó en dicha sesión respecto al proceso de subasta:

[429] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.
[430] Acta 111 de Junta Directiva de HI.

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que desde reunión anterior de la Junta se consideró la posibilidad de comunicar tanto a los participantes en la subasta como a la opinión pública la suspensión del proceso de subasta considerando la posibilidad de adelantar un proceso de negociación directa con EPM, en virtud del cual esta Empresa desarrollaría el Proyecto.

El doctor Álvaro Vasquez pone a consideración de la Junta Directiva la posibilidad de suspender el proceso de subasta por unas semanas, hasta cuando la misma Junta decida reabrirlo o darlo por terminado, con el fin de dar tranquilidad a los otros seis precalificados y para poder avanzar con la negociación directa con EPM. Es aprobado por la unanimidad de los miembros de Junta presentes.

(…)

El doctor Hugo Mora recuerda la aprobación hecha en la reunión anterior para que la Administración emitiera una comunicación en la que se manifestara que la decisión de la subasta fue hecha por la Junta Directiva en pleno y de manera unánime, para el efecto, lee el aparte del acta anterior (página 11 del acta 110). El doctor Luis Guillermo Gómez informa que de esta manera lo han expresado en todos los eventos públicos (conferencias, entrevistas con los medios de opinión pública, etc.) en los que ha participado la Administración. Solicita el doctor Mora que se aproveche la comunicación que se va a efectuar sobre la suspensión de la subasta, para hacer de manera integral la manifestación de que las dos decisiones se hicieron por la unanimidad de la Junta directiva.

En el acta se indicó: "Puesta a consideración la proposición del doctor Hugo Mora, es aprobada por unanimidad ***y de esa forma se redactará el comunicado sobre la suspensión de la subasta".***

A pesar de haberse terminado la subasta, se decide continuar con el contrato del BNP Paribas pero modificándolo para que atienda a las condiciones del nuevo negocio, lo anterior, en los siguientes términos:

Reitera el doctor Álvaro Vásquez que la adjudicación del contrato al BNP Paribás se realizó con base en la comisión de éxito propuesta en la convocatoria para seleccionar la banca de inversión. Ahora bien, si ya no se tiene el proceso de subasta reitera que cambian las condiciones ya que, de forma directa, se le entrega el BOOMtista y, por consiguiente, cambia la remuneración. El doctor Juan Felipe Gaviria entiende que las condiciones de riesgo que se van asumir con la modificación de la subasta cambian y así lo debe entender el BNP Paribás, pero considera que se le debe pedir que empiece a actuar para negociar posteriormente los honorarios, aunque acepta lo complicado que esto podría resultar. Le asiste el temor que se esté alargando demasiado la negociación por la modificación del contrato. Solicita que se estudie la modificación del alcance del contrato, su remuneración y el pago que él BNP debe hacer a Inverlink, que posteriormente le reembolse Hidroituango.

(...)

El doctor Alvaro Vásquez aclara que el negocio que ahora se trata es entre EPM y demás accionistas de Hidroituango diferentes a EPM, incluyendo los minoritarios, porque si no tenemos un riesgo jurídico de fondo.

(…)

El doctor Álvaro Vasquez expresa que no espera que EPM reconozca o pague algo que no tenga el debido soporte y justificación técnica, absolutamente presentable y claro ante cualquier ente de control.

<u>En sesión de Acta 114 de 25 de agosto de 2010, se</u> estableció frente al proceso de negociación entre EPM y la sociedad Hidroituango, frente a la sociedad espejo, lo siguiente:

El doctor Federico Restrepo le informa que la negociación culmina con los montos que se deben anticipar o pagar a todos los accionistas de HI diferentes a EPM -205 millones de dólares – y una tasa interna de retorno a EPM de acuerdo con unos flujos o parámetros a los que se han llegado con las bancas de inversión. Se pretende resolver cómo se hace para que esos aportes iniciales no impliquen afectación fiscal y, en segundo lugar, para que el IDEA y los accionistas minoritarios pudieran hacer que esos ingresos pasaran por el estado de resultados. Se llegó a la propuesta de la escisión de HI para tener una nueva entidad a la cual le cede parte de los activos del proyecto. Esa sociedad será una sociedad espejo de HI en principio y HI se mantiene con un patrimonio menor. EPM compra en esa sociedad las acciones de los otros accionistas que deseen venderle.

Para el perfeccionamiento de este proceso se requiere del aporte de las áreas jurídicas de HI, EPM y el IDEA, y se pretende que el proceso de escisión se termine en el presente año. HI debe tener los estados financieros dictaminados con corte al 31 de agosto y debe convocar a la asamblea de accionistas inmediatamente se tengan los estados financieros, con el fin de cumplir con los plazos de ley. Los asesores legales deben elaborar el proyecto de escisión. Con lo anterior, una junta directiva extraordinaria citará a reunión de una asamblea extraordinaria. Solicita a la administración de HI, con sus asesores legales, efectuar los trámites requeridos dentro de la mayor celeridad.

(…)

Agrega el doctor Vásquez a la explicación que hizo el doctor Federico Restrepo sobre los términos del acuerdo, que también se tendrá un plazo de restitución a los cincuenta años, la aplicación de la fórmula presentada por Inverlink dentro de ocho años, cuyos parámetros quedarán definidos en el contrato, y que el excedente que logre el proyecto por encima de la TIR será para HI.

Lo anterior, da cuenta de la manera como a través del mecanismo de la sociedad espejo, EPM terminó proponiendo desde un principio la compra de las acciones del IDEA y los accionistas minoritarios en la sociedad espejo.

En acta 116 de 29 de septiembre de 2010, frente la proyecto de escisión se aprobó por unanimidad por los miembros de la Junta Directiva así:

b.- Proyecto de Escisión:

Reitera el doctor Wilson Vélez que los equipos jurídicos de EPM Y HI se reunieron para estudiar el proyecto de escisión que fue elaborado por el equipo jurídico de EPM. Este proyecto contiene los siguientes elementos: antecedentes, modalidad, motivos, condiciones, los estatutos de la sociedad beneficiaria –modalidad sociedad anónima- y los anexos: estados financieras, composición accionaria de escindente y beneficiaria, etc.

Puesto a consideración por el señor presidente, doctor Álvaro Vásquez, el proyecto de escisión con sus anexos, es aprobado por la unanimidad de los miembros presentes de la Junta Directiva.

Posteriormente en la misma sesión, y teniendo en cuenta lo aprobado en la escisión, se estableció frente al contrato BOOMT lo siguiente:

Como consecuencia de lo aprobado en los anteriores puntos, el doctor Juan Felipe Gaviria propone que en el Proyecto de Escisión de Hidroituango S.A. ESP, además del proyecto mismo ya aprobado, se incorpore la autorización de tercerización y contratar el BOOMT, al igual que el suministro de la información que requiera EPM para realizar este contrato con HI. Puesto a consideración por el señor Presidente, es aprobado por la unanimidad de los presentes.

Así mismo en la sesión se dejaba en la deliberación de los miembros de la Junta Directiva la preocupación sobre las decisiones a adoptar, teniendo en cuenta que ahora EPM adelantaría el proyecto, se manifestó lo siguiente:

Expresa el doctor Juan Felipe Gaviria que le preocupa que las decisiones que se tomen sobre estos temas lleguen a entrabar el proceso, por cuanto EPM no ha tomado las decisiones finales sobre la forma de cómo hacer el endeudamiento y no se quiere que esa aprobación llegue a condicionar a la sociedad vehículo, o a EPM, sobre la forma de tomarlo.

De manera paralela a lo anterior, y aún cuando tal y como se evidenció líneas atrás era claro que EPM iba a ser quien iba a desarrollar el proyecto y habiendose perdido un año y medio y cuantiosos recursos en un proceso de subasta fallido con un tercero, Hi adelantó algunos trámites previos para adjudicar una de las obras más importantes y necesarias para el cumplimiento del cronograma cual era la de lograr la desviación del río Cauca en las estivas de 2013.

Es necesario precisar que Hi no contaba con recursos para realizar una contratación de tal envergadura, por lo que, en primer término, le correspondía

conseguir los recursos para financiar la excavación de los túneles de desviación.
Por lo anterior, en Acta 110 de 5 de mayo de 2010, se autoriza el inicio de los trámites de endeudamiento para tal fin.
En este punto, cabe recordar tal y como se explicó líneas atrás, en la misma acta, se acordó que se siguiera con los trámites de negociación directa con EPM, y posteriormente en acta 111 de 9 de junio de 2010 se suspendió el proceso de Subasta.
En consecuencia, con lo anterior, en acta 114 de la junta Directiva de Hi de fecha 25 de agosto de 2010, se informa sobre las gestiones realizadas por la administración de Hi para el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación. Teniendo en cuenta que finalmente quien va a realizar el trabajo de los túneles es EPM, se decide que tanto los trámites de endeudamiento como los trámites de la licitación se realizaran de forma integrada los equipos de EPM e Hi.

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez sobre las gestiones realizadas por la Administración con Bancolombia para obtener el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación, por valor de trescientos millones de dólares (USD 300'000.000).

El doctor Federico Restrepo expresa que EPM podría otorgar el aval que se requiere para ese endeudamiento, que no necesariamente debería ser con Bancolombia, ya que se tienen otras fuentes muy favorables. Pero, bajo la consideración que ellos adelantarán el proyecto, EPM requiere tener participación en ese proceso de negociación y por ello consideran que el equipo financiero de HI se debe acompañar con el equipo de Gestión de Capitales de EPM para el trámite de endeudamiento.

Señala el doctor Álvaro Vásquez que teniendo en cuenta las posibilidades que da la importancia financiera de EPM y los beneficios de su presencia en el mercado, comparte lo expresado por el doctor Restrepo para que se efectúe un trabajo conjunto entre los equipos financieros de las dos entidades.

Finalmente, agrega el doctor Juan Felipe Gaviria, teniendo en cuenta que quien en última instancia va a realizar el trabajo de las obras de los túneles de desviación es EPM, se debe considerar si ese proceso lo debe hacer esta entidad directamente, consultando los mecanismos jurídicos que se requieran para el efecto.

Por ello, aporta el doctor Jesús Arturo Aristizabal, se debe buscar la forma para que EPM asuma de una vez el proyecto. Complementa señalando que la contratación del endeudamiento por HI no sería fácil, por cuanto no tiene la calificación de riesgo que se requiere y debería hacer todo el trámite para obtenerla.

En consecuencia, la gestión de endeudamiento y el proceso de licitación para los túneles de desviación, se realizará de forma integrada entre los respectivos equipos de HI y EPM.

En Acta 116 de 29 de septiembre de 2010, se reitera que Hi no cuenta con los recursos necesarios para realizar dicha contratación a pesar de ello la junta autoriza el inicio de dichos trámites.

El doctor Luis Guillermo Gómez manifiesta que se ha recibido de parte de EPM, en las respectivas mesas de trabajo, la solicitud de que sea Hidroituango la que inicie el proceso de licitación para la construcción de los túneles de desviación y así poder cumplir con los cronogramas. Del mismo modo, para que HI abra la licitación de la interventoría para toda la construcción del proyecto y para que se contrate la Asesoría durante la Construcción, con los diseñadores de las Obras Principales. Por esta razón se ponen a consideración de la Junta estos temas, con el fin de que se otorgue su autorización para iniciar los procesos correspondientes. Igualmente, para que sean aprobados los respectivos CDPs y las vigencias futuras.

El doctor Juan Felipe Gaviria pregunta si esas licitaciones las debe iniciar Hi o EPM, si esos temas pasarán a la beneficiaria directamente o las puede emprender EPM, o si se deben decidir conjuntamente entre EPM y HI?.

El doctor Juan Gonzalo Álvarez expresa que, como lo afirmó el doctor Gómez, en las mesas de trabajo se determinó que HI debe iniciar los procesos de contratación que se traen a consideración de la Junta, por cuanto en las actuales circunstancias jurídicamente no puede EPM iniciar o adelantar procesos de contratación del proyecto, que aún se encuentra en cabeza de Hidroituango. Todo esto ha sido conciliado en esas mesas de trabajo. Agrega que posteriormente esos contratos se cederán a EPM.

(…)

El doctor Wilson Vélez informa que para que HI pueda iniciar esos procesos de contratación requiere de recursos que no tiene para aprobar el CDP - alrededor de trescientos millones de dólares (USD300'000.000) - y recuerda que se ha logrado con Bancolombia una carta de aceptación de un cupo de endeudamiento por ese valor. Se requiere la aprobación de la Junta de las vigencias futuras, con base en ese cupo de endeudamiento con Bancolombia.

Expresa el doctor Juan Felipe Gaviria que le preocupa que las decisiones que se tomen sobre estos temas lleguen a entrabar el proceso, por cuanto EPM no ha tomado las decisiones finales sobre la forma de cómo hacer el endeudamiento y no se quiere que esa aprobación llegue a condicionar a la sociedad vehículo, o a EPM, sobre la forma de tomarlo.

(…)

En ese orden de ideas, y puestos a su consideración por el señor Presidente la iniciación del proceso licitatorio de los túneles de desviación, para la interventoría de la construcción de las Obras Principales y el contrato de asesoría de los diseñadores, segunda etapa de la licitación para el Diseño de las Obras Principales, la Junta aprueba por unanimidad los tres procesos de contratación, al igual que la autorización de vigencias futuras solicitada por la administración para la expedición de los respectivos CDPs.

Cabe anotar que de conformidad con el Acta 117 de 27 de octubre de 2010, se precisa que para efectos de la Suscripción del Contrato BOOMT y antes de que inicie el contrato de construcción de los túneles, se debe contar con la póliza que cubra diferentes riesgos, pero para ello Hi debe comprometer vigencias futuras.

Informa el doctor Juan Gonzalo Álvarez, Gerente de Estructuración Financiera de HI que para adelantar esta póliza, y la de terrorismo, la empresa requiere comprometer vigencias futuras y, por consiguiente, debe definir la fuente de este contrato. A pesar de que este contrato no lo va a realizar HI, sino el contratista del BOOMT, EPM Ituango, para la firma del contrato BOOMT se deben tener cubiertos estos riesgos y, por consiguiente, tener a finales de año su definición, antes del inicio de la construcción de los túneles de desviación, de conformidad con la presentación que hace a los miembros de Junta, que se anexa a la presente acta.

A pesar de falta de recursos de Hidroituango para adelantar los procesos de selección y conseguir las pólizas necesarias, los miembros de junta, entre ellos el señor Restrepo, autorizaron el inicio de procesos de selección que por la circunstancia anotada nunca pudieron iniciarse, lo que aunado a la expectativa por el hecho de que el contratista del contrato BOOMT era quien finalmente iba a adelantar toda la obra, llevaron a que no se suscribieran los contratos para la construcción de los túneles de desviación*.*

Todo lo anterior aunado a los atrasos en las vías de acceso, y al tiempo utilizado por EPM Ituango para la realización de los trámites, el contrato de construcción de los túneles solo pudo iniciar en agosto de 2011, tal y como da cuenta el Acta 127 de 28 de septiembre de 2011.

Finalmente, el contrato terminó siendo adjudicado por EPM Ituango el 28 de junio de 2011 y se le dio orden de inicio anticipada el día 16 de agosto de 2011[431]*.*

El inicio de este contrato en fecha posterior llevó a que para efectos de cumplir el cronograma y desde su inicio, se le solicitara al contratista un ***Programa de recuperación, que tal y como se explicó en los fundamentos de hecho llevó a incrementar el presupuesto.***

Por lo anterior se concluye que esta acción es atribuible al señor Restrepo Posada y que la misma se dio como consecuencia del hecho de haberse separado en su actuar del modelo de conducta que le correspondía como buen hombre de negocios, tal y como se explicará en detalle más adelante. Todo lo

[431] Ver orden de inicio anticipada en: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Contractual

cual incidió directamente en la producción del daño probado en esta causa fiscal.

Contrario a lo sostenido por la apoderada, esta Delegada no se refirió de manera alguna al trámite desplegado, sino a la tramitología desplegada con ocasión a las decisiones de la junta directiva, en la cual- se insiste- participó activamente su prohijado, y, tal como se demostró, a pesar de falta de recursos de Hidroituango para adelantar los procesos de selección y conseguir las pólizas necesarias, los miembros de junta, entre ellos el señor Restrepo, autorizaron el inicio de procesos de selección que por la circunstancia anotada nunca pudieron iniciarse, lo que aunado a la expectativa por el hecho de que el contratista del contrato BOOMT era quien finalmente iba a adelantar toda la obra, llevaron a que no se suscribieran los contratos para la construcción de los túneles de desviación.

Vale reiterar, que la conducta no se estructuró con base a lo ocurrido en una sola sesión de la Junta Directiva, ni en momentos “aislados”, sino como se demostró, obedeció a una serie de decisiones ampliamente discutidas en el seno del órgano director, del cual el señor Restrepo Posada, era miembro principal. Por esto, no es de recibo para el Despacho la argumentación de la apoderada, en la que se vale de la ausencia de su prohijado en sesiones específicas de la junta, para indicar que, debido a esta- que por demás, era en sí misma un incumplimiento a sus deberes como miembro de la Junta de HI- no le asiste responsabilidad, pues si bien se ausentó de determinadas reuniones, debió empaparse de los temas, conocer a fondo lo tratado en cada una de ellas, y en caso de estar en desacuerdo, actuar en consecuencia, lo cual no sucedió, en cambio conoció el desarrollo de la determinación, pues, tal como se acreditó, participó en sesiones tanto preparatorias, como posteriores, en las que los temas se siguieron desarrollando.

Por lo anterior, los argumentos esgrimidos por la apoderada no resultan de recibo para el Despacho.

A renglón seguido manifiesta la apoderada:

> ***“Quinto cargo. Se estableció como quinta conducta objeto de reproche fiscal la siguiente: Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado en contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.***
> *De manera precisa, el cargo está sustentado en que mi mandante al autorizar en forma improvisada los cambios en la altura de la presa, después de haber iniciado el contrato de diseños de detalle, hizo que se modificara la licencia ambiental causando demora en la gestión de la misma, variaciones en los diseños de obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios. Ante el hilo de supuestos, debo ejercer el derecho de defensa que le*

corresponde a mi mandante para sostener que lo afirmado no es correcto y que, en cambio, las decisiones que tomó mi representado en relación con lo denominado altura de presa fueron debidamente sustentadas, analizadas y decididas. Así, de manera inicial debo indicar que en el Acta Nro. 100 de Junta Directiva de 29 de julio de 2009, en la que participó mi mandante, se expuso por el entonces gerente de la sociedad HI, doctor LUIS GUILLERMO GÓMEZ y las personas técnicas asignadas para el tema de la altura de la presa, doctores DARÍO CEBALLOS, asesor del consorcio Generación Ituango que adelantaba los diseños detallados de las obras principales y JUVENAL ESPINAL, Subgerente de Proyectos de Generación de EPM, interventores de ese contrato, las propuestas técnicas, ambientales y financieras que soportaron la propuesta de incrementar la altura de la presa y lograr, sin discusión, un mejor aprovechamiento del potencial hidroeléctrico que ofrece el Río Cauca, así:

"El señor Gerente manifiesta que de tiempo atrás se han presentado inquietudes por parte de personas conocedoras del tema de Centrales Hidroeléctricas, en el sentido de incrementar la altura de la presa para lograr un mejor aprovechamiento del potencial hidroeléctrico que ofrece el Rio Cauca. Bajo esa consideración han solicitado al consorcio diseñador que en el proceso de refinamiento del diseño maximice esta posibilidad, cuyos resultados vienen analizando tanto con el consorcio como con la interventoría del mismo ejercida por EPM y por los ingenieros al servicio de Hidroituango. Se analizaron las implicaciones que estas modificaciones traerían en los aspectos técnicos, ambientales y financieros al igual que en el cronograma de construcción del proyecto. La propuesta de la firma diseñadora se basa fundamentalmente en 3 elementos sobre los que el consorcio plantea, las posibles modificaciones a saber: 8. Ampliación del ancho de la corona de la presa que actualmente está prevista en 12 metros para pasarla a 14 metros. Recordemos que por allí pasará la carretera sustituta a Ituango. Este ensanchamiento genera una mayor estabilidad en la presa y permite que el flujo vehicular, caballar y peatonal sea más seguro. 9. Realce del borde libre de la presa sobre la cuota máxima del embalse en 5 metros más, para quedar en 10 metros, lo cual otorgará una mayor protección contra eventuales crecientes que pueda poner en riesgo la estabilidad de la presa. 10. Aumentar en 5 metros más el nivel del embalse, lo cual nos aumenta la superficie del espejo de agua y la cola del embalse se subirá aproximadamente 2 kilómetros aguas arriba de cómo se tiene nivelada. Este incremento en la altura nos permitirá una generación de energía adicional de un 4% aproximadamente a un costo marginal muy bajo130". Mi mandante, con el debido entendimiento de lo expuesto y en forma diligente, manifestó la inquietud que se le generó por el impacto que se pudiera generar con la modificación de la licencia ambiental, para lo cual solicitó que se hiciera el estudio de costo – beneficio de las propuestas:

"Interviene el doctor Federico Restrepo y manifiesta que, en principio, están de acuerdo con las tres propuestas hechas por la Administración de modificación a la presa. Le preocupa el tema del incremento de la altura de la presa por el trámite y el plazo que requeriría la modificación de la licencia ambiental. Se debe hacer el estudio del costo- beneficio que implicaría el aplazamiento probable de los seis meses. Considera que, como está planteado el cronograma, no afectaría la entrada en funcionamiento de la centra131l". Y la respuesta técnica fue: "Ante la pregunta del doctor Federico Restrepo sobre la

holgura que se tiene en el proceso de los diseños para entrar en la ruta crítica, el doctor Darío Ceballos señala que sería posible si la Sociedad negocia con el constructor de las vías un plazo parcial para llegar con la carretera al portal de los túneles de desviación. Si se consigue ese plazo, que sería de veinte (20) meses, la holgura que tiene el proceso de diseño sería de seis a ocho meses .”
En forma consecuencial y después de un debate sobre las implicaciones de la propuesta de la altura de la presa y los riesgos inherentes del trámite de la licencia ambiental, se consideró aprobar que se adelanten las gestiones para la modificación de la licencia y la declaratoria de utilidad pública por los predios que se deben incorporar y si después de realizar todos los esfuerzos para lograrlo y no se pueda cumplir, la Gerencia informaría a la Junta Directiva (página 8 del acta Nro. 100): “Después de un debate sobre las implicaciones de la propuesta del realce de la presa y el riesgo del trámite de la licencia se considera que los beneficios que se podrían obtener son de tal magnitud que la junta Directiva autoriza que se afronte esta posibilidad y se le dé el trámite que requiere ante las autoridades ambientales para obtener la modificación a la Licencia y ante el Ministerio de Minas para realizar el ajuste que corresponde a la declaratoria de utilidad pública por los predios que se deben incorporar por el aumento de la cola del embalse. Todo lo anterior con una estrategia de apoyo político que incluya una solicitud a la Presidencia de la República, cumpliendo así el cronograma propuesto hasta este momento. Si después de realizar todos los esfuerzos para lograrlo, y en el evento en que en el desarrollo del trámite se aprecie que no se puede cumplir, la Administración lo informará a la Junta Directiva ”.
Se insiste que las propuestas que fueron presentadas a la Junta Directiva de HI, como la de la altura de la presa, tenían los debidos respaldos de análisis interdisciplinarios que soportaban cualquier defensa sobre la conveniencia de las decisiones. Por ello, es que la decisión de ahondar en la posibilidad de la altura de la presa fue acertada y conveniente para el proyecto. Con ello, la pregunta obligada será entender ¿por qué sostiene la señora Contralora que hubo improvisación en la toma de decisiones relacionadas con la altura de la presa? Como se puede extraer de la lectura del cargo, no existe una consideración que así lo haga ver cuando las mismas citas del cargo demuestran que el tema fue expuesto, analizado y considerado con los técnicos respectivos. Por otro lado, como una prueba de las conveniencias de la modificación de la altura de la presa reposan memorandos técnicos de la época que fueron conocidos, discutidos y aprobados por los expertos en el tema que dieron viabilidad a que la Junta Directiva los conociera. Sin lugar a duda, los informes, desde la experticia técnica, contaron con la participación de personas altamente calificadas sobre el asunto. En el Informe D-PHI-DHE-CSD C0043 del 30 de abril de 2009, denominado Modificación altura de la presa/Memorando técnico, se señaló: “Teniendo en cuenta que, como se indicó, actualmente el Proyecto Hidroeléctrico de Ituango contempla una presa de 220 m de altura, con un nivel normal de operación en la cota 420 msnm y un borde libre de 10 m respecto a la corona de la presa (cota 430 msnm), este documento (examina el aumento de la altura de la presa en 10 m, 5 m por razón de borde libre y 5 m por elevación del nivel del embalse. El documento se ha estructurado de la siguiente manera: primero, se presentan los elementos que, con base en los análisis realizados, se consideran fundamentales en el proceso decisorio, a

saber, borde libre, balance y disposición de materiales y mayor generación de energía, recalcando sobre este último la limitación que presenta la formación del delta de sedimentos en la cola del embalse; posteriormente, se relacionan los principales efectos de la modificación de la altura de la presa sobre las demás obras del proyecto y se tratan los temas de licencia ambiental y compra de predios; finalmente, se establecen las conclusiones y la opinión del Consorcio. "Como conclusiones del estudio se tienen: · "Se debe aumentar 5 m, de 10 a 15m, el borde libre de la presa. Con ello se logra una mayor seguridad de esta estructura, particularmente frente a olas por deslizamientos, asentamientos por sismos y oleaje por vientos . "Un incremento de 5 m en el nivel máximo normal de operación, de la cota 420 a la 425 msnm, permite instalar unos 60 MW de capacidad adicional y generar unos 355 GWh por año, mediante una inversión incremental con una alta relación beneficio – costo. · "Con los cambios referidos, que llevan la cresta de la presa de la cota 430 a la 440 msnm, se continúan cumpliendo las condiciones de no afectar el Puente de Occidente y la zona de Paso Real. ·"Los terrenos a adquirir en la cola del embalse, a partir del Puente de Occidente, deberán revisarse con detalle para determinar los ajustes que se encuentre necesarios. "Finalmente, no se modificó el nivel normal del embalse y la cota de la cresta de la presa quedó en la 435, con lo cual se conservaron las ventajas inherentes al mayor nivel de seguridad contra olas del embalse por eventuales deslizamientos y los beneficios de no tener que llevar el material de excavación del vertedero a zonas de botadero y utilizarlo como lleno de la presa". Es de señalar señora Contralora, que las decisiones como adiciones presupuestales tratadas en el Acta de Junta Directiva Nro. 112 fueron igualmente objeto de análisis en el Acta Nro. 113, previo agotamiento de las reuniones técnicas de rigor, de la Subgerencia de Desarrollo de Proyectos de EPM y de la interventoría, lo que generó una confirmación de la decisión de aprobación realizada en el Acta Nro. 112.

Dada la importancia de las decisiones que se tomaron en la Junta Directiva, muchas de ellas fueron objeto de auditoría regular ante los entes de control sin que se determinara hallazgo alguno sobre la gestión acertada de la Junta Directiva. Lo anterior, sin perjuicio del control político que el Concejo de Medellín ejercía para la época. De la misma forma, debe considerarse que, en el análisis puntual de las actas relacionadas en el cargo imputado a Federico Restrepo y que se supone que lo soportan, en varias de ellas ni siquiera estuvo presente mi mandante, así (el orden de las actas coincide con el orden expuesto por la señora Contralora): - Acta Nro. 93 de 14 de enero de 2009, el doctor RESTREPO POSADA no estuvo presente en la reunión. - Acta Nro. 98 de 27 de mayo de 2009, el doctor RESTREPO POSADA no estuvo presente en la reunión. - Acta Nro. 102 de 26 de agosto de 2009: No hubo toma de decisión y solo fue informativa para el punto concreto relacionado con la licencia ambiental. - Acta Nro. 103 de 30 de septiembre de 2009, el doctor RESTREPO POSADA no estuvo presente en la reunión. - Acta Nro. 100 del 29 de julio de 2009, el doctor RESTREPO POSADA estuvo presente y ya se hizo referencia a la actuación precisa que desplegó en esta reunión. - Acta Nro. 112 de 26 de agosto de 2009: No hubo toma de decisión y solo fue informativa para el punto concreto de la altura de la presa. Por consiguiente y reiterando el siguiente planteamiento en cada cargo, debe indicarse que en el informe técnico de la

Universidad Nacional con el que presuntamente se soportó el daño patrimonial NO hizo referencia a la conducta reprochada a mi mandante, ni al alcance de ella, porque claramente su enfoque se centró en determinar la diferencia de valores consignados en el modelo financiero asociado al proyecto por Inverlink contra el modelo financiero adoptado por la Universidad, entre los que no están el Acta Nro. 93 de 14 de enero de 2009 (en el que el doctor RESTREPO POSADA no estuvo presente en la reunión), Acta Nro. 98 de 27 de mayo de 2009 (en el que el doctor RESTREPO POSADA no estuvo presente en la reunión), Acta Nro. 102 de 26 de agosto de 2009, acta Nro. 103 de 30 de septiembre de 2009 (en el que el doctor RESTREPO POSADA no estuvo presente en la reunión), Acta Nro. 100 del 29 de julio de 2009, Acta Nro. 112 de 26 de agosto de 2009. Así fue indicado en el auto de imputación (página 116)
Asimismo, es del caso advertir que, en el presente cargo reprochado a mi mandante, no se determinó en parte alguna cómo se estableció fehacientemente que mi representado actúo con culpa grave pues los reproches por sí solos no la hacen presumir y no denotan la negligencia, torpeza, falta de diligencia que se le debe enrostrar para calificarlo como tal, a más de no exponer entonces cuál era la supuesta conducta diligente y cuidadosa que se supone debía ejecutar. Por último, expongo que el cargo enrostrado a mi mandante tiene relación con varias conductas asociadas al año 2009 y que en contraposición del auto del proceso responsabilidad fiscal (año 2019) configura sin lugar a duda la caducidad de la ACCIÓN FISCAL por haberse superado los cinco (5) años desde la ocurrencia del supuesto HECHO GENERADOR del daño al patrimonio."

R:/ Pese a que el argumento de la apoderada se limita a hacer un recuento con su interpretación subjetiva de las actas de junta directiva empleadas por el Despacho para fundamentar el reproche, a saber: Actas No. 100, 112 y 113 de 2009, para posteriormente indicar cómo, la decisión estuvo fundamentada únicamente en aspectos de índole técnico.

Cabe recordarle a la apoderada, que al momento de calificar la conducta objeto de reproche fiscal[432] al señor Restrepo Posada en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, se concluyó y probó, que el hecho de que una presa más alta, aumentara la capacidad de generación de la central y por ende permitiera mejorar la relación costo-beneficio del proyecto, - ya que así lo habían demostrado los estudios de factibilidad presentados en los años 2006 y 2007 de los que se discute en la ya referenciada reunión-, y que aún sabiendo que la altura de la presa se definió originalmente desde el punto de vista ambiental, esperando no afectar la zona cercana al puente de occidente, se decidió aprobar los cambios en los diseños de la misma, decisión que trajo como consecuencia la necesidad de tramitar modificaciones a la licencia ambiental, originando importantes retrasos en el

[432] Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado en contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.

cronograma, que más adelante repercutirían en la necesidad de implementar diferentes planes de aceleración en el proceso constructivo de la central hidroeléctrica.

Así mismo se indicó que la decisión fue de tal envergadura, que incluso afectaba negativamente el cronograma del Contrato de diseño, sobre el particular, el Acta No. 112 de la Junta Directiva de HI, que tuvo lugar el 26 de agosto de 2009[433], da cuenta de la preocupación de Federico Restrepo Posada, por el hecho de que el cambio en los diseños afectaba directamente los entregables del proyecto en los siguientes términos:

> El doctor Federico Restrepo expresa su preocupación porque les llegó una solicitud de integral de aplazar por tres meses la entrega de los diseños, que están para el catorce (14) de diciembre y quedarían para marzo del dos mil diez (2010). Llama la atención porque se afecta el cronograma del proyecto y el mismo proceso de subasta que adelanta la banca de inversión, ya que es un insumo fundamental trabajar sobre los diseños definitivos. La solicitud tiene que ver con lo de los cinco (5) metros de la presa.
>
> El doctor Jesús Arturo Aristizabal complementa que Integral justificó la solicitud en las tres siguientes razones: 1.- la ampliación a catorce (14) metros de la corona de la presa; 2.- los cinco (5) metros del borde libre de presa; 3.- la subida del nivel del embalse de otros cinco (5) metros. Esas tres actividades requieren para ellos de unos tiempos adicionales para poder terminar los diseños definitivos y el costeo nuevamente del total del proyecto.

La precitada Acta, revela claramente que la decisión que cuestiona este Despacho, también acarreaba un trámite adicional en términos de adquisición de predios:

> Aporta el doctor Sergio Betancur que se debe hacer cumplir el plazo que se tenía inicialmente previsto para el contrato de los diseños, apelando a la reconocida rigurosidad de EPM como interventor.
>
> Complementa su intervención el doctor Aristizabal indicando que el cambio del nivel del embalse implica la necesidad de compra de unos predios que ahora quedarían inundados, al igual que la modificación del Manual de Valores Unitarios y la eventual repetición de la Asamblea de Propietarios.

La decisión que se reprocha atentó abiertamente contra el principio de planeación, que debe observarse en todo momento en obras de esta envergadura, al respecto ha señalado el Consejo de Estado[434]:

> "*El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido*

[433] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.
[434] Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P: Ruth Stella Correa Palacio, mayo 28 de 2012, Rad. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

> *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden."*

Según lo tiene ya establecido la jurisprudencia, dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado, independientemente del régimen de contratación aplicable a la Entidad pública contratante[435], ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la planeación . Por virtud de ésta el contratante, está en el deber legal de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más. En tal virtud, el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.

Así las cosas, la decisión de ir en contra de lo incialmente establecido en los estudios de factibilidad del proyecto, **buscando incrementar la utilidad, aumentando la altura de la presa, a fin de generar más energía de la incialmente concebida, resulta reprochable, habida cuenta de que tal decisión representa una clara violación al principio de planeación, materializada tanto**

---

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

en los recursos extra a invertir en diseños, como en el detrimento del cronograma del proyecto.

Cabe destacar, que en el Acta 100 de Junta Directiva de Hidroituango[436], correspondiente a la sesión del 29 de julio de 2009, se documentaron los tres elementos que fundamentan la propuesta de INTEGRAL para incrementar la altura de la presa y que fueron traídos a colación por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020:

1. Ampliación del ancho de la corona de la presa que actualmente está prevista en 12 metros para pasarla a 14 metros. Recordemos que por allí pasará la carretera sustituta a Ituango. Este ensanchamiento genera una mayor estabilidad en la presa y permite que el flujo vehicular, caballar y peatonal sea más seguro.
2. Realce del borde libre de la presa sobre la cuota máxima del embalse en 5 metros más, para quedar en 10 metros, lo cual otorgará una mayor protección contra eventuales crecientes que pueda poner en riesgo la estabilidad de la presa.
3. Aumentar en 5 metros más el nivel del embalse, lo cual nos aumenta la superficie del espejo de agua y la cola del embalse se subirá aproximadamente 2 kilómetros aguas arriba de cómo se tiene nivelada. Este incremento en la altura nos permitirá una generación de energía adicional de un 4% aproximadamente a un costo marginal muy bajo.

Frente a ello, el asesor de INTEGRAL manifestó que:

> Los dos primeros aspectos considerados no presentan una mayor incidencia desde el punto de vista técnico, ambiental y económico, dando una ventaja en el sentido de que el material de excavación sobrante se podría depositar en la presa, con costo más bajo que en las áreas de depósito cada vez más lejanas. El problema previsto es para el tercer punto para el cual se requiere una modificación de la licencia ambiental que nos llevará a perder el control del tiempo en el proceso de tramitación de dicha modificación ante las autoridades ambientales que generaría una incertidumbre muy grande en el cronograma de construcción de por sí ya muy apretado

Así las cosas, en la ya referida Acta No. 100 de la junta directiva de HI, fue aprobada sin salvedad alguna, únicamente exponiendo preocupaciones específicas sobre los trámites burocráticos que tendrían que adelantarse en aras de obtener la modificación de la Licencia Ambiental, aún a sabiendas del riesgo que dicha modificación acarrearía para el cronograma del proyecto, en los siguientes términos:

[436] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 75/REFERENCIA CRUZADA ER0110943 FOLIO 15973/ANEXOS ACTAS JUNTA DIRECTIVA

> Después de un debate sobre las implicaciones de la propuesta del realce de la presa y el riesgo del trámite de la licencia se considera que los beneficios que se podrían obtener son de tal magnitud que la Junta Directiva autoriza que se afronte esta posibilidad y se le dé el trámite que requiere ante las autoridades ambientales para obtener la modificación a la Licencia y ante el Ministerio de Minas para realizar el ajuste que corresponde a la declaratoria de utilidad pública por los predios que se deben incorporar por el aumento de la cola del embalse. Todo lo anterior con una estrategia de apoyo político que incluya una solicitud a la Presidencia de la República, cumpliendo así el cronograma propuesto hasta este momento. Si después de realizar todos los esfuerzos para lograrlo, y en el evento en que en el desarrollo del trámite se aprecie que no se puede cumplir, la Administración lo informará a la Junta Directiva.

Ahora bien, al analizar la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009[437], que fundamenta el punto de las preocupaciones que entonces se expusieron en la Junta Directiva de Hidroituango, se observa que la misma fue otorgada acogiendo el Concepto Técnico 56 del 28 de enero de 2009, expuesto por INTEGRAL a la Junta Directiva de HI, lo que evidencia que, en efecto, da decisión se implementó, pues sus consideraciones exponen:

> *"(…) El concepto Técnico 56 de enero 28 de 2009 que por este acto administrativo se acoge, concluyó que la información presentada por la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., para la solicitud de licencia ambiental es suficiente y en consecuencia se considera viable su otorgamiento, de conformidad con las condiciones que se establecerán en la parte resolutiva de la presente resolución. (…)".*

De la revisión de tal concepto, igualmente citado en la Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009, se encuentra que las condiciones de altura de la presa, cuya modificación fue discutida en la sesión No. 100 de la Junta Directiva de Hidroituango con la propuesta de INTEGRAL, hacen parte de sus fundamentos, pues al describir el proyecto se indican las siguientes características:

> "*"La presa del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), tiene una altura de 220m, con corona de 12 m de ancho y de 500 m de longitud, a la cota 430. La impermeabilidad del lleno de roca, se logra mediante un núcleo de tierra con taludes 0,4H:1V en el lado de aguas abajo y 0,08H:1V en el lado de aguas arriba. Entre el núcleo de tierra y el lleno de roca, se ha dispuesto, en la cara de aguas arriba, una zona de transición de 10 m de espesor, conformada por material con un tamaño máximo de 0,20 m y, en la cara de aguas abajo, una transición compuesta por dos filtros de 4 m de espesor, uno de arena y otro de cascajo.*
> *"El talud de aguas abajo de la presa, tendrá una inclinación promedia del orden de 1,75H:1V; sobre este, se construirá una vía, cuyos objetivos fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y*

[437] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_3/Ambiental y social/15-CT-2019-000004/Precontractual/Especificaciones Tecnicas/ Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip

> *a la descarga intermedia. Dicha vía, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa, es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas.*
> *"La fundación del núcleo y de los materiales de filtro y transición, se hará sobre material de roca tipo IIB, por lo cual será necesario excavar hasta encontrar esta calidad de roca en la fundación; los espaldones de roca serán fundados, principalmente, sobre roca tipo IIA".*

En tal medida, como la decisión de la Junta Directiva de Hidroituango no se limitó a acoger el segundo elemento de la propuesta de INTEGRAL, sino que por el contrario, la aprobación realizada por la Junta Directiva de Hidroituango **SÍ FUE,** tal como se sostuvo en la imputación una modificación a diferentes componentes de la altura de la presa, y como la altura de la presa es un factor determinante para la licencia ambiental, desde luego que el trámite de dicho permiso, acarreó consigo demoras significativas para el proyecto.

Ahora bien, con respecto a las referidas demoras en la ejecución del proyecto hidroeléctrico, es necesario destacar que como la propuesta de INTEGRAL fue presentada- y acogida- en julio de 2009 (en el contexto de la Junta Directiva No. 100), un comportamiento mínimamente prudente por parte del señor Restrepo Posada, haría necesario tener en cuenta que el proyecto ya presentaba retrasos, ampliamente conocidos por el señor Restrepo, que dificultaban el cumplimiento de los plazos inicialmente previstos.

En efecto, de la revisión de los antecedentes contenidos en la misma licencia ambiental se encuentra:

> *"Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3110-1-21381 de **29 de diciembre de 1999**, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., solicitó Licencia Ambiental para el proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango.*
> *Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3111-1-2153 de 11 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto enunciado.*
> *Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3111-1-2896 de 22 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto.*
> *(…)*
> *Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-127638 de **3 de diciembre de 2007**, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto citado y anexó copia de la certificación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en donde consta que en el área de influencia del proyecto no existen comunidades ni parcialidades indígenas; copia de la certificación de la Gerencia de Negritudes del departamento de Antioquia en la que consta que en el área del proyecto no*

existen organizaciones de base o consejos comunitarios; certificación de la Dirección General para comunidades negras minorías étnicas y culturales del Ministerio del Interior en la que consta que si existen comunidades negras en el área del proyecto; y certificación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER en la que se establece que en los municipios de Buriticá, Peque, Ituango, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Valdivia no se ha detectado la presencia de comunidades afro descendientes.
Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-15485 de 14 de febrero de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia del pago realizado por concepto del servicio de evaluación del proyecto.
(…)
*Que mediante Auto 1917 de **16 de junio de 2008**, este Ministerio solicitó a la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P. información adicional, y suspendió el trámite del proceso de licenciamiento tratado.*
*Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el numero 4120-E1-92192 de **15 de agosto de 2008**, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió la información complementaria al Estudio de Impacto Ambiental solicitada en el Auto 1917 de 2008.*
(…)" (Negrilla fuera de texto)

En tales términos, para un proyecto concebido desde 1962, del que se presentó la solicitud de licencia ambiental en 1999, que en adelante fue varias veces adicionada, para cuya decisión solo se presentó el Estudio de Impacto Ambiental elaborado por INTEGRAL en 2007 y respecto del cual en 2008 fue necesario solicitar información complementaria -situación que ocasionó la suspensión de la actuación administrativa a cargo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial por cerca de dos meses-, la licencia ambiental solo fue expedida en enero 2009, siendo considerablemente extenso el tiempo que tal trámite tomó, lo cual da lugar a que si tan solo seis meses después de haber logrado obtener la licencia ambiental, se aprobó en la Junta Directiva de Hidroituango una propuesta que implicó su modificación o la alteración de los presupuestos que sirvieron de fundamento para su expedición, los beneficios reportados al adoptar esa propuesta deberían ser indiscutiblemente muy superiores a los obtenidos al continuar en las condiciones previstas hasta entonces.

Sin embargo, si la hipótesis del reporte indiscutible de beneficios superiores al introducir total o parcialmente la propuesta resultara cierta, llama la atención que las modificaciones propuestas solo se plantearan en julio de 2009, teniendo en cuenta que la planeación del proyecto tomó varias décadas, destacando que en 2007, se realizaron (por parte de INTEGRAL), los estudios de complementación a la factibilidad.

Ahora bien, es importante destacar que en el Acta 103 de la Junta Directiva de Hidroituango[438] se mencionó en el informe emitido por la gerencia de tal sociedad el punto de la elevación del nivel del embalse de la central, así:

> c. Elevación del nivel del embalse de la Central. Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que en consideración a los requerimientos del cronograma de la subasta y las dificultades para que el Ministerio del Ambiente realice las modificaciones a la Licencia Ambiental, se han dado instrucciones al Consorcio Generación Ituango para que continúe con el concepto original, porque de lo contrario no se podría asegurar la información que requiere el proceso de subasta para diciembre. El ganador de la subasta podrá hacer el trámite de solicitud para ampliar el realce de la presa.
>
> (…)

Las implicaciones de la decisión adoptada, fueron discutidas al interior del órgano directivo, por lo que eran conocidas por el señor Restrepo, así, de acuerdo con lo expresado en la referida sesión de la Junta Directiva de Hidroituango, la decisión de modificar la altura de la presa sí tendría implicaciones directas respecto de la licencia ambiental y el cronograma de la subasta y en atención a ellas se dieron indicaciones a INTEGRAL para que continuara con el concepto original a fin de asegurar la información requerida para la subasta que en tal momento se tenía prevista.

Cabe resaltar, que en el informe F-PHI-HYS-ESS-C0020 del 18 de mayo de 2006[439], expone:

> "El presente documento técnico tiene como objetivo definir las alturas máxima y mínima de los tipos de presa que deben ser analizados en el desarrollo de los estudios de factibilidad del proyecto hidroeléctrico de Ituango, considerando los efectos de la depositación de sedimentos en el embalse. Para esto se contó con la información disponible de los estudios anteriores, tal como se previó en el alcance de la propuesta presentada. Dicha información está relacionada especialmente en los estudios de factibilidad y de actualización de la factibilidad desarrollados en los años 1982 y 1999 (Referencias 1 y 2).
>
> Con relación al nivel máximo del embalse o altura máxima de la presa, la condición definida en los Términos de Referencia es la de no afectar la zona de Paso Real, con el delta de sedimentos que se formará en la cola del embalse. Y con respecto al nivel mínimo, el condicionante es evitar que durante la vida útil del proyecto, los sedimentos interfieran, por colmatación del embalse, con las obras de captación afectando los equipos de la central".

Dado lo anterior, respecto de la altura máxima de la presa tal documento de 2006 consideró:

> *"3.1 Altura máxima de la presa*

[438] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P53, 56 y 57_HI/Actas de Junta Directiva/Acta no. 103 -30-09-2009.tif

[439] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 96/FOLIO 20231 ER0139867

Debe advertirse en primer lugar que la altura máxima de la presa del proyecto hidroeléctrico Ituango, no está limitada por las condiciones topográficas del sitio, que admitirán una presa de mucha mayor altura que la admisible, de acuerdo con la restricción que se establece a continuación.

Tal como se dijo en principio, para definir la altura máxima de la presa, en los Términos de Referencia se establece la condición de no afectar con impactos ambientales negativos, la zona de Paso Real. En consecuencia, para definir este parámetro se partió de un análisis de esta zona, cuya cartografía se presenta en la Figura 3.1 resaltando la ubicación del Puente de Occidente, considerado monumento nacional, y el puente de Paso Real, que hace parte de la vía que comunica a Medellín con el municipio de Santa Fé de Antioquia, y que corresponde a la vía al Mar, que llega al Urabá Antioqueño.

Con el fin de tener una seguridad razonable de que el criterio anterior se cumpla durante toda la vida útil del proyecto, se consideró prudente definir la altura máxima de la presa, partiendo del hecho de que el remanso del embalse, afectado por la cuña de sedimentos, no debe comprometer el Puente de Occidente, durante la ocurrencia de una creciente de hasta 100 años de período de retorno, que corresponde al nivel de seguridad definido por el INVIAS para este tipo de estructuras viales.

Para analizar la afectación en el Puente de Occidente, se analizó la sección tomada durante el desarrollo de los estudios de la década de los 80` (Figura 3.2), que muestra cómo el gálibo del puente con respecto al nivel medio del río es de unos 15 m, el cual puede reducirse sin comprometer la seguridad el puente. Para estimar esta reducción se hizo una evaluación hidráulica que permitió estimar la cota hasta donde podría subir el fondo del lecho (por efecto de la depositación de sedimentos en el embalse), considerando los siguientes aspectos:

- *El borde libre entre el límite inferior de la estructura y el nivel máximo del agua alcanzado durante la creciente de 100 años debe ser de 1,0 m.*
- *La pendiente hidráulica que tendrá el río en el sitio del puente será de 0,06% que corresponde a la pendiente de equilibrio del delta de sedimentos que se formará en la cola del embalse y con la cual se estima una profundidad normal del flujo, que sumada al borde libre, daría el gálibo mínimo entre el puente y el fondo del cauce sedimentado.*

En consecuencia se definió que el delta de sedimentos en la zona de Paso Real, más precisamente en el Puente de Occidente, podría alcanzar la cota 440 msnm, aproximadamente. Con este nivel, además de garantizar la estabilidad del Puente de Occidente, no se generaría ningún impacto negativo en los terrenos aledaños al Río Cauca en el sector de Paso Real.

Partiendo de los 440 msnm como nivel máximo admisible para la cuña de sedimentos en la cola del embalse y retomando la conclusión del análisis del delta de sedimentos para diferentes alturas de presa, presentado en el capítulo anterior, en donde se definió que entre el nivel del punto final de la cuña de sedimentos y el nivel de mayor permanencia del embalse, debe haber una diferencia altimétrica de unos 25 m; se concluye que el nivel de mayor permanencia máximo admisible en el embalse, corresponderá a la cota 415 msnsm.

Con base en el máximo nivel de mayor permanencia seleccionado se estableció la altura máxima de las presas de roca y concreto para cada uno de los dos ejes que, de acuerdo con los Términos de Referencia, deben ser considerados en el estudio de alternativas (Ver Figura 3.3). Dichas alturas se relacionan en la Tabla 3.1, cuyos parámetros están esquematizados en la Figura 3.4, para lo cual se consideró que:

- *El nivel de mayor permanencia corresponderá a una cota intermedia entre el nivel máximo normal y mínimo normal, el cual corresponde a 5 m por debajo del nivel máximo normal.*
- *El borde libre entre el nivel máximo normal y la cresta de la presa será de 10 m para el caso de presa de roca y de 6 m para el caso de presa de concreto, según datos tomados de los diseños de los estudios anteriores, que se consideran válidos para este propósito.*
- *De acuerdo con la Figura 3.3, el nivel de fundación en el eje 1, o sea el ubicado aguas abajo, corresponde a 210 msnm y en el eje dos esta cota se asume que estará unos 3 m más alta debido a la pendiente del río. El nivel de fundación es aproximado y puede depender del tipo de presa; en principio y para efectos de este análisis, la cota de fundación se está asumiendo con base en lo planteado en el estudio del año 1999, donde se consideraba una limpieza de 5 metros por debajo del lecho.*

En conclusión la altura de presa máxima estará entre 213 y 220 m dependiendo del eje y del tipo de presa. En el caso de la variación del eje, este influye en unos 3 m y el tipo de presa -considerando igual nivel de fundación- influye en unos 4 m.

Tabla 3.1 Altura máxima aproximada de las presas

Eje	Altura en metros, según el tipo de presas	
	Presa de roca	Presa de Concreto
Eje 1 (Aguas abajo)	220	216
Eje 2 (Aguas arriba)	217	213

(…)"

En tal sentido, en agosto de 2007 los estudios de complementación a la factibilidad[440] adoptaron la altura máxima de 220 metros, de acuerdo con lo expuesto en el informe precitado y en la descripción de la presa en el esquema de desarrollo del proyecto seleccionado indicó:

"La presa, del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), está localizada en el sitio del eje de aguas abajo (Eje 1), el mismo adoptado en los estudios de factibilidad de los años 1982 y 1999, y cuyas ventajas respecto al de aguas arriba fueron confirmadas en los presentes estudios. Su altura es de 220 m medidos a partir del lecho del río (cota 210), con corona de 12 m de ancho y de unos 480 m de longitud, a la cota 430. El talud de aguas abajo de la presa tiene una inclinación promedia del orden de 1,75H:1V, resultante de un talud básico 1,4H:1V, suavizado con la construcción de una vía de acceso a través del talud. Esta vía sobre el talud, cuyos objetivos

[440] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 74/DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI/Nueva carpeta/AL-/Entes de Control/46. Documentación enviada RCA-RFI. Preguntas de 16 páginas. 36 Gb. 08-05-2019/Integral/Anexo7.5/01_Informe_Factibilidad/01_InformeFactibilidad

> *fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y, posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y a la descarga intermedia, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas (…)"*

Así mismo, ese criterio fue aprobado por la Junta Directiva de Hidroituango en sesión No. 71 del 31 de agosto de 2007, y por tanto, sirvió como fundamento para el Estudio de Impacto Ambiental y demás documentación necesaria para el trámite de la licencia ambiental, radicada en diciembre de 2007 en el Ministerio de Medio Ambiente. No obstante, la discusión sobre este punto se retomó (tal como lo indica la apoderada), en el Acta No. 89 de la Junta Directiva de Hidroituango del 12 de noviembre de 2008, a raíz del planteamiento del modelo de negocio que socializaba el IDEA en los siguientes términos:

> El docto Álvaro Vásquez ratifica el saludo presentado por el señor Gerente, y apoya su intervención sobre la búsqueda de esquemas audaces de financiación del proyecto.
>
> Por esta razón, y teniendo en cuenta la bondad del proyecto, han venido trabajando sobre un modelo de negocio que quiere presentar a los demás miembros de la Junta y a la Administración de la Sociedad, no para someterlo a su aprobación, sino para que sea socializado y considerado.
>
> Esta es una metodologia de negocio que permitiría que la financiación no sea asumida directamente por la Sociedad, ni tampoco por los accionistas, descargando esa responsabilidad sobre un tercero que quiera beneficiarse durante un periodo determinado de la energía firme del proyecto, sin ceder la propiedad del mismo
>
> Invita al ingeniero Carlos Uribe quien por invitación del IDEA realizará la propuesta.
>
> (…)

Hasta este punto, es claro cuáles fueron los criterios desarrollados por INTEGRAL y aprobados por Hidroituango para determinar la altura de la presa, sin embargo, el escrito de descargos plantea que las modificaciones aprobadas con posterioridad a 2007 ocurrieron con ocasión a "la obtención de mejor información y la ocurrencia de ciertos eventos en el proyecto, que condujeron a HI a solicitar que INTEGRAL analizara alternativas para su modificación y para optimizar los diseños conceptuales)". Pasarán a ser analizadas tales circunstancias:

Es claro entonces, que la decisión de modificación del diseño original no obedeció exclusivamente a necesidades de índole técnico, sino que- en efecto- una presa más alta, representaba mayor capacidad de generación de energía y por ende, mayores rendimientos para sus accionistas, no obstante, el gestor fiscal está en la obligación de tomar sus decisiones basado no solo decisiones de índole técnica y/o económica estudiadas individualmente, sino en el proyecto como un todo.

Según lo que para cada caso se establezca en las funciones de la respectiva junta directiva, existe de parte de estos integrantes un deber de verificación de

consistencia de estos soportes, conceptos o informes, como parte del ejercicio de sus competencias u obligaciones, **con mayor razón cuando la decisión a adoptar resulte determinante en la administración, disposición y manejo de los recursos públicos a cargo de la entidad u organización de la cual formen parte**. **En palabras del Tribunal, se trata del deber de *"examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos"*;** o, en palabras del Consejo de Estado, del **deber de constatar su impacto y comprobar si benefician a la entidad o, en otras palabras, que no le causen perjuicio.**

Por lo anterior, aunado a las funciones de la junta directiva de Hidroituango, que no es de recibo del Despacho el argumento persistente de la apoderada, a través del cual pretende deponer la responsabilidad de su prohijado basándose en que las decisiones se tomaron con base en conceptos técnicos, cuando ha quedado claro, gracias a sus mismos argumentos, que, el señor Restrepo no confrontaba lo expuesto con la realidad fáctica del proyecto. Así, la apoderada invoca la negligencia de su prohijado, en aras de argumentar su ausencia de responsabilidad, por lo que teniendo en cuenta que nadie puede obtener provecho de su propia culpa no es posible acoger la línea argumentativa expuesta.

Respecto del principio general del derecho que indica que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, la Corte Constitucional ha expresado:

> "No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares"[441].

En tal orden de ideas, si para el momento -2009- se tenía conocimiento de los retrasos a los que estaba sometido el proyecto y las modificaciones introducidas implicaban una modificación de los diseños que realizó INTEGRAL, es claro que era necesario buscar una alternativa para minimizar el impacto que la consolidación de tales modificaciones tendría en el cronograma, situación, que tal como se demostró, no fue tenida en cuenta por parte del señor Restrepo Posada.

Por lo anterior, lo argumentado por la apoderada no está llamado a prosperar.

Continúa su argumentación así,

> ***Sexto cargo: Se estableció como sexta conducta objeto de reproche fiscal la siguiente: Haber permitido, a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del***

[441] Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

proyecto, que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

De acuerdo con lo anterior, se concreta el supuesto reprochado por la señora Contralora a mi mandante es haber permitido la consagración de salvedades sustanciales por parte de EPM al contrato BOOMT con las consecuencias que ello rajo: afectación en la distribución de los riesgos y menoscabo del cronograma establecido. Para soportar el cargo, la señora Contralora hace alusión al Acta de Junta Directiva Nro. 122 de 9 de marzo de 2011 en la que se socializó la minuta del contrato BOOMT a los miembros de junta, incluido el doctor RESTREPO POSADA y de la que se afirma se aprobó la inclusión del Anexo 1.027 que se refiere a las salvedades al Cronograma. Al respecto y sin discutir la validez de las actuaciones de los miembros de la Junta Directiva, ha de indicarse en primera medida que el doctor RESTREPO POSADA NO asistió a la Junta Directiva Nro. 122, por lo que no se le puede atribuir actuaciones al interior de la reunión. Basta con leer los participantes de la Junta para determinar la inasistencia de mi mandante, así:
En otro aspecto y en estricta sujeción a la forma, y nuevamente sin discutir la validez del contenido del acta, ha de considerarse que en parte alguna del Acta Nro. 122 se sometió a aprobación lo concerniente al capítulo 6. Informe sobre el avance de negociación con EPM y consideración del contrato BOOMT a suscribir entre Hidroituango y EPM Ituango, pues su exposición se hizo para poner en conocimiento de los asistentes los elementos esenciales del contrato y algunos anexos, entre el que no estaba el Anexo 1.02(7) relacionado con el Cronograma Director (página 5 del acta): "Comienza el doctor Álvarez señalando que espera resolver con su presentación (se anexa) las inquietudes que los miembros de la Junta pueden tener sobre los elementos esenciales del contrato. A los miembros de Junta se les remitió la minuta del contrato con los principales anexos: el de supervisión, verificación, etc. El anexo de garantías se está refinando con EPM y el contrato de usufructo se está revisando por los abogados y asesores de ambas partes". Por otra parte, la conducta reprochada a mi mandante está enmarcada en una acción y es haber permitido la inclusión de salvedades en el BOOMT. Sin embargo, debe fielmente considerarse que, sin discutir el contenido y validez de las salvedades, estas hacían parte integral del contrato BOOMT el cual en acta de Asamblea General de Accionistas de la sociedad HI Nro. 24 de 27 de octubre de 2010, había sido aprobado por los socios, así: "PROPOSICIÓN: "Al aprobar la escisión, los accionistas de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P ratifican su intención para que el desarrollo del proyecto se lleve a cabo por parte de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., y por lo tanto reconocen y aceptan que para el efecto es necesario que esta entidad sea propietaria mayoritaria de la Sociedad Beneficiaria de la escisión, con la que la HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. celebrará el contrato tipo BOOMT. En este sentido, los accionistas reconocen que el valor que se cancelará a cada accionista que venda sus acciones en la sociedad beneficiaría de la escisión, corresponde a la contraprestación que debe cancelar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. por adquirir el derecho a desarrollar el proyecto. De esta manera, la suma que obtendría la HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. - y por intermedio de ésta, sus accionistas- por la celebración del contrato BOOMT

con la sociedad beneficiaria, lo obtendrán directamente los accionistas de aquella, sin que se requiera operación societaria alguna para este propósito. Por lo anterior, los accionistas consienten expresamente en la celebración del contrato tipo BOOMT con la beneficiaria, por parte del Representante legal de HIDROELÉCTRICA S.A. E.S.P. "Ahora, sobre la inclusión de salvedades en el cronograma director, ha de verificarse que las mismas estuvieron acompañadas de los conceptos técnicos y jurídicos que determinaron la viabilidad de las mismas y que no necesariamente implicaban menoscabo para los intereses de la sociedad HI. De modo tal, que afirmar que las salvedades afectaron la distribución de los riesgos y el cronograma establecido para la producción de la energía en firme, es una premisa que debe ser mínimamente sustentada y de ello no hay argumento en el auto de imputación en las dos páginas y media que sustentan el cargo. No se explica el por qué fueron las salvedades la que, al parecer, causaron la contingencia del año 2018 y por qué se consideró que el contrato era "incumplible" si la realidad muestra que se está cumplimiento y sigue en la actualidad la ejecución. Por vía de ejemplo, no indica la señora Contralora cuáles fueron las afectaciones a la distribución de riesgos dispuestas en el Anexo 6.14, a sabiendas que estas delimitaron las responsabilidades de las partes celebrantes en el BOOMT y en cada etapa del proyecto. La lectura integral del BOOMT hubiera llevado a concluir que las salvedades no mitigaron en parte alguna las obligaciones del contratista y que fueron descritas en el capítulo de Objeto, Remuneración y Plazo del BOOMT, consistentes en realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada uno de las Unidades y la Hidroeléctrica como un todo entren en Operación comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el Cronograma Director. Ahora, debe indicarse que las salvedades que se realizaron al cronograma son consideradas una advertencia oportuna de que el cronograma presentaba riesgos de retrasos en caso de que se materializaran. La materialización del riesgo se asoció a la realidad fáctica de la obra física, nunca a las salvedades identificadas en el contrato. Es decir, la sola consagración de las salvedades no materializa el riesgo pues su ocurrencia dependerá de los hechos y no de la consagración escrita que de ello se haga. Asimismo, debe exponerse por esta defensa que las salvedades que se incorporaron al BOOMT no pueden calificarse como extrañas para los contratos tipo BOOMT, atípicos en nuestra legislación, en razón que el objeto de las mismas es advertir que el proyecto se ejecutará en las condiciones que fueron planeadas, salvo que se presenten situaciones imprevistas (contingencias). La consigna de salvedades relacionadas con el cronograma, los costos estimados, entre otros, definen un marco claro de acuerdos entre las partes de cómo abordarán las responsabilidades en caso de presentarse eventuales contingencias. En otro aspecto, no puede desconocer la señora Contralora que las dos entidades contratantes del BOOMT poseen capital público, por lo que no consagrar las salvedades en mérito de una parte podría configurarse – según la Contraloría-, en detrimento de la otra, que, para el caso concreto, no hacerlo irían en contravía de los intereses de EPM. Es decir, se investigaría por uno o por otro lado la no consagración de salvedades con gran riesgo de calificar negligente no hacerlo. Por consiguiente y reiterando el siguiente planteamiento en cada cargo, debe indicarse que en el informe técnico de la Universidad Nacional con el que presuntamente se soportó el daño patrimonial NO hizo referencia a la conducta reprochada a mi mandante, ni al alcance de ella, porque claramente su enfoque

se centró en determinar la diferencia de valores consignados en el modelo financiero asociado al proyecto por INVERLINK contra el modelo financiero adoptado por la Universidad, sin considerar en parte alguna que una causa eficiente del daño haya sido la consagración de salvedades y que por ello hayan sido cuantificadas. Así fue indicado en el auto de imputación (página 116)
Asimismo, es del caso advertir que, en el presente cargo reprochado a mi mandante, no se determinó en parte alguna cómo se estableció fehacientemente que mi representado actúo con culpa grave pues los reproches por sí solos no la hacen presumir y no denotan la negligencia, torpeza, falta de diligencia que se le debe enrostrar para calificarlo como tal, a más de no exponer entonces cuál era la conducta diligente y cuidadosa que se supone debía ejecutar. Por último, expongo que el cargo enrostrado a mi mandante tiene relación con una conducta precisa: incorporación de salvedades en el BOOMT celebrado en marzo de 2011 y que en contraposición del auto del proceso responsabilidad fiscal (año 2019) configura sin lugar a dudas la caducidad de la ACCIÓN FISCAL por haberse superado los cinco (5) años desde la ocurrencia del supuesto HECHO GENERADOR del daño al patrimonio público (supuesta incorporación de salvedades)

R:/ Como se ha indicado en reiteradas ocasiones, no es de recibo para el Despacho el argumento de la apoderada según el cual no es atribuible a su prohijado responsabilidad alguna por las decisiones tomadas en sesiones de junta directiva de la sociedad HI en las que él no asistió. Lo anterior, por cuanto dentro de sus responsabilidades como miembro principal del órgano directivo, se encontraban tanto asistir a las reuniones, cómo empaparse de todo lo que allí ocurriera.

Aunado a lo anterior, tal y como lo reconoce la apoderada en su argumentación, el contenido del BOOMT si fue socializado ante dicho órgano directivo, ahora bien, en su escrito de descargos, indica la apoderada, que el Contrato BOOMT fue suscrito sin ser socializado en su integridad en el máximo órgano directivo de HI, quien además de ser la sociedad dueña del proyecto, es una sociedad de objeto único. ¿La conducta de su prohijado llegó a tal nivel de negligencia, que pese a no haber asistido a la junta en la que socializó el instrumento jurídico fundamental del proyecto, no se preocupó siquiera por revisar lo allí discutido, aun cuando en Acta consta que el mismo se envió a todos los miembros del órgano directivo?

Es preciso indicar que, no obra evidencia alguna de que el señor Restrepo Posada haya manifestado disconformidad alguna con la minuta del Contrato BOOMT.

Al respecto es necesario, traer a colación lo expresado por el artículo 200 del Código de Comercio, en la cual, frente a la responsabilidad de los administradores, indicó *"(…) No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra,* ***siempre y cuando no la ejecuten*** *(…)",* sin embargo, en el presente caso el señor Restrepo Posada, con su conducta omisiva permitió directamente la inclusión de salvedades en el BOOMT.

Es claro, que el referido Anexo 6.12 al BOOMT, dibujó un contrato en un escenario ideal, en el cual EPM.-I cumpliría con lo establecido si, y solo si no se presentaban contingencia de ninguna índole que atentaran en contra del cronograma de obra, lo cual resulta por demás utópico y contrario al principio de planeación en un proyecto de semejante envergadura. A propósito de lo anterior, vale la pena traer a colación las salvedades[442] realizadas por EPM, sobre el cronograma acordado:

SALVEDADES REALIZADAS POR EPM SOBRE EL CRONOGRAMA ACORDADO

PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO

Con respecto a la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín quien fue el interventor de los diseños definitivos del proyecto, la Interventoría acepta haciendo las siguientes salvedades:

- No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto.
- El programa calculado tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vias y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que faltan por ejecutar.

  Todos estos compromisos actualmente los adelanta HI bajo su responsabilidad, por lo tanto todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por HI, no se clasificará como imputable a EPM.

  Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando claras la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control.

La inclusión de la premisa: "No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto", obedece- claramente- a un atentado a la lógica constructiva, máxime en proyectos de semejante calibre, premisa esta, que desde luego puso a HI, en una posición de "observador y doliente", pues estaba claro que, con dicha consigna, el contratista del proyecto se eximía de cualquier tipo de responsabilidad. No se trata entonces del simple "desconocimiento de la autonomía de la voluntad privada", por parte del Despacho, sino de los límites de esta en tratándose de proyectos financiados con recursos públicos, en donde claramente alguna de las entidades debía asumir las consecuencias monetarias de los retrasos, pero en el que la lógica obliga a pensar más allá, en llevar el proyecto a un feliz término, y como se demostró en la imputación, dichas consignas si resultaron siendo perjudiciales para el proyecto.

Resulta evidente, que sendas consignas alteraron el esquema de riesgos en perjuicio de Hi. Está claro que el señor Restrepo Posada ostentaba doble condición

[442] Carpeta 48/Información DD95/2. Contrato BOOMT y actas de modifiación bilateral/BOOMT con anexos

como miembro principal de la Junta Directiva de HI, y a su vez, Gerente de EPM, al no haberse declarado en conflicto de intereses en ninguna de las sesiones en las que se discutió el tema, era su obligación obrar en el mejor interés de la sociedad HI, máxime cuando el anexo 6.12 al BOOMT, generaba un incentivo negativo para que EPM convirtiera la obligación de la obra que es de resultado en una obligación de medio. Recordar misión de Hi, es. "Diseñar y construir la central hidroeléctrica, garantizar su entrada en operación y comercializar su energía, todo ello con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental", cuya entrada en operación, estaba contemplada para el año 2018.

Tal como se evidenció en el auto de Imputación, EPM si se valió de las salvedades expuestas, para justificar lo que para ellos dejó de ser una obligación de resultados, y se transformó en una de medios, esto independientemente de la rareza, o atipicidad de un contrato como el BOOMT, lo cual nunca ha sido cuestionado por este Despacho.

Prueba de lo anterior, obra en el Acta de Seguimiento 18 al BOOMT, del 21 de noviembre de 2012, evidencia como al plantear el desplazamiento de la entrada en operación de la central, se parte de la base de que el cronograma original del proyecto quedó con "*condicionamientos que se materializaron*":

EPM recuerda que, tal como quedó pactado el cronograma del proyecto en el contrato BOOMT, en el 2018 no entrarían en servicio las cuatro unidades. Esta situación, de hecho, ya incumple con el compromiso adquirido con la CREG en la OEF que le fue adjudicada a HI en la primera subasta, porque la regulación actual supone que, aunque con una máquina se cumpla con entregar los 1.085 GWh asignados, la obligación incluye también que las cuatro primeras unidades entren en operación en 2018. La idea es, entonces, hacer un trabajo de estudio con la CREG para que acepten que con una unidad se cumple. Si esto se logra, el cambio de fechas en los hitos del BOOMT implicaría que la primera unidad estaría operando en el 2019, con lo cual estaríamos cumpliendo con la OEF dentro del año de gracia que permite la regulación (lógicamente, incrementando la garantía como la norma lo exige).

HI llevaría esta propuesta a la Junta, explicando la realidad del proyecto, y con una propuesta incluyendo los compromisos con la UPME y la CREG. De todos modos, manifiesta que el compromiso de puesta en servicio de operación comercial de la unidad 4 debe mantenerse tal como está en el contrato BOOMT.

EPM dice que el cronograma estuvo bien realizado, solo que quedó con unos condicionamientos que se materializaron. Se propuso sacar entre EPM e HI una lista de estos condicionamientos con los eventos ocurridos, para llevarlos a la reunión con la Junta

Resulta de mayor relevancia indicar, que Luis Javier Vélez Duque, en reunión 133 de junta directiva de Hi del 4 de septiembre de 2012, expuso la mutación de la obligación, al transformar una prestación de obra, la cual es típicamente de resultado, en una obligación de medio, esto en atención a la modificación de los hitos y los desfases del cronograma, así:

> ***"la argumentación que ha planteado EPM I para modificar la entrada en operación del proyecto, se refiere a hechos que son anteriores a la escisión que dio origen a EPM I , y los problemas que se tienen actualmente en la obra con el contratista chileno, no entran en los desfases. Agrega que cuanto en la cadena del Project se mueve un hito, se mueven los demás en cascada. Ha nivel contractual han planteado que se deben modificar todos los hitos y eso no quiere decir que no se pueda asumir un compromiso "de medios" para que se mantengan las fechas del Boomt pero, en cuanto a los resultados, eso es lo que está por definir".***

En suma, las salvedades incluidas al cronograma del contrato BOOMT, resultaron nocivas para el desarrollo del proyecto, a la vez que permitieron a EPM, alegar súbita transformación de la naturaleza prestacional de las obligaciones adquiridas en virtud del referido documento.

En este punto, resulta necesario precisar que la culpa grave que se estructuró en cabeza del señor Restrepo Posada , parte del hecho de haber permitido la inclusión del anexo 6.12 al BOOMT, conociendo las salvedades en este contenidas respecto de las cuales este Despacho se pronunció, en el sentido de explicar los motivos por las cuales las mismas alteraban el esquema de riesgos en perjuicio de Hidroituango y del proyecto mismo, dando espacio para que una obligación que debe ser de resultado, se convirtiera en una obligación de medio en la que el contratista iba a "intentar" lograr el cometido y entrar en operación en la fecha programada.

Lo anterior se erigió como un incentivo negativo en favor de EPM como ejecutor y en perjuicio de la obtención del cometido perseguido con ocasión de la inversión de los recursos públicos, cual era el de satisfacer el interés de los administrados proveyéndole al país una hidroeléctrica funcional.

Así las cosas los argumentos de defensa planteados no logran demostrar que el señor Restrepo Posada haya obrado de manera prudente de cara a los recursos públicos que como ejecutor del proyecto le correspondía, pues el objetivo tanto de Hi como de EPM era que los recursos que estaban invirtiendo sirvieran para satisfacer el interés general al proveer una hidroeléctrica funcional que le entregara el 17% de la energía al país. Lo que demuestran es que en las decisiones de administración que le competían les preocupaba única y exclusivamente si en la matriz de riesgo establecida pagaba una entidad o la otra y no, como debió ser, por acometer una obra de las dimensiones de la planteada y con el impacto regional y nacional de la misma en las condiciones de costos inicialmente concebida, pues independientemente de quien deba pagar conforme a la matriz de riesgos, se trata de recursos públicos respecto de los cuales se exige el manejo probo y cuidadoso para satisfacer los intereses de la comunidad. Objetivo que a hoy y después de las cuantiosas inversiones probadas en esta causa fiscal no se ha logrado pues la Hidroeléctrica no produce 1 solo KW.

En este punto, resulta necesario resaltar que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la buena administración de los recursos públicos, es un derecho de los administrados y un principio que debe ser cumplido por los administradores de los recursos públicos, siendo parte esencial de la conducta que puede y debe exigírsele a quien toma decisiones relativas a la satisfacción del interés general, más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las*

> *autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse,* ***el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano****,* ***de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados****"*[443]*.*

Por lo anteriormente expuesto, este argumento no es de recibo.

Finalmente, se refiere la apoderada al séptimo reproche endilgado a su prohijado en los siguientes términos:

> ***Séptimo cargo. Se estableció como séptima conducta objeto de reproche fiscal la siguiente: FEDERICO RESTREPO POSADA, actuando en contravía de sus obligaciones como miembro de Junta Directiva y en pro de favorecer a la empresa que gerenciaba -EPM, fue el primero en mostrarse disconforme con la contratación de una firma experta que determinara la estructura de la planta de personal de HI, con lo que incidió para que con posterioridad a la suscripción del contrato BOOMT las capacidades de vigilancia y control de Hidroituango se vieran mermadas, lo que contribuyó de manera determinante a la producción del daño en la presente causa fiscal****.*
>
> *De acuerdo con la exposición del cargo, se procede a plantear de manera concreta la conducta reprochada a mi mandante consistente en: - Se mostró disconforme con la contratación de una firma que determinara la estructura de la planta de personal - Que, si se hubiese contratado la firma, después de la suscripción del BOOMT, no se hubieran mermado las capacidades de vigilancia y control en HI - Si no se hubieran mermado las capacidades de vigilancia y control, no se hubiera producido el daño dado que esa merma fue determinante para producirse el daño. La anterior cadena de supuestos, interconectados uno a uno necesariamente [condición sin la cual no], hace que para la Contraloría mi mandante sea responsable del resultado de la contingencia ocurrida en el año 2018 y de cualquier otra eventualidad que afecte el proyecto hoy y/o en el futuro de manera indefinida en el tiempo. En un total desacuerdo con lo dicho, grave de por sí, se hace necesario exponer unas consideraciones sobre la firma PENTA y el papel que cumplió en la sociedad HI y, lo que la Contraloría ha denominado como firma experta. Para ello se expone: Como advertencia inicial, el informe de PENTA al que al fin hace referencia la señora Contralora no fue desechado, éste se acogió en cuanto a la propuesta de la estructura administrativa, organizacional y de seguimiento y lo que no se consideró adecuado fue implementar el sistema de seguimiento Business Intelligence - BI para el manejo de la información recomendado por la mencionada empresa.*

[443] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

La razón por la que se consideró no conveniente asumir el sistema Business Intelligence - BI para el manejo de la información y la tercerización, se sustentó en que la sociedad HI tenía instalado un sistema que presentaba mayores ventajas, y no era necesario implementar otro que no reunía las expectativas ni condiciones para realizar un adecuado seguimiento al proyecto. Así, para el año 2011, la sociedad HI contrató a la firma PENTA Desarrollo Organizacional para que elaborara una propuesta sobre la estructura de procesos administrativa y de cargos que se pudiera implementar para facilitar el cumplimiento de las obligaciones contractuales contempladas en el contrato BOOMT142 suscrito con EPM- ITUANGO. El informe final ajustado por PENTA como Consultoría en Rediseño Organizacional, fue fechado el 3 de agosto de 2011 y con un contenido de 103 páginas143 . La propuesta de PENTA fue presentada por el entonces Gerente de la sociedad HI, LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA en el período 2008-2011, según Acta Nro. 128 de 30 de noviembre de 2011144 a los miembros de la Junta Directiva de la empresa. En forma general, la propuesta que fue expuesta contenía información sobre la estructura de procesos, estructuración organización, funciones y perfiles, y planta de cargos de la sociedad HI. Asimismo, en la presentación se informaron los costos de la implementación de la propuesta y los ajustes solicitados por la entonces Gerencia, consistentes en la conformación de la planta de cargos con 23 plazas y ajustes a las funciones y perfiles de los cargos (ver presentación adjunta al Acta Nro. 128 de 30 de noviembre de 2011.

Como se consignó en el acta, uno de los elementos de la propuesta de PENTA consistía en la consecución de un Business Intelligence - BI para el manejo de la información y de la tercerización o no de algunos procesos de la nueva estructura, generando cuatro alternativas en la propuesta: 2 con BI y dos sin BI, y de estas dependían el número de personas que conformarían la estructura. El concepto del BI fue expuesto por el entonces Director Administrativo y Financiero de HI, doctor JAIRO HERNÁN RAMÍREZ, así: "A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un Businnes Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer en tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas; está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas. Los cotos varían de mil a cinco mil millones de pesos, dependiendo de la complejidad del sistema escalado y su implementación puede demorar de doce a veinticuatro meses. "Con relación a la implementación de un BI en Hidroituango, concluye el doctor Ramírez que: - HI no tiene control sobre las fuentes de información que alimentan el BI. (Ingreso, calidad, oportunidad). - La información oficial que requiere se soporta en informes periódicos (mensuales, trimestrales, semestrales y anuales) entregados por: EPM Ituango, Auditoría de Costos, Deloitte, Comité de Seguimiento, Revisoría fiscal de EPM Ituango, entre otros. - HI no toma decisiones operativas con respecto al Proyecto (No Coadministración, No Control Previo)." "Por lo anterior, y con la finalidad de conocer, recibir y analizar la información que suministra EPM Ituango, en HI se programó Intranet Corporativa y se elaboró un Cuadro de Mando Integral para manejar la informacion del contrato Boomt. Presenta y compara a continuación la esturctura y beneficios de ambas herrameintas tecnológicas." "Concluye el doctor Luis Guillermo Gómez que el BI suministra una información en tiempo real que no es requerida por HI, por cuanto la que

se recibirá de EPM I no la tendrán en tiempo real y, de otro lado, su montaje implica tiempo y recrusos económicos importantes. Penta expresa en su informe final que se debe tener una fase de transición para su implementación, que puede ser larga de acuerdo con el tipo de B I. Por lo anterior, la intranet y el tablero de mando elaborados por la Empresa, pueden suministrar la información suficiente que HI requiere para la verificación del Boomt y su debida oportunidad"

Como puede concluirse, la decisión de la no implementación del BI se consideró en razón a que el sistema no era el adecuado para hacerle el seguimiento al proyecto de Hidroituango por lo que había sido expuesto tanto por el Director Administrativo como por el Gerente de HI y por otras razones que se plantearán más adelante. Es que debe resaltarse que la Junta Directiva en la reunión e noviembre de 2011, luego de varias discusiones y aportes de gran calibre, referidos, entre otros, a los costos de implementar las propuestas que había elaborado PENTA, la adecuación que ya había realizado la sociedad en la intranet corporativa y la elaboración de un cuadro de mando integral para manejar la información del contrato BOOMT, decidió aplazar la decisión para que la Junta Directiva entrante determinara lo pertinente, en un criterio absoluto de responsabilidad porque ellos serían los que entrarían a operar el sistema que se adoptara. Lo anterior tiene respaldo en que, en el primer semestre del año 2012, el entonces Gerente de la sociedad, doctor OSCAR JARAMILLO, enseñó a la nueva Junta Directiva el sistema que había sido elaborado por la sociedad -Cuadro de Mando de Indicadores- para que HI pudiera llevar el control de avance del contrato BOOMT y que sustituía el Bussines Intelligence – BI propuesto por PENTA. Así quedó señalado en el Acta Nro. 131 del 25 de abril de 2012 (de la que mi mandante ya no participaba por no ser miembro de Junta)147: "J.-CUADRO DE MANDO "A continuación, el doctor Oscar Jaramillo enseña a la Junta el Cuadro de Mando de Indicadores que se ha elaborado en HI para llevar el control de avance del contrato medido por porcentajes de avance. Este tablero o cuadro de mando elaborado con Macros en Excel (Visual Basic), realmente es un sustituto del Bussines Intelligence (BI) propuesto por el consultor para la Estructura Administrativa – Penta. Indica el Dr. Jaramillo que, con la información presentada de esta manera, permite mostrarle a la Junta Directiva un resumen gerencial del seguimiento al contrato BOOMT, y por consiguiente el estado de avance global del proyecto148". (negrilla nuestra) En forma consecuencial, en el Acta Nro. 133 de 4 de septiembre de 2012149, el entonces gerente de la sociedad HI, OSCAR JARAMILLO, en el punto 5 – Avance del BOOMT, expuso a la Junta Directiva la explicación del cronograma básico o de GANTT que se utilizaba para el seguimiento al contrato BOOMT, así: "5.- Avance del Boomt "El doctor Oscar Jaramillo hace la presentación que se anexa al acta. Comienza con la explicación del cronograma básico o de GANTT, el cual fue modelado y complementado por tres métodos para estimar el avance de obra: a) Avance Físico o espacio – temporal, b) Conceptual según la complejidad constructiva, c) Por pesos específicos considerando los costos de cada una de las actividades y su porcentaje de participación en el presupuesto de referencia del proyecto establecido en el BOOMT, ajustado según los costos reportados por EPMI en la confección de su cronograma. Se observó que las tres curvas inician con la fecha del BOOMT y su Cronograma

Director, es decir marzo 8 de 2011, y termina el 24 de junio de 2019, fecha programada de entrada en operación de la unidad 1. Las tres curvas tienen en cuenta el Cronograma Director". "Se observa que las tres curvas son casi coincidentes, lo que se explica por el tiempo de ejecución del proyecto (100 meses) y el número de ítems (lotes de control, de trabajo y tareas) involucradas en el cronograma (366 ítems). En síntesis, las curvas representan bien la ejecución del contrato. "También explicó que la curva S de EPM, cuyo archivo fue enviado recientemente a HI, indica que su curva S inicia en octubre 1 de 2007 y termina en noviembre 30 de 2018, con una duración total de 130 meses. Como puede verse, el cronograma de EPM inicia 37 meses antes que el del BOOMT y finaliza 7 meses antes que el del BOOMT. Esta diferencia hace que las dos curvas S necesariamente sean diferentes y para que en un momento se asimilen los avances se requiere que se haga un ajuste o empalme. Para este propósito, se iniciaron reuniones ente HI y EPM, a fin de homogenizar los indicadores de avance del proyecto y presentar una sola curva a la Junta Directiva. No obstante, es deber de HI informar también el avance del Cronograma Director del BOOMT.

En términos simples, lo que el entonces Gerente OSCAR JARAMILLO expuso ante la Junta Directiva fue que el programa GANTT que utilizaba la sociedad HI para hacer seguimiento a la obra, había sido adaptado con los tres cronogramas a los que la sociedad le hacía seguimiento. El principal componente de la intervención es que las tres curvas de seguimiento tenían en cuenta a su vez, el cronograma director del contrato. Ahora, ante el nombramiento de un nuevo Gerente en el año 2012 y la definición de la estructura administrativa (que no es solo la adopción de un BI) quedó consignado que la Junta Directiva encargaría al nuevo gerente para "hacer una evaluación del estudio presentado por Penta y determinar cuál es la Estructura Administrativa que requiere HI de acuerdo con su nuevo rol, y presentar un informe a la Junta en la próxima reunión, que debe ser dentro de dos (2) meses". (negrilla nuestra) Cumpliendo con lo ordenado por la Junta Directiva, el Gerente designado, en la reunión ordinaria Nro. 134 de 31 de octubre de 2012, luego de haber realizado las consultas pertinentes, expuso la propuesta de la estructura administrativa de HI, la cual en el acta quedó consignada luego del estudio, así: "El Gerente, dando cumplimiento a las instrucciones de la Junta Directiva, presento (sic) la propuesta de la estructura de HI (se anexa) que le permite afrontar el nuevo rol de la sociedad dado la ejecución del contrato BOOMT por un tercero, para ello tuvo en cuenta las labores de la empresa antes de dicho contrato, la propuesta del consultor Penta Desarrollo Organizacional, y el análisis de su propio equipo de trabajo
Considera que la planta de personal requerida no implica la aplicación de la figura del Bussines Intelligence, por costosa y porque con el personal adecuado y la plataforma de información que ha dispuesto EPM es suficiente, también presentó los perfiles requeridos para el personal propuesto y que la escala salarial seguiría los lineamientos de dicha escala en la Gobernación de Antioquia, y que presupuestalmente tiene un valor mensual de $156.1 millones152" (Subrayas propias).

(…)

La exposición del entonces Gerente, obedeció al análisis que hizo con el equipo de trabajo y a las consultas que realizó con el mismo operador que hizo la propuesta PENTA. Se concluyó del análisis debido, que la adopción del BI no era aplicable para la sociedad HI por ser éste un sistema más acorde para empresas que tuvieran fin comercial y de competitividad. La exposición del entonces gerente fue coincidente con las apreciaciones de diferentes intervinientes- Gerente y miembros de Junta Directiva- en la sesión realizada el 30 de noviembre de 2011, conforme consta en el Acta Nro. 128 de dicha fecha.

"A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un Business Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer un tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas; está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas. Los costos varían de mil a cinco mil millones de pesos, dependiendo de la complejidad del sistema escalado y su implementación puede demorar de doce a veinticuatro meses. "Con relación a la implementación de un BI en Hidroituango, concluye el doctor Ramirez que: • HI no tiene control sobre las fuentes de información que alimentan el BI (ingreso, calidad, oportunidad). • La información oficial que requiere se soporta en informes periódicos (mensuales, trimestrales, semestrales y anuales) entregados por: EPM Ituango, Auditoria de Costos, Deloitte, Comité de Seguimiento, Revisoría Fiscal de EPM Ituango, entre otros. • HI no toma decisiones operativas con respecto al Proyecto (No Coadministración, No Control Previo). "Por lo anterior, y con la finalidad de conocer, recibir y analizar la información que suministra EPM Ituango, en HI se programó la Intranet Corporativa y se elaboró un Cuadro de Mando Integral para manejar la información del contrato Boomt. Presenta y compara a continuación la estructura y beneficios de ambas herramientas tecnológicas. "Concluye el doctor Luis Guillermo Gómez que el B I suministra una información en tiempo real que no es la requerida por HI, por cuanto no la que se recibirá de EPM I no la tendrán en tiempo real y, de otro lado, su montaje implica tiempo y recursos económicos importantes. Penta expresa en su informe final que se debe tener una fase de transición para su implementación, que puede ser larga de acuerdo con el tipo de B I. Por lo anterior, la intranet y el tablero de mando elaborados por la Empresa pueden suministrar la información eficiente que HI requiere para la verificación del Boomt y en su debida oportunidad". "(…)
"El doctor Luis Guillermo Gómez considera sensata la apreciación del Presidente de la Junta. Reitera que la información que suministra un BI es en tiempo real y en HI, dadas las condiciones de verificación, no se tendrá la información en tiempo real. Ello representaría embarcarse en un sistema que no prestaría servicio alguno, ya es mayor la importancia de analizar la información que llega, que la rapidez con la que llega154". (negrilla nuestra) Adicional a lo anterior, en el escrito "Informe final ajustado" de agosto 3 de 2011155, la firma PENTA recomendó la estructura de la planta de cargos con la vinculación jerárquica por 13 profesionales. Así, la estructura que la sociedad HI definió fue de 16 profesionales de acuerdo con las necesidades del momento de la sociedad HI. Ahora, es necesario resaltar que la misma firma PENTA dejó una constancia (nota) en la que se indicó que la estructura propuesta era

susceptible de modificarse. Así se indicó en la página 49 del informe final ajustado: "Nota: en el modelo organizacional propuesto, se recomienda la tercerización de algunas de las actividades misionales y de soporte corporativo. En caso de que Hidroituango considere durante el proceso de implementación de la nueva estructura, con base en un análisis de costo-beneficio, que existe una opción más viable que la tercerización en alguna(s) de las actividades, deberá justificarlo a la junta directiva y, previa aprobación de éste órgano, contratar directamente personal para el desarrollo de las mismas156" (negrilla nuestra). Asimismo, en el punto 6 del informe, título Recomendaciones (página 46), se dieron por la firma Penta una serie de instrucciones en las cuales planteó como debería implementarse el BI. De las recomendaciones dadas se concluye que el sistema propuesto iba a estar totalmente condicionado a que: i) EPM permitiera acceder a sus bases de datos; ii) A que EPM cediera las licencias de los programas; iii) A que HI accediera a la base contable de EPM (lo que lo hacía inviable dado el número de registros que maneja diariamente esta plataforma); iv) A que el sistema del BI fuera compatible con el IBM de EPM: v) A que el contratista que fuera a implementar el BI hubiese trabajado con anterioridad con EPM; entre otras más, siendo estas una serie de planteamientos que hacían que el sistema propuesto no fuera el adecuado ni viable para hacer el respectivo seguimiento que sugerían al proyecto. Pero, lo más relevante del informe final es que la firma PENTA recomendó en contratar una consultoría para diseñar e implementar el BI lo que implicaba involucrar a otro actor para interactuar con EPM en la consecución de la información, aumentar el personal y, lo más grave aún, es que hizo recomendación directa de una empresa - I GERENCIA, por la supuesta "experiencia y conocimiento que tenemos de la misma." Así fue consignado en el citado informe:

6.1. SISTEMAS DE INFORMACIÓN. Sistema de Business Intelligence Como mencionábamos anteriormente, además de la estructura y procesos recomendamos que Hidroituango contrate una consultoría para el diseño de un sistema de BUSINESS INTELLIGENCE, el cual, a partir de la información proporcionada por EPM Ituango, le entregue a la Gerencia General y a las 3 direcciones de Hidroituango información organizada para su gestión y les proporcione un sistema de indicadores (Balanced Score Card). Para este efecto, recomendamos que HIDROITUANGO desarrolle una primera fase en la cual los actores claves determinen el CUADRO DE MANDO INTEGRAL que requerirán tener, para cumplir con sus objetivos de verificación, y que éste se revise con EPM para asegurar la disponibilidad de los datos y la información en los sistemas de esta empresa. Adicionalmente, Hidroituango debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones: 1. Recomendamos comenzar a definir los términos de referencia para que se inicie el proyecto a la menor brevedad posible. 2. Es recomendable trabajar en equipo con EPM para asegurar que el se obtenga un sistema de BI eficaz: a. Mostrar los pliegos a EPM antes de empezar el proceso de contratación para aprovechar su experiencia. b. Asegurar que el contratista se acogerá a la plataforma IBM que tiene EPM para poder acoplar a EPM- Ituango. c. Solicitar que los proponentes hayan trabajado con EPM porque facilita el proceso de enseñanza y agiliza los diseños de cubos para el "data mining" en las bases de datos de EPM relacionadas con EPM ITUANGO. d. Aprovechar las herramientas de desarrolladas por EPM para el BI. Con base en lo anterior, proceder a contratar, en una segunda fase, la

construcción de los cubos de información y la plataforma de BI requerida para alimentar los cuadros de mando. Licencia de uso Adicionalmente, recomendamos que EPM permita la licencia de uso de la plataforma operativa de sistemas de información a Hidroituango (Neón, Mercurio, Oneworld), a través de la cual HI pueda gestionar la información de sus procesos de soporte corporativo idroituango tiene implementado el ERP para su propio sistema contable y transaccional, el cual debe tener las interfases necesarias con la ERP de EPM para extraer datos contables que correspondan a HIDROITUANGO

Para llevar a que, a través de sistemas inteligentes y personalizados, cada de las direcciones de Verificación y la Gerencia General tengan un CUARO DE MANDO INTEGRAL que sintetice la información esencial para cada función, dé alertas y promueva acciones proactivas frente a las mismas, contribuyendo así al trabajo constructivo entre contratante (HIDROITUANGO) y contratista (EPM ITUANGO) Para desarrollar este sistema, PENTA recomienda a la firma I GERENCIA por la experiencia y conocimiento que tenemos de la misma157 ." (subrayado y negrillas propias). Es que para la mejor apreciación de la señora Contralora Delegada, el BI es entendido como la inteligencia de negocio, "... el uso que las empresas hacen de los datos y de la información que tienen - del mercado, de sus competidores, clientes, proveedores, stakeholders o incluso de sus empleados - y de cómo la procesan para poder tomar decisiones bien informadas." 158 Uno de los objetivos principales del BI es que los usuarios encuentren la información que necesitan para tomar decisiones en tiempo y "forma". La forma incluye, entre otras cosas, el formato en que la información se presente y el nivel de interacción pretendido para obtener el resultado deseado. Los BI se fundamentan en la necesidad de las organizaciones en analizar grandes volúmenes de información en series de tiempo, siendo conocidos como un medio tecnológico que permite que la información sea hospedada o guardada, procesada y publicada con la finalidad de que los analistas de información la analicen puedan concluir y/o orientar a la alta gerencia en sus determinaciones. La aplicabilidad de los BI no es exclusiva para un sector, empezó en el sector bancario y financiero por la necesidad de análisis de información, pero se extrapoló a otros sectores que requerían el manejo de grandes volúmenes de información y el análisis de esta. Se afirma que en la implementación de un BI no es necesario el flujo de información en tiempo real, aunque si es lo ideal, ya que se puede implementar de forma sincronizada o desconectada donde son relevantes los procesos manuales de ETL (Extraction,

Transformation and Load) de información, ya sea automáticos o semiautomáticos, en el segundo caso es necesario el apoyo de personal que haga estas labores, generando posibilidades de errores por esta interfaz manual y disminuyendo la eficiencia y efectividad del proceso. Ahora, en el año 2011 la tecnología de automatización tipo RPA (Robotic Process Automation) no estaba muy desarrollada como se encuentra a la fecha, por esta razón para los procesos de extracción, transformación y carga de información (ETL) para alimentar un BI se requería de personal de apoyo dedicado a realizar estas tareas. Es importante señalar que los BI en el año 2011 carecían de un elemento que hoy se aplica a ellos, aun cuando en el medio se habla más de BIG DATA; ese elemento es la capacidad de analizar esa información y tomar decisiones, lo cual hace parte de los actuales desarrollos de AI (Artificial Inteligence o Inteligencia Artificial) que se encuentran aún en fase de pruebas en varios sectores de gobierno en Colombia.

Todo lo anterior, para resaltar que un BI en el año 2011 sólo tenía la capacidad de encontrar información, almacenarla y presentarla, pero no de avanzar en ningún tipo de análisis de esta y/o de recomendaciones para los usuarios como lo hubiera sido en este caso la empresa Hidroituango y/o su Junta Directiva. En términos comunes, el BI es utilizado más en asuntos comerciales para establecer estrategias y generar competitividad en el mercado, no aplicable en su momento para HI. Además, se afirma que existía en HI un sistema de control eficiente y confiable para hacerle seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas del Contrato BOOMT: el sistema GANTT, el cual fue modelado y complementado por tres métodos para estimar el avance de obra: a) Avance Físico o espacio – temporal, b) Conceptual según la complejidad constructiva, c) Por pesos específicos considerando los costos de cada una de las actividades y su porcentaje de participación en el presupuesto de referencia del proyecto establecido en el BOOMT, ajustado según los costos reportados por EPM I en la confección de su cronograma, el cual estaba diseñado para hacerle control de conformidad con las tres curvas establecidos en los diferentes cronogramas, programa que fue implementado por EPM para darle alcance y cumplimiento a la obligación contractual establecida en el anexo 6.12159, en donde se establece el acceso a la información por parte de Hidroituango: VI. "COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN a. "ACCCESO DE HIDROITUANGO A LA INFORMACIÓN -LIBRO ABIERTO. El contratista se obliga a tener a disposición Hidroituango en una plataforma informática compartida, en forma expedita y oportuna, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice el Contratista durante el desarrollo del Proyecto. Mediante el mecanismo de "el libro abierto", el Contratista mantendrá, bajo un sistema de centros de costo, los registros de todos los costos, erogaciones e ingresos relacionados con el proyecto, lo cual actualizará semanalmente y lo pondrá a disposición de Hidroituango; la información que utilice el contratista para la gestión del Proyecto, a la cual tendrá acceso Hidroituango para cumplir su labor de Verificación, estará disponible en medios informáticos o magnéticos, o los que de acuerdo con el avance de las tecnologías de información y comunicaciones (TICs) sean en el momento requerido los adecuados para el cumplimiento de los fines previstos en este documento. Igualmente, Hidroituango, en ejercicio de su labor de Verificación, durante la vigencia del Contrato, puede inspeccionar, examinar,

comprobar, sin que se cause retraso ni se interfiera en las decisiones que tome el Contratista, el progreso del Proyecto, y su puesta en funcionamiento, así como su operación y mantenimiento hasta la restitución de la Central, de acuerdo con la metodología de Libro Abierto, así como todos los documentos del Contratista relacionados con el Contrato, salvo la información sobre estrategia comercial del Contratista. Para el efecto, Hidroituango dará el aviso correspondiente de manera previa al Contratista, para que el Contratista pueda coordinar lo pertinente con la debida oportunidad y diligencia para el ejercicio de los derechos por parte de Hidroituango".

Al fin, con todos los análisis y consideraciones pertinentes, en el año 2012 se acogió por la sociedad HI una de las propuestas de PENTA, que consistía en la reorganización del personal con funciones específicas y la creación de unas direcciones con funciones de verificación y seguimiento al Contrato BOOMT. Por lo dicho, se contrató a dos abogados de apoyo a la Secretaría General, se creó una Dirección Técnica, una Dirección Administrativa, ambas direcciones con asignación de recursos de personal calificado, y la Dirección de Control Interno, nómina de cargos que se complementó con algunos contratistas que apoyaban en el cumplimiento de los fines misionales de la entidad. Ahora, según la Contralora delegada en el año 2017 la sociedad HI tomó la decisión de "ampliar los cargos para realizar actividades de verificación y seguimiento propias del rol de HI" (página 481 del auto de imputación). Este es un eufemismo fácil de derrumbar, porque lo que hizo la Junta Directiva en sesión del 7 de abril de 2017, conforme al Acta Nro. 170 de dicha fecha160, fue estudiar la posibilidad de que dos personas que venían realizando labores asociadas a la verificación y seguimiento del BOOMT, fueran vinculadas laboralmente atendiendo a los riesgos que una permanencia de este tipo de contratos conllevaba, obviamente por la configuración de un contrato realidad.

"7. Autorización aumento de la planta de personal en dos (2) plazas, adscrita a la Dirección Técnica para la verificación del contrato BOOMT. "El Gerente de la Sociedad siendo consecuente con el rol de Hidroituango en cuanto a las actividades de verificación, solicita autorización a la Junta Directiva para la creación de dos cargos requeridos en la Dirección Técnica, ya que a la fecha se cuenta con dos contratistas para el apoyo que se requiere de manera permanente, y esto jurídicamente es un riesgo para la entidad, ya que la principal característica de los contratos de prestación de servicios son la temporalidad. (negrilla nuestra) "Los nuevos cargos requeridos son: "Una (1) plaza del cargo Profesional C, responsable de realizar las actividades asociadas a la verificación de las obligaciones técnicas, bióticas y conexas contenidas en el contrato BOOMT suscrito con EPM "Una (1) plaza del cargo Profesional A, Responsable del apoyo y soporte en el desarrollo de las actividades de verificación técnica estipuladas en el contrato BOOMT. "Interviene el Dr. Wilson Chinchilla y pone de presente un estudio realizado por la firma PENTA, según el cual, la entidad estaría en capacidad de ejecutar su rol con una planta aproximada de nueve (9) personas. En este sentido, informa el Dr. Jiménez a todos los miembros de Junta que dicho estudio contemplaba un número de trece (13) personas, pero en condiciones diferentes a las actuales. "La decisión unánime de la Junta Directiva es posponer la decisión sobre el punto presentado

para la próxima reunión, para lo cual deberá aportarse el estudio de PENTA y la justificación de cada cargo de manera detallada161".

Efectivamente, en la reunión de la Junta Directiva consignada en el Acta No. 171 del 12 de mayo de 2017162, se autorizó la conformación de dos (2) plazas nuevas, las cuales, como se señaló, anteriormente venían ejerciendo las funciones de verificación del contrato BOOMT a través de contratos de prestación de servicios. Por ello, debe indicarse que en el año 2017 no se adoptó la propuesta de PENTA (para referirse a la totalidad) tal como lo indica el auto de imputación en forma imprecisa. Respalda lo dicho, lo manifestado por el Gerente de Hidroituango, Dr. Gustavo Jiménez, en el acta No 171 de mayo de 2017, así: "Recuerda que el doctor Jiménez Actualmente Hidroituago está funcionando con una estructura administrativa de 16 personas sin el sistema Business Intelligence y sin tercerizar las áreas de gestión humana, soporte tecnológico y soporte jurídico163." En todo caso, mi pronunciamiento no resiste definir que existe una contradicción evidente en la exposición del cargo que hace la señora Contralora contra mi asistido: si al fin en el año 2017 la administración y la Junta Directiva de HI (quienes por demás están absolutamente ausentes respecto de la presente investigación) implementaron las propuestas del consultor PENTA, ¿por qué entonces ocurrió bajo su control y vigilancia la contingencia del año 2018?; y, si la adaptación de la propuesta era tan necesaria para evitar el daño, ¿por qué no se reprochó a la administración y a la Junta Directiva que inició en el año 2016 la adopción inmediata que debían hacer del informe PENTA y por qué esperaron hasta casi dos años para la adopción? Todas las respuestas son nulas para los debidos raciocinios. Por otro lado, y no menos importante a todo lo expuesto, es que, en el auto de imputación en el capítulo del presente reproche, se relacionó como fundamento de la crítica el acta Nro. 119 de 22 de diciembre de 2010 en la que, según la misma Contralora, se "autorizó a adelantar la contratación de una consultoría por cien millones de pesos, la cual posteriormente, fue contratada con la empresa PENTA"

Esta afirmación tiene pleno respaldo a lo ocurrido en la reunión que generó el acta y en la que sostiene que mi mandante no asistió (página 8 del acta): "Finalmente, el señor Gerente, doctor Luis Guillermo Gómez, solicita autorización a la Junta para adelantar la contratación del consultor, hasta por un valor de cien millones de pesos ($100.000.000), indicando que en todo caso la administración de HI cuenta con 60 días para tener estudios. Puesto a consideración por el señor Presidente, doctor Francisco Beltrán, es aprobado por la unanimidad de los presentes". El consultor, como se ha dicho, y según lo consignado en la misma acta, tendría el objeto proponer la estructura administrativa de la sociedad, con perfiles requeridos y personal. Sin embargo, de la lectura lógica de la anterior anotación, se establece que sí hubo contratación de una firma experta que determinaría la estructura de la planta de personal de HI y que, con los resultados, la Junta Directiva definiría lo pertinente. De ahí que deba arribarse a la conclusión de que mi mandante no pudo mostrarse disconforme – entendiéndose como tal que no está de acuerdo con una decisión o que no la admite -, a la contratación de la firma experta porque la simple y sencilla razón de no haber estado presente en la reunión en

la que, en forma unánime por la Junta Directiva asistente, se aprobó la contratación de la consultoría. Se reitera los asistentes al acta Nro. 119 de 22 de diciembre de 2010:

En el anterior contexto, se entiende entonces que la crítica que se hace a mi mandante fue por las manifestaciones-opiniones que hizo en el acta Nro. 123 de 30 de marzo de 2010, sobre la decisión, ya aprobada, de contratar a la firma consultora, pero que, al fin, sí fue contratada y presentó el debido informe al Gerente y a la Junta Directiva. Basta con leer la parte final de la página 10 del acta, en la que, luego de profundas discusiones, se dispuso lo siguiente (y no fue desechar la firma consultora): "Propone finalmente el doctor Beltrán que la comisión designada para relacionarse con la firma consultora esté integrada por tres personas, y que ellos sean los doctores Jesús Aristizabal, Santiago Piedrahita y Sergio Betancur. Puesta a consideración de la Junta la anterior proposición, es aprobada por unanimidad". Lo anterior hace significar que lo que se condena a mi mandante es el ejercicio legítimo del derecho a deliberar, aunque la posición que expuso de manera técnica y sustentada al fin no haya sido acogida. Es decir, se sanciona por la intención que se tuvo, más no por los resultados. Por otro lado, la conducta reprochada por la Contraloría General de la República a mi mandante se centró en que el investigado se mostró disconforme con la propuesta de PENTA y que por ello no se adoptó ninguna de las propuestas, lo que no es preciso por lo expuesto en precedencia, por cuanto la sociedad HI sí aceptó la propuesta organizacional del consultor en el año 2012, pero no así la instalación de Bussines Intelligence en razón a que ya se contaba con un sistema de seguimiento más eficiente para este tipo de proyectos como el GANNT y el control de monitoreo.

Además, debe indicarse que la conducta objeto de crítica es ambigua respecto de la conexión que hace en que la misma diluyó el control del proyecto. Al ser ambigua, causa en esta defensa una limitación clara al pronunciamiento, en tanto no se establece ciertamente cómo la supuesta disconformidad a la adopción de las propuestas de PENTA hubiera evitado el supuesto daño patrimonial con la contingencia del año 2018, cuando el cronograma de obra para la entrada en operación del proyecto estaba en cumplimiento, según los informes presentados por Deloitte166, el reasegurador y la Interventoría. Ahora, es necesario dejar por sentado que la adopción de una de las propuestas del consultor PENTA (y no una de ellas como fue el sistema Bussines Intelligence) no es una decisión desacertada, en modo alguno ha acreditado la Contraloría que el sistema de control existente en este momento no permitía el seguimiento oportuno del proyecto. Dicha información no deja de ser una conjetura no verificada, que se opone a las evidencias presentadas, en las cuales se destaca que la decisión de mantener el sistema de control de GANNT y los controles de monitoreo se apoyó en un estudio de costos y necesidades al momento en que se ejecutaba la obra y que fue debidamente analizado, estudiado y planificado. Por lo anteriormente dicho, debe la Contraloría General de la Republica concretamente probar que la disconformidad en adoptar el informe PENTA fue la causa eficiente del supuesto daño con el resalto fundamental en que la presunción del investigado es de inocencia y no de culpabilidad, razón por la que la carga de la prueba está en la señora Contralora y no en mi asistido. Por consiguiente y reiterando el siguiente planteamiento en cada cargo, debe indicarse que en el informe técnico de la Universidad Nacional con el que

> *presuntamente se soportó el daño patrimonial NO hizo referencia a la conducta reprochada a mi mandante, ni al alcance de ella, porque claramente su enfoque se centró en determinar la diferencia de valores consignados en el modelo financiero asociado al proyecto por Inverlink contra el modelo financiero adoptado por la Universidad, sin considerar en parte alguna que una causa eficiente del daño haya sido la consagración de salvedades y que por ello hayan sido cuantificadas. Así fue indicado en el auto de imputación.*
> *Asimismo, es del caso advertir que, en el presente cargo reprochado a mi mandante, no se determinó en parte alguna cómo se estableció fehacientemente que mi representado actúo con culpa grave pues los reproches por sí solos no la hacen presumir y no denotan la negligencia, torpeza, falta de diligencia que se le debe enrostrar para calificarlo como tal, a más de no exponer entonces cuál era la conducta diligente y cuidadosa que se supone debía ejecutar. Por último, expongo que el cargo enrostrado a mi mandante tiene relación con una conducta precisa: manifestar su posición – con los argumentos técnicos expuestos -, en una reunión puntual de la Junta Directiva de 30 de marzo de 2011 y que en contraposición del auto del proceso responsabilidad fiscal (año 2019) configura sin lugar a dudas la caducidad de la ACCIÓN FISCAL por haberse superado los cinco (5) años desde la ocurrencia del supuesto HECHO GENERADOR del daño al patrimonio público (supuesta incorporación de salvedades)*

R:/ Al ser este un argumento común, con planteamiento de fondo idéntico en los distintos escritos de descargos de sus prohijados, se remite el Despacho a lo expuesto en el acápite correspondiente.

Sin embargo, es preciso aclararle a la apoderada, quien tilda de "*ambiguo*" el reproche, que, en primer lugar, parte de una premisa equivocada en la medida en que identifica como única causa del daño la obstrucción del túnel del Sistema Auxiliar de Descarga o Galería Auxiliar de desvío (GAD)

Cabe recordar que una cosa es la causalidad física de un evento y otra cosa es la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"*[444]*.*

[444] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y que dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, lo cierto es que el daño que se estudia en esta causa fiscal es la destrucción del valor presente neto del proyecto y el lucro cesante que se dio como consecuencia de su no entrada en operación.

Dicho daño tal y como se explicó, se dio como consecuencia de una serie de hechos concatenados que tuvieron como origen las conductas concurrentes de los diferentes actores que desempeñaban roles específicos de cara al desarrollo del proyecto Hidroituango, tal y como se explicó desde el acápite de hechos.

El hilo conductor entre las conductas que fueron determinantes para la producción del daño, consiste en la cadena de errores tanto de orden administrativo como técnicos ampliamente probados en esta causa fiscal, que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto y que desencadenaron en la Contingencia de 2018**. Todo lo cual generó mayores inversiones injustificadas que destruyeron el valor presente neto del proyecto y así mismo impidieron, como consecuencia de haber ajustado los tiempos del proyecto, que el mismo entrara en operación en la fecha programada lo que generó el lucro cesante.

En este sentido, si bien es cierto que la contingencia se dio en el año 2018, es decir tiempo después de que los poderdantes antes mencionados, hubiera dejado los cargos que ostentaban y por los cuales se les imputó responsabilidad fiscal, ese hecho por sí mismo no resulta suficiente para romper el nexo de causalidad. En efecto el Consejo de Estado ha reconocido que aún en los eventos en los cuales el daño (entendido como erogación de un recurso) ha ocurrido con posterioridad a que una persona abandone el cargo, en todo caso esta persona está llamada a responder fiscalmente si dicha erogación es producto de una decisión adoptada por este en ejercicio de dicho cargo.

"*En ese sentido, la responsabilidad fiscal del gestor de recursos y bienes del Estado cuanto este es un funcionario público, no se agota al separarse de sus funciones, sino cuando de su gestión no pueda derivarse un daño patrimonial al Estado o, habiéndolo causado, haya caducado la acción que conduzca a la declaratoria de la responsabilidad, eventos que no acaecieron en el caso concreto, por lo que la Sala desestimará este fundamento de la alzada.* **En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta**. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo. *De lo expuesto se colige que existe un claro nexo causal entre la conducta del actor, celebración del contrato, y el*

pago que se hiciera a favor del contratista, a pesar que la ejecución de la prestación no se reflejara en la satisfacción del interés general"[445]*.*

En segundo lugar, la supuesta "ambigüedad", que predica del reproche, se basa netamente en una apreciación subjetiva, pues está claro que la conducta reprochada a su mandante, fueron sus intentos reiterativos por hacer que el control de HI hacia EPM, fuese lo más débil posible. Así, sin declararse en conflicto de interés alguno para tan siquiera deliberar acerca de la manera en la que HI habría de ejecutar las obligaciones adquiridas en virtud del BOOMT, dada su condición de Gerente de EPM (sociedad objeto de control por HI, sociedad de la que era miembro principal de junta directiva) siempre se mostró reacio al establecimiento de cualquier tipo de control o seguimiento al contrato BOOMT por parte de Hi a EPM, atentando abiertamente en contra de sus obligaciones como miembro de junta de HI, en pro de otorgarle una abierta posición de ventaja y ausencia de control a la empresa que dirigía (EPM), prueba de esto obra en el Acta 123 del 30 de marzo del 2011:

> B.- El doctor Federico Restrepo, considerando que a partir de la fecha corre a cargo de EPM y de EPM Ituango el sostenimiento de la verificación que HI debe hacer al contrato BOOMT, propone que la definición del tamaño de esta empresa se defina por una comisión de los accionistas miembros de la Junta Directiva y no por una firma consultora, y que los recursos que estaban previstos para pagarle a esta firma se destinen para el mejoramiento de la liquidación de algunas de las personas que se deben retirar de HI mediante un Plan de retiro voluntario. Reitera que en el proceso de construcción del proyecto, tanto EPM Ituango como EPM pueden requerir personal y se puede dar la absorción de parte de las personas de la planta actual de HI

[445] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012) Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00247-01

El doctor Luis Guillermo Gómez expresa que siempre han considerado que HI reduciría su planta de personal en el momento en que entre a operar el nuevo esquema. Agrega que realizaron algunos ejercicios de estructura administrativa y planta de personal que se compartieron con EPM, quien manifestó no estar de acuerdo con lo propuesto por HI y que la planta debería ser más reducida. El tema se planteó en la Junta y, en diciembre del 2010, en una reunión que sostuvo en EPM con el doctor Federico Restrepo, le propuso que ante los intereses opuestos que podrían tener las dos entidades, se contratara una firma independiente que estableciera la planta que debería quedar en HI. Esa propuesta, de contratar una firma, se llevó a consideración de la Junta en la reunión del 22 de diciembre de 2010 y en ella se tomó la decisión de autorizar esa contratación hasta un valor de cien millones de pesos ($100'000.000). Posteriormente se circularizaron los términos de referencia, el IDEA realizó algunos comentarios y EPM otros. Más adelante, al terminar la junta del 9 de marzo de 2011, el doctor Jesús Aristizabal le solicitó que intentaran hacer la definición de la estructura de común acuerdo entre HI y EPM. Finalmente, después del paso de varias semanas, y ante la circunstancia de los requerimientos de la Junta para que se adelantara con celeridad la contratación y la inminencia de la aplicación de la ley de garantías, se adjudicó el contrato el 25 de marzo de 2011, por un valor de noventa y ocho millones de pesos ($98'000.000).

Ante lo expuesto por el doctor Luis Guillermo Gómez, el doctor Federico Restrepo, manifiesta su inconformidad y considera poco elegante y poco transparente que se hubiese adjudicado el contrato. Considera que la discusión se debió dar entre los accionistas dueños, quienes deberían definir el tamaño, características y condiciones de la empresa que debe continuar. Siente que es complicado mantener una nómina de treinta y cinco (35) a cuarenta (40) personas y aprecia un interés de mantener un "statu quo" por personas que no deben tomar este tipo de decisiones. Manifiesta su extrañeza por la adjudicación cuando se advirtió la inconveniencia de adjudicar un contrato con valor de cien millones de pesos ($100'000.000) porque esos dineros se pudieron destinar un Plan de retiro voluntario en HI. Le preocupa que el contrato con la firma consultora sea administrado por quien va a ser afectado con las decisiones que se tomen. Expresa que se les debió consultar previamente esa decisión. Recomienda, en consecuencia, que el contrato no sea administrado por HI y que en las relaciones con el contratista no intervenga ninguna de las personas de su administración.

El doctor Francisco Beltrán expresa que el papel que cumplirá HI como verificador del contrato, pone a EPM, socio de HI y contratista a partir de la fecha, ya que más tarde se firmará el BOOMT, en una posición difícil de asumir para definir la estuctura de la empresa que le realizará la verificación. Comparte con el doctor Restrepo que HI, para cumplir con esa tarea de verificación, no debe continuar con una estructura tan grande y costosa como la que tiene a la fecha. Acepta, como lo propuso el doctor Restrepo, que una comisión de la Junta Directiva la que se entienda con el consultor, para que sean los dueños de HI quienes evalúen los resultados de la propuesta que sobre su estructura administrativa les presente la firma que se ha contratado. Reitera que el papel de contratista de EPM lo pone en una condición de "impedimento moral" para definir cómo debe ser esa estructura que lo va a verificar.

Continúa el Señor Gerente manifestando que EPM hace la propuesta de estructura como si HI fuese su filial. Pero el caso aquí es bien diferente. Expresa que la Administración no tiene interés burocrático alguno en mantener una determinada planta de personal, sino en establecer cuál debe ser la estructura que le permita ejercer la adecuada supervisión del contrato más importante de Antioquia en los próximos cincuenta años, y en la forma como ha quedado definido en la minuta del mismo.

El doctor Santiago Piedrahita informa que el equipo de HI estuvo hace mucho tiempo en su oficina revisando los pliegos de este contrato. Expresa inquietudes con relación a los planteamientos de EPM, por cuanto lo es todo: interventor de los diseños, contratista del BOOMT, miembro de junta y además pretende definir la nómina que los va supervisar. Recuerda que se había llegado a un acuerdo en una Junta anterior para contratar la firma consultora, en el entendido que ninguno de los accionistas es una compañía de recursos humanos, como la que se contrataría para el efecto. Comparte que debe ser la Junta Directiva en pleno la que analice la propuesta presentada por la firma consultora sobre la nueva estructura de personal de HI. Reitera que le parece complicado que EPM defina la nómina que los va a supervisar

Acoge el doctor Francisco Beltrán que la Junta estudie y analice la propuesta del consultor, convencido de que son capaces de ponerse de acuerdo con base en los resultados que arroje el correspondiente estudio. . Coincide que no debe significar costos exagerados, pero realza la importancia de esta definición, ya que se trata del proyecto más grande de Antioquia al que se le debe hacer el seguimiento que corresponde.

El doctor Jairo H. Ramírez informa que la firma a la que se adjudicó el contrato es "Penta Desarrollo Organizacional", con un plazo de 45 días a partir de la adjudicación.

El doctor Luis Guillermo Gómez señala que se tuvieron muchas discusiones para establecer un protocolo de verificación y control del BOOMT y, finalmente, se llegó a la definición de la forma como ésta se realizará, tal y como quedó consignado en un anexo que hace parte del contrato, sin que se den repeticiones de controles inútiles o coadministración por parte de HI. Ese documento se revisó por ambas partes y en él se debe basar quien vaya a plantear la nueva estructura de HI. No aprecia ningún problema para que un tercero administre al contratista, pero sí en que sea EPM quien lo haga, porque considera que se genera un conflicto de interés, para que él mismo pueda decir el cómo y en qué forma y los perfiles de las personas que van a realizar la verificación. Recomienda, por consiguiente, que sea el IDEA quien maneje el proceso. Considera que el doctor Restrepo ha sido injusto con su apreciación, ya que la Administración se limitó a realizar lo que le determinó la Junta Directiva. Reitera que en la contratación de una firma para superar los conflictos, estuvo de acuerdo el doctor Federico Restrepo.

El doctor Francisco Beltrán recuerda que hay constancia en las actas de Junta que a la administración de HI se le ordenó continuar con la contratación de la firma consultora. Pone a consideración la proposición de que la relación con esta firma se realice por una comisión de la Junta Directiva y advierte que EPM debe ser consciente de que actuar como juez y parte, de un proceso en el que va a ser vigilado, puede ser difícil. Pero, interpretando los intereses de Antioquia, está dispuesto a que, como Junta Directiva, hagan la revisión del informe o resultado que presente la firma.

Acepta el doctor Federico Restrepo que se debe tener un control al BOOMT, pero este debe ser en la justa dimensión del número de personas que lo va a ejecutar.

El doctor Gómez indica que la Administración se alejará, en consecuencia, del manejo de esa firma, pero suministrará la información que se le requiera. Insiste en que le parece extraño que el controlado sea el que diga cómo se le vigilará.

El doctor Federico Restrepo señala que el controlado no será quien proponga, ya que el tamaño lo establecerá la firma contratada, pero el relacionamiento con esta firma debe ser con los socios de HI, porque considera que, como tales, tienen todo el derecho a participar y a poner en claro con la firma que se contrató cuáles deben ser el tamaño y las funciones. Considera que el conflicto está, más bien, en que quien va a verse afectado con la definición del tamaño –como es el caso de la administración de HI- sea el que se relacione con la firma consultora.

Lo anterior fue determinante para que posteriormente se tomara la decisión de desechar el informe PENTA, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación y seguimiento propias del rol de HI.

Como se explicó en el acápite de argumentos comunes, dicha determinación mermó la capacidad operativa y administrativa de Hi para desarrollar las facultades que le fueron conferidas de conformidad con el contrato BOOMT.
En este punto, es pertinente recordar que la superintendencia de sociedades ha precisado que: *"en el marco de la legislación mercantil es posible que conductas constitutivas de conflicto de interés, se prediquen de los administradores y/o asociados,* ***cuando los intereses particulares entran en contraposición con los intereses de la sociedad***"[446]

Situación que ocurrió de manera evidente en este caso pues, Federico Restrepo Posada, en acta 123 de 16 de febrero de 2011, consideró que no existía dicho conflicto y que ello había sido estudiado internamente por parte de EPM, pues Hi desde la función contractual que le imponía el BOOMT-aún en negociación- de vigilancia y control, debía oponerse. Lo que pone al señor Restrepo en la situación,

[446] Superintendencia de Sociedades, oficio 220-140389 del 27 de noviembre de 2012

como miembro de junta directiva de improbar decisiones de la empresa de la cual es gerente.

Lo anterior, demuestra que el señor Restrepo actuó con la falta de diligencia propia de un buen hombre de negocios, pues no desplegó sus capacidades en el mejor interés de Hi y además no se declaró impedido a pesar de la evidente contraposición de intereses, lo que permite concluir que ni siquiera obró con la diligencia que se le debe exigir a un hombre negligente en el desarrollo de sus propios negocios.

Por todo lo expuesto anteriormente, el argumento no ostenta vocación de prosperidad.

Dado que ni los argumentos comunes formulados por la apoderada ni los argumentos particulares también formulados por este tienen vocación de prosperar el Despacho

MARIA EUGENIA RAMOS VILLA

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se le imputó responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, por las siguientes conductas:

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.
2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas

hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por la Apoderada, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal, de forma solidaria, a título de culpa grave y como gestor fiscal en contra del señor MARIA EUGENIA RAMOS VILLA; en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.**

RAFAEL ANDRES NANCLARES OSPINA

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se le imputó responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, por las siguientes conductas:

Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación

de PEM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por la Apoderada, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal, de forma solidaria, a título de culpa grave y como gestor fiscal en contra del señor RAFAEL ANDRES NANCLARES OSPINA; en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.**

JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR:

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR, con cédula de ciudadanía 70.119.101, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

> "(…) se reprocha fiscalmente al señor JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR , en su calidad de Gerente de HI, por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:
>
> 1. No haber tenido en cuenta para la elaboración de su propuesta de la composición de la planta de Hi el informe PENTA, que había sido contratado precisamente con el fin de establecer la mejor estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del

la sociedad que gerenciaba, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de HI.

2. A pesar de conocer de primera mano los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, decidió no hacer uso directo-en su calidad de representante de la sociedad dueña del proyecto-, ni instar a la junta a implementar los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos.

3. Haber ocultado a la Junta Directiva información trascendental, relacionada tanto con la imposibilidad de entrada en operación en la fecha inicialmente contemplada, como con la advertencia del BOARD de expertos asociada a los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por la Apoderada, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal, de forma solidaria, a título de culpa grave y como gestor fiscal en contra del señor JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR; en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.**

FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA:

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA, con cédula de ciudadanía 70.546.837, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO

MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

> "(…) se reprocha fiscalmente al señor FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA, en su calidad de Gerente de EPM, y miembro principal de la Junta Directiva de HI[447], por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.

2. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.

3. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.

4. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

[447] Cargos en los que se desempeño entre el año 2008 y el 2011.

5. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado el contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.

6. Haber permitido, a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto, que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme;

7. Haber impedido la implementación del informe PENTA, que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por la Apoderada, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal,, de forma solidaria, a título de culpa grave y como gestor fiscal en contra del señor FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA; en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.**

SERGIO FAJARDO VALDERRAMA

Mediante Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020 se le imputó responsabilidad fiscal al señor Fajardo en los siguientes términos[448]:

> *"imputar responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), como gestor fiscal y a título de culpa grave en contra de SERGIO FAJARDO VALDERRAMA".*

Como consecuencia de las siguientes conductas.

> *1. En calidad de delegante (delegó la representación en la junta directiva) no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario en la junta directiva de Hidroituango.*

[448] Ver folio 18326 vto y ss, que corresponde a la página 1120

2. En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.

RESPUESTA A ARGUMENTOS DE DEFENSA Y VALORACIÒN PROBATORIA
Es preciso anotar que presentó dos escritos diferentes. Mediante radicado No 2021ER0043361 de 13 de abril de 2021 (fl. 23304 y ss.) presentó un escrito suscrito por él mismo en el que expresamente y a pesar de tener apoderada, solicita también le sea tenido en cuenta para su defensa y un segundo escrito con radicado No 2021ER0043645 de 13 de abril de 2021 (fl. 23617 y ss), suscrito por su apoderada. Teniendo en cuenta que los argumentos presentados por la apoderada fueron contestados líneas atrás, el Despacho se remite a lo allí respondido.

Ahora bien, aún cuando los intereses del señor Sergio Fajardo en esta causa fiscal, se encuentran representados por su apoderada, ante la solicitud expresa y dado que los mismos en últimas tienen un contenido concordante y que no se contradice con lo sostenido por la profesional del derecho, este Despacho procederá a dar respuesta a los mismos.

Inicia el señor Fajardo su exposición planteando lo siguiente:

"Soy un convencido de que, como servidor público, cada uno de mis actos debe estar sometido al escrutinio de las autoridades y de la ciudadanía misma. Nuestro país merece que quienes estamos al frente de lo público lo hagamos sin clandestinidades y, sobre todo, sin evadir las rendiciones de cuentas que nos son propias. Creo y le apuesto, sin dobleces, a la institucionalidad Mi respuesta hoy ante el señor Contralor no es política, pues aspiro a un juicio fiscal fundado en la legalidad estricta y ese, por supuesto, sí es mi legítimo reclamo"

R/: Sobre el particular este Despacho reitera que la totalidad de las actuaciones desplegadas en el trámite del presente proceso de responsabilidad fiscal han atendido al desarrollo estricto de las funciones Constitucionales y Legales que se le atribuyen a la Contraloría General de la República, lo que se encuentra ampliamente demostrado en el plenario.

Prosigue el señor Fajardo, sus argumentos de defensa, alegando lo siguiente:

"Hecha la aclaración anterior, considero importante destacar que los informes usados para fundar la imputación fueron los que yo solicité al equipo de trabajo que vigilaban a quienes, a su vez, vigilaban *a los contratistas de Hidroituango. Fuimos nosotros quienes se los aportamos a la delegada para demostrar que, de manera efectiva, hacíamos la vigilancia esperada de nosotros.*
Hoy, cuando la fuerza de los documentos implica que sí ejercí vigilancia y que era a instancias mías que me enteraba del desarrollo del proyecto (como se

echaba de menos al iniciar la investigación), su Delegatura cambia lo que debo explicar. Por supuesto, lo explicaremos y demostraremos entonces. ¿Qué fue lo que hice sobre la base de los reportes que le pedía a mi equipo? ¿Lo que hice fue efectivo para el tiempo que me corresponde?

La actuación, en el marco de mis responsabilidades como gobernador y miembro de la junta directiva, por supuesto a la luz de la legalidad estricta y del respeto por las reglas de gobierno corporativo, fue eficaz. Lo demuestra el informe presentado en abril del 2018 a los reaseguradores del proyecto:

"Un progreso considerable se ha logrado en los últimos 12 meses (...) las obras civiles, los trabajos electromecánicos, la gerencia y el desarrollo del proyecto se consideran buenos y generalmente consistente con las mejores prácticas internacionales....
Después de los retrasos de las etapas tempranas de construcción del proyecto, principalmente relacionados con la pobre geología y problemas de estabilidad, se implementaron una serie de estrategias para acelerar las obras (...) Las medidas de aceleración han probado ampliamente que fueron efectivas y actualmente el progreso de la obra es 81.4% comparado con 82.5% programado".
Cuando la delegada del Contralor afirma que está probado mi conocimiento de los problemas del proyecto (a saber, atrasos de la obra, problemas con el contratista de los túneles y con la licencia ambiental) es verdad. Yo lo probé, al exigirle a mi equipo de gobierno (y ellos actuaban en consecuencia) informes semanales detallados de sus responsabilidades funcionales. También, es verdad que, en el rol de vigilancia y control que la CGR nos atribuye en el marco del BOOMT, nuestras respuestas al 2018 "(...) fueron efectivas (...) el progreso de la obra es 81.4% comparado con 82.5% programado". La desviación a esa altura se encontraba ya dentro del riesgo permitido, de un riesgo que atendimos y mitigamos, pero que estaba desde 2011 mucho antes de que nosotros llegáramos a la Gobernación.
Cuando llegamos, nos encontramos con una situación de bajo rendimiento. Nos fueron presentadas las causas. desde las inherentes a la ejecución contractual, pasando por las de orden público (en la región operaban dos frentes de la subversión), hasta las terribles adversidades geológicas. Pedí explicaciones y, en consecuencia de ello, se implementaron los correctivos y las mejoraras en los rendimientos. Ello, reitero, permitió que las pruebas que hoy se aportan indiquen que las medidas "fueron efectivas"
Señor Contralor, en un principio, su Delegatura, me reclamó que no me informé, pero como probamos que sí, para llamarme a juicio fiscal, modificaron la imputación, atribuyéndome no haber tomado medidas eficaces. Hoy, que demostramos las medidas eficaces, mi pedido legítimo es el reconocimiento de que (en mí tiempo) fuimos diligentes y eficaces.
En nuestro ordenamiento jurídico, ni delegar es indebido, ni confiar es irresponsable, ni el ejercicio del rol de junta directiva por miembros suplentes es una actividad prohibida. La CGR no ha acreditado por qué, exactamente, encomendarle a otro supone una desatención (más allá de que era un proyecto muy importante), ni, tampoco, por qué la confianza en una persona idónea era, en sí misma, ilegítima. Mucho menos, por qué el rol desempeñado por un

miembro suplente de Junta Directiva es, necesariamente, menos diligente que el que realiza un miembro principal. El mismo Contralor encarga en otros, pues es precisamente la Delegatura la que ha incurrido en los errores que ya señalaré en seguida. En todo caso, y como se expondrá en este escrito, la CGR le da un alcance contra regulatorio a un documento para fundar el llamado al juicio fiscal que nos ocupa.

Solicito que, al contrario de lo sucedido en la investigación preliminar, me sean autorizadas las pruebas para mi defensa, y que el contenido de las determinaciones respete la lógica y sobre todo las evidencias de un actuar prudente y responsable de mi parte y de parte de mi equipo. Esto lo digo, porque, en el llamado a juicio fiscal, cuando menos se incurre en seis falacias que corrompen la argumentación, tales son: falacia de evidencia incompleta, de verdad a medias, de causa falsa, de petición de principio, ad-homine y de reducción al absurdo.

Para finalizar, quiero decir que estoy a disposición de las autoridades, como siempre lo he estado, para responder ante sus solicitudes e investigaciones. Unos principios fundamentales en mi actuar tanto personal como administrativo son la decencia y la transparencia. Jamás les faltaré a ellas, como tampoco le fallaré a nuestra sociedad. Estaré al frente de cada una de las respuestas, de cada una de las diligencias

R/: Sobre este argumento, el mismo centra el reproche en el hecho de que en opinión del señor Fajardo, con base en los documentos que fueron entregados por su propia defensa, es posible determinar que sí ejerció vigilancia y que era a instancias de él como Gobernador, que se enteraba del desarrollo del proyecto, pero que con la imputación se le modifica lo que debe explicar.

En primer término, resulta necesario recordar que independientemente de quien entregue las pruebas en un proceso (decretadas por el Despacho, aportadas por los vinculados o aportadas por los testigos en la causa fiscal), las mismas vienen a integrar el acervo probatorio y en tal sentido se someten a las mismas reglas de valoración, que para el caso concreto de la responsabilidad fiscal implican la valoración en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional, esto es lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia denominan el principio de comunidad de la prueba[449].

De lo anterior se infiere que el hecho de que un vinculado haya aportado una prueba en particular no implica necesariamente que la misma favorezca los intereses de quien la aporta, pues la determinación de qué prueba con la misma, es una conclusión a la cual le corresponde llegar al operador fiscal, con base en la valoración adecuada que se realice de la misma.

[449] "**Una vez practicadas, las pruebas pasarán a ser parte del proceso** (principio de comunidad de la prueba) y deberán ser analizadas por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica o persuasión racional acogidas por nuestro ordenamiento procesal" Corte Constitucional, Sentencia C-790 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil seis (2006).

Ahora bien, en el caso concreto, se tiene que las pruebas a las que hace referencia el señor fajardo son específicamente los "INFORMES SEMANALES AL GOBERNADOR", los cuales fueron entregados por la señora Clara Luz Mejía Vélez en calidad de testigo[450].

Aduce el señor Fajardo que dichas pruebas fueron utilizadas por el Despacho para cambiar lo sostenido en la apertura, en el sentido de exigir que en esta instancia desvirtúe algo diferente.

Previo a revisar el argumento en el caso concreto, es preciso contextualizar la manera como la Ley especial impone al operador fiscal cómo debe describirse la conducta en el auto de apertura y en el auto de imputación, asunto que cabe recordar ha sido explicado en esta causa fiscal en múltiples oportunidades, tal y como puede apreciarse entre otros, en los autos 0617 de 6 de abril de 2021 (fl 21852 y ss).

Como se verá a continuación, la Ley 610 de 2000, estableció una diferencia clara entre los elementos que se exigen para la decisión de abrir un proceso de responsabilidad fiscal y para la decisión de proferir imputación así:

> "***Artículo 40.*** *Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la* ***existencia de un dañopatrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo****, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno.*
>
> ***Parágrafo.*** *Si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojaren dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada,se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal.*
>
> (…)
>
> ***Artículo 48.*** *Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y* ***existan testimonios que ofrezcan***

[450] Folio 16158 Video de la diligencia

> ***serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio <u>que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.</u>*** *El auto de imputación deberá contener:*
>
> 1. *La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y dela compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.*
>
> 2. *La indicación y valoración de las pruebas practicadas.*
>
> 3. ***<u>La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal</u>*** *y ladeterminación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado".*

Entonces, del análisis de las anteriores disposiciones se encuentra que para proferir la decisiónde apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal es necesario acreditar la existencia de un daño al patrimonio del Estado e indicios serios sobre la responsabilidad de los presuntos autores, tal como se desarrolló en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019, que en el literal A de sus consideraciones demostró la existencia del daño al patrimonio del Estado y respecto de la responsabilidad del señor Fajardo estableció como indicios serios de su responsabilidad los indicados en el folio 10525 de tal proveído así:

> *En calidad de Gobernador de Antioquia, quien de conformidad con el artículo 305 de la Constitución política tenía el deber de control y seguimiento respecto de sus agentes, en especial del Gerente de Idea y de quien tuviera asiento en la Asamblea y/o la Junta directiva de Hidroituango en representación de la Gobernación.*

Respecto del **<u>concepto de indicios serios</u>**, la Auditoría General de la República en elConcepto No. 20181100033261 del 30 de octubre del 2018 estableció:

> En consecuencia, la diferencia entre los indicios serios de que trata el artículo 40 y los indicios graves del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, es que los primeros apuntan a identificar los posibles autores del daño patrimonial, en tanto los segundos apuntan a comprometer la responsabilidad fiscal de los implicados previamente identificados, todo ello dentro de la sana lógica de evolución y avance del proceso.
>
> Es claro entonces que la diferencia no se enmarca necesariamente en el calificativo de serios o graves, sino que se trata primordialmente de indicios e inferencias diferentes en tanto su finalidad es claramente distinta.
>
> El calificativo de indicio serio o grave, tal como se explicó anteriormente, tendrá que ver con el grado de vehemencia del indicio que la norma reclama para el momento procesal y finalidad correspondiente, con el propósito de ir afianzando el acervo probatorio que conduzca a un óptimo grado de certeza en las conclusiones y decisiones que fundadamente se deban tomar dentro del proceso.

En tales términos, y leído el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, resulta claro que la descripción de la conducta como elemento de la responsabilidad fiscal y su calificación a título de culpa grave o dolo se realiza en el acto de imputación, con base en todo el material probatorio recaudado y no exclusivamente en los indicios serios que permiten su vinculación, en el auto de apertura, a la causa fiscal.

Asì mismo, como se indicó en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019, la determinación de los presuntos responsables *"no implica que se esté circunscribiendo su conducta únicamente a lo evidenciado en las piezas procesales que se refieren en este escrito"*, pues exigir una determinación y calificación concreta de la conducta de los presuntos responsables del daño fiscal en el auto de apertura sería tanto como trasladar los requisitos para la expedición de dicha providencia en el proceso verbal de responsabilidad fiscal al proceso ordinario de responsabilidad fiscal. Lo que modificaría injustificadamente el tipo de procedimiento aplicable.

Ahora bien, considera el señor Fajardo que con los documentos aportados demostró que sí había ejercido la vigilancia y control que el auto de apertura extrañaba. Pero que aún desvirtuando lo anterior, el Despacho procedió, en palabras del señor Fajardo "*modificaron la imputación, **atribuyéndome no haber tomado medidas eficaces**".*

En primer término, resulta importante aclarar que no se ha modificado en ningún momento la imputación, pues la misma únicamente se dio en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020 y no ha sido objeto de modificación alguna.

Así mismo, los indicios serios que se tomaron para vincular al señor Fajardo fueron como anteriormente se dijo los siguientes: *"En calidad de Gobernador de Antioquia, quien de conformidad con el artículo 305 de la Constitución política tenía el deber de control y seguimiento respecto de sus agentes, en especial del Gerente de Idea y de quien tuviera asiento en la Asamblea y/o la Junta directiva de Hidroituango en representación de la Gobernación".*

Sin embargo, del material probatorio obrante en el plenario, se determinó que las conductas desplegadas por el señor Fajardo en su doble condición de **Gobernador de Antioquia** y **miembro principal de la junta directiva de Hidroituango** y que fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del estado fueron las siguientes:

1. En calidad de delegante (delegó la representación en la junta directiva) no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario en la junta directiva de Hidroituango.

2. En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.

De igual manera que en el periodo en el cual se desempeñó como Gobernador y miembro principal de la junta Directiva de Hidroituango, en el periodo 2012-2015 se dieron las siguientes situaciones, respecto de las cuales no tomó acciones ni dio instrucciones efectivas ni realizó el seguimiento a su delegado, aun cuando conocía de las mismas:

Se desechó el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de Hl del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo.

A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, los miembros de junta directiva no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

Los miembros de la junta directiva no obraron de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

Los miembros de la junta directiva, pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando

contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Dichas acciones y omisiones no atendieron al nivel de prudencia que se le exige a una persona poco diligente en la gestión de sus propios negocios y por lo tanto le fueron calificadas a título de culpa grave.

De donde resulta claro que en la imputación se precisaron las conductas y el nexo de causalidad tal y como lo ordena la Ley, por lo que no existe ninguna irregularidad atribuible al Despacho.

Ahora bien, en lo que atañe a "la efectividad" de las medidas tomadas, lo cual fundamenta el señor Fajardo en que *"el progreso de la obra es 81.4% comparado con 82.5% programado". La desviación a esa altura se encontraba ya dentro del riesgo permitido, de un riesgo que atendimos y mitigamos, pero que estaba desde 2011 mucho antes de que nosotros llegáramos a la Gobernación"* y dado que, en atención a ello el señor Fajardo afirma que "*su Delegatura, me reclamó que no me informé, pero como probamos que sí, para llamarme a juicio fiscal, modificaron la imputación, atribuyéndome no haber tomado medidas eficaces. Hoy, que demostramos las medidas eficaces, mi pedido legítimo es el reconocimiento de que (en mí tiempo) fuimos diligentes y eficaces".*

En primer término, resulta necesario precisar qué significa la palabra "efectivo", de conformidad con el diccionario de la real academia de la lengua, en su primera acepción es real y verdadero y en su segunda acepción eficaz.

A su vez la palabra eficacia, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa "Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera".

En este mismo sentido el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (el cual fue derogado por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020), consagraba lo siguiente:

> *ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, **la eficacia**, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; **que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas**. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*

> *La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración".*

En el mismo sentido, cabe recordar que la eficacia está consagrada dentro de los principios de la vigilancia y control fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 403 de 2020, en los siguientes términos:

> ***b) Eficacia:*** *En virtud de este principio,* ***los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos***

Bajo esta definición, los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión del señor Fajardo no obedece a la realidad, por cuanto, por definición, la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino en que dichas determinaciones permitan reconducir de manera oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

En este sentido, la efectividad de las decisiones, en un proyecto de largo plazo como el que nos ocupa, no puede verse como mal lo pretende hacer el señor Fajardo, como el simple hecho de que en una circunstancia puntual se tenía un avance significativo, pues dicho avance se realizó a costa de decisiones que pusieron en un punto de vulnerabilidad el proyecto, todo lo cual concluyó en la mal llamada contingencia del año 2018. Sin embargo, sobre este punto se remite el Despacho a lo explicado al momento de dar respuesta a los argumentos que fueron formulados por la apoderada del Señor Fajardo.

Por lo anteriormente dicho, se concluye que este argumento no resulta de recibo.
Prosigue el señor Fajardo planteando sus argumentos de defensa con una introducción que se refiere a lo que él denomina "falacias y corrupción en la argumentación en la imputación" en los siguientes términos:

*2. **Falacias y corrupción de la argumentación en la imputación en mí contra***
"Para empezar, conviene referirnos a las objetivas deficiencias en la argumentación del auto referido Esto ha de ser lo primero, necesariamente. Al fin y al cabo, independientemente de su contenido, cualquier argumentación debe seguir una serie de reglas que gobiernan el pensamiento estructurado, coherente y consecuente Si bien las premisas varían en cada caso, lo cierto es que la lógica del pensamiento racional es universal. Por eso, en seguida, nos referiremos a las incongruencias, vicios o, más técnicamente, falacias de la argumentación en el auto de la contraloría delegada.
La lógica clásica, a veces referida como lógica aristotélica", en tanto "ciencia de la argumentación" se ocupa, fundamentalmente, de la determinación de cuándo una determinada estructura argumentativa es válida o nos.
Para ello, se vale de una serie de herramientas que, en últimas, tienen el único objeto de comprobar si, dadas unas premisas, es posible inferir una conclusión determinada.
Desde la perspectiva de la lógica formal, un argumento es válido si la información contenida en su conclusión está totalmente contenida en las premisas sobre las cuales esta se funda. Es importante tener en cuenta que, desde esta perspectiva, la validez de un argumento no tiene que ver con la veracidad de sus premisas. Por eso, independientemente de si las premisas son verdaderas o no, el argumento puede igualmente ser o no válido'
La exigencia de una argumentación que, además de verídica (es decir, cierta en sus premisas), sea lógica (es decir, coherente), deriva de una exigencia elemental: la suficiencia motivacional de las actuaciones de las autoridades.

La jurisprudencia colombiana ha resaltado la relevancia que tienen las reglas de la lógica para la evaluación de las consideraciones que deberían motivar cualquier pronunciamiento de las autoridades. Mediante aquella, se puede identificar cuándo cualquier providencia dada -sentencia o, como en este caso, un auto- expresa una argumentación coherente, estructurada y suficiente:
(…)
*Esta exigencia deriva del más básico sentido de un principio universal• el de la "sana crítica" Sin duda, una argumentación contaminada, falaz o incoherente, enturbia la crítica del juzgador y le impide arribar a una conclusión que sea tan cierta como consecuente. Así lo ha reconocido expresamente la Corte Suprema, al señalar que "el falso raciocinio, que no "falso juicio de raciocinio", constituye uno de los sentidos posibles del manifiesto desconocimiento de las reglas de la **sana crítica** [...]".*
Para evaluar la (in)suficiencia argumentativa del auto que nos ocupa, conviene empezar por referirse al principio lógico de razón suficiente. puesto en la forma más sencilla posible, este principio dicta que la aceptación de las premisas debe ser razón suficiente para aceptar la conclusión del argumento O, como la Honorable Corte Suprema de Justicia, recientemente, lo ha puesto: "el principio de razón suficiente implica para quien sostiene una afirmación, justificarla'"
En seguida, se demostrará que la estructura argumentativa expresada en el auto de la CGR respecto de la potencial responsabilidad fiscal que me asiste es inválida desde el punto de vista lógico, pues en su construcción ha desatendido al principio de razón suficiente Se demostrará que la CGR arriba a una conclusión que no se deriva de las premisas que ha dado por probadas. Hecho

esto, se expondrán otras falacias evidentes en la argumentación evaluada, como la petición de principio y la reducción al absurdo Al final, resultará evidente cómo el contenido del auto de la CGR es tan infundado como inválido.

Después de lo cual procede a precisar una a una las supuestas "falacias en que incurre el Despacho", las cuales serán abordadas, en el orden en que fueron planteadas como sigue a continuación:

2.1. Falacia de evidencia incompleta

La falacia de la evidencia incompleta "también conocida como cherry picking (seleccionar lo mejor de algo, o bien, seleccionar lo peor de algo, o bien, seleccionar algo "a la medida") hace referencia a un error frecuente cuando se busca dar una información sin tener en cuenta la calidad de los datos o todos los puntos de vista'.

La CGR arguye como argumento de atribución de responsabilidad, el hecho de que supuestamente hubiera encomendado en otros la asistencia a las reuniones de Junta Directiva La CGR asevera lo siguiente:

"Se encuentra probado, tanto de la certificación expedida por Hidroituango, como de la revisión de la totalidad de las actas de Junta Directiva de Hidroituango, que el señor Fajardo, no asistió a las diferentes sesiones de Junta Directiva, lo que además coincide con lo expresado por los testigos Clara Luz Mejía y León Jaime Gutiérrez".

Lo primero que se debe tener en cuenta es, que la Asamblea General de Accionistas de Hidroituango, máximo órgano de dirección de la entidad tiene la función legal y estatutaria de elegir cada año los miembros de junta de conformidad con la escritura Número 2309 del 8 de junio de 1998 de la notaría 21, modificada por la escritura 1692 del 10 de octubre de 2011 de la notaria 5 del círculo notarial de Medellín.

De conformidad con dichos estatutos, la Asamblea General de Accionistas nombra o elige cada año los diferentes miembros de la junta directiva. Como prueba de ello, existen diferentes actas de asamblea, que reposan en el expediente.

En dichos documentos, se observa que la Asamblea General de Accionistas establece en el orden del día -para las asambleas que se celebran en el mes de marzo de cada año- la elección de los miembros de Junta Directiva Específicamente las Actas: i) W27 del 03/02/2012, ii) Acta N2 28 del 27/03/2012, iii) N2 30 del 21/03/2013; iv) N931 del 28/03/2014; v) N232 del 27/03/2015 Nos centramos en estas actas, para destacar que es un error de la CGR afirmar lo siguiente.

"Adicional a lo anterior, se tiene probado en el plenario que el señor Iván Mauricio Pérez Salazar se desempeñó como Gerente del IDEA entre el 26 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015 (fol 10618). Por lo que este despacho entiende del material probatorio obrante en el plenario, que la delegación se extendió entre el 27 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015" (negrillas fuera el texto)

Y señalamos que se trata de un grave error de hecho cometido por el delegado de la CGR, porque no tuvo en cuenta los aspectos que clarifico a continuación, sino que realizó una exposición cercenada y una lectura parcial de todo el

acervo disponible para su consideración. Es lo que ha denominado la jurisprudencia corno falso juicio de identidad por tergiversación probatoria
En la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, según consta en el N°27 del 03/02/2012, se eligieron miembros de Junta Directiva, entre otras personas, a mí, Sergio Fajardo como principal y al Horacio Vélez De Bedout como mi suplente, siendo este último Gerente del IDEA.
El 27 de marzo de 2012, tuvo lugar la Asamblea Ordinaria de Accionistas, siendo unos de los puntos a tratar la ratificación de la junta directiva, que se había elegido en la pasada asamblea extraordinaria del 03 de febrero, bajo una elección preliminar que se había hecho en consideración de los cargos públicos que ocupábamos las personas designadas Dado que, para esa fecha, el Gerente del IDEA ya no era Horacio Vélez de Bedout, sino Iván Mauricio Pérez Salazar, me vi en la necesidad, como Gobernador de Antioquia, de expedir el Decreto 0867 del mismo 27 de marzo de 2012. Este instrumento tuvo la única finalidad de que se mantuviera la designación ya efectuada del cargo de Gerente del IDEA como suplente, tal y como había sido aprobada la designación del 3 de febrero de 2012. Ello, de forma preliminar, mientras se celebraba la Asamblea Ordinaria de Accionistas (que tuvo lugar el mismo día de la celebración de la Asamblea) En síntesis estaba comunicando un acto regulatorio derivado de la arquitectura normativa que rige a Hidroituango y vincula al Gobernador de Antioquia
En todo caso, lo cierto es que el Decreto 0867 del 27 de marzo de 2012 es solo declarativo, puesto que el acto decisorio corresponde a la Asamblea General de Accionistas que es la que designa cinco (5) miembros principales y cinco (5) miembros suplentes". Muestra de lo expuesto es el Acta N2 28 del 27/03/2012, que contempla en el punto 10 de la agenda, la ratificación los miembros designados en la asamblea extraordinaria de accionistas del día 03 de febrero de 2012. De hecho, en el acta se consigna lo siguiente: [...] Como en la actualidad el Doctor Iván Mauricio Pérez Salazar ocupa el cargo de gerente del IDEA, y en la Asamblea del 03 de febrero se designaron los miembros de junta por los cargos, remplaza al doctor Horacio Vélez de Bedout como miembro suplente del Dr. Sergio Fajardo Valderrama [..
Por ello, se insiste en que la Asamblea Ordinaria del 27 de marzo de 2012 ratificó la Junta Directiva designada el 3 de febrero de 2012. Empero, y como se expresó al inicio, para poder mantener la decisión del 3 de febrero de 2012, se debía considerar que el Horacio Vélez de Bedout ya no era el Gerente del IDEA, y que ocupó su lugar Iván Mauricio Pérez, todo lo cual fue sustentado y aprobado por unanimidad.
De lo anterior, se puede concluir que el acto de delegación realizado por el Decreto 0867 del 27 de marzo de 2012, no obstante su buena voluntad al refrendar la decisión de la Asamblea Extraordinaria del 03 de febrero de 2012, como es derecho societario básico, no tiene incidencia en la expresión de la voluntad de las instancias corporativas de una sociedad como Hidroituango, prueba de ello es que ni si quiera fue tenido en cuenta para la ratificación de la Junta Directiva, como consta en el Acta N9 28 del 27/03/2012.

En adición, no debe desconocerse la naturaleza de la Junta Directiva y su conformación. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades en concepto 220-44594 de 2001 indica. [...] según los artículos 434 y ss. Del Código de

Comercio, dicha Junta se integra con no menos de tres miembros y cada uno de ellos tendrá un suplente, los cuales son elegidos por la asamblea general de accionistas para períodos determinados y por el sistema del cociente electoral, según las reglas que para la elección de cuerpos colegiados establece el artículo 197 ibídem, como mecanismo que garantiza la equitativa representación de los intereses de los asociados, de acuerdo a su participación porcentual en el capital de la compañía.
En complemento, la Superintendencia de Sociedades en concepto 220-46127 de 2000 afirma:
[...] en ausencia temporal o absoluta del miembro principal, será el suplente (personal o numérico, según fuere el caso), elegido en su oportunidad por el máximo órgano social, quien queda facultado para asumir las funciones propias de este rango con las mismas calidades y atribuciones del miembro principal. Sobre este punto, se debe señalar, que cuando se actúa como miembro principal o suplente, las responsabilidades no son solidarias entre éstos, pues cada uno debe cumplir las funciones, obligaciones y responsabilidades propias del cargo que está ejerciendo.
Por tal motivo, es cierto que el Dr Iván Mauricio Pérez actúo como suplente de miembro principal de la Junta, como consta en el acta de junta directiva N° 131 del 25/04/12. Pero también es cierto, que ejerció como miembro principal (ver: acta de junta directiva N° 145 del 11/04/2014). Se reitera: Iván Mauricio Pérez pudo desempeñarse en ambos roles (principal y suplente), porque su designación provino de la Asamblea General de Accionistas, más no por mi decisión exclusiva como gobernador.
Lo expuesto es verificable en cada una de las actas mencionadas, es decir, en las actas de Asamblea General de Accionistas No, 27, 28, 30, 31 y 32 Inclusive, en las actas 30, 31 y 32 se observa que la Asamblea General de Accionistas designó como suplentes míos a Sebastián Álvarez Díaz (Gerente de Proyectos Estratégicos, acta N° 31 del 28/03/2014) y a Rafael Nanclares (Secretario de Infraestructura Física mediante el acta N° 32 del27/03/2015)

Así las cosas, resulta evidente que en la argumentación de la CGR no se presenta el panorama completo con el alcance real de lo ocurrido. Por el contrario, la autoridad deliberadamente utiliza una caracterización parcial para intentar fundar una imposible censura que confunde la esencia misma de la delegación -no asistir a la junta- con el objeto del reproche, desconociendo por completo el funcionamiento de la Junta Directiva. Al final, la delegada no reclama un acto mío, sino que parece estar en desacuerdo con la existencia misma de la posibilidad de que un servidor público, o una instancia corporativa, como es para este caso la asamblea general de accionistas, encomienden el ejercicio de un rol funcional específico.
Algo similar se evidencia en el siguiente extracto de los argumentos en mi contra se trataba de una megaobra que constituía sin lugar a dudas uno de los pilares del desarrollo del Departamento de Antioquia y que en consecuencia debía haber sido prioritario para el Gobernador como director de la entidad territorial.
Cabe recordar que no se encuentra en ninguna disposición constitucional, legal, reglamentaria o jurisprudencia', que el acto de encomendar a otro implique per se el menoscabo de las funciones que se disciernen. Más importante aún para este caso, cuando fue la asamblea general (no el suscrito) quien designó

> *principales y suplentes. La delegada parece creer que esto, en sí mismo, es un acto indebido Muy por el contrario, ni es una falta de diligencia ni supone la desatención del asunto.*
> *En todo caso, debe precisarse que, dada la magnitud del proyecto hidroeléctrico, era necesario incorporar parámetros de las mejores prácticas nacionales e internacionales en materia de gobierno corporativo, lo que suponía la separación de esferas de competencias políticas y técnicas, así como garantizar una mayor independencia de la Junta Directiva, procurando que un miembro de la Asamblea de Accionistas no ocupe directamente un puesto en la Junta Directiva, con ocasión de que el miembro de junta directiva no se encuentre ante conflictos de interés existentes o potenciales, en aras de garantizar que la toma de decisión se ajuste a lo que es mejor para el proyecto. Por ello, en mi lugar, asistieron los miembros suplentes de Junta Directiva, que fueron aprobados en las Actas de Asamblea de Accionistas, yo de otro lado ejercería mi función en la Asamblea General de Accionistas con la objetividad que es propia.*

R/: A los efectos de dar respuesta a este argumento, es necesario recordar que de conformidad con la introducción del señor Fajardo bajo *"la lógica formal, un argumento es válido si la información contenida en su conclusión está totalmente contenida en las premisas sobre las cuales esta se funda.(…) La exigencia de una argumentación que, además de verídica (es decir, cierta en sus premisas), sea lógica (es decir, coherente), deriva de una exigencia elemental: la suficiencia motivacional de las actuaciones de las autoridades. (…) Esta exigencia deriva del más básico sentido de un principio universal• el de la "sana crítica" Sin duda, una argumentación contaminada, falaz o incoherente, enturbia la crítica del juzgador y le impide arribar a una conclusión que sea tan cierta como consecuente".*

Se trata de una premisa cierta que este Despacho comparte y que, en efecto se traduce en la exigencia válida de que los actos administrativos proferidos por la administración estén suficientemente motivados.

Bajo este contexto teórico, la primera censura que plantea el señor Fajardo radica en lo que se denomina la falacia de la evidencia incompleta, que parte de incurrir en un error en la valoración probatoria que implica escoger lo mejor o lo peor de algo cuando se busca dar una información sin tener en cuenta la calidad de los datos o todos los puntos de vista.

Esta aseveración la fundamenta en primer término en que en su opinión esta Delegada en el auto de imputación:

> *"arguye como argumento de atribución de responsabilidad, el hecho de que supuestamente* ***hubiera encomendado en otros la asistencia a las reuniones de Junta Directiva La CGR*** *asevera lo siguiente:*
> *"Se encuentra probado, tanto de la certificación expedida por Hidroituango, como de la revisión de la totalidad de las actas de Junta Directiva de Hidroituango, que el señor Fajardo, no asistió a las diferentes sesiones de Junta*

Directiva, lo que además coincide con lo expresado por los testigos Clara Luz Mejía y León Jaime Gutiérrez"."

Para luego aseverar que se parte de una premisa equivocada por cuanto estatutariamente es la Asamblea de socios quien elige en Hidroituango los miembros de la junta directiva. Lo anterior además para concluir que la CGR comete un error al entender que el señor Fajardo delegó la representación en la Junta Directiva en el señor Iván Mauricio Pérez Salazar pues éste último era miembro suplente y por lo tanto era quien reemplazaba al señor Fajardo en caso de que se dieran faltas temporales o permanentes.

Ahora bien, como se demostrará a continuación quien incurre en una falacia de principio es el señor Fajardo en sus argumentos de defensa, con el agravante de que parte de una premisa falsa y además va en contravía de sus propios actos, y peor aún desconoce la naturaleza y la finalidad de los actos administrativos.

En primer término, hay que destacar que el señor Fajardo, es quien incurre en su argumentación, en el error de "Cherry picking" pues descontextualiza las afirmaciones realizadas en el auto para hacer parecer que pudo haber existido por parte de Este Despacho un razonamiento al absurdo o una ausencia de motivación, concluyendo de manera errada y en contravía de lo expuesto en el tenor literal del auto 1484 y de las pruebas obrantes en el plenario, que las acciones y omisiones endilgadas radican en el simple hecho de no haber asistido a la junta y/o haber delegado.

Las acciones y omisiones por las cuales se le endilga responsabilidad al señor Fajardo en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2021 son las siguientes- las cuales se copian de manera textual y se encuentran a folio 18339 del expediente y corresponden a la página 1145 del respectivo auto-:

1. En calidad de delegante **no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario** en la junta directiva de Hidroituango.
2. **En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, mínimo bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.**

Precisado lo anterior, es necesario revisar en primer término el acto administrativo de delegación proferido por el señor Fajardo en calidad de Gobernador del Departamento de Antioquia.

A folio 18333 del Auto de imputación, el cual corresponde a la página 1133 de dicha providencia, se encuentra la imagen del referido acto administrativo, en el cual se aprecia la firma del señor Fajardo. Textualmente dicho acto administrativo tiene

como título "DECRETO 0867 POR MEDIO DEL CUAL SE DELEGA UNA REPRESENTACIÓN" y cuya fecha es 27 de marzo de 2012.

Así mismo, en el cuerpo de dicho acto textualmente se lee: *"**Delegar** en el doctor IVAN MAURICIO PEREZ SALAZAR, identificado con cédula de ciudadanía No 71.712.350, Gerente del Instituto para el Desarrollo de Antioquia "IDEA", **la Representación del Gobernador del Departamento de Antioquia, en la Junta Directiva de la HIDROELECTRICA DE ITUANGO S.A. E.S.P.-HIDROITUANGO**"*
Como puede verse, textualmente se delega la Representación del Gobernador en la junta directiva de Hidroituango.

Ahora bien, en su argumentación el señor Fajardo quisiera quitarle valor a dicho acto administrativo alegando que como los miembros de junta directiva tienen suplentes pues no es posible realizar una delegación.

En relación con este primer punto, el señor Fajardo llega a una conclusión errada pues la superintendencia de Sociedades ha sido clara en precisar que la representación de una entidad pública en la junta directiva de una sociedad puede hacerse a través del representante legal de la entidad pública o de su delegado.

> *"Sobre el particular, en lo que respecta a la representación de las entidades públicas cuando éstas actúan como miembros de junta directiva de una compañía, le informo que **la ley permite que dicha representación se surta ya sea a través del representante legal de la entidad pública, o mediante un delegado suyo, delegación efectuada con base en el artículo 9° de la Ley 489 de 199**8, que dice " Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*
> *(…)*
> *Las normas invocadas indican que las **autoridades administrativas pueden delegar funciones tales como la representación de la entidad pública al interior de la junta directiva de una compañía**, como es el caso de uno de los eventos contemplados en su consulta en tanto que se trata de actividades propias del cargo y son delegables, según la ley.*
> *(…)*
> *En este orden de ideas, es claro que a las reuniones de junta directiva de una sociedad de la cual forma parte como uno de sus miembros una persona jurídica, debe concurrir en su nombre la persona que ostente el cargo de representante legal principal y en su ausencia temporal o definitiva, solo puede reemplazarlo el suplente respectivo, que al igual que el principal, debe encontrarse debidamente inscrito en el registro mercantil; a falta de uno y otro, actuará el miembro suplente de la junta que haya sido elegido por el máximo órgano social, siempre que medie la aceptación del cargo.*
> *En conclusión, en criterio de esta oficina**, los miembros de junta directiva que sean entidades de derecho público deben representarse, ya sea por el representante legal de la entidad, o por la persona en quien éste delegue***

> ***tal encargo****; por su parte, las personas jurídicas deben ser representadas por su representante legal principal, o en su defecto, por el suplente de este mismo.* ***En ambos casos, ante la ausencia del miembro principal, deberá actuar el miembro suplente respectivo****".* [451]

Ahora bien, es necesario precisar que en el caso concreto el señor Iván Mauricio Pérez fue miembro suplente del señor Fajardo entre marzo de 2012 y marzo de 2014 y entre marzo de 2014 y febrero de 2015, fue designado por la Asamblea como miembro principal.

Ahora bien, aun cuando pudo tratarse de una decisión antitécnica desde el punto de vista societario, no existe tampoco prohibición legal alguna ni se da ninguna situación que invalide el acto administrativo. Así mismo es importante recordar que nadie puede alegra su propia culpa en su favor para excusarse de responsabilidad. En este contexto, un principio fundamental de la dogmática jurídica es que en Derecho las cosas se deshacen como se hacen, por lo que si la voluntad del imputado era, como lo expresa en sus argumentos de defensa que se tratara de algo coyuntural y que durara únicamente de manera coyuntural mientras la Asamblea procedía a la elección del nuevo suplente, en atención al cambio en del Gerente del IDEA, debió plasmarlo así en el acto administrativo o revocar dicha delegación en la oportunidad correspondiente.

Así mismo, incurre el señor Fajardo en una falacia de principio al considerar que:

> *"Dado que, para esa fecha, el Gerente del IDEA ya no era Horacio Vélez de Bedout, sino Iván Mauricio Pérez Salazar, me vi en la necesidad, como Gobernador de Antioquia, de expedir el Decreto 0867 del mismo 27 de marzo de 2012.* ***Este instrumento tuvo la única finalidad de que se mantuviera la designación ya efectuada del cargo de Gerente del IDEA como suplente****, tal y como había sido aprobada la designación del 3 de febrero de 2012.*
> *(…)*
> *En todo caso****, lo cierto es que el Decreto 0867 del 27 de marzo de 2012 es solo declarativo, puesto que el acto decisorio corresponde a la Asamblea General de Accionistas*** *que es la que designa cinco (5) miembros principales y cinco (5) miembros suplentes"*

Esta aseveración sin duda va en contravía de lo que se define como acto administrativo de Delegación. En primer término, un acto administrativo nunca podrá ser meramente declarativo. En efecto la doctrina ha sido pacífica al definirlo como:

[451] https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/30836.pdf

> *"Toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos"*[452]

Cabe recordar además que la delegación, en términos del art 10 de la Ley 610 de 2000, supone su instrumentalización a través de un Acto administrativo, por medio del cual solo puede transferirse la función de la cual se es titular. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

> *"En cuanto a los **elementos constitutivos**, el artículo 10 de la citada ley 489 prescribe los requisitos que debe reunir **el acto administrativo motivado de delegación**: i) siempre será escrito (**presupuesto de forma);** ii) se determinará la autoridad delegataria (**presupuesto subjetivo**) y iii) se señalarán las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren (**presupuesto objetivo o material**). De ahí que, en tratándose de **este mecanismo de transferencia de atribuciones administrativas, quien realiza y revoca la delegación es la autoridad administrativa titular de la función**".*

En el mismo Sentido, en Sentencia C-036 de 2005, la Corte Constitucional se refirió a la Delegación en los siguientes términos:

> *"4- La delegación de funciones administrativas es entonces una forma de organizar la estructura institucional para el ejercicio de la función administrativa, junto con la descentralización y la desconcentración. Estas figuras tienen semejanzas, pues implican una cierta transferencia de funciones de un órgano a otro, pero presentan diferencias importantes, ya que la delegación y la desconcentración suponen que el titular original de las atribuciones mantiene el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones, mientras que en la descentralización no existe ese control jerárquico, debido a la autonomía propia de la entidad descentralizada en el ejercicio de la correspondiente atribución. Ha dicho al respecto la Corte:*
>
> *"La descentralización es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas. La delegación y la desconcentración, por su parte, atienden más a la transferencia de funciones radicadas en cabeza de los órganos administrativos superiores a instituciones u organismos dependientes de ellos, sin que el titular original de esas atribuciones pierda el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones. Por eso, se señala que estas dos fórmulas organizacionales constituyen, en principio, variantes del ejercicio centralizado de la función administrativa."*

[452] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo", Tomo II, editorial Universidad Externado de Colombia, cuarta edición, reimpresión 2007, p 131.

> *5- Por su parte, la diferencia básica entre la desconcentración y la delegación es que la primera supone que la transferencia de funciones del órgano superior opera directamente por mandato del ordenamiento, mientras que la delegación, si bien presupone una autorización legal, no opera directamente por mandato de la ley, ya que implica la existencia de un acto de delegación, puesto que la transferencia se realiza por parte del órgano superior. Por ello, mientras que en la desconcentración de funciones, el órgano superior no puede reasumir la función, ya que ésta fue desconcentrada por mandato legal, en cambio, en la delegación, el órgano superior siempre puede reasumir la función, como lo señala el artículo 211 superior.*
>
> *Con base en lo anterior, esta Corte, en acuerdo con la doctrina sobre la materia, ha señalado que* ***son elementos constitutivos de la delegación los siguientes: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal; (iv) y que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia".***

De igual manera, el Consejo de Estado ha precisado cuáles son las competencias o funciones susceptibles de delegación en los siguientes términos:

> *"(…) es pertinente recordar que la delegación es una medida en virtud de la cual, el titular de una competencia o función administrativa, previamente autorizado por el legislador, decide radicarla temporal y discrecionalmente en cabeza de otra autoridad usualmente subordinada, debiendo quedar en claro que las competencias o funciones susceptibles de delegación,* ***son solo aquellas de las cuales es titular la autoridad delegante"***[453]*.*

Visto lo anterior, concluye este Despacho que el señor Fajardo se aparta de la lógica racional con su argumento de defensa pues resulta contraria a la definición misma de acto administrativo que la expresión de voluntad plasmada en el Decreto 806 por MEDIO DEL CUAL SE DELEGA UNA REPRESENTACIÓN, quiera plantearse como un acto meramente declarativo o de buena voluntad dirigido a refrendar una decisión de la Asamblea de socios de Hidroituango. Pues **por definición, los actos administrativos implican siempre la generación de efectos jurídicos**. Lo anterior sobre todo si se tiene en cuenta que no existe limitación legal alguna para delegar la representación de una entidad pública en una junta directiva tal y como lo indica claramente el Concepto de la Superintendencia de sociedades transcrito líneas atrás.

Así mismo, resulta contrario a la verdad el hecho de que dicho acto administrativo quisiera ***"que se mantuviera la designación ya efectuada del cargo de Gerente del IDEA como suplente"*** Pues las únicas competencias que el señor Fajardo podía

[453] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00203-00

delegar eran aquellas sobre las cuales ostentaba la titularidad. Dado que el señor era Miembro **PRINCIPAL** de la junta Directiva no podía a través de un acto de delegación mantener una suplencia de la cual no estaba investido. Pues si esa era la finalidad él estaría incurriendo en lo que de manera indirecta e injustificada le endilga a esta Delegada y es usurpar las competencias propias de la Asamblea de socios de Hidroituango.

Entonces, como puede verse, el Auto de imputación, contrario a lo afirmado por el señor Fajardo sí presenta el panorama real y el alcance de lo ocurrido. Este Despacho en ningún momento confundió la esencia de la delegación – no asistir a la junta con el objeto del reproche. Esa conclusión surge única y exclusivamente de la lectura sesgada que realiza el imputado del Auto 1484. Este Despacho en ningún momento reprocha el hecho de que haya habido una delegación, pues precisamente es consciente, tal y como lo explica la Corte Constitucional en la Sentencia citada líneas atrás que es un instrumento válido para organizar la estructura institucional para el ejercicio de la función administrativa. Lo que se reprocha es que frente a dicha delegación no se hayan desarrollado correctamente las funciones de vigilancia y control que le correspondían al delegante, lo cual fue probado y ampliamente explicado en el auto de imputación.

Lo anterior, permite considerar que el argumento planteado por el Señor Fajardo no resulta de recibo pues el mismo, parte de premisas falsas para llegar a conclusiones falsas e incoherentes con el acervo probatorio obrante en el plenario y con los actos contentivos de la expresión de voluntad del Departamento de Antioquia en cabeza del Entonces Gobernador[454], por lo que al no atender a la lógica racional resultan inválidos e insuficientes para enervar lo sostenido en el Auto 1484.

Continúa la exposición de argumentos de defensa, refiriéndose a lo que denomina “falacia de causa falsa, en los siguientes términos:

> ***2.2. Falacia de causa falsa: confusión de perspectivas ex ante y ex post***
> *La falacia de causa falsa es definida como "falacia informal en la que el error surge de aceptar como causa de algo, algo que en realidad no lo es". Por ejemplo, la CGR me atribuye lo siguiente:*

---

454 “La actuación en estos términos se revela contraria al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, que irradia todas las relaciones jurídicas, principio que ha encontrado desarrollo doctrinario en derecho procesal en la teoría de los propios actos, cimentada en el aforismo adversus factum suum quis venire non potest, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derceho en contradicción con una conducta anterior, o sea, venire contra factum proprium non valet. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisible y no puede en juicio prosperar”. Consejo de Estado, Sala Especial Transitoria de Decisión 4B, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de 2006, Radicación número: 11001-03-15-000-2004-00782-01(S)

En este sentido, cabe recordar que si bien el señor Gobernador delegó la representación de la junta directiva en cabeza del señor Iván Mauricio Pérez Salazar, tal delegación no lo exime de responsabilidad. Sobre este particular, resulta pertinente recordar lo sostenido por la jurisprudencia de las altas cortes (…)

[.] Cabe anotar que en el período en el cual actuó el señor Pérez como delegado del gobernador se dieron eventos que fueron determinantes para el desarrollo del proyecto, respecto de los cuales el señor Pérez tomó decisiones que generaron atrasos y mayores inversiones lo que ocasionó la destrucción del valor presente neto del proyecto y retraso la entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha acordada, lo que consolidó un lucro cesante. Motivo por el cual al señor Pérez se le imputó responsabilidad fiscal.

En este contexto resulta oportuno precisar que como delegado del señor Fajardo, el señor Pérez decidió, con los otros miembros de la Junta, la estructura interna de Hidroituango, obviando las opciones que habían sido propuestas por el consultor contratado para tal fin, de transformarla en una estructura robusta frente al reto que implicaba el proyecto".

Resulta claro que, en este apartado, la CGR confunde de manera inexplicable la perspectiva ex ante, ex dure y ex post *de los acontecimientos, lo que genera una atribución infundada de responsabilidad, basada en la construcción de un nexo de causalidad falaz.*

Es vital comprender que (tal y como señala la doctrina) "un resultado causado por una acción humana sólo puede serle imputable cuando dicha acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto material protegido y el riesgo se ha realizado en el resultado típico".

En complemento, la CSJ SCP en sentencia del 13 de mayo de 2009, Rad. 31.362 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca) aseveró

La teoría de la imputación objetiva parte de la base de que pueda atribuirse determinado tipo al autor de una conducta al valorar ex ante (es decir, según las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor) la creación por parte del sujeto agente de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y al valorar ex post (o sea, teniendo en cuenta todas las circunstancias a la postre conocidas) la realización de ese peligro en el resultado ...

La CGR no señaló cómo yo, en mi calidad de Gobernador de Antioquia, pude haber contribuido a la creación de un riesgo no autorizado. Las ideas de fondo que pretende transmitir la CGR es que "no vigilé porque se generó un daño" y que "se generó un daño porque no vigilé"

Se insiste en que, para efectuar un verdadero análisis del nexo de relación, debe existir una valoración de las circunstancias ex ante, ex dure y ex post Inclusive, esta perspectiva es incorporada para la gerencia de proyectos, tal y como se señala a continuación: La evaluación ex ante se refiere al examen, o valoración, de una propuesta de intervención (programa o proyecto) que busca solucionar o mitigar problemas o necesidades que aquejan a una comunidad de personas antes de que esta se realice; por eso es que precede a la asignación de los recursos que permitirán posteriormente su implementación.

[...] La evaluación ex dure es la que se realiza durante la implementación a fin de observar su funcionamiento y el logro de los productos, entre otros aspectos La evaluación realizada ex post analiza la materialización de lo que se propuso

en el diseño (examinado en forma ex ante), ya sea una vez que ha concluido o dentro de su ejecución. Su objetivo es entregar información relevante para tomar decisiones que mejoren el diseño en que se basa, la gestión de los recursos involucrados o incluso decidir la continuidad o término de la iniciativa'
Expuestos estos conceptos, cabe cuestionarse si ¿La CGR valoró la toma de decisiones, en atención con la información, datos, y herramientas con que contaba la Junta Directiva en su momento? ¿En verdad analizó los límites de intervención de cada una de las personas que están relacionadas en el auto de imputación? O acaso ¿la CGR exclusivamente decidió efectuar un análisis ex post atribuyendo indiscriminadamente responsabilidades?
Volker Haas nos ofrece una conclusión sobre la impertinencia de efectuar nexos de relación, que estén basados en valoraciones exclusivamente ex post: hay unanimidad en que eligiendo una perspectiva ex post la categoría de la imputación objetiva no conseguiría su verdadera y originaria tarea de reducir la relación ontológica de causalidad entre comportamiento del autor y resultado, acudiendo a baremos normativos, a un grado adecuado en términos de responsabilidad, porque con esa forma de ver las cosas siempre se estaría en posición de concluir, a partir de la lesión, un peligro precedente' Desde la perspectiva ex post es relativamente fácil incurrir en yerros de valoración de los deberes de diligencia que confunden la previsibilidad como criterio de imputación subjetiva del autor al momento de ejecución de la conducta, con la ocurrencia efectiva de los hechos.
Luego de ocurrido, todo parece haber sido previsible. En retrospectiva, todo daño parece haber sido evitable La verdad es que cualquier evaluación razonable de la diligencia exigible a tal o cual agente debe partir de la consideración de su situación al momento de incurrir (o no) en la conducta sub examine. *Así, el evaluador debe situarse "en la posición del autor" y, desde allí, evaluar lo ocurrido. Esto es algo en lo que, reiteradamente, falla la CGR. Tal y como se ha mostrado (y seguirá evidenciándose en adelante), la autoridad fiscal entremezcla indistintamente en su argumentación momentos diferentes de una narrativa que dista mucho de ser una "línea" de tiempo*
Esto es lo que lleva a la CGR a aseverar que: Sin embargo, en relación con dichas situaciones el aquí imputado, no dio instrucciones efectivas a su delegado o a sus subalternos así como tampoco, a pesar de que tenía la competencia para ello por ser miembro principal de la junta directiva, tomó acciones para apersonarse de estas situaciones."
Esto solo es explicable desde la inversión de la perspectiva ex ante y ex post, es fruto de una falacia que, una vez descubierta, deja desnuda la argumentación.

R/: En este punto considera el señor Fajardo que la CGR tomo como causa del daño algo que realmente no lo es. En el caso particular, retoma el argumento de la delegación realizada al señor Iván Mauricio Pérez. Para concluir que “, la CGR confunde de manera inexplicable la perspectiva ex ante, ex dure y ex post de los acontecimientos, lo que genera una atribución infundada de responsabilidad, basada en la construcción de un nexo de causalidad falaz.

Es vital comprender que (tal y como señala la doctrina) "un resultado causado por una acción humana sólo puede serle imputable cuando dicha acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto material protegido y el riesgo se ha realizado en el resultado típico".”

Si bien el señor fajardo trae nuevamente expresiones en el contenido de su documento que son propias del Derecho penal, los cuales no resultan aplicables al caso, como por ejemplo, la tipicidad, es oportuno desde la perspectiva de la responsabilidad fiscal y de los elementos que la estructuran, verificar si se genera o no una valoración de la conducta que pueda, como lo afirma el imputado, llevar a que se construya un nexo de causalidad falaz, que parte en su opinión de un juicio ex post.

En primer término, es importante precisar nuevamente cuáles son las conductas que se le atribuyen al señor Fajardo - las cuales se copian de manera textual y se encuentran a folio 18339 del expediente y corresponden a la página 1145 del respectivo auto-:

1. En calidad de delegante no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario en la junta directiva de Hidroituango.
2. En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.

Precisado lo anterior, es necesario decir que en el auto de imputación se le atribuye responsabilidad por omisiones desplegadas por él y no por otra persona como mal lo insinúa en su escrito el imputado.

Ahora bien, las afirmaciones del señor fajardo parten realmente de su descontento con las determinaciones tomadas por el Despacho, más no tienen un sustento real, tal y como pasará a probarse a continuación:

Dado que la censura en este punto recae sobre los elementos de conducta y nexo de causalidad, este Despacho procederá a explicar desde la perspectiva teórica el nexo de causalidad y también a precisar aspectos de la responsabilidad fiscal por delegación.

“Para analizar la existencia del nexo causal, el Consejo de Estado ha acogido la teoría de la causalidad adecuada para resolver los asuntos relativos a la responsabilidad extracontractual civil y del Estado […] [L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que resulte idóneo para su configuración. En ese orden, la Sala advierte que solo

es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión **que se erige como la causa idónea y eficiente para la producción del daño**"[455].

Respecto de la responsabilidad fiscal que se da por omisión en la vigilancia y control de las delegaciones realizadas, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

> *"Así las cosas, no es de recibo para la Sala la justificación del demandante, según la cual la autorización dada únicamente recaía sobre los desembolsos de los subsidios ya aprobados por el extinto FOREC, con nombre y número de identificación y no otros, puesto que no existe duda respecto a que el señor ARMANDO ESCOBAR SÁNCHEZ, como gestor fiscal de los recursos financieros del FOREC,* ***al delegar la firma para efectuar los desembolsos en un contratista de Cootraservi, no quedaba eximido de su deber de vigilancia y control sobre las funciones transferidas, conservando la obligación de seguir dirigiendo y supervisando la actividad financiera y el manejo de los recursos y controlar las actividades tecnológicas de la Entidad****, omisión que en últimas dio lugar a que fuera hallado responsable fiscal, independientemente de las razones que tuvo para otorgar dicha delegación, ya que,* ***se insiste, debió haber supervisado y controlado todo lo realizado por el señor Quintero Orrego****, hasta la entrega total de los subsidios adjudicados, como lo establecía el manual de funciones.*
> *(…)*
> *Pero, además, se insiste,* ***a pesar de la delegación otorgada, el demandante tenía la obligación de seguir dirigiendo y supervisando la actividad financiera y el manejo de los recursos que hiciera el señor Álvaro Quintero Orrego, hasta la entrega final de los mismos, lo que no hizo****.* ***Y fue esa omisión negligente en ejercer sus funciones de vigilancia, supervisión y seguimiento sobre dichos recursos, la que precisamente aprovechó el delegatario, quien, abusando de la autorización de firma que le había sido entregada, realizó las maniobras fraudulentas ya reseñadas, con el consecuente daño fiscal y detrimento del patrimonio público, tal y como se evidencia del mismo testimonio del señor Álvaro Andrés Quintero Orrego"***[456]*.*

Como puede verse, de la sentencia anteriormente citada, el Consejo de Estado ha considerado que aun tratándose de comportamientos fraudulentos del delegatario, el delegante responde fiscalmente si no ejerce en debida forma sus funciones de dirección y supervisión frente a las funciones o competencias delegadas, lo anterior si con esta omisión se permite que el delegante despliegue acciones u omisiones que contribuyan a la producción de un daño.

---

[455] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[456] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN, Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 63001-23-31-000-2013-00001-01

En el caso concreto, en el Auto de imputación no se le está atribuyendo responsabilidad al señor Fajardo por las acciones u omisiones de otra persona sino por el hecho de que **con su actuar omisivo al no dirigir ni supervisar a su delegatario permitió que este desplegara conductas que, como se probó en el auto fueron determinantes para que se consolidara el daño al patrimonio del Estado**.

En este sentido, del material probatorio allegado a esta Causa fiscal por la defensa del señor Fajardo se tiene que en algunos de los informes semanales al Gobernador, el IDEA Reportaba lo relativo al proyecto Hidroituango, en los siguientes términos:

- **Informe semanal de fecha 3 de Febrero de 2012**, se lee:

IDEA-PRIMERA JUNTA DE HIDROITUANGO: El día 3 de febrero se realizó la Asamblea Extraordinaria de Hidroituango, en la cual se nombró a la nueva Junta Directiva.
Nuestros socios EPM, presentaron los nombres de sus dos candidatos principales y suplentes, y por unanimidad se unificó en una sola plancha.

Es de anotar que para este primer informe aún no había sido nombrado como Gerente del Idea el Señor Iván Mauricio Pérez Salazar.

- **Informe Semanal del 27 de abril de 2012** se lee:

IDEA – JUNTAS DIRECTIVAS: HIDROITUANGO: El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos.

En este informe ya se encontraba como Gerente del IDEA el señor IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR

- **Informe Semanal 9-13 de julio de 2012** se lee:

IDEA – VARIOS: Junta Directiva Hidroituango: Se llevó a cabo el día martes la Junta Directiva de Hidroituango, se trataron temas Informe de Avance del BOOMT, Informe de Zona Franca, Informe de Seguridad en la Zona del Proyecto, Consideración incremento salarial para HI, Definición de la Estructura Administrativa de HI, Nombramiento del gerente para HI.

- **Informe Semanal 31 de agosto de 2012**

IDEA – INVERSIONES- HIDROITUANGO: HIDROITUANGO
• John Maya empezará el 12 de septiembre.
• Nos reunimos con la Gerencia de EPM para clarificar las dudas frente a la adjudicación de las obras. Dadas las explicaciones, tenemos total tranquilidad

- **Informe Semanal 7 de septiembre de 2012**

IDEA – INVERSIONES- HIDROITUANGO: HIDROITUANGO
➢ Hubo Junta. John Maya fue nombrado gerente, empieza el 12 de septiembre.
➢ Se realizará sesión de todo un día el 26 de septiembre para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación a la luz de todos los eventos que se han presentado a la fecha (dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc.).

- **Informe Semanal 16 de noviembre de 2012**

IDEA-INVERSIONES PATRIMONIALES: HIDROITUANGO: Durante la semana se realizaron reuniones de entendimiento sobre el impacto de la sesión del contrato, para negociación de beneficios con Federico Restrepo y Juan Felipe Gaviria

- **Informe Semanal 7 de diciembre de 2012**

IDEA-INVERSIONES PATRIMONIALES: HIDROITUANGO: Estamos pendientes de hacer la presentación sobre los resultados que arrojó la negociación de cesión del contrato.
En los siguientes informes semanales que van hasta julio del año 2013, no se encuentra reporte alguno realizado por el IDEA en relación con el Proyecto Hidroituango.

Así mismo es preciso anotar que en ninguno de los informes semanales atrás referidos se encuentran anotaciones al margen realizadas por el entonces Gobernador, ni siquiera en el informe de fecha 7 de septiembre de 2012, en el cual se observa que el IDEA reporta que se va a realizar una sesión de Todo el día el 26 de septiembre **para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación** en razón de todos los eventos que se estaban presentando, entre los cuales textualmente se refiere a *"dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc*".

Adicional a lo anterior, también aporta como prueba de su defensa dos (2) reportes mensuales de seguimiento a inversiones de la Gobernación y el IDEA de fecha 14 de junio de 2013 y de 5 de julio de 2013 en los cuales en relación con Hidroituango se reporta la siguiente información:

Reporte mensual de fecha 14 de junio de 2013: en el título *"Hechos relevantes del mes"* se lee: *"**El contratista de los túneles de desviación sigue presentando retprasos** (SIC) y se están analizando alternativas de obra para no afectar la entrada en operación del proyecto. Por ahora, vamos ajustados al cronograma CREG*". Y en el título "*Observaciones/Próximos Pasos*" se lee: "*Hacer seguimiento a las propuestas de obras alternativas. **Seguimiento al desempeño del contratista de los túneles*** ".
Reporte de 5 de julio de 2013, en el título "*Hechos relevantes del mes*" se lee:"*Se continúa con el cronograma de obras. **La desviación del Rio sigue siendo un punto crítico y aún se estudian posibles alternativas para acometer la obra**"*; en el título "Observaciones/Próximos Pasos" se lee: *"Destacar más las obras de impacto positivo para la comunidad (vías). Apoyar al ejército en su solicitud de un Batallón de combate terrestre ante la nación"*.

En los anteriores documentos se trata de 2 reportes correspondientes a junio y julio de 2013, en los cuales nuevamente se le ponen de presente situaciones importantes como es el retraso en la ruta crítica del proyecto para ese entonces cual era la desviación del Río Cauca pero en las observaciones únicamente se realiza una observación genérica dirigida a "hacer seguimiento al desempeño del contratista de los túneles" pero no se encuentran instrucciones sobre una determinada postura a asumir frente a la administración de Hidroituango y tampoco se denota un afán del señor Gobernador de asistir a la junta de Hidroituango y tomar las posturas requeridas para intentar conjurar las graves situaciones que se estaban presentando,

a pesar de tener la potestad jurídica para hacerlo al ostentar la calidad de miembro principal de la junta directiva.

De igual forma dentro del material probatorio obrante en el plenario, se allega un Documento denominado *"Historia Clínica Inversiones Patrimoniales IDEA-GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA"* de fecha 25 de abril de 2013 en el cual se *"resumen los hechos destacados y la información relevante de las empresas en las cuales el Instituto y/o la Gobernación poseen participación patrimonial, con datos actualizados al cierre del año 2012. Se incluye también un breve resumen sobre la situación actual, así como una proyección sobre las expectativas del futuro inmediato de cada compañía".*
De manera puntual, en lo que se refiere a la Hidroeléctrica de Ituango se dice lo siguiente:

Hidroeléctrica Ituango S.A.	
Sector económico	Generación de energía
% participación IDEA	50,74%
% participación Gobernación	2,15%
Otros Socios	"EPM (46,33%), Otros accionistas (0,78%)"
Patrimonio 2012 (COP Millones)	$73.597
Año Constitución	1.998
Año vinculación del IDEA	1.998

Breve Descripción
Proyecto que tiene por finalidad el aprovechamiento del potencial hidroeléctrico del río Cauca.
El objetivo de la sociedad es verificar la ejecución del contrato BOOMT para la construcción y operación de la Central Hidroeléctrica Ituango y garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018. La sociedad conserva las licencias ambientales. La capacidad proyectada es de 2.400 MW. con inversión estimada: U$3.500 Millones
Situación Actual
El 25 de agosto de 2010 se ratificó el acuerdo al que llegaron los dos socios mayoritarios, para que EPM sea quien financie, construya y opere durante un período la Central Hidroeléctrica Ituango; para lo cual EPM constituyó la firma "EPM – ITUANGO"
A finales el año 2012, EPM propone al IDEA que ante la no declaratoria de Zona Franca del proyecto por parte del Gobierno Nacional con la consecuente pérdida de beneficios tributarios asociados a esta figura, se le ceda el contrato BOOMT que ejecuta EPM – Ituango; negociación que se concretó en enero de 2013. Como contrapartida a esta cesión, se reconoció la suma de U$ 35 Millones a los accionistas de la sociedad Hidroituango diferentes de EPM que se llevarán como anticipo del proyecto. Al IDEA le correspondió el 94,547% de dicho valor. Igualmente, el proyecto hará una inversión social adicional por la suma de US$100 millones, destinada a la ejecución de obras, planes y programas de alto impacto social en los 12 Municipios del área de influencia del proyecto.
Perspectivas

Continuar con el rol de verificación en la evolución de las obras de infraestructura para la construcción de la central hidroeléctrica y la ejecución de obras sociales negociadas en la cesión del contrato BOOMT a EPM

Se destaca del documento anterior, que se pone de presente que el Rol de Hidroituango es el de realizar la verificación en la evolución de las obras. En relación con este documento, tampoco se encuentra manifestación alguna por parte del Gobernador sobre algún tipo de instrucción o postura que debiera asumir su delegado en relación con el proyecto Hidroituango.

Critica también el imputado el hecho de que en su opinión esta delegada realizó un juicio ex post que desconoció las circunstancias de tiempo y conocimiento en las cuales se dieron las situaciones respecto de las cuales se tomaron las determinaciones por parte de los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango. Sobre el particular el señor Fajardo afirma: *"es que cualquier evaluación razonable de la diligencia exigible a tal o cual agente debe partir de la consideración de su situación al momento de incurrir (o no) en la conducta sub examine. Así, el evaluador debe situarse "en la posición del autor" y, desde allí, evaluar lo ocurrido".* Considera el imputado que esta Delegada se limitó a juzgar en retrospectiva lo ocurrido asumiendo desde esa posición que todo daño resulta evitable y sin situarse en las condiciones en que se encontraba el agente.

Lo sostenido por el señor Fajardo no obedece a la realidad mucho menos a lo plasmado en el auto 1484 de 2 de diciembre de 2020. Este Despacho, en el análisis de la conducta de todos y cada uno de los implicados, tuvo en cuenta los roles que cada uno ejercía, así como las competencias constitucionales, legales, estatutarias o contractuales según el caso. Así mismo evaluó las diferentes decisiones, teniendo en cuenta de manera particular en relación con la junta directiva de Hidroituango que las mismas se encontraban plasmadas en las actas de junta directiva, respecto de las cuales, y precisamente a efectos de precisar la información con la que contaban los miembros de la junta, se solicitaron también los anexos a las mismas, los cuales por demás obran en el plenario. Así mismo se tuvieron en cuenta las Actas del comité de seguimiento al BOOMT, las Actas del comité de expertos BOARD, información a la cual tenían acceso los miembros de junta y quienes por demás tenían la obligación de informarse sobre todo el proceso pues como se dijo y se reiteró a lo largo del auto de imputación, Hidroituango es una sociedad con objeto único, cuyo único propósito es lograr la ejecución de una hidroeléctrica que por supuesto sea funcional y que se mantuviera dentro de los límites de costos planeados.

Así mismo y de manera particular respecto del señor Fajardo se precisó la manera como desarrolló su labor tanto desde su rol de miembro principal de la junta directiva, como desde su rol de Gobernador de Antioquia.

Es tan cierto que el Despacho se puso en la posición que tenía el señor Fajardo para determinar las conductas desplegadas por este, que encontró el Decreto 867 a través del cual se surtió la delegación de la representación del sr Gobernador en cabeza de Ivan Mauricio Pérez se indagó sobre la existencia de comunicaciones cruzadas o documentos que dieran cuenta de las instrucciones o por lo menos de la solicitud de información realizada al delegatario sobre los pormenores del proyecto y las decisiones que el señor Pérez como delegatario tomaba en representación del señor Fajardo. Así mismo las circunstancias en las cuales se dio la omisión endilgada al señorFajardo, fueron precisadas por los mismos informes que le eran entregados por los secretarios de despacho que tenían asiento en la junta directiva, en las cuales se encuentra que en asuntos importantes y en momentos determinantes en los que se debían tomar decisiones o en el caso del Imputado, tomar determinaciones ya fuera dar instrucciones al delegante o retomar la función delegada para ejercerla directamente, el entonces Gobernador omitió su función, permitiendo que el señor Pérez tomara las decisiones que consideraba.

Es por ello que desde su rol como Gobernador de Antioquia y miembro principal de la junta directiva, se le cuestiona al imputado haber mantenido una actitud pasiva, pues ante la poca información recibida de su delegado, no se informó sobre las decisiones de este a efectos de impartir ya fuera las instrucciones necesarias o retomar las funciones delegadas de forma tal que pudiera reconducir el proyecto a tiempo.

Prosigue el imputado alegando que:

> ***2.3. Falacia de petición de principio***
> *La falacia de petición de principio consiste en lo siguiente: asumir la verdad de lo que uno intenta probar en el intento de probarlo Éste puede parecer un error tonto, evidente para todos, pero qué tan obvio o tonto sea el error depende, en gran medida, en el modo como se formulen las premisas del argumento El lenguaje utilizado en ellas a menudo oscurece el hecho de que oculta en una premisa asumida que se encuentra la conclusión misma".*
>
> *La CGR indica:*
> *En este este contexto como delegado el señor Pérez desplegó una serie de acciones y omisiones que fueron determinantes para que se consolidara el daño al patrimonio del estado, respecto a las cuales el señor Fajardo como delegante no realizó control y seguimiento24*
> *Al respecto, debe destacarse que la CGR no establece de manera concreta cómo fundamenta que no realicé control y seguimiento La CGR se limita a señalar que mi delegado desplegó una serie de "acciones y omisiones". No explica cómo estas "acciones y omisiones" se concretan en el resultado lesivo. Tampoco explica cómo "mi intervención por acción u omisión" contribuye al resultado lesivo, En síntesis, el argumento de la CGR se basa en afirmaciones y negaciones indefinidas. El CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia del 12 de agosto de 2014, Rad 27.246 (C P Enrique Gil Botero) formuló: Las afirmaciones o negaciones indefinidas son*

aquellas que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta• que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno
En el auto de imputación de la CGR se relacionan las presuntas faltas cometidas por Pérez y se pretende vincular a un imaginado "delegante"25 sin especificar, exactamente, las propias acciones ni omisiones reprochables. La teoría de la prohibición de regreso, originalmente atribuible a Frank hacia la década de 1920' en la historia del derecho punitivo, indica que la imputación del resultado no puede "regresar" al infinito en la cadena causal.
Por el contrario, debe existir un límite a esa imputación de responsabilidad más allá del solo aporte causal. El problema con la argumentación de la CGR, en este punto, es que confunde la integración de los eslabones causales con la distribución de la responsabilidad Bien es sabido que aportar causalmente a la producción del resultado no es necesario ni tampoco suficiente para la imputación de responsabilidad.
La CGR pareciera asumir una interpretación de la causalidad basada en la vieja teoría de la conditio sine qua non, *según la cual la condición sin la cual no se produce el resultado debe ser considerada como su causa. Pese a que se trata de una teoría que gozó mucha aceptación en la historia del debate de la causalidad, lo cierto es que hoy en día sus problemas prácticos y teóricos han llevado prácticamente a su abandono*
Pese a todos sus inconvenientes, la CGR induce al lector a pensar que si yo hubiera actuado de alguna otra forma (no especifica, exactamente, cuál solo se refiere a medidas "efectivas") el resultado habría sido otro Esto, en primer lugar, es una suposición imposible de probar realmente. Pero, de otro, es apenas una apreciación de una causalidad hipotética, que no sustenta por sí sola la imputación de responsabilidad. En ello radica la petición de principio: se imputa responsabilidad por haber podido evitar el resultado y, por haber podido evitar el resultado, se imputa responsabilidad Y no se sale de este circulo.

En cualquier caso, allí donde no hay fundamento falseable (en los términos de Popper) no hay posibilidad de defensa. Por eso, las negaciones indefinidas de la CGR esconden lo que, en realidad, es una asolapada petición de principio Como asume que una actuación distinta hubiera podido evitar el resultado, concluye la responsabilidad por no evitarlo.

R/: En este punto considera el señor Fajardo que la CGR incurre en el error de "asumir la verdad de lo que uno intenta probar en el intento de probarlo". Y que tal error se manifiesta en el hecho de indicar que el señor Pérez desplegó una serie de acciones y omisiones que fueron determinantes para el daño y que la responsabilidad del señor Fajardo se circunscribe al hecho de no haber realizado control y seguimiento.

Pero que no se explica ni se prueba por qué dichas acciones y omisiones del señor Pérez fueron determinantes para el daño.

Es necesario precisar que la conclusión a la que llega el señor Fajardo no obedece a un defecto del que adolezca el auto de imputación sino a una lectura sesgada e

incompleta del mismo. Pues existe un acápite completo en el cual se describe de manera precisa las acciones y omisiones del señor Pérez y se establece por qué las mismas fueron determinantes para que se configurara el daño al patrimonio del Estado que se endilga en esta causa fiscal. En efecto, a folios 18148 vto y ss del Auto se encuentran descritas y probadas todas y cada una de las conductas desplegadas por el señor Pérez así como el análisis de por qué las mismas pueden ser catalogadas como culpa grave y también por qué fueron determinantes (nexo de causalidad) para que se generara el daño endilgado.

Así mismo, es importante anotar que a folios 18330 vto a 18332 (que corresponde a las páginas 1127 a 1131 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020) de manera textual, en el acápite en el cual se realiza la imputación al señor Fajardo, en relación con las conductas desplegadas por el señor Pérez se dijo lo siguiente:

"Cabe anotar que en el período en el cual actuó el señor Pérez como delegado del gobernador se dieron eventos que fueron determinantes para el desarrollo del proyecto, respecto de los cuales el señor Pérez tomó decisiones que generaron atrasos y mayores inversiones lo que ocasionó la destrucción del valor presente neto del proyecto y retraso la entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha acordada, lo que consolidó un lucro cesante. Motivo por el cual al señor Pérez se le imputó responsabilidad fiscal.
En este contexto resulta oportuno precisar que como delegado del señor Fajardo, el señor Pérez decidió, con los otros miembros de la Junta, la estructura interna de Hidroituango, obviando las opciones que habían sido propuestas por el consultor contratado para tal fin, de transformarla en una estructura robusta frente al reto que implicaba el proyecto.
• Durante el año 2012, debía definirse la estructura administrativa de Hidroituango para atender en debida forma al rol que le correspondía de vigilancia y control bajo el contrato BOOMT.
• A pesar de los graves atrasos acumulados, con los que venía el proyecto, en 2012 se insistió en participar en una segunda subasta de energía en firme, que les fue adjudicada e implicaba entregar 9.540.821,91 KWh-día de energía en firme para el periodo comprendido entre 01/12/2021 a 31/11/2038.Lo anterior, sin contar aún con la infraestructura esencial del proyecto.

• A partir de 2011 y hasta finales de 2012, debía desarrollarse la construcción de los túneles de desviación del río Cauca, de conformidad con los diseños preestablecidos que suponían que se contara para el cierre de dichos túneles con dos compuertas. Sin embargo, dado que el contratista de los túneles de desviación desarrolló el contrato, sin tener una adecuada planeación y metodología de trabajo y con insuficiencia de equipos en buen estado de operación y adecuadas instalaciones industriales, llevó a que suspendiera actividades, tuviera deficiencias en la programación, y bajos rendimientos en la ejecución de las labores. Así, a pesar de conocer las circunstancias de orden público y las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones, acumulando atrasos significativos, generando la necesidad de aplicar nuevos planes de recuperación de tiempos y aumentando los costos a pesar de lo cual no se logró cumplir, en las estivas de

2013, con uno de los hitos fundamentales del proyecto, el cual era la desviación del Río Cauca.

• Como consecuencia de la no desviación del río Cauca en la fecha programada, desde 2012 se hizo evidente una alta probabilidad de que el proyecto no entrara en operación en noviembre de 2018, frente a lo cual no se tomaron decisiones para evitar que el proyecto incrementara las inversiones y por el contrario se siguieron aprobando e implementando planes de aceleración con sus respectivos costos, los cuales al final se iban a mostrar poco efectivos y a la postre, terminaron por destruir el valor presente neto del proyecto.

• A finales de 2013 y principios de 2014 se dio la necesidad de ceder el contrato de construcción de los túneles de desviación del río Cauca al contratista de obras principales, para lograr cumplir con el cronograma de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018. Lo que llevó a implementar un plan de aceleración para lograr la desviación del río a principios de 2014, hecho que por la premura y por el atraso de 333 días en la contratación de las mismas y del 91% en la ejecución de este mecanismo hidromecánico, llevó a prescindir de la instalación de las compuertas en los dos túneles de desviación, lo que indujo a modificar las características catalogadas contractualmente como "inmodificables" del proyecto como fue la construcción del tercer túnel de desviación (GAD). Lo anterior a pesar de que el BOARD de expertos no avaló estas dos soluciones metodológicas.

En este este contexto como delegado el señor Pérez desplegó una serie de acciones y omisiones que fueron determinantes para que se consolidara el daño al patrimonio del estado, respecto a las cuales el señor Fajardo como delegante no realizó control y seguimiento, a saber:

16. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de Hl del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hídroituango.

17.A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

18.No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

19.Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin

tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.
Dichas acciones y omisiones no atendieron al nivel de prudencia que se le exige a una persona poco diligente en la gestión de sus propios negocios y por lo tanto le fueron calificadas a título de culpa grave.
De igual forma en el tiempo en que se desempeñó como delegado y como miembro de la junta nunca expresó la necesidad de interponer las cláusulas de apremio a EPM, ello a pesar de los serios atrasos y problemas que venían dándose en el desarrollo de la obra, en especial, los problemas con el contratista de los túneles de desviación. Y por el contrario avaló todas las actuaciones de EPM, al aprobar la modificación de las fechas de los diferentes hitos en detrimento del erario.

Así mismo, se le endilga el hecho de no haber sido diligente en el seguimiento al mecanismo instaurado para desarrollar la vigilancia y control del contrato BOOMT, lo que le habría permitido advertir las irregularidades que se estaban presentando en desarrollo del contrato incluida la alta probabilidad de que el contrato no pudiera comenzar a generar energía en noviembre de 2018, lo cual se advirtió desde octubre de 2012 y así mismo, los inconvenientes detectados por el BOARD de expertos, en lo que se refiere al hecho de haber prescindido de las compuertas de los túneles de desviación y la construcción de un tercer túnel de desviación para suplir, que a la postre se ejecutó sin licencia ambiental.

Decisiones de tal magnitud que se tomaron por parte del delegado del señor Fajardo y sobre las cuales se reitera él nunca se pronunció debiendo hacerlo, bien fuera como miembro de junta directiva o como gobernador del Departamento, lo cual se explicó ampliamente en este mismo auto en el aparte en el cual se le imputó responsabilidad al señor Pérez".

Así mismo, es necesario precisar que la descripción de los elementos de la responsabilidad fiscal para las personas que para la época de los hechos fungían como Secretarios de la Gobernación de Antioquia y tenían además asiento en la junta directiva de Hidroituango, se encuentran en el auto 1484 de 2 diciembre de 2020, en los siguientes folios:

RAFAEL ANDRES NANCLARES OSPINA: 18257 vto
MARIA EUGENIA RAMOS VILLA: 18224 vto y ss.

Cabe anotar además en este punto que tanto el sr Fajardo como el señor Pérez, el señor Nanclares y la señora Ramos comparten apoderada. Por lo que no existe una razón de peso para entender que unos pudieran siquiera alegar que desconocen los elementos de la responsabilidad fiscal expuestos en el auto para los demás.

Continúa el señor Fajardo alegando que la CGR pretende vincular a un "imaginado delegante" frente a este punto tal y como se probó líneas atrás, esta Delegada no ha imaginado nada, pues el acto de delegación existe, es un acto administrativo que desde su definición legal implica que tiene la vocación de generar efectos jurídicos y, además, la delegación para efectos de la representación de entidades públicas

en juntas directivas está permitida y es más tal y como lo demuestran los informes mensuales aportados por la defensa del señor Fajardo con los descargos presentados, se trataba de una práctica corriente con la que estaba familiarizada el entonces Gobernador de Antioquia. Este argumento no resulta de recibo por cuanto como se explicó líneas atrás, el mismo implica que el señor Fajardo desconoce sus propios actos y en pro de defender sus intereses actúa en contravía de sus propias decisiones.

Continúa el señor Fajardo en este punto argumentando además que la Contraloría no estableció en la forma que corresponde el nexo de causalidad y afirma que no cualquier aporte causal al daño es necesario ni suficiente para la imputación de responsabilidad fiscal. En este punto el Despacho se remite a lo dicho en los argumentos comunes en relación con el nexo de causalidad.

Prosigue el imputado aseverando que:

> *2.4. Falacia ad homine*
> *Otra de las censuras a la argumentación resulta del hecho de que la CGR funda la imputación no ya en lo que se hizo, sino en quien lo hizo. Así, por ejemplo, indica que:*
>
> *En efecto, teniendo en cuenta su alta preparación académica así como la experiencia laboral tanto en el sector público como privado que ostentaba, no resulta excusable que en vez de poner sus altas capacidades para contribuir con el logro de los objetivos de Hidroituango, decidiera no asistir a ninguna de las sesiones de junta directiva del proyecto más importante que se estaba ejecutando en el Departamento*
>
> *La falacia ad homine supone confundir el objeto del reproche con el sujeto del reproche. A nadie le es reprochable ser quien es. Esto, además, es una derivación del principio básico del derecho punitivo de acto y la prohibición de sanción por personalidades*
> *Aquí se evidencia una argumentación mal dirigida• ¿qué tiene que ver mi "preparación académica" en matemática o mi experiencia laboral como docente en la determinación de específico reproche que intenta fundar la CGR? Este tipo de descalificaciones, dirigidas a la persona del autor y no a los hechos específicos de su conducta, desvía la atención del lector hacia circunstancias y condiciones irrelevantes para el fundamento de la conclusión. Si la "importancia" del asunto o la "preparación académica" fueran los fundamentos del reproche, lo cierto es que bajo ese estándar prácticamente ningún dirigente podría encomendar ninguna función significativa*

R/: En este punto alega el señor Fajardo que la CGR centra el reproche no en su actuar sino en sus calidades personales, nuevamente acude a los conceptos propios del derecho penal y punitivo, los cuales valga precisar no resultan aplicables al proceso de responsabilidad fiscal cuya naturaleza tal y como lo ha precisado en múltiples oportunidades la Corte Constitucional, es reparatoria.

Ahora bien, es necesario recordar que la Responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo[457]. Lo que significa que para que la misma se configure la conducta desplegada por el individuo debe haberse realizado con dolo o al menos culpa, exigiéndose en el caso de la responsabilidad fiscal que se trate de culpa grave.

Sobre el particular, la doctrina ha indicado lo siguiente:

> "Cuando se exige que en la conducta haya existido dolo o al menos culpa (negligencia), sea probándola o acudiendo a las presunciones legales, estamos frente a la llamada responsabilidad subjetiva"[458].

Lo anterior implica necesariamente hacer un análisis del factor subjetivo desde el modelo de conducta que trae el artículo 63 del código civil, ejercicio en el cual si bien se parte de un parámetro de conducta que no diferencia entre individuos con o sin formación profesional, si resulta relevante para el caso concreto en el entendido de que una persona con alta formación profesional se espera que tenga un grado de comprensión superior de las situaciones que se le ponen en conocimiento y, por lo tanto, cuente con mejores herramientas para atender a los desafíos que se le presenten en ejercicio del cargo público que ostenta.

Por lo que mal haría este Despacho en desconocer dicha formación profesional.

Así mismo, el reproche de la Contraloría no se centra como mal lo quiere hacer ver el señor Fajardo en sus calidades personales sino en las conductas desplegadas las cuales se recuerdan:

1. En calidad de delegante no haber ejercido en debida forma sus funciones de seguimiento y control a su delegatario en la junta directiva de Hidroituango.
2. En calidad de Gobernador, a pesar de haber conocido las situaciones irregulares que se estaban presentando en Hidroituango, no haber puesto su conocimiento y capacidades al servicio de Hidroituango, del Departamento de Antioquia y del país tomado acciones o dando instrucciones efectivas para contrarrestar o mitigar los efectos negativos de las mismas, mínimo bajo el control de tutela que le correspondía ejercer constitucional y legalmente.

Distinto es juzgar a alguien por ejemplo de manera discriminatoria por su raza, género, preferencias sexuales u otro tipo de condiciones personales lo que repugna

---

[457] *"En este punto, es pertinente precisar que la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo en la medida en que* ***se individualiza y valora la conducta del agente de manera independiente***" CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 11001-03-15-000-2021-00035-01(AC)
[458] VELASQUEZ POSADA, Obdulio "Responsabilidad Civil Extracontractual" editorial Temis S.A., 2009, P 14

al ordenamiento constitucional y es contrario al bloque de constitucionalidad. Lo que evidentemente no ocurre en el caso concreto.
Ahora bien, con base en el argumento de la Falacia ad hominem, concluye el señor Fajardo así: "*Este tipo de descalificaciones, dirigidas a la persona del autor y no a los hechos específicos de su conducta, desvía la atención del lector hacia circunstancias y condiciones irrelevantes para el fundamento de la conclusión. Si la "importancia" del asunto o la "preparación académica" fueran los fundamentos del reproche, lo cierto es que bajo ese estándar prácticamente ningún dirigente podría encomendar ninguna función significativa"*

Llama la atención que el hecho de que se haga alusión a las calidades profesionales del entonces Gobernador de Antioquia sea interpretado como una manera de "desviar la atención del lector" a condiciones irrelevantes, pues ello no es verdad, como se explicó líneas atrás sí se trata de un asunto importante pues precisamente atiende al análisis del factor subjetivo. De hecho, como puede verse a lo largo del auto de imputación respecto de todas y cada una de las personas naturales se hizo referencia a su formación profesional, precisamente en el sentido de analizar y determinar la estructuración del factor subjetivo en cabeza de todos y cada uno de los imputados.

Ahora bien, llega el señor Fajardo a afirmar como conclusión nuevamente y como producto de una lectura sesgada del auto de imputación al considerar que el reproche del Despacho radica en que él hubiera delegado una función, frente a este argumento, desvirtuado líneas atrás se recuerda nuevamente que en ningún momento este Despacho ha reprochado el hecho de que se Deleguen funciones o competencias.

Por todo lo anterior, se concluye que este argumento tampoco está llamado a prosperar.

Continúa el apoderado alegando que:

> *5. Reducción al absurdo*
> *Finalmente, quizás el error más grosero de argumentación resulte de la ostensible contradicción de la CGR cuando, respecto de un mismo asunto y para una misma persona, alega al mismo tiempo que no hubo supervisión y que yo sí estaba enterado de los detalles. La CGR afirma*
> *"Decisiones de tal magnitud que se tomaron por parte del delegado del señor Fajardo y sobre las cuales se reitera él nunca se pronunció debiendo hacerlo [...] Adicional a lo anterior, es oportuno resaltar que en la Junta Directiva de Hidroituango, se encontraban secretarios de despacho Departamental, que, por tanto, eran para la época de los hechos, subalternos del señor Gobernador, a saber, hecho que no puede pasar desapercibido si se tiene en cuenta que ellos, a diferencia de lo ocurrido con su delegado, le informaban sobre la gravedad de lo que pasaba con el proyecto*

Hidroituango. [ ]Se encuentra probado en el plenario que estos funcionarios le reportaban los pormenores que ocurrían con el proyecto de Hidroituango"
En otro apartado, La CGR reconoce que'
"A su vez, el otro testigo, Jaime León Gutiérrez, al preguntársele acerca si sabía cómo se supervisaba la delegación y cuál era el trámite respondió: "Por algún conocimiento que tuve en su oportunidad, recuerdo que nos llamó el Dr Fajardo, porque a él le gustaba mucho saber [...]28

[..] Adicionalmente, acerca de los constantes informes que eran presentados a Sergio Fajardo, en calidad de Gobernador, añadió [.]
"Éramos enfáticos en ese tipo de control-indirecto-, porque a él le preocupaba mucho que tipo de control le pedían hacer [ ] tenían que pasarle cada semana un informe escrito y ese lo reciba el secretario privado y se le entregaba los jueves o viernes, y el lunes de cada semana él tomaba líneas o le pedía al secretario que se quedara después, de hecho, tenía reuniones permanentes-semanales-con ciertas dependencias, recuerdo que todos los miércoles era con la Secretaría de Infraestructura. El Gobernador siempre revisaba los informes, para el lunes poder socializar, entender, comprender, y hablar con cada secretario en caso de que necesitara algo, ese informe todos los secretarios lo entregaban al secretario privado del Gobernador [..] Sin embargo, como se explicó líneas atrás, cuando se le preguntó a la Gobernación sobre la delegación del gobernador Sergio Fajardo, esta confirmó que en sus archivos únicamente se encontraba el Decreto 0867 de 2012 por el cual se delega una representación. Se tiene probado entonces que el Señor Fajardo delegó la representación en la junta directiva de Hidroituango al señor Iván Mauricio Pérez Salazar en calidad de Gerente del Idea A continuación, se anexa Decreto No. 0867 DE 2012: [...]
De los 2 testimonios realizados tanto a la señora Mejía como al señor Gutiérrez, se encuentra probado que los secretarios de Despacho realizaban informes semanales que presentaban al Gobernador, en los cuales detallaban el seguimiento [..]29
Mientras que a lo largo de todo el texto se reprocha la ausencia de supervisión y control, aquí se da por probado que me reportaban "los pormenores" de lo que ocurría en el proyecto. Esto levanta la pregunta para cualquiera. Si es verdad que estaba enterado de los pormenores del proyecto, ¿entonces qué caso tiene reprocharme no haber ido a la Junta?
Aquí la contradicción es inocultable: la argumentación de la CGR está basada en el pilar de que la delegación supone, de alguna u otra forma, una desatención del proyecto más importante de la región y, sin embargo, da por probado que estaba al tanto de los pormenores del asunto
Repárese en el siguiente extracto del auto: Le resultaba elemental, en su condición de miembro principal de Junta directiva de Hidroituango, a la que no escapa su condición de gobernador, estar plenamente e informado de un proyecto de especial importancia para el país y el departamento de Antioquia que por su magnitud no podía ser comparado con cualquier otro proyecto y que tanto por sus deberes como delegante como por los reportes que recibía de los otros miembros de Junta "secretarios" exigían un deber positivo de conducta de fijar posición contundente frente al desarrollo del proyecto, bien a través de su

delegatario o bien avocando su función directamente como miembro principal de la Junta Directiva de Hidroituango".

Toda la construcción de la CGR, montada sobre la idea de deberes residuales de quienes encomiendan a otro, parte de una inadecuada comprensión de: 1. En general, la naturaleza, alcance y sentido de entregar la gestión a otro como forma de administración mancomunada del riesgo y 2 En este caso específico, la existencia de una asignación de la función específica por instrumento de orden público vinculante para mí como para cualquier otro ciudadano. No solamente no es reprochable el contenido específico de que trata el Decreto 0867 de 2012, sino que la arquitectura regulatoria de la sociedad Hidroituango implica que ese acto solo era comunicacional de la función corporativa que por estatutos le correspondía a la asamblea de accionistas, instrumento decisorio plenamente probado con las actas atrás referidas.

Lo que más llama la atención no es, ni siquiera, que la CGR reproche la delegación -en sí misma y sin consideración de su viabilidad Jurídica ni de su relevancia para la capacidad de vigilancia y control en el caso específico- sino que, expresamente, trae a colación evidencia de que la delegación había partido de una adecuada selección de un personal idóneo para ejercer la función respectiva.

La CGR señala:

En dicha diligencia, la señora Mejía, expuso que el señor Fajardo había delegado la representación en la Junta directiva funcionarios idóneos.

La CGR confunde la delegación de la función con la designación funcional de una asamblea de accionistas regida por el derecho societario vigente, y no por las equivocadas y estrechas interpretaciones que la delegada traslada a esta discusión del derecho administrativo, derogando de paso toda la arquitectura normativa en materia de derecho corporativo. Los miembros suplentes designados para mi rol -asistieron a la junta-, como era y es permitido por el ordenamiento, pero, en ningún caso, me desprendí de la responsabilidad de vigilar y mantenerme informado

En toda su argumentación, la CGR solamente pudo probar el antecedente —que hubo una designación de la función— pero no el consecuente necesario para fundar un reproche —que se desatendió la vigilancia del cumplimiento de dicha función— Por el contrario, la evidencia referida en el propio auto da cuenta de la vigilancia realizada en relación con el ejercicio de la función.

Es importante hay que aclarar que esta carga es residual no es absoluta. Por el contrario, encuentra su límite en la confianza legítima que permite el trabajo mancomunado y la separación de esferas al interior de cualquier grupo de trabajo. Nuevamente• cuando cada quien hace por sí mismo todo, no hace falta que confíe en nadie más; es solo cuando acepta que existe, al menos parcialmente, una función que es responsabilidad ajena cuando resulta imperativo confiar en que aquella persona la ejecutará conforme a la norma.

Lo llamativo de la argumentación de la CGR es que, en el caso concreto, como ya se ha expresado, existe evidencia (y así se reconoce) de las calidades de las personas seleccionadas En ningún momento se reprocha una indebida selección. Por el contrario, se reconoce que las personas contaban con las calidades exigibles para el cabal desempeño de su función Sin embargo, sin

que se haya fundamentado adecuadamente, se me reprocha el no haber ejecutado yo mismo la función.

R/: En este punto, alega el señor Fajardo que la CGR incurre en la reducción al absurdo pues "respecto de un mismo asunto y para una misma persona, alega al mismo tiempo que no hubo supervisión y que yo sí estaba enterado de los detalles"

Contrario a lo que dice el imputado, en el auto de 1484 de 2 de diciembre de 2020, no se incurre en contradicción alguna cuando se afirma que:

"En síntesis, de los informes atrás referidos, el Despacho encuentra probado que el Señor Fajardo no solo conoció los problemas que se estaban presentando en el proyecto más importante para el Departamento de Antioquia, como son los atrasos de la obra, los problemas con el contratista de los túneles y los problemas con la licencia ambiental, así como la imposibilidad de desviar el río en las fechas programadas. Sino que además se le solicitó su intervención directa a efectos de determinar la estructura administrativa con la que debía contar Hi frente a su rol de Vigilancia y control respecto del BOOMT.

Sin embargo, en relación con dichas situaciones el aquí imputado, **no dio instrucciones efectivas a su delegado o a sus subalternos** así como tampoco, a pesar de que tenía la competencia para ello por ser miembro principal de la junta directiva, tomó acciones para apersonarse de estas situaciones y contribuir de manera activa a evitar la pérdida del valor presente neto del proyecto y el logro de la entrada en operación de la hidroeléctrica dentro de las fechas programadas, aun cuando era evidente un atraso general de más de 8 meses y un atraso en el cumplimiento del hito 1(desviación del río Cauca) de 1 año.

De los informes atrás referidos, se tiene constancia de que el Señor Fajardo sí conoció pormenores, como son los atrasos de la obra, los problemas con el contratista de los túneles y los problemas con la licencia ambiental, así como la imposibilidad de desviar el río en las fechas programadas. Sin embargo, se probó que en relación con dichas situaciones el señor Gobernador no dio instrucciones efectivas a su delegado o a sus agentes o tomado acciones para apersonarse de esta situación y contribuir de manera activa a evitar la pérdida del valor presente neto del proyecto y el logro de la entrada en las fechas programadas, aun cuando era evidente un atraso de más de 8 meses"

Es necesario indicar que al momento de explicarse lo relativo a la Delegación de funciones surtida a través del Decreto 867, que como se vio líneas atrás no es producto del imaginario del ente de control sino un acto administrativo con vocación de generar efectos jurídicos, el cual no se limitó de manera expresa en el tiempo, ni

fue sometido a una condición resolutoria, ni fue revocado, ni tampoco perdió fuerza ejecutoria[459].

Establecido lo anterior, resulta importante recordar lo sostenido por la Corte Constitucional sobre el vínculo que existe entre delegante y delegatario, en los siguientes términos:

> *"Al delegar se establece un **vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas.** Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y **es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación**. En virtud de tal vinculación, **el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación**. Estas particularidades se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta **y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal**"[460].*

[459]Para la época en que se expidió el acto Administrativo se encontraba vigente el Código Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 66 regulaba lo atinente a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, en los siguientes términos: *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:*
1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

La Ley 1437 de 2011 que derogó el código contencioso administrativo, consagró en su Artículo 91 la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos con una leve modificación en su texto pero conservando sustancialmente, las mismas causales, en los siguientes términos: *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*
1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia

[460] Corte Constitucional, Sentencia C-372-02 Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil dos (2002).

De lo anteriormente dicho y tal y como se explicó en el Auto 1484 de 2 diciembre de 2020, las funciones del señor Fajardo_ como delegante no se limitaban a una actividad pasiva limitada a enterarse de lo que pasaba simplemente en el proyecto.

Desde su rol de delegante mantiene un vínculo funcional, especial y permanente que implica no solo enterarse sino además ejercer las funciones de dirección, instrucción y orientación que le correspondían como jefe de la Entidad (Gobernador de Antioquia). Es importante anotar que el delegante conserva durante todo el tiempo la facultad de revocar el acto de delegación y reasumir cuando lo considere necesario sus atribuciones.

Así mismo y desde la segunda conducta que se le reprocha al señor Fajardo ya desde su rol como Gobernador de Antioquia y teniendo en cuenta que ostenta un control de tutela, respecto de los funcionarios de quien es jefe directo (secretario de Despacho) como respecto de las personas que nomina en las Entidades descentralizadas (por ejemplo, el IDEA) cuando el daño fiscal ha sido generado por servidores y en el ámbito de organizaciones que están bajo sujeción de tales jefes, bien por jerarquía o por control de tutela.

La dirección de la actividad administrativa que se les otorga a los jefes superiores de la Administración Pública en todos sus niveles y órdenes, no implica una delimitación ni separación tajante con respecto al cumplimiento y concreción de resultados atribuidos a las dependencias y funcionarios encargados de ejecutar las políticas públicas y los planes adoptados y conocidos por la alta dirección.

Los jefes superiores de la Administración tienen a su cargo varios mecanismos para impulsar la creación y promoción de directrices, políticas y proyectos en garantía de su material ejecución; y si bien dicha materialización se realizan por los distintos niveles de la entidad, órgano o sector estatal, los jefes superiores tienen atribuidas **mecanismos de impulsión y de control y vigilancia activos,** impuestos por la Constitución y desarrollados por la Ley normalmente en los ámbitos del ejercicio de un control jerárquico y/o control de tutela sobre las gestiones que cumplen sus subalternos y/o las dependencias que gozan de autonomía administrativa, pero en cuya acción intervienen de manera directa.

Si bien es cierto que los jefes superiores de un sector administrativo no tienen a su cargo los deberes de ejecución directa de todos los proyectos y programas a cargo de las organizaciones que dirigen o tutelan, **sí ostentan precisos deberes de vigilancia.**

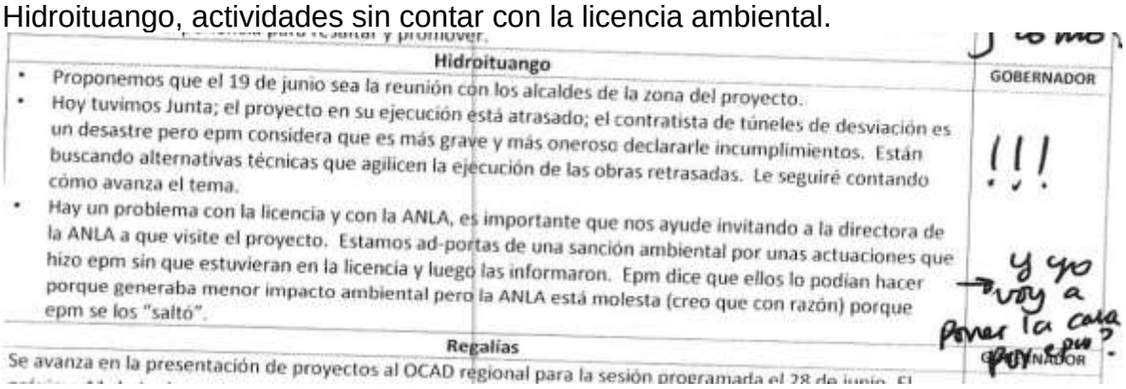
Así las cosas, si por virtud de los deberes de control de tutela, control jerárquico y de la delegación el Jefe Superior, por acción u omisión, interviene o se involucra directamente en las decisiones de las dependencias y funcionarios ejecutores que la postre puedan conducir a la generación de un daño fiscal, y existe prueba no solo de la acción u omisión de dicho Jefe Superior sino, adicional y esencialmente, prueba

de que **el mismo estuvo en capacidad de conocer lo que sucedía**, es posible, según la calidad de dichas pruebas verificables en cada caso concreto y la calidad de la conducta funcional, que dicho Jefe Superior pueda ser concebido causante, si es gestor fiscal según el caso; o como contribuyente al daño, siempre y cuando, claro está, **su intervención por activa o pasiva tenga ocurrencia en la dinámica, real, material y concreta de las relaciones de dirección, instrucción, información, vigilancia, avocación, corrección de la actividad administrativa que le corresponde liderar conforme a la Constitución, a la Ley, decretos reglamentarios, ordenanzas y acuerdos, según el nivel al que corresponda**.

Entonces no resulta contradictorio decir que aun cuando el señor Fajardo conocía las graves situaciones que se presentaban en el proyecto y que muchas de ellas requerían de su atención, aun teniendo la capacidad jurídica pues era miembro principal de la junta directiva, delegante de tal función en cabeza del señor Ivan Mauricio Pérez Salazar y Gobernador de Antioquia y por lo tanto jefe de quienes también eran miembros de junta directiva, **mantuvo una actitud pasiva** en la que permitió que dichas personas tomaran las determinaciones sin recibir instrucciones efectivas suyas, lo cual se corrobora además con el material probatorio allegado por la defensa del señor Fajardo

En efecto, está probado como se dijo desde el auto de imputación que el señor Fajardo estaba enterado de situaciones muy graves que ocurrían con el proyecto, también está probado que **realizó únicamente algunas anotaciones al margen e instrucciones genéricas que no fueron efectivas ni se dirigieron a enervar los problemas sustanciales del proyecto más grande de Antioquia.** Tal y como se aprecia a continuación:

En el informe semanal de 7 de junio de 2013 a diferencia del acta que fue entregada en su momento con el testimonio de la sra Clara Luz mejìa Vèlez aparece un escrito a mano, en la casilla que corresponde al Gobernador, en el que aparecen 3 signos de exclamación (!!!) y la pregunta: y yo voy a poner la cara por EPM? Ello frente al problema con la licencia ambiental, en atención a que EPM realizó en el proyecto Hidroituango, actividades sin contar con la licencia ambiental.



Hidroituango

- Proponemos que el 19 de junio sea la reunión con los alcaldes de la zona del proyecto.
- Hoy tuvimos Junta; el proyecto en su ejecución está atrasado; el contratista de túneles de desviación es un desastre pero epm considera que es más grave y más oneroso declararle incumplimientos. Están buscando alternativas técnicas que agilicen la ejecución de las obras retrasadas. Le seguiré contando cómo avanza el tema.
- Hay un problema con la licencia y con la ANLA, es importante que nos ayude invitando a la directora de la ANLA a que visite el proyecto. Estamos ad-portas de una sanción ambiental por unas actuaciones que hizo epm sin que estuvieran en la licencia y luego las informaron. Epm dice que ellos lo podían hacer porque generaba menor impacto ambiental pero la ANLA está molesta (creo que con razón) porque epm se los "saltó".

GOBERNADOR

!!!

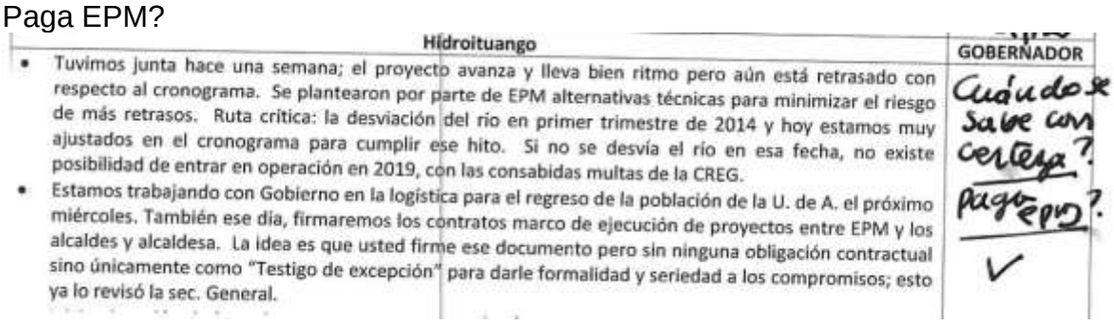
y yo voy a poner la cara por epm?

Regalías

Se avanza en la presentación de proyectos al OCAD regional para la sesión programada el 28 de junio. El

En el informe semanal de 12 de julio de 2013, a diferencia del que fue entregado en su momento por la testigo Clara Luz Mejìa Vèlez aparece escrito a mano en la

casilla que corresponde al Gobernador lo siguiente: Cuándo se sabe con certeza? Paga EPM?



Hidroituango	GOBERNADOR
• Tuvimos junta hace una semana; el proyecto avanza y lleva bien ritmo pero aún está retrasado con respecto al cronograma. Se plantearon por parte de EPM alternativas técnicas para minimizar el riesgo de más retrasos. Ruta crítica: la desviación del río en primer trimestre de 2014 y hoy estamos muy ajustados en el cronograma para cumplir ese hito. Si no se desvía el río en esa fecha, no existe posibilidad de entrar en operación en 2019, con las consabidas multas de la CREG. • Estamos trabajando con Gobierno en la logística para el regreso de la población de la U. de A. el próximo miércoles. También ese día, firmaremos los contratos marco de ejecución de proyectos entre EPM y los alcaldes y alcaldesa. La idea es que usted firme ese documento pero sin ninguna obligación contractual sino únicamente como "Testigo de excepción" para darle formalidad y seriedad a los compromisos; esto ya lo revisó la sec. General.	Cuándo se sabe con certeza? Paga EPM? ✓

Adicional a lo anterior, también aporta como prueba dos (2) reportes mensuales de seguimiento a inversiones de la Gobernación y el IDEA de fecha 14 de junio de 2013 y de 5 de julio de 2013 en los cuales en relación Hidroituango se reporta la siguiente información:

Reporte mensual de fecha 14 de junio de 2013: en el título *"Hechos relevantes del mes"* se lee: *"El contratista de los túneles de desviación sigue presentando retprasos (SIC) y se están analizando alternativas de obra para no afectar la entrada en operación del proyecto. Por ahora, vamos ajustados al cronograma CREG*". Y en el título "*Observaciones/Próximos Pasos*" se lee: "*Hacer seguimiento a las propuestas de obras alternativas. Seguimiento al desempeño del contratista de los túneles* ".
Reporte de 5 de julio de 2013, en el título "*Hechos relevantes del mes*" se lee:"*Se continúa con el cronograma de obras. La desviación del Rio sigue siendo un punto crítico y aún se estudian posibles alternativas para acometer la obra"*; en el título "Observaciones/Próximos Pasos" se lee: *"Destacar más las obras de impacto positivo para la comunidad (vías). Apoyar al ejército en su solicitud de un Batallón de combate terrestre ante la nación"*.

> *3. Derecho convencional y defensa material*
> *La CC, en sentencia C-069 de 2009, expresó la diferencia que existe entre el concepto de defensa material y defensa técnica, respecto de los casos en que el Estado ejerce su poder punitivo en contra de los ciudadanos Textualmente, la CC aseveró:*
> *En este marco, para controvertir la actividad acusatoria del Estado el ordenamiento prevé dos modalidades de defensa que no son excluyentes sino complementarias.*
> *De un lado, la defensa material, 'que es la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades' De otro, la defensa técnica, 'que es la ejercida por un abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes' (negrilla fuera de texto).*
> *Esta diferenciación entre defensa material y defensa técnica no es nueva. Ha estado presente, por lo menos como derecho universal, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948*

De hecho, en el artículo 10 de la DIDH quedó consagrado que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".
Aquello que señala la DIDH sería interpretado -por otros tratados de derechos humano como la necesidad de equiparar las armas con las que cuenta cada parte dentro de un proceso punitivo. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado también por la Asamblea General de la ONU mediante resolución del 16 de diciembre de 1966, dispuso en su artículo 2 que los Estados parte tienen la obligación de adoptar medidas encaminadas a garantizar los derechos consignados en el Pacto, entre los cuales está justamente el de ser oído en igualdad, como parte del derecho al debido proceso consignado en el artículo 14, así.
*[ ]Todas las personas **son iguales** ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona **tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías** por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.*

Luego, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) adoptada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, se hizo visible la diferencia entre defensa material y técnica, y estos derechos (defensa material y técnica) empezaron a aplicarse a otros procesos, distintos a los penales. El artículo 8 de la CADH preceptúa•

[.] 1. Toda persona** tiene derecho **a ser oída, con las debidas garantías** y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, **o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
*2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las **siguientes garantías mínimas:***
***[ ]** d) derecho del inculpado **de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección** y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

*e) **derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor** proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; (negrilla propia)*

Es claro que su aplicabilidad procede siempre que el Estado ejerce sus poderes punitivos sobre los administrados, en especial, por el carácter expansivo que este empezó a tener en todo tipo de áreas.

La aplicabilidad de la defensa material ha sido desarrollada en pronunciamientos de los órganos encargados de aplicar cada uno de los instrumentos anteriores. Así ocurre, por ejemplo, con la Observación General número 32 sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia emitida por el Comité de Derecho Humanos de la ONU en 2007, documento que señala que las garantías procesales son aplicables en casos donde se discuten derechos de las personas ante las autoridades, no sólo en asuntos penales. En concreto dice.

El artículo 14 es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación. La primera oración del párrafo 1establece una garantía general de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que rige con independencia de la naturaleza de las actuaciones ante tales órganos. ***La segunda oración de este mismo párrafo consagra el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías*** *por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley si se enfrentan a una acusación de carácter penal* ***o si se trata de determinar sus derechos y obligaciones de carácter civil.*** *En estas actuaciones los medios de información y el público sólo pueden ser excluidos de las vistas en los casos especificados en la tercera oración del párrafo 1 Los párrafos 2 a 5 del artículo prevén las garantías procesales de que disponen las personas acusadas de un delito.*

[...]1S. El derecho a una audiencia pública y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, está garantizado en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 cuando se trata de sustanciar una acusación de carácter penal formulada contra una persona ***o de determinar sus derechos u obligaciones de carácter civil.*** *Las acusaciones de carácter penal corresponden en principio a actos que en el derecho penal nacional se han declarado punibles.* ***La noción puede extenderse también a actos de naturaleza delictiva porque conllevan sanciones que, independientemente de su calificación en el derecho interno, deben considerarse penales por su objetivo, carácter o gravedad*** *(negrilla fuera de texto)*

Siguiendo la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dejado claro que las garantías que componen el debido proceso no aplican solo en materia penal. Esto lo ha hecho a lo largo de su jurisprudencia por lo menos desde el año 2001 en el caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, en donde aclaró que:

[...] cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un `juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

En el mismo sentido, la Corte IDH lo advirtió en el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú en donde aclaró que:

[..] pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un 'Juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que

alguna autoridad pública, no Judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos.
También en el caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, la Corte IDH expresó que "las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo yen cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas". En complemento, la Corte IDH en el caso Claude Reyes y otros Vs Chile estableció que las garantías del artículo
8.1. [...] deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos
Hasta este punto, es fácil identificar tres rasgos esenciales provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

• Primero, que los sistemas de derechos humanos han reconocido desde sus inicios el derecho al debido proceso.

• Segundo, que esta garantía incluye de forma primigenia el derecho a ser oído en igualdad de condiciones ante las actuaciones punitivas del Estado, lo que implica no sólo poder hablar en nombre propio, sino también de poderlo hacer a través de un abogado cuando se desee

• Y, tercero, que el derecho al debido proceso con estos componentes no es exclusivo del derecho penal, sino que es aplicable a todas las manifestaciones del poder punitivo del Estado
Ahora, en el plano nacional el ordenamiento colombiano ha adoptado esa misma línea de pensamiento En primer lugar, gracias a que el artículo 93 de la Carta, que define la integración del bloque de constitucionalidad, ha permitido que por esa vía se integren no sólo los instrumentos de derechos humanos, sino también la interpretación que de ellos han hecho los órganos autorizados para aplicarlos. Al respecto dice la norma:
Artículo 93 Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (negrilla fuera de texto)
Sumado a ello, el artículo 29 de la misma Carta incluyó expresamente el derecho a ser oído como parte esencial del debido proceso, y aclaró, además, que este opera para todas las actuaciones judiciales y administrativas. En efecto, dicha norma establece en su inciso 1 que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", y en su inciso 4 aclara que "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento", "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra", entre otras.

Al igual que ocurrió en la esfera internacional, hubo discusiones acerca de si las

garantías del debido proceso del inciso 4 se referían solo a procesos penales o si debían estar incluidas otras formas de poder punitivo. No obstante, esta dificultad fue zanjada rápidamente por CC en favor del principio pro homine, en el sentido de extender las garantías del debido a proceso a todos los escenarios en que los derechos de los administrados pueden ser afectados por cuenta de decisiones de las autoridades. Así fue reconocido en sentencia C- 034 de 2014.

Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías (negrilla fuera de texto).

Esta extensión de las garantías penales a las administrativas lleva inmersa la distinción acerca de la defensa material, como el derecho a ser oído, como de la defensa técnica, como el derecho a ser oído en plano de igualdad asistido por un abogado. Esta aplicación no admite otra perspectiva si se es consecuente con el hecho de, que, en la actualidad, los procedimientos administrativos sancionatorios tienen la capacidad de afectar los derechos de las personas en una intensidad equivalente a la de los juicios penales.

En efecto, en la actualidad, diferentes procedimientos no penales pueden derivar en la imposición de elevadas sanciones, que literalmente pueden afectar el mínimo vital de las personas, o inhabilitarlas para ejercer cargos públicos, entre otras. Este impacto trascendental es lo que ha llevado a dejar claro que tales garantías no son exclusivas de los juicios penales. Por ello, en sentencia C-980 de 2010 la CC hizo un recuento de los elementos que integran el debido proceso administrativo, inclusive en los aspectos que mencionan Veamos Así entendido, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a "actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el finde garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción [...]
[...] 5 5 En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a• (i) ser oído durante toda la actuación, (u) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (in) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia,

(vil) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso
No hay duda de que es plenamente aplicable el derecho que tienen quienes se someten al poder punitivo del Estado, tanto es su modalidad penal, como en las administrativas, de no sólo a ser oídos directamente a lo largo de todo el proceso (defensa material), sino también a que sean asistidos por un abogado (defensa técnica).
Por consiguiente, en materia de responsabilidad fiscal este derecho también es aplicable. Lo primero que debe decirse, es que la concepción meramente resarcitoria del juicio de responsabilidad fiscal ha quedado abandonada y descartada por el mismo artículo 268 superior, incluso antes de la modificación surtida por el acto legislativo 04 de 2019. Lo anterior, en la medida en que el numeral 5 de ese artículo consignó, antes y después de la reforma, la vocación sancionadora que tiene el poder punitivo de la Contraloría. Al respecto dice ese aparte:
El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación. (negrilla propia)
Hay que considerar entonces, que pretender que las garantías del debido proceso no sean aplicables a los juicios de responsabilidad fiscal, en función de su capacidad resarcitoria del daño, se cae de su propio peso, pues contravía flagrantemente el derecho humano al debido proceso.
En adición, el Decreto 403 de 2020 expresó textualmente lo siguiente:

ARTÍCULO 78. Naturaleza. El Procedimiento Administrativo Sancionatorio Fiscal es de naturaleza especial, propende por el debido ejercicio de la vigilancia y el controlfiscal, la protección del patrimonio público y el cumplimiento de los principios constitucionales y legales del control y la gestión fiscal.

No obstante, y en gracia de discusión, dada la manifiesta capacidad sancionadora del proceso de responsabilidad fiscal, el legislador ordinario y extraordinario incluyó acertadamente formas ejercer el derecho de defensa. De manera concreta, el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 610 de 2000 dispone
En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, ***a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción,*** *deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso Contra este auto no procede recurso alguno. (negrilla propia)*
Igualmente, el artículo 42, modificado por el artículo 136 del Decreto 403 de 2020, describe la garantía de defensa del implicado, así-

Artículo 42. Modificado por el Decreto 403 de 2020, artículo 136. Garantía de defensa del implicado ***Quien tenga conocimiento*** *de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario* ***que le reciba exposición libre y espontánea,*** *para cuya diligencia podrá* ***designar un apoderado que lo asista***

y lo represente durante el proceso, *y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.*

En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable ***no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un defensor de oficio*** *si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado*
En caso de no poder el implicado comparecer a la diligencia, podrá remitir por escrito por cualquier medio de audio o audiovisual, su versión libre y espontánea, siempre que ofrezca legibilidad y seguridad para el registro de lo actuado (negrilla propia)
Más adelante, el artículo 50.
Artículo 50 Modificado por el Decreto 403 de 2020, artículo 139 Traslado ***Los presuntos responsables*** *fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o por aviso o en la página web de la entidad, según corresponda,* ***para presentar los argumentos de defensa*** *frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer. Durante este término el expediente permanecerá disponible en la Secretaría. (negrilla propia)*
De estas disposiciones pueden extraerse dos elementos. El primero, es que con acierto el procedimiento fiscal incluye de manera expresa el derecho que tiene quien se somete al poder punitivo fiscal, de ser oído antes de la imputación, lo cual es justamente una materialización del derecho de defensa material. Y segundo, a lo largo del procedimiento está garantizado el derecho de defensa en sus diferentes fases y etapas.
Una lectura acorde con el sistema universal de los derechos humanos, el sistema interamericano, la jurisprudencia de sus órganos, el bloque de constitucionalidad y la propia Constitución, solo puede indicar que el derecho de defesa en su versión material y técnica, opera durante todo el proceso y no solo en algunas fases.
La aclaración que hace el artículo 42 del Decreto 403 de 2020 de ninguna manera puede ser entendida como que la única fase en la que puede ser oído el investigado, sino que, por ningún motivo, se puede pasar de esa fase sin que se le haya dado esa oportunidad.
Entonces, es claro entonces que en las diferentes instancias en las cuales siempre puede ejercerse el derecho de defensa, procede la garantía universal, no solo de poder ser oído, sino además de hacerlo complementariamente por la voz de un letrado del derecho.
En conclusión, el derecho a ser oído es un derecho humano que integra el debido proceso, el cual opera no solo para los procesos judiciales sino también para los administrativos con capacidad de afectar los derechos de las personas, como justamente lo es el de responsabilidad fiscal. Esta es una posición decantada y reconocida por todas las instancias relevantes en materia de derechos humanos.
En atención a todo lo anterior, presento estas líneas en el marco del ejercicio del derecho a la defensa material, como parte del debido proceso y como expresión del núcleo esencial del derecho a la defensa.

R/: El Despacho se pronunció sobre los argumentos planteados por el señor Fajardo y también sobre los expuestos por su apoderada en el acápite de argumentos comunes expuesto líneas atrás..

4. Consideraciones finales
Así las cosas, en ejercicio de mi derecho a la defensa material, respetuosamente presento estas consideraciones adicionales, de manera complementaria a los argumentos que mi defensa técnica presentará en la oportunidad y formas establecidas en la ley, para que se retiren los cargos en mi contra, tras constatar la ausencia de los presupuestos normativos para atribuirme responsabilidad fiscal.

R/: Respecto de esta solicitud, en primer término se precisa que no se trata de un proceso penal ni disciplinario por lo que no existen "cargos" propiamente dichos, sin embargo, atendiendo a la sustancia de la petición misma se tiene que resulta improcedente por cuanto ni los argumentos ni el acervo probatorio presentado, han tenido la virtualidad de desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal establecidos en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, a saber: el daño al patrimonio del Estado, la conducta gravemente culposa y el nexo de causalidad entre los primeros dos elementos.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por la apoderada ni directamente por el Imputado, así como tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario, se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal en contra del señor **SERGIO FAJARDO VALDERRAMA**, en calidad de gestor fiscal, de manera solidaria y a título de culpa grave, en cuantía indexada de ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.

SERGIO BETANCUR PALACIO
C.C. 8.254.903

Mediante escrito de descargos con radicados 2021ER0042943, 2021ER0042945, 2021ER0042947[461]del 12 de abril de 2021, la firma MO ASESORIA Y

[461] Fls. 22847-22871, 22872-22892, 22893-22935.

CONSULTORÍA INTEGRAL S.A.S., allegó el escrito de descargos del señor Sergio Betancur Palacio.

El señor Betancur Palacio, fue miembro de la Junta Directiva de Hidroituango desde el 06 de octubre de 2008 hasta el 03 de febrero de 2012.
El apoderado inicia su escrito de descargos haciendo mención a los siguientes antecedentes:

> *"La Contralora Delegada Intersectorial 09 Unidad de Investigaciones Especiales contra la corrupción de la Contraloría General de la República, mediante auto No 0945 del 08 de Noviembre de 2019, ordenó abrir el proceso ordinario de responsabilidad fiscal PRF-2019- 01104 UCC-PRF-014-2019 por presunta afectación a la sociedad HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. (HIDROITUANGO S.A. E.S.P), con ocasión del informe producto dela Actuación Especial, realizada por la Contraloría Delegada de Minas y Energía de la Contraloría General de la República, en ejercicio del control excepcional que se ejerció como consecuencia de la solicitud impetrada el día 9 de enero de 2019, por el señor Juan Carlos Calderón España en su calidad de Director y Representante Legal de la Veeduría Ciudadana Nacional Recursos Sagrados, admitido por el Contralor General mediante Auto ORD-80112-0042 del 8 de agosto de 2019 a los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango.*
>
> *A través de dicha providencia, se avoca conocimiento, cierra la indagación preliminar y procede a abrir Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2019-01104 UCC-PRF-014-2019, destacando como entidades afectadas: Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., EmpresasPúblicas de Medellín E.S.P. y los socios públicos de Hidroituango S.A. E.S.P."*

De otro lado, indicó el Apoderado:

> *Como se observa, la Contraloría Delegada Intersectorial 09 imputó cargos al señor SERGIO BETANCUR PALACIO por conductas completamente nuevas a las señalas en el auto de apertura y frente a las cuales, dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el cual inició formalmente hace más de un año y en que la Contraloría ha desplegado una inmensurable actividad probatoria, que podrá constatarse con la inspección al expediente digital, que para la fecha de imputación de cargos ascendía a más de 17.283 folios, sin mencionar las dificultades y la dilación injustificada para acceder a las piezas y actuaciones procesales,* ***no ha tenido oportunidad de ejercer su legítimo derecho a la defensa y contradicción,no rindió versión libre y menos aún ha tenido la posibilidad de presentar pruebas ensu defensa.***
> *Ese Despacho frente a las nuevas conductas presuntamente realizadas por el señor* ***SERGIO BETANCUR PALACIO*** *como causantes del daño patrimonial, debió proceder como lo indican los artículos 14 y 40 de la Ley 610 de 2000 a iniciar una nueva causa fiscal,para que en desarrollo de un nuevo proceso, contando con todas las garantías, pudiera ejercer su derecho a la defensa y contradicción frente a tales conductas, y no como lo hizo,imputando cargos a título de culpa grave sobre unas conductas completamente nuevas para el investigado después de un año de estarse tramitando el proceso.*

> *Con la imputación de cargos que le hace la Contralora Delegada Intersectorial 09 al señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, se violó el principio de congruencia, que hace parte del derecho al debido proceso, al imputarle cargos a título de culpa grave, por una serie de conductas sustancialmente diferentes por las que fuera vinculado formalmente al presenteproceso de responsabilidad fiscal, respecto de las cuales, como ya se anotó, mi representado no ha podido ejercer su legítimo derecho a la defensa y a la contradicción y sobre las que, durante el trámite del proceso, no le fueron enrostradas como constitutivas de la responsabilidad fiscal, por lo que, **no ha tenido oportunidad de ejercer su legítimoderecho a la defensa y contradicción frente a la multiplicidad de conductas nuevas sobre las cuales se edificó dicha imputación**.*
>
> *El principio de congruencia es un principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales o administrativas, formuladas al inicio del proceso con el fin de queexista identidad jurídica entre estas y la decisión. La inclusión del principio de congruenciaen nuestro ordenamiento jurídico, representa una garantía para salvaguardar y proteger losderechos de las partes dentro de un proceso y por supuesto su aplicación busca amparar entre otros, el debido proceso y el derecho de defensa. Dicho principio, constituye un elemento sustancial del debido proceso porque hace parte de su estructura y representa uneficaz instrumento para el ejercicio del derecho de defensa y que implica el efectivo desarrollo del debido proceso.*
>
> *Así mismo, inobservó por el ente investigador, los principios de confianza legítima y buena fe, ya que un año después de haber iniciado formalmente proceso de responsabilidad fiscal al señor SERGIO BETANCUR PALACIO sobre unas conductas muy concretas presuntamente constitutivas del daño fiscal, varía la hipótesis frente a la presunta responsabilidad personal del investigado BETANCUR PALACIO, imputándole cargos a título de culpa grave por una multiplicidad de conductas totalmente diferentes a las que originaron su vinculación a esta causa fiscal*.

Rta: Sobre el particular, es importante mencionar que, por este mismo argumento, se interpusieron acciones de tutela por los Apoderados del señor Sergio Fajardo y otros, y de los señores Juan Esteban Calle Restrepo y Luis Javier Vélez Duque, frente a las cuales el Despacho en el informe requerido por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991[462], contestó frente al cambio de los hechos investigados contra los imputados respecto al auto de apertura No. 945 de 2019, lo siguiente:

---

462 *"**ARTICULO 19.-**Informes. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad.*
El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sean la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.
Los informes se considerarán rendidos bajo juramento".

*"(…) **RESPUESTA:** NO corresponde a la verdad que dentro del proceso de responsabilidad fiscal en el auto 1484 de 2 de diciembre de 2020 se hayan cambiado los hechos investigados que fueron señalados en el auto 945 de 8 de noviembre de 2019.*

El fundamento fáctico de dichos autos se encuentra consignado en un acápite específico para cada uno de ellos, en el Auto 945 el mismo se encuentra en los folios 10.480 a 10.498 que corresponden a las páginas 5 a 41 y en el Auto 1484 en los folios 17.778 vto a 17821, que corresponde a las páginas 24 a 109.

Se trata de los mismos hechos, los cuales en síntesis se refieren a las irregularidades presentadas en el proyecto Hidroituango que generaron el daño al patrimonio del Estado expresado en la destrucción del valor presente neto del proyecto y que como consecuencia de que la hidroeléctrica no entrara en operación se generara un lucro cesante.

Los fundamentos fácticos son exactamente los mismos, sin embargo, dado que entre la apertura y la imputación hay un periodo probatorio, en el auto 1484 dichos hechos fueron explicados con mayor detalle y haciendo referencia de manera más extensa al material probatorio que permitió corroborar tales hechos.

Anexo a la presente un cuadro comparativo en lo cual se demuestra lo sostenido (ANEXO 1).

Ahora bien, revisado en este punto lo afirmado por la apoderada de los accionantes, es necesario realizar algunas precisiones y explicaciones puntuales en lo que atañe al proceso de responsabilidad fiscal.

La apoderada textualmente afirma:

"en el referido proceso se han presentado hechos que lesionan en forma grave y evidente el derecho de defensa y debido proceso que constitucionalmente le asisten a mis mandantes. Una muestra de ello es que entre el auto de apertura (Nro. 945 de 2019) y el auto de imputación (Nro. 1484 de 2020) que se hizo a los investigados por parte de la Contralora Delegada, existió en forma atípica y sin apego a la ley, una variación de los hechos investigados contra los imputados, para nublar en forma absoluta, entre otros aspectos, la oportunidad legal de mis asistidos de presentar versión libre sobre las sorpresivas y nuevas conductas reprochadas, así."

Después de lo cual procede a citar las conductas reprochadas en los Autos 945 y 1484. En esta argumentación la apoderada pretende confundir los hechos de la causa fiscal con las conductas.

Sobre el particular es necesario recordar qué se define como Hechos y qué como conductas. Los hechos según la real academia de la lengua son "algo que sucede", mientras que las conductas son "Manera con que las personas se comportan en su vida y acciones".

Así mismo, en los referidos autos, los hechos se desarrollan en un acápite distinto a aquel en el cual se desarrollan las conductas.

Así mismo, y esta es la razón más importante, la Ley 610 de 2000, ley especial que rige el proceso de responsabilidad fiscal indica en relación con las conductas que para efectos de proferir el auto de apertura, se debe contar con los indicios serios que permitan identificar a los presuntos responsables (Artículo 40 de la Ley 610 de 2000), y frente a los elementos que debe contener el auto de apertura, en el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, dice que se den identificar a los presuntos responsables. Mientras que para efectos de la imputación el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, señala que se deben precisar los elementos de la responsabilidad fiscal, los cuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo son una conducta gravemente culposa o dolosa, un daño y el nexo de causalidad entre los dos primeros elementos.

Sobre este particular se ha pronunciado la Auditoría General de la República en el Concepto No. 20181100033261 del 30 de octubre del 2018, al diferenciar los indicios serios que se exigen para proferir el auto de apertura de los indicios graves que se exigen en el auto de Imputación, en los siguientes términos:

> En consecuencia, la diferencia entre los indicios serios de que trata el artículo 40 y los indicios graves del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, es que los primeros apuntan a identificar los posibles autores del daño patrimonial, en tanto los segundos apuntan a comprometer la responsabilidad fiscal de los implicados previamente identificados, todo ello dentro de la sana lógica de evolución y avance del proceso.
>
> Es claro entonces que la diferencia no se enmarca necesariamente en el calificativo de serios o graves, sino que se trata primordialmente de indicios e inferencias diferentes en tanto su finalidad es claramente distinta.
>
> El calificativo de indicio serio o grave, tal como se explicó anteriormente, tendrá que ver con el grado de vehemencia del indicio que la norma reclama para el momento procesal y finalidad correspondiente, con el propósito de ir afianzando el acervo probatorio que conduzca a un óptimo grado de certeza en las conclusiones y decisiones que fundadamente se deban tomar dentro del proceso.

En este entendido, es en virtud de la Ley y no de un capricho del Despacho que en el Auto 945 se describieron los indicios serios que permitieron vincular a los presuntos responsables y en el auto 1484 bajo el análisis cuidadoso de la totalidad del material probatorio obrante en el plenario, se describieron de manera precisa las conductas.

Olvida la apoderada de los accionantes señalar además que en el Auto 945 de 8 de noviembre de 2019, en atención a lo atrás explicado se señaló textualmente:

"En este acápite es necesario precisar que, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, que exige contar con indicios serios sobre

los presuntos responsables, solo se expondrán los elementos que le permiten inferir al Despacho que los aquí señalados con sus acciones u omisiones pudieron ocasionar el daño que se describe, lo que no implica que se esté circunscribiendo su conducta únicamente a lo evidenciado en las piezas procesales que se refieren en este escrito."[463]

Así mismo, es necesario precisar que este argumento ha sido planteado por varios de los imputados y ha sido resuelto en múltiples autos proferidos por el Despacho, entre los cuales se encuentran los siguientes: Auto 1551 del 15 de diciembre de 2020, Auto 1569 del 16 de diciembre de 2020, Auto 474 del 24 de marzo de 2021, Auto 617 del 06 de abril de 2021, Auto 709 del 19 de abril de 2021 y Auto 879 del 21 de mayo de 2021.
En este sentido, como en la imputación, no se incluyeron nuevos hechos, diferentes a los expuestos en la apertura de este proceso, para el momento en que se realizó la exposición libre y espontánea se encontraba identidad en los fundamentos fácticos de esta causa fiscal y por tanto, si en su versión libre los presuntos responsables solo consideran procedente referirse o enfatizar en alguno de los puntos expuestos en la apertura, como en los indicios serios que permiten su vinculación, ello no implica que se haya realizado un cambio en las condiciones de hecho y de derecho aplicables al proceso, o que esta Contraloría debiera citar nuevamente a diligencia de versión libre.
Finalmente, este Despacho, enfatiza que el acto administrativo definitivo en el proceso de responsabilidad fiscal es el fallo con o sin responsabilidad fiscal, por lo que difícilmente podrá hablarse de una violación al debido proceso por una decisión de imputación cuando el accionante no reconoce las formas propias del proceso de responsabilidad fiscal en el que se encuentra vinculado y aun no se ha proferido una decisión definitiva de fondo (…)".

Posteriormente, en fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado 35 del circuito de Medellín, de fecha 4 de agosto de 2021, se declaró improcedente (accionante: Sergio Fajardo y otros), así:

"En conclusión, este Despacho considera que en este caso la acción de tutela es improcedente, toda vez que los actos acusados como vulneradores de los derechos fundamentales son actos de trámite y que los accionantes cuentan con mecanismos idóneos y efectivos en el marco del proceso de responsabilidad fiscal para salvaguardar sus derechos, máxime si se tiene en cuenta que aún se encuentra pendiente de resolver un recurso. Adicionalmente, los accionantes tampoco demostraron que con la decisión de la entidad accionada se les hubiera ocasionado un perjuicio irremediable, razón por la cual no le es dable a esta Agencia Judicial excepcionar la regla general de improcedencia de la tutela en contra de este tipo de actuaciones".

Así mismo, mediante fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, de fecha 13 de agosto de 2021, se declaró

[463] Ver folio 10522 del expediente que corresponde a la pagina 89 del Auto de apertura.

improcedente (accionante: Juan Esteban Calle Restrepo y Luis Javier Vélez Duque) en los siguientes términos:

> *"PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela invocada por el Dr GUSTAVO QUINTERO NAVAS, actuando como apoderado de los señores JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO Y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE contra CONTRALORA DELEGADA INTERSECTORIAL NRO. 9, ADSCRITA A LA UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA".*

Así mismo, es importante indicar por este Despacho que al Apoderado del señor Sergio Betancur Palacio, se le otorgó poder desde el 20 de febrero de 2020 (fl.12021) y se le han atendido las solicitudes elevadas a este Despacho, entre otras, los siguientes folios: 13.157, 13.583, 13.782, 14.008, 14.010, 14.319, 14.368, 14.381, 14.393.

De otro lado en los siguientes **autos se resolvieron las solicitudes de nulidad** así:

- Auto 474 de 24 de marzo de 2021 (fl.21.705 y s.s.).
- Auto 757 de 26 de abril de 2021 (fls.24.646 y s.s.).
- Auto 1097 de 12 de julio de 2021 (fls.27.197 y s.s.).

Mediante Auto No.0948 de 3 de junio de 2021, se resolvió la solicitud de pruebas del señor Álvaro Vásquez Osorio, elevada en el escrito de descargos, así:

DOCUMENTALES APORTADAS

PRUEBA APORTADA	CONSIDERACIONES DEL DESPACHO
Certificación expedida por el Secretario General de Hidroituango con fecha 10 de diciembre de 2020 sobre las Junta Directivas en las que participó el señor SERGIO BETANCUR PALACIO.	Se considera pertinente, conducente y útil, teniendo en cuenta que permite verificar lo invocado si bien, en el expediente hay una certificación de asistencia de los miembros de la junta directiva (Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA G - H MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA), esta se refiere puntualmente a la asistencia del señor Betancur, por lo que se ordena la incorporación de este documento.
Acta de la Asamblea General de Accionistas de Hidroituango del 27 de octubre de 2010.	Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD

	094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P53, 56 y 57_HI\Actas de Asamblea de Accionistas
Escritura pública No 893 del 23 de marzo de 2011, otorgada en la notaría 17 de Medellín	Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA J ESTATUTOS\ESTATUTOS
Copia de Certificación de los Estados financieros comprendido entre el 01 de enero al 31 de agosto de 2010.	Se niega por inútil, toda vez que ya se encuentran acreditados en el plenario, los cuales se encuentran incorporados en la escritura 893 del 23 de marzo de 2011.
Certificado de existencia y representación legal de Hidroituango S.A ESP	Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA I EXISTENCIA Y REPRESENTACION
Certificado de existencia de composición accionaria de la sociedad escindente y la sociedad beneficiaria al 22 de marzo de 2011.	Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA Ñ COMPOSICION ACCIONARIA

DOCUMENTALES SOLICITADAS

PRUEBAS SOLICITADAS	**CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**
Contrato suscrito con la banca BNP Paribas.	Se niega por inútil, toda vez que dicho contrato fue aportado en los descargos presentado, por el señor Luis Guillermo Gómez Atehortua, el cual se ordenó su incorporación como medio de prueba pertinente, conducente y útil. El contrato se puede consultar: Y:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 95\FOLIO 19965 ER0139853
Copia del informe y/o presentación elaborada por BNP Paribas con destino a la sociedad Hidroituango en los	Se niega por cuanto no indica en su solicitud, el objeto de la prueba por lo que no es posible evaluar su pertinencia, conducencia y utilidad, pues no es claro para este Despacho en que puede aportar los informes de BNP Paribas correspondiente a los meses de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2009 al presente

meses de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2009.	proceso. Así mismo, en el plenario obra informe de evaluación presentado por BNP Paribas en enero de 2010.
Relación de las empresas que participaron en la invitación internacional a precalificar convocada en el mes de noviembre de 2009.	Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\001. Proceso de Subasta\1. Preclasificación
Copia del cronograma del proceso de invitación internacional a precalificar.	Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\001. Proceso de Subasta\2. Términos -Proceso
Concepto jurídico que se incorporó al Acta de Junta Directiva No 97 de 2009.	Se niega por impertinente, debido a que no tiene relación con los hechos que se debaten. El concepto jurídico a que se refiere el actor, según se extrae del acta 97 obedece a la legalidad de suscribir adiciones a los contratos, tema que no fue parte del debate en la presente causa fiscal. El control de legalidad sobre la celebración de contratos es competencia exclusiva de los jueces.
Acta de modificación bilateral No 4 al Contrato BOOMT	Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\I-\CT-2011-000008/AMB4
Acta de Modificación Bilateral No 15 del 22 de diciembre de 2015 del contrato CT-2012-000036.	Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\02. Documentacion enviada. SP (RFI)\A.1 CONTEXTO DEL PROYECTO\A1.2\Contrato Obras Principales
Se oficie a EL COLOMBIANO S.A. & CIA. S.C.A. para que remita copia del editorial del 24 de abril de 2010.	Se niega por ser inconducente, toda vez que las noticias o cortes de prensa no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos. Sobre la valoración de los recortes de prensa consultar: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia de 29 de mayo de 2012, expediente 2011-01378.
Se oficie al periódico El Colombiano de la ciudad de Medellín,	Se niega por ser inconducente, toda vez que las noticias o cortes de prensa no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos. Sobre la valoración de los

para que aporte con destino al proceso, el artículo periodístico del 24 de abril del 2010, denominado la loca idea del IDEA.	recortes de prensa consultar: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia de 29 de mayo de 2012, expediente 2011-01378.

TESTIMONIALES

PRUEBAS SOLICITADAS	**CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**
JUAN GONZALO ALVAREZ, quien se desempeñó como Gerente de Estructuración Financiera de Hidroituango, para que declare sobre el modelo de negocio recomendado por la banca BNP Paribas, sobre el proceso de subasta internacional y los procesos de contratación para la construcción de los túneles de desvío y póliza todo riesgo (2010).	Se niega por inconducente, toda vez que el alcance, naturaleza, sobre la estructura del negocio recomendado por BNP Paribas, la construcción de los túneles de desvió, y la póliza todo riesgo se encuentra consignados en los contratos que reposan en el plenario. Z: \ PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65 FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo \001.Proceso de Subasta. Fl. 13915 Referencia cruzadada Carpeta 65 - \DD\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoría
OSCAR JARAMILLO HURTADO, quien se desempeñó como Director Técnico de Hidroituango, para que declare en relación con la modificación de los diseños de las vías, sobre las contrataciones de las vías y túneles iniciados por la sociedad Hidroituango, así como sobre el estado del cronograma del proyecto, sus modificaciones, planes de recuperación implementados por el BOOMETISTA y plan de aceleración.	Se niega por inútil toda vez que el plenario obran tanto las actas de junta directiva que dan cuenta de los tiempos para la contratación de los túneles de desviación, así como la carpeta contractual del contrato 2011-000014, en donde se encuentran tanto los documentos precontractuales, como los contractuales y la liquidación que dan cuenta de todos los pormenores acaecidos con dicho asunto. Ver Fl. 13915 Referencia cruzadada Carpeta 65 - \DD\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria

JAIRO HERNÁN RAMÍREZ, quien se desempeñó como Director Administrativo y Financiero de Hidroituango, para que declare sobre el manejo presupuestal y de recursos por parte de la sociedad Hidroituango para las contrataciones de túneles de acceso y póliza todo riesgo (año 2010).	Se niega por inconducente e inútil debido a que el manejo presupuestal para la contratación de los túneles y la póliza todo riesgo se encuentra probado en las actas de la junta directiva. Al respecto se puede consultar: Y:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P53, 56 y 57_HI\Actas de Junta Directiva
CARLOS ALBERTO URIBE MEJÍA quien participó como asesor de la Gerencia del IDEA en la estimación de valor del proyecto hidroituango, para que declare sobre los modelos financieros de Inverlink y EPM, las variables contempladas y el impacto generado en los costos del proyecto las decisiones en las que participó el señor Álvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva referidas en los descargos.	Se niega por ser inconducente, toda vez que obra en el plenario el modelo de evaluación financiera del proyecto Ituango elaborado por la empresa INVERLINK así como las actas de la junta directiva en las que participio el señor Álvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva.
SANTIAGO PIEDRAHITA TABARES, quien se desempeñó como Subgerente de Cooperación y Negocios Internacionales del IDEA para que declare sobre la subasta internacional, sobre la participación de EPM en la misma y el momento en que se conoció del interés de esta entidad para desarrollar el proyecto hidroituango. Así mismo para que declare sobre los antecedentes que rodearon el acuerdo de accionistas entre el IDEA y EPM para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico Ituango. También declarará sobre los modelos financieros del contrato BOOMT, los costos asociados al mismo y los impactos generados en los costos del proyecto las decisiones tomadas por el señor Álvaro Vásquez Osorio como	Se niega por ser una inconducente, toda vez que obra en el plenario prueba documental sobre la precalificación, términos del proceso y suspensión de la subasta internacional. De igual forma, obra en plenario los antecedentes que rodearon el acuerdo de accionistas entre el IDEA y EPM para el desarrollo del proyecto eléctrico Ituango y el modelo financiero adoptado para el contrato BOOMT, así como las actas de la junta directiva en las que participio el señor Álvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva.

miembro de la Junta Directiva relacionadas en el auto de imputación.	
EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA, quien se desempeñaba como Subgerente Financiero del IDEA, para que declare sobre la subasta internacional, sobre la participación de EPM en la misma y el momento en que se conoció del interés de esta entidad para desarrollar el proyecto hidroituango. Así mismo para que declare sobre los antecedentes que rodearon el acuerdo de accionistas entre el IDEA y EPM para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico Ituango. También declarará sobre los modelos financieros del contrato BOOMT, los costos asociados al mismo y los impactos generados en los costos del proyecto las decisiones tomadas por el señor Alvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva relacionadas en el auto de imputación.	Se niega por ser una inconducente, toda vez que obra en el plenario prueba documental sobre la precalificación, términos del proceso y suspensión de la subasta internacional. De igual forma, obra en plenario los antecedentes que rodearon el acuerdo de accionistas entre el IDEA y EPM para el desarrollo del proyecto eléctrico Ituango y el modelo financiero adoptado para el contrato BOOMT, así como las actas de la junta directiva en las que participio el señor Álvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva.
MARIA ISABEL VANEGAS. Asesora jurídica de la sociedad Hidroituango quien declarará sobre los antecedentes y análisis realizadas para el proceso de contratación de la subasta internacional, las funciones de los miembros de la Junta Directiva y de la sociedad en materia de contratación y para que declare sobre los procesos de contratación de los diseños de las vías y las vías alternas para el proyecto hidroeléctrico por parte de la sociedad Hidroituango.	Se niega por ser inconducente toda vez que en el plenario obra información del proceso de la subasta internacional, las funciones de la junta directiva, sobre los procesos de contratación de los diseños de las vías y la construcción de las vías alternas para el proyecto hidroeléctrico.
ALFONSO SÁNCHEZ CADAVID. Quien se desempeñaba como gerente Técnico de EPM, para que declare sobre los aspectos técnicos del proyecto hidroeléctrico Ituango.	Se niega por ser inconducente e inútil, debido a que obra bastante información en el plenario sobre los aspectos técnicos, jurídicos, administrativos y financieros que debía cumplir la construcción del proyecto hidroeléctrico Ituango.

	Así, por ejemplo, está probado con las actas de seguimiento del contrato BOOMT, disponibles a Fl. 13915 carpeta 65- Referencia cruzada-\DD\Correspondencia\Recibida\Respuesta_4\P1 Actas Comité BOOMT. Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\ACTAS COMITE BOOMT 71-80 De igual forma, con los testimonios de los ingenieros Juvenal D Espinal, como Subgerente de Proyectos Generación EPM, Carlos Adolfo Mejía jefe de área programación y control EPM, IVÁN DARÍO SIERRA V., Coordinador Obras Civiles Área Proyectos EPM, los cuales fueron decretados mediante auto 1103 de 2 de octubre de 2020.

EXCLUSIÓN DEL INFORME TÉCNICO

En primera instancia, resulta necesario precisar que esta no es una solicitud de pruebas sino el pronunciamiento respecto de la oportunidad de contradicción del informe técnico de la Universidad Nacional, la cual ya se dio en este proceso con ocasión del traslado ordenado en el auto 943 del 08 de septiembre de 2020. Por lo que se anticipa que se trata de solicitudes extemporánea que será rechazada.

PRUEBA QUE SE SOLICITA SER EXCLUIDA	**CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**
"Solicito que se excluya de las pruebas el informe de la Universidad Nacional, con fundamento en el mandato contenido en el artículo 214 del Código General del Proceso y el artículo 29 de la CN".	En el presente caso se alega la exclusión del informe técnico elaborado por la Universidad Nacional, según el actor no surtió el trámite de traslado y contradicción. Revisado el proceso se encuentra que por medio de Auto 943 de 8 de septiembre de 2020 se ordenó correr traslado del informe técnico elaborado por la Universidad Nacional por un término de 20 días a través de la

	Secretaría Común de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción. (Carpeta principal 62 F.13351-13353) En vista de lo anterior, el informe técnico elaborado por la Universidad Nacional fue presentado a los presuntos responsables para que ejerzan el derecho de contradicción, garantizándoles el debido proceso, por ende, se niega la exclusión del medio de prueba.

Adicionalmente, nunca se le ha cercenado su derecho de defensa pues el mismo en los términos del artículo 42, que fue estudiado por la sentencia C-131-2002 se expresa así:

> *"Por otra parte, en el proceso de responsabilidad fiscal el derecho de defensa resulta suficientemente desarrollado de tal manera que aún prescindiendo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea, el investigado cuenta con la oportunidad suficiente de defenderse de la imputación que puede llegar a formularse en su contra.*
>
> *Ello es así por cuanto, al examen de la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal, se advierte que, aparte del carácter obligatorio de la defensa técnica tras el auto de imputación, se han configurado múltiples espacios para que, bien en la etapa de indagación preliminar o bien en el proceso, el investigado pueda ser escuchado, vinculado a la práctica probatoria y a oído sobre la evaluación de las pruebas allegadas. Igualmente, se han propiciado espacios para que las decisiones proferidas puedan ser impugnadas dentro del proceso o incluso fuera de él. Entre esas oportunidades, la Corte destaca las siguientes:*
>
> *- No obstante la reserva de la actuación, el investigado tiene derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos (Artículo 20).*
>
> *- Luego de haber rendido exposición libre y espontánea, tiene derecho a pedir pruebas o a aportarlas; a exigir la motivación del auto que las niegue; a ser notificado de tal decisión y a interponer contra ella los recursos de reposición y apelación (Artículo 24).*
>
> *- Tiene derecho a que se tengan como inexistentes las pruebas practicadas sin las formalidades sustanciales o con violación de derechos fundamentales (Artículo 30).*

- Tiene derecho a controvertir las pruebas a partir de la exposición libre y espontánea o de la notificación del auto de apertura del proceso (Artículo 32).

- Tiene derecho a que, hasta antes del fallo, se declare la nulidad de lo actuado, entre otros motivos, por la violación del derecho de defensa (Artículo 36) y a recurrir el auto que decida la petición de nulidad (Artículo 38).

- Tiene derecho a que se le notifique la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Artículos 40 y 41).

- Tiene derecho a que se le escuche en exposición libre y espontánea y a que, en caso de no haber comparecido o de no haber sido localizado, se le designe apoderado de oficio (Artículo 42).

- Tiene derecho a que se le notifique el auto de imputación de responsabilidad fiscal y si tal notificación no es posible y no está asistido por apoderado, a que se le designe un apoderado de oficio (Artículo 49).

- Durante el término de traslado tiene derecho a exponer argumentos defensivos y a solicitar y presentar pruebas (Artículo 50).

- Tiene derecho a que se le notifique y a recurrir la decisión que rechace las pruebas solicitadas (Artículo 51).

- Tiene derecho a que se le notifique el fallo y a interponer contra él los recursos de reposición y apelación (Artículo 55).

Como puede advertirse, entonces, el régimen legal vigente del proceso de responsabilidad fiscal prevé amplios espacios para el ejercicio del derecho de defensa. Esos derechos existen a lo largo de todo el proceso, incluso desde la etapa de indagación preliminar y tras la ejecutoria del fallo con declaratoria de responsabilidad fiscal. Todas esas oportunidades permiten que el investigado se oponga a la pretensión que alienta la entidad de control fiscal y que lo haga bien directamente o a través de apoderado. Ese cúmulo de oportunidades hacen que todo el peso de la defensa no recaiga necesariamente en la presencia del apoderado en la diligencia de exposición libre y espontánea. O, lo que es lo mismo, que en el proceso de responsabilidad fiscal, el derecho de defensa no se agote en la presencia del apoderado en la referida diligencia pues por fuera de esa oportunidad existen muchos espacios para el ejercicio de una serie de facultades que concretizan suficientemente el derecho de defensa"[464]*.*

En el caso concreto, se le ha garantizado a los accionantes el derecho al debido proceso y a la defensa, por cuanto se han servido de los diferentes mecanismos procesales que contiene la ley para solicitar y debatir las pruebas y todos los

[464] Corte Constitucional Sentencia C-131 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dos (2002).

pronunciamientos del Despacho que hacen evidente que este Despacho ha sido respetuoso de los derechos constitucionales, legales y procesales y no como lo pretende hacer ver el apoderado.
De otro lado, mediante Auto No.0948 de 3 de junio de 2021, frente a la ampliación de versión libre, este Despacho manifestó:

AMPLIACIÓN DE VERSIÓN LIBRE

SOLICITUD	**CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**
Solicito se decrete como prueba la ampliación de versión libre y espontánea sobre los hechos que motivaron la imputación de cargos.	Se niega, por cuanto no es una prueba es un medio de defensa que puede solicitarse antes de que se profiera la imputación, toda vez que el medio de defensa con posterioridad a la misma lo constituyen los Descargos, lo cuales por demás ya fueron presentados

Así las cosas, este Despacho se pronunció frente a la respectiva solicitud, expresando que el medio de defensa con posterioridad al auto de imputación, corresponde a los descargos.

Por lo anterior, no prospera el argumento del Apoderado.

“PARTICIPACIÓN DEL SEÑOR SERGIO BETANCUR PALACIO

Como miembro suplente de la Junta Directiva, mi representado no gozaba de la capacidadlegal para participar en la adopción de ninguna decisión, ya que no estaba habilitado para votar en las reuniones a las que concurrió en dicha calidad, por lo tanto, su actuación estuvodelimitada a participar y deliberar como suplente.

*El artículo 38 de la escritura pública Nro. 771 del 19 de marzo de 2003 de la notaría Dieciocho de Medellín, vigente para la época de los hechos que se le investigan al señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, sobre las atribuciones y funciones de los miembros suplentes de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango establece:*

*“ARTÍCULO 38: DIRECTIVO SUPLENTES: Los suplentes de los miembros de la Junta Directiva reemplazaran a los principales en sus faltas absolutas o temporales,aunque podrán asistir a las deliberaciones de la Junta, **pero no tendrán voto mientras estén presentes los respectivos principales**” (Resaltos fuera del texto original).*

> *En ese mismo sentido y conforme a lo normado por el artículo 434 del Código de Comercio,los miembros suplentes, tienen como principal rol el de reemplazar a los principales en susfaltas absolutas o temporales.*

Rta: Al respecto, es importante traer a colación lo expuesto en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, en el cual se le indicó que el señor Sergio Betancur Palacio se encontraba presente en las reuniones en las cuales ejerció como suplente del señor Alvaro Julián Villegas Moreno en las sesiones No.97, 114, 116, 117 y 127.

De acuerdo a lo anterior, las actas que fueron objeto de análisis en la conducta imputada fueron en las cuales el señor Sergio Betancur Palacio hizo efectiva la suplencia del miembro principal Alvaro Villegas Moreno.

En ese orden de ideas, al señor Sergio Betancur Palacio se le revisó su conducta desde las actas en que adoptó decisiones como suplente en ausencia del miembro principal, por lo que gozaba de la capacidadlegal para participar en la toma de las decisiones votadas en ella, y en consecuencia su actuación no se limitó a participar y deliberar como lo expresa en su argumento de descargos.

Por lo anterior, no prospera el argumento del apoderado.

De otro lado, el apoderado expresó:

> *Conforme con el anterior orden de ideas, se precisa que el señor SERGIO BETANCUR PALACIO sólo participó, deliberó y votó en suplencia del miembro principal, en las siguientes reuniones de Junta Directiva: No 97 del 29 de abril de 2009, No 114 del 25 de agosto de 2010, No 116 del 29 de septiembre de 2010, 117 del 27 de octubre de 2010 y No127 del 28 de septiembre de 2011, frente a esta última no existe mención alguna o reproche en el auto de imputación, por lo que no amerita pronunciamiento alguno.*
>
> *En las referidas reuniones de la Junta Directiva, se adoptaron expresamente las siguientesdecisiones que interesan a esta causa fiscal, las cuales se extractan tal y como están consignadas en las respectivas Actas, ya que lo en ellas plasmado, no permite ninguna interpretación amplia, extensiva o deductiva, diferente a la que se deriva de su tenor literal.*
>
> *Conforme con el anterior orden de ideas, se precisa que el señor SERGIO BETANCUR PALACIO sólo participó, deliberó y votó en suplencia del miembro principal, en las siguientes reuniones de Junta Directiva: No 97 del 29 de abril de 2009, No 114 del 25 de agosto de 2010, No 116 del 29 de septiembre de 2010, 117 del 27 de octubre de 2010 y No127 del 28 de septiembre de 2011, frente a esta última no existe mención alguna o reproche en el auto de imputación, por lo que no amerita pronunciamiento alguno.*

Rta. Lo expresado por el Apoderado en el escrito de descargos, es lo establecido en el auto de imputación, en el sentido de expresar que por la participación,

deliberación y votación en suplencia del miembro principal en las reuniones de junta directiva 97, 114, 116, 117 y 127, son por las cuales se endilgó responsabilidad fiscal.

Por lo anterior, lo expuesto en su argumento corrobora lo expresado en el Auto de Imputación.

De otro lado indicó el apoderado:

> *Tal y como lo establece el artículo 46 de los estatutos sociales de Hidroituango S.A. E.S.P.contenidos en la Escritura Pública No 771 del 19 de marzo de 2003, vigentes para el momento de celebración de las mencionadas reuniones de la Junta Directiva: "De toda reunión de la Junta Directiva, el secretario de la misma levantará un acta que deberá indicarel nombre y apellido de los asistentes, el carácter de principal o su plente o en calidad de invitado, los asuntos tratados y el número de votos que han sido aprobados o negados", conforme con lo cual, la prueba idónea para acreditar las cuestiones decididas y decisionesadoptadas por dicho órgano social, será la respectiva acta debidamente suscrita por el Presidente y Secretario de la Junta Directiva.*
>
> *De manera que, sólo a partir de las **decisiones expresamente adoptadas** por el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** en las referidas reuniones de Junta Directiva contrastadas con las funciones que legal y estatutariamente le correspondían como miembro de la JuntaDirectiva es que se debe analizar su conducta y determinar si su actuar contribuyó de manera adecuada y eficiente a la configuración del daño patrimonial a la sociedad Hidroituango ocasionado por **la obstrucción del túnel del Sistema Auxiliar de Descarga ó galería auxiliar de desvío (GAD).***
>
> *Del tenor literal de lo consignado en las Actas de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, referidas en los párrafos anteriores, se deduce con toda claridad y nitidez que **en ninguna de las mentadas reuniones**, se adoptaron las siguientes decisiones: (i) APROBACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE NUEVAS VÍAS Y (II) CREACIÓN DE SOCIEDAD ESPEJO EPM-ITUANGO, razón por la que, las consecuencias que en el auto de imputación se atribuyen como resultado de esas supuestas decisiones, por razones evidentemente lógicas, no pudieron producirse, no resultando atribuible al señor SERGIO BETANCUR PALACIO bajo ningún título de imputación responsabilidad alguna frente a los hechos generadores del daño.*
>
> *Las decisiones en las que participó el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO entre Abril de 2009 y octubre de 2010 como miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango,** no tuvieron potencialidad alguna de afectar el cronograma del proyecto y mucho menos fueron determinantes de las causas que pudieron generar la obstrucción del túnel del sistema auxiliar de descarga ó galería auxiliar de desvío (GAD), sufrida en el proyecto hidroeléctrico durante la etapa de construcción en el año 2018, la que ocurrió seis años*

después de que el señor SERGIO BETANCUR PALACIO, dejara de formar parte de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango.

La Junta Directiva se ha considerado como un cuerpo intermedio entre la junta de socios oasamblea de accionistas y el órgano de gestión externa. La Junta Directiva no representa a la sociedad, y no declara la voluntad de ésta con eficacia vinculante frente a terceros. ***Susatribuciones están delimitadas en los estatutos sociales y sólo dentro de estos límites puede obrar.***

El tratadista Luis Ignacio Narváez García[5], indica que siendo la Junta un órgano coadministrador, su competencia no ha de interferir en la gestión del representante legal, quien también es un administrador con responsabilidades muy concretas sobre el manejo del patrimonio y de los negocios sociales".

El señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO****, en su calidad de miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, no incumplió con ninguna de las funciones que legaly estatutariamente tenía asignadas en virtud de esa condición, tampoco infringió el deber jurídico de actuación diligente, ya que como lo relatan las actas de las sesiones de Junta Directiva en las que participó en suplencia del miembro principal, las decisiones en las que votó favorablemente, presuponían siempre la mejor decisión posible para la sociedad paracada momento de su adopción y se tomaron contando con la respectiva asesoría suministrada por los expertos técnicos, jurídicos y financieros tanto de la sociedad Hidroituango como de los terceros contratados para el efecto, quienes en las diferentes reuniones exponen los motivos por los cuales justifican la viabilidad de determinadadecisión.*

Como está acreditado en el plenario, no existe ninguna relación de causalidad como la plantea la Contraloría entre las conductas o hechos que se le imputan al señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO*** *en su calidad de miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango y el colapso de la GAD; y por consiguiente en la destrucción del valor del proyecto y el lucro cesante que esa contingencia terminó generando. Mi representado, el señor* ***SERGIO BETANCUR PALACIO****, no participó ni tampoco tomó ninguna decisión relacionada con las etapas constructivas del proyecto.*

Como se muestra en la línea base de tiempo, en el mes de diciembre de 2015, EPM y el Consorcio Constructor suscribieron el Acta de Modificación Bilateral No 15 al contrato cuyoobjeto es la construcción de la presa, central y obras del proyecto Hidroituango, mediante la cual se incluyó la realización de obras extras para construir el GAD (Galaría Auxiliar de Desvió) ó tercer túnel; que en el mes de abril de 2018, colapsó por obstrucción del mismo,ocasionando con ello una serie de daños que la Contraloría pretende sean reparados a través de la presente causa fiscal.

Conforme con el anterior orden de ideas, es claro que la participación del señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO*** *como miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, no tuvo ninguna injerencia en las decisiones que reprocha la Contraloría como generadoras del daño fiscal, pues*

en su función como miembro de la Junta Directivano tenía a cargo la toma de decisiones relacionadas con la construcción y menos aún con la ejecución del proyecto hidroeléctrico ituango, pues se reitera, las decisiones relacionadascon la construcción del tercer túnel o GAD se tomaron en el mes de diciembre de 2015, cuando éste ya no hacía parte de la mentada junta directiva.

Rta: En primer término, es necesario anotar que el apoderado parte de una premisa equivocada en la medida en que identifica como única causa del daño la obstrucción del túnel del Sistema Auxiliar de Descarga o Galería Auxiliar de desvío (GAD)
Cabe recordar que una cosa es la causalidad física de un evento y otra cosa es la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"[465]*.*

Frente al anterior argumento, este Despacho expresa que en el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.
Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**
En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **<u>destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.</u>**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

---

[465] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho* ***eficiente y determinante*** *para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que* ***resulte idóneo para su configuración****. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la* ***causa idónea y eficiente para la producción del daño***"[466].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[467].*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo****[468]:*

---

[466] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[467] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[468] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*
>
> *Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[469]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara*

[469] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN**

POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[470] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[471], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio

[470] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[471] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos - producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o

recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

En segundo término, el apoderado considera que únicamente se puede derivar responsabilidad de las decisiones expresamente adoptadas por el señor Vásquez, obviando que el mismo también puede ser responsable fiscal por omisión. Sobre el particular el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

> *“Luego, a la actora le correspondía estar atenta y verificar o constatar con su subalterno el desenlace final de la inversión que autorizó. […] Por lo anterior, la Sala considera que su conducta, como Directora del Departamento de Tesorería y Cartera, cargo que necesariamente supone altos niveles de conocimiento y responsabilidad, es gravemente culposa por omisión y negligencia inexcusables en el ejercicio del mismo”.*

Igualmente en un caso en el cual se declaró como responsables fiscales a miembros de junta directiva, el Tribunal[472], indicó lo siguiente:

> *"Además, **el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.***
>
> (...)
>
> *Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.*
>
> *Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido*
>
> *gerente.*
>
> *Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"*

Por su parte, el Consejo de Estado[473], sobre la misma cuestión sostuvo que:

[472] Sentencia No.25000-23-41-000-2013-01700
[473] Sentencia No.25000-23-41-000-2013-01700-01 de 20 de febrero de 202º.

> *"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo,* ***ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.***
>
> (...)
>
> *De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente,* ***se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.***

Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle". (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, cabe recordar que al señor Betancur Palacio se le atribuyeron las siguientes conductas:

1. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto. **Esta conducta quebranta la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

2. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene la creación

de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto. **Esta conducta quebranta la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

Respecto de dichas conductas, se encuentra acreditada la existencia de un nexo de causalidad, pues resulta indiscutible que las demoras y problemas en los contratos de desarrollo de las vías destruyeron las holguras temporales que se tenía para acometer el proyecto, lo que lo puso en una situación de vulnerabilidad que terminó desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, como se continuara explicando en este escrito.

De otro lado, frente a que el señor Sergio Betancur Palacio, no incumplió con ninguna de las funciones que legal y estatutariamente tenía asignadas en virtud de esa condición, este Despacho expresa que esta afirmación resulta contraria a lo que se encuentra probado en el plenario, pues tal y como se destacó en líneas anteriores sus conductas quebrantaron la **la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.
Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de funciones en relación con la Sociedad, entre ellas **cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (numeral 3 de los estatutos)**, examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos (numeral 8 de los estatutos), la Junta Directiva estaba revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad y tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objetivo *(*Reglamento interno de la Junta Directiva - Artículo 3).

Por lo anterior, no tiene asidero lo expresado por el Apoderado, teniendo en cuenta que

CONFIGURACIÓN DEL FENÓMENO DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCALQUE IMPIDE LA CONTINUIDAD DE LA PRESENTE CAUSA FISCAL

*La Contralora Delegada Intersectorial 09 en torno a la caducidad de la acción fiscal con respecto a los hechos que se le atribuyen al señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, argumenta que "como los hechos reprochados mediante el auto 945 del 08 de noviembre de 2019, **se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose**, es evidente que se trata **de hechos de ejecución continuada** y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto, de conformidad con las anteriores consideraciones". (Resaltos fuera del texto original).*

Este apoderado llama la atención sobre tal posición hermenéutica, que necesariamente deriva en el siguiente cuestionamiento ¿Cómo la participación del señor SERGIO BETANCUR PALACIO en las reuniones de Junta Directiva No 97 del 29 de abril de 2009, No 114 del 25 de agosto de 2010, No 116 del 29 de septiembre de 2010 y No 117 del 27 de octubre de 2010, podrían calificarse como hechos de ejecución continuada, cuando la última Junta en la que participó data del 27 de octubre de 2010, conductas que se agotaroncon la aprobación de cada una de las autorizaciones impartidas en las mencionadas reuniones, las cuales, son anteriores a la celebración y ejecución del contrato BOOMT a través del cual se desarrolla el proyecto hidroeléctrico ituango?.

Resulta un imposible jurídico que el señor SERGIO BETANCUR PALACIO a título personalhaya realizado el último hecho o acto en el año 2018, fecha que toma la Contraloría para elcómputo del término de caducidad del acción fiscal, cuando tal y como está demostrado enel proceso y así se expresa en el mismo auto de imputación, la última Junta Directiva de lasociedad Hidroituango en la que participó mi representado, se remonta al 27 de octubre de2010, en la cual, como se relata en el texto de la respectiva Acta, se autorizó el inicio del proceso de contratación para la póliza todo riesgo, el endeudamiento y las vigencias futuras solicitadas, decisión anterior y que no guarda ninguna relación de proximidad o conexidad con el contrato BOOMT bajo el cual EPM como contratista, financia, construye, opera y mantiene la central hidroeléctrica Ituango.
*Conforme a lo normado por el artículo 9 de la Ley 610 de 2020, es claro que los organismosde control fiscal cuentan con cinco (5) años para iniciar el respectivo proceso de responsabilidad fiscal, término que deberá contarse **desde el hecho generador del daño al patrimonio público y no desde el momento de producción del daño, como equivocadamente parece entenderlo ese órgano de control**.*

(…)
*La argumentación sistemática tanto de la Contralora Delegada Intersectorial 09 como de su Superior Jerárquico, parten de una errónea interpretación y aplicación del término legal dela caducidad de la acción fiscal, ya que asimilan **el hecho generador del daño** con la **configuración del daño mismo**.*

(…)

Una interpretación correcta de la norma conduce a la inequívoca conclusión que el términode caducidad debe contarse es a partir del hecho individual realizado por el investigado quegenera el daño al patrimonio público y no desde la ocurrencia del daño propiamente dicho,pues de mantenerse el criterio que ha venido sosteniendo ese Despacho, conduciría inexorablemente a la inaplicación de la institución jurídica de la caducidad, establecida precisamente para garantizar seguridad jurídica a los administrados.

Ahora bien, dadas las particularidades de la presente causa fiscal, la pluralidad de sujetos investigados, sus participaciones y diferentes actuaciones de tiempo en tiempo, exigen que el término de la caducidad de la acción fiscal ***se contabilice de forma independiente paracada investigado tomando como punto de partida, los hechos individuales que se atribuyen como constitutivos del daño patrimonial, aspecto que echó de menos el órgano de control fiscal, pues para efectos del cómputo del término de la caducidadde la acción fiscal frente a todos los investigados, parte del momento en que se produjo el daño patrimonial.***

Lo anterior, teniendo en cuenta que materia administrativa sancionatoria, la responsabilidadúnicamente puede establecerse a partir de juicios de reproche personalísimos, lo que implica que, en tratándose de sanciones, éstas sólo proceden respecto de quien cometió la infracción por acción o por omisión. El principio de imputabilidad personal o responsabilidadpersonal, de personalidad de las penas o sanciones o responsabilidad por el acto propio implica que sólo se pueda sancionar o reprochar al infractor y, por lo tanto, en materia administrativa sancionatoria, no es posible separar la autoría de la responsabilidad.

(…)

En este caso, la Contraloría Delegada Intersectorial 09, pretendiendo mantener injusta e ilegalmente a esta causa fiscal al señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO****, interpreta contrariando el mismo espíritu de la norma, el fenómeno de la caducidad de la acción fiscalal parecer bajo las reglas predicables a los contratos estatales que por regla general son de tracto sucesivo, cuando afirma que los hechos reprochados se prolongaron en el tiempo, siguen vigentes y generando efectos, desconociendo que en las reuniones de la Junta Directiva en las que participó en el señor* ***SERGIO BETANCUR PALACIO****, se autorizaron contrataciones previas e independientes al contrato BOOMT y que ni siquiera fueron preparatorios a dicho contrato, razón más que suficiente para desligar su participación conla ejecución del referido contrato y en consecuencia con la supuesta contribución a la consolidación del daño patrimonial.*

En ese mismo sentido, se equivoca la Contraloría cuando insiste en sostener que no ha caducado la acción fiscal respecto de mi defendido, por cuanto en el presente caso, se le imputan una serie de conductas que fueron inmediatas y que tuvieron lugar en un tiempo determinado, siendo absurdo sostener que las

múltiples causas generadoras del daño quese señalan en el auto de imputación tuvieron carácter continuado y que a la fecha aún no han cesado sus efectos.

(…)

En virtud de las consideraciones precedentes fluye con nitidez que en el presente caso, frente a las conductas que se le atribuyen al señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO*** *como presuntamente constitutivas del daño fiscal, no se está frente a hechos de tracto sucesivo o continuado como lo sostiene la Contraloría, por cuanto no resulta complejo o difícil identificar el momento exacto donde sucedió el hecho, circunstancia que es diferente al momento en el cual se producen sus efectos. Por lo anterior, el término de caducidad de la acción se debe contabilizar frente a cada instante en que ocurrió cada una de las múltiples conductas que se señalan en el auto de imputación, como presuntamente generadoras deldaño fiscal.*

De conformidad con lo anterior, es claro que esa serie de circunstancias que se atribuyen a mi defendido y que en criterio de la Contraloría dieron lugar al supuesto detrimento patrimonial no resultan complejas, ni continuadas como tampoco de tracto sucesivo, son instantáneas y en esta medida, frente a las mismas habría operado la caducidad de la acción fiscal en los términos del artículo 9 de la Ley 610 del 2000.

Bajo la anterior línea argumentativa, es palmario que la Contraloría General de la Repúblicaperdió competencia para investigar al señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO*** *por los hechos enunciados en el auto de apertura y los posteriores que se le atribuyeron en el autode imputación como presuntamente constitutivos del daño patrimonial, frente a los cuales operó indefectiblemente el término de caducidad de la acción fiscal, siendo completamenteviolatorio de las garantías constitucionales al debido proceso mantener indefinidamente vinculado a mi representado a este proceso, por conductas que se agotaron y produjeron plenos efectos hace más de cinco años atrás a la apertura del proceso de responsabilidadfiscal.*

Rta: Sobre el primer argumento que plantea el apoderado relativo a la caducidad, vale la pena precisar que la facultad que desarrolla la Contraloría de cara al proceso de responsabilidad fiscal no es de naturaleza sancionatoria sino resarcitoria[474].

[474] Corte Constitucional- Sentencia C-338-14. M.P. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Cuatro (4) de junio de 2014. *(…) En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable)* ***sino eminentemente reparatoria o resarcitoria****, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y*

De otro lado respecto del mismo tema, este argumento fue resuelto en los autos 474[475] de 24 de marzo de 2021 y 757 de 26 de abril de 2021, proveídos en los cuales se resolvieron solicitudes de nulidad interpuestas por el apoderado del señor Sergio Betancur Palacio.

El artículo 9º de la Ley 610 del 2000, en su redacción original, aplicable a la fecha de apertura de este proceso de responsabilidad fiscal, prevé que:

> *"La acción fiscal* ***caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal****. Este término* ***empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto****.*
>
> *La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.*
>
> *El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública".* (Negrilla no es original del texto)

De la norma precitada se observa con claridad que (i) la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal está relacionada al hecho generador del daño al patrimonio público y no el momento en el que el presunto responsable haya realizado la conducta que se reprocha para acreditar su culpa grave, (ii) el término de caducidad aplicable es de cinco (5) años y (iii) el computo de dicho término depende de la naturaleza del hecho, pues si es de ejecución instantánea contará desde su realización, pero si es de ejecución sucesiva o continuada, se contará desde el último hecho o acto.

En tales términos, conviene recordar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015, reiterada por el Consejo de Estado:

> *"…esta Corporación se pronunció* ***sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales****, al declarar exequible*

---

268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001." –negrilla ausente en texto original (…)":

[475] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 104/ 22_20210324_AUTO 474_Por el cual se deciden una solciitudes de Nulidad_FL_21705-21757.PDF

> *un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará "una vez liquidados o terminados los contratos". La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución; (ii)* ***el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes****.*
>
> *La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales "se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución,* ***y después de su liquidación o terminación****". Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: "1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente,* ***se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato****, y 2.* ***una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero****, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales*"[476].

Con ocasión de ello, el Consejo de Estado ha indicado que incluso cuando se desconozcan las fechas de terminación, liquidación o entrega resulta "innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas"[477].

Con base en lo anterior, este Despacho mediante el Auto 946 del 09 de septiembre de 2020, al decidir una solicitud de cesación de la acción fiscal, indicó que como los hechos referidos en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, es evidente que se trata de hechos de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto, por lo que no tiene asidero lo expresado por el apoderado.

A continuación procede el apoderado a expresar los argumentos de defensa frente a las conductas endilgadas al señor Sergio Betancur Palacio:

---

[476] Corte Constitucional. Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa reiterada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

[477] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

1. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.

> *Como cuestión previa a efectuar un pronunciamiento sobre el cargo anterior, debe llamarse la atención sobre la notoria irregularidad que se evidencia en el auto de imputación, ya que en varios de los apartes en los que se analizan los elementos de la responsabilidad fiscal de mi representado SERGIO BETANCUR PALACIO se le nombra como el "señor Vásquez", lo que sugiere que la decisión de imputación no obedeció a un estudio de las conductas individuales que le pudieran ser atribuibles sino que es el resultado de copiar las consideraciones utilizadas para la imputación del señor VÁSQUEZ, que dentro del auto de imputación es la inmediatamente posterior*.
>
> *Ahora bien, descendiendo puntualmente a esta primera imputación, se observa una falta de coherencia y correspondencia entre la proposición que se plantea en la formulación delcargo con la farragosa argumentación, circunstancia que obliga a la defensa a realizar un ejercicio interpretativo e intelectivo para lograr desentrañar las razones en las que se basóla Contralora Delegada Intersectorial 09 para imputar cargos a título de culpa grave al señor**SERGIO BETANCUR PALACIO.***

Rta: De lo expresado por el apoderado en el sentido de indicar que en la imputación se hizo mención al señor "Vásquez", es importante mencionar por el Despacho que fue un error involuntario de redacción, teniendo en cuenta que el fondo prima sobre las formas, por lo que como el argumento es aplicable al imputado, las conclusiones adoptadas en el auto de imputación no se ven alteradas.

Frente a la supuesta ambigüedad en los argumentos del Auto de imputación, se trata de una opinión infundada del apoderado, pues resultan clara la explicación de los mismos, como puede verse a continuación:

- Se encuentra probado, que el señor Vásquez desplegó esta acción, la cual se encuentra consignada en las siguientes actas de las sesiones de junta directiva en las cuales conoció, participó y deliberó.

- Es importante anotar que mediante el acta No. 97 de fecha 29 de abril de 2009, se autorizó al Gerente para que entrara en contacto con el Consorcio Generación Ituango para el diseño de la vía Puerto Valdivia, lo que se justificó en la premura de contar con dicha vía.

- Estas situaciones de manera correlativa generaron modificaciones en el contrato del diseño de las vías. En efecto, a lo anterior obedeció la

suscripción del AMB 1[478], la cual valga anotar es de 9 de diciembre de 2009 (casi 11 meses después de que se menciona por primera vez la necesidad de la Vía Puerto Valdivia):

> **ADICIÓN 1: Mediante Acta de Modificación Bilateral No. 1 – AMB No. 1 del 9 de diciembre de 2009.** Para: a) Diseño del tramo de vía entre el sitio denominado El Barro y la cabecera municipal de San Andrés de Cuerquia, b) Diseño del túnel vial bajo el talud del vertedero, c) Diseño de la vía entre Puerto Valdivia y el proyecto, d) Investigaciones sismológicas, e) Legalizar cantidades adicionales en costos directos predecibles. **Valor de la Adición**: Cuatro mil seiscientos treinta y cuatro millones trescientos ochenta y cuatro mil novecientos veinticuatro pesos ($4.634.384.924), sin incluir el IVA. **Valor del Contrato**: Como producto de esta Adición el valor del contrato queda en $20.648.062.819, sin incluir el IVA. **Ampliación del Plazo**: Hasta el 30 de junio de 2010.

- Así, convine mencionar que en la sesión de acta 95, de fecha 25 de febrero de 2009, en la que el señor Betancur Palacios se encontra presente, frente a la vía El Barro San Andrés de Cuerquía se expresó:

> **5.- INFORME DE GERENCIA (Continuación)**
>
> Terminado el punto anterior, el doctor Luis Guillermo Gómez continúa con el informe de la Administración. Comunica a la Junta la visita hecha por miembros de la Junta y la Administración al señor Gobernador de Antioquia, doctor Luis Alfredo Ramos B., en la que se le presentó el estudio hecho por Integral sobre la carretera Puerto Valdivia – Pescadero. Señala que tuvo una excelente recepción por parte del Señor Gobernador. Quedó como conclusión que se solicitaría una visita al señor Presidente para presentarle la necesidad de la construcción de esta carretera

[478] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\07-Contratos HI\CT-007-2008 Diseños Detallados y Asesoria\CT-007-2008 Adiciones

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que la Licencia Ambiental se recibió el treinta (30) de enero y llegó con algunas obligaciones para la Hidroeléctrica que encarecen los compromisos del proyecto. Pone como ejemplo que en las medidas compensatorias exigen la compra y reforestación de diecisiete mil (17.000) hectáreas para sembrar bosque seco tropical. El doctor Álvaro Osorio, abogado de EPM que adelanta el proceso de Licencia Ambiental, presentó recurso de reposición a las decisiones que se consideran inadecuadas.

Agrega el doctor Jesús Arturo Aristizabal que en el recurso se pide la exclusión de municipios como Olaya y Valdivia que no reciben impacto del proyecto; la aclaración sobre especies animales y vegetales de las que no hay seguridad de que existan en la zona. Informa que subieron sustantivamente el caudal ecológico ya que inicialmente se tenía una garantía de un corredor de trescientos (300) metros cúbicos por segundo y están exigiendo cuatrocientos cincuenta (450) metros cúbicos por segundo. También sobre temas administrativos como el manejo de las reglas de operación del embalse dentro de los compromisos de la licencia ambiental, lo que amarraría las manos para la operación comercial del proyecto.

Con relación a la vigencia de la Licencia después del recurso, informa que hay dos posiciones al interior del Ministerio: la una que señala que si la licencia está recurrida no se encuentra en firme en su totalidad y entre tanto, la Hidroeléctrica no tiene Licencia Ambiental. Otra posición sostiene que sí se tiene la Licencia, se pueden iniciar las obras y solo se suspende lo que corresponde al recurso. Trae el ejemplo de Quimbo en la que se le impuso una multa por iniciar trabajos sin tener la licencia ambiental plenamente expedida.

Explica el doctor Luis Guillermo Gómez que si llega el momento de adjudicar los contratos de vías y no se ha resuelto el recurso es preferible renunciar a él, por las implicaciones económicas del retraso de las obras con relación al costo de los requerimientos de la licencia, que alcanzan a los setenta mil millones de pesos ($70.000'000.000), aproximadamente.

Retoma en este punto el doctor Juan Felipe Gaviria el tema del cronograma para la subasta y banca de inversión y deja la constancia que desde el punto de vista de EPM no ven inconveniente en la reducción de seis a cinco meses, pero advierten las posibilidades de riesgos y reducción en el precio de oferta, ya que se está ofertando mas una concesión de agua que un proyecto y que, por consiguiente, no están absolutamente tranquilos con lo que ocurra con posterioridad a los cinco meses.

Por su parte, el Acta de Junta Directiva No. 97 del 29 de abril de 2009, refleja el estado de la licitación del contrato de construcción de vías, cuya licitación ya había comenzado, misma que, inició sin contemplar las vías adicionales, que debido a los problemas de planeación solo fueron pensadas e incluidas al proyecto con posterioridad:

Sobre la licitación para el contrato de la construcción de las vías informa que participaron veinticuatro (24) firmas y se tramitaron varias adendas. El doctor Álvaro Vásquez tenía algunas inquietudes por llamadas que le hicieron, especialmente sobre la exigencia que, con relación a la integración de los consorcios, se exigió que por lo menos uno de ellos tuviera el cumplimiento del 100% de los requisitos exigidos. Se entiende que la figura del consorcio permite que empresas de diferentes niveles se puedan desarrollar juntándose para participar en contratos de mayor cuantía que de otra forma no lo podrían hacer. Exigiendo que uno solo cumpla todo cambia el objeto de la figura ya que los excluye, porque quedarían eliminados.

Otro tema que anota es la exigencia de experiencia a los proponentes partir de una fecha, que en unos casos fue a partir de 1999 y en otros a partir de 1995. Llama la atención en que no puede aparecer que de alguna forma se están prefabricando o direccionando las exigencias de las licitaciones. Se debe ser lo más transparente posible para que la Sociedad se reconozca por ello.

Explica el doctor Luis Guillermo que estos temas se discutieron con los ingenieros asesores de la Hidroeléctrica y el concepto que se emitió es que la Sociedad tiene una prioridad para que este contrato de vías se cumpla rigurosamente porque de ello depende el cumplimiento del cronograma del proyecto. Por ello, con el fin de evitar un eventual incumplimiento se exigió que por lo menos una de las firmas del consorcio cumpla con la totalidad de las exigencias.

El doctor Federico Restrepo anota que no es lo mismo que cuatro o cinco firmas pequeñas se unan en consorcio para cumplir o complementarse, a que una gran firma vaya en consorcio con otra pequeña para alguno de los trabajos; sobre todo con relación al cumplimiento esperado ya que este tema (la construcción de las vías) hace parte de la ruta crítica.

Explica el doctor Luis Guillermo Gómez que con base en las solicitudes hechas por los proponentes se amplió el plazo para la experiencia - tener contratos similares celebrados y/o ejecutados- a partir de mil novecientos noventa y cinco (1995). En un principio se tomo a partir del año mil novecientos noventa y nueva (1999) considerando que en esos diez (10) años se podría cumplir con el requisito, pero por las solicitudes se amplió hasta el año mil novecientos noventa y cinco (1995).

Informa también el doctor Luis Guillermo Gómez que está abierto el proceso de Interventoría para este contrato, y se inscribieron doce (12) firmas. El doctor Luis Guillermo le solicitó a la SAI, por intermedio del doctor Álvaro Villegas, que le hicieran aportes a los pliegos. El dia anterior fue la visita de los interesados al sitio de las obras.

- Frente la solicitud del señor Luis Guillermo Gómez, el Presidente de la Junta Directiva de Hidroituango, puso en consideración de la junta directiva, la autorización al Gerente para que entrara en contacto con el Consorcio Generación Ituango para adelantar la adición de las vías, como una adición al contrato de obras principales, en los siguientes términos:

(…)

> El doctor Álvaro Vásquez pone a consideración de la Junta la autorización al señor Gerente, doctor Luis Guillermo Gómez, para que realice los acercamientos que se requieren con el Consorcio Generación Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia – Pescadero y el Estudio de Impacto Ambiental se realicen como una adición al contrato de Diseño de las Obras Principales del Proyecto que adelantan y, en el evento de lograr una propuesta favorable para la Sociedad, los contrate con ellos. Es aprobado por unanimidad por los asistentes a la reunión.

(…)".

> Finalmente, el doctor Luis Guillermo Gómez requiere autorización para solicitar al INVIAS y/o al Ministerio del Transporte la utilización de la información del Estudio de Impacto Ambiental y el diseño de la vía que tiene Integral, para el proyecto que adelantará Hidroituango. Puesto a consideración es aprobado por unanimidad por los asistentes.

(…)".

- Todo lo anterior, demuestra las deficiencias en la planeación así como la toma de decisiones improvisadas por parte de los miembros de la junta directiva de HI dentro de los cuales se encuentra el señor Betancur Palacio, quien como se dijo líneas atrás conoció, deliberó y decidió lo referido en las actas anotadas.

- Así las cosas, se encuentra probado que el señor Sergio Betancur Palacio incurrió en esta conducta en el sentido de conocer, deliberar y votar la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que aunado al aumento en la altura de la presa, generó cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, impactando así en los tiempos del proyecto, y en consecuencia concluir por este Despacho que su actuar se separa como se verá adelante del modelo de conducta que le resultaba exigible en su calidad de miembro principal de la junta directiva.

Por lo anterior, no tiene fundamento lo expuesto por el Apoderado cuando expresó en sus argumentos que no entiende la conducta endilgada al señor Betancur Palacio, cuando de la descripción de la misma se observa que la situación era ampliamente conocida por él y por lo tanto no actuó de manera diligente en su calidad de miembro de junta directiva.

De otro lado indicó el apoderado:

> *En la reunión de la Junta Directiva No 97 del 29 de abril de 2009, en la que participó el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, en suplencia del miembro principal Álvaro VillegasMoreno, **NO SE APROBÓ LA INCLUSIÓN DE NUEVAS VÍAS.** como equivocadamente seafirma en la formulación del cargo, pues tal y como se desprende de lo consignado en la respectiva acta, en esta reunión se autorizó al Gerente lo siguiente:*

"para que realice acercamientos que se requieran con el Consorcio Generación Ituango ***para que el diseño de la vía Puerto Valdivia- Pescadero y el estudio delmpacto Ambiental se realicen como una adición al contrato de diseños de obras principales del proyecto que adelantan*** *y en el evento de lograr una propuesta favorable para la sociedad, los contrate con él". (resaltos intencionales)*

*La anterior autorización que se otorgó al Gerente de la sociedad Hidroituango en la referida sesión de la Junta Directiva, no consistió en una aprobación de la inclusión de nuevas vías, como erróneamente lo hace ver ese Despacho en el auto de imputación, pues es claro que, en esa oportunidad, los miembros de la Junta Directiva autorizaron únicamente al Gerente de la sociedad "****para que realizara acercamientos que se requieren con el Consorcio Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia- Pescadero se realizara a través de una adición al contrato de Diseño de Obras Principales del Proyecto"****, decisión enmarcada dentro de las funciones que le correspondían como miembro de la Junta Directiva.*

De conformidad con lo establecido en los estatutos sociales de Hidroituango vigentes para el momento de los presentes hechos investigados, era función de los miembros de la Junta Directiva "autorizar al Gerente para la celebración o ejecución de cualquier acto o contrato cuya cuantía exceda de mil salarios mínimos legales vigentes o que siendo de cuantía indeterminada puedan alcanzar dicho límite". (artículo 44º numeral 19º) y conforme a la explicación del Secretario General de la sociedad en la reunión de Junta Directiva No 093 de 2009 frente a la competencia en materia contractual: "según el estatuto de contratación vigente, corresponde al Gerente iniciar el proceso, abrir la licitación y contratar, ya que quien contrata es la Gerencia y no la Junta".

De acuerdo con lo anterior, la Junta Directiva lo que autorizó al Gerente de la sociedad fue a explorar con el Diseñador de Obras Principales, alternativas jurídicas para adicionar este contrato, por lo que la conducta que se afirma realizó mi defendido, consistente en la "aprobación de inclusión de nuevas vías (vía puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia)" no corresponde a la manifestación de la voluntad que en ese momento mi representado expresó como miembro de la Junta Directiva, lo que evidencia que se le está imputando una conducta inexistente, que no realizó el señor SERGIO BETANCUR PALACIO.

Resulta oportuno anotar que la decisión de autorizar al Gerente de la sociedad para realizar acercamientos con el contratista de los diseños para evaluar la posibilidad de que el diseño de la vía Puerto Valdivia Pescadero se realizara bajo la figura de una adición del contrato existente, contó con los estudios jurídicos realizados por la administración de la sociedad, que permitían concluir la viabilidad jurídica de esta aprobación, conforme se relata en el texto del acta respectiva, cuyo concepto jurídico fue leído durante la reunión y se incorporó como anexo del acta, generando a los miembros de la Junta Directiva seguridad jurídica para aprobar esa autorización.

Adicionalmente se justificó por parte de la administración de la sociedad, la pertinencia de adicionar el contrato de diseño de vías principales debido a la urgencia que tenía para el proyecto la construcción de la vía puerto Valdivia-Pescadero, ya que la figura de la adiciónpermitiría el inicio de forma inmediata de la realización de estos diseños, mientras que a través de un proceso licitatorio se tardarían aproximadamente 6 meses.

Bajo tal línea argumentativa, la conducta del señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO*** *en relación con la autorización impartida al Gerente de la sociedad para que* ***realizara acercamientos que se requieren con el Consorcio Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia- Pescadero se realizara a través de una adición al contrato de Diseño de Obras Principales del Proyecto****, no podrá considerarse ajena a la que adelantaría un buen hombre de negocios, pues no sólo porque en ese momento resultaba ser la más conveniente por las razones esgrimidas por parte de la administración de la sociedad Hidroituango, sino que además, su viabilidad jurídica fue sustentada por el área legal de la sociedad durante la sesión de Junta Directiva.*

Si bien es cierto, dada la gran envergadura y la complejidad técnica del proyecto hidroeléctrico Ituango, era completamente normal que se presentaran ajustes, cambios y modificaciones al mismo. Así mismo, es connatural a proyectos de esta naturaleza que se generen retrasos en sus diferentes etapas. Sin embargo tal y como se acredita, los nuevostrazados de las vías requeridas por el proyecto y los posibles retrasos en la iniciación de las obras de construcción de las mismas, en modo alguno impactaron el cronograma general del proyecto.

Resulta de especial relevancia para esta causa fiscal, precisar que, contrario a lo que viene afirmando la señora Contralora, ***el cronograma general del proyecto antes de la fecha de suscripción del contrato BOOMT y durante su primer año de ejecución. NO PRESENTABA retrasos significativos que pudieran poner en riesgo la ejecución del proyecto y su entrada en operación en las fechas establecidas para cumplir con el cargo por confiabilidad.***

Tal y como se consigna en el Acta No 104 del 28 de octubre de 2009 de la Junta Directivade Hidroituango, la modificación de la licencia ambiental y el inicio de las obras de construcción de las vías de acceso al proyecto, representó un retraso en el cronograma delproyecto de tan sólo un mes y en el Acta No 107 del 27 de junio de 2010, se presentó propuesta de cronograma que daría una holgura de un año y garantizaría el cumplimiento con los compromisos en la subasta de energía.

En los informes mensuales de avance general del proyecto etapa de construcción BOOMT-HI 007 de diciembre de 2011 y HI 015 de junio de 2012-presentados por EPM-Ituango a la sociedad Hidroituango, se afirma que el proyecto no presentaba atrasos considerables en el cronograma director acordado por las partes para la firma del contrato BOOMT, con lo que se demuestra que las modificaciones que se pudieron presentar en los diseños de las vías principales y las supuestas demoras en la suscripción en la orden de

inicio de construcción de las vías, no modificó la ruta crítica y por ende las fechas de entrada en operación de las primeras cuatro unidades, por lo que es conclusivo que tales eventos no impactaron el cronograma del proyecto.

*Es así como EPM-Ituango consignó como nota común en las referidas actas de ejecución del BOOMT lo siguiente: "**en el análisis de cronograma solo se informará situaciones que varíen de manera ineludible e irreparable compromisos adquiridos en el BOOMT**".(resaltos fuera del texto original).*

La autorización otorgada al Gerente de la sociedad para explorar alternativas con el diseñador para que a través de una adición al contrato existente se incluyera el diseño de la nuevas vías y los posibles retrasos en la suscripción de la orden de inicio de construcciónde las mismas, no tienen ninguna relación con el colapso de la GAD que ocurrió en el año2018, ni tampoco tienen ninguna relación causal con el daño al patrimonio público, cuya reparación se pretende a través de la presente acción fiscal, pues tales hechos nocontribuyeron de ninguna manera a lo que sucedió en el año 2018.

Ciertamente, existen unas causas adecuadas que produjeron esa contingencia que se presentó en el proyecto hidroeléctrico en el año 2018, que le corresponderá a la Contraloríaencontrarlas así como a sus responsables, pero lo que no puede hacer, es pretender, sin ningún sustento, sumar una serie de hechos, decisiones, cambios modificaciones, para crear una cadena infinita de causas para imputar cargos a partir de la inaplicable teoría dela equivalencia de condiciones.

*Finalmente y frente a la acusación "**lo que aunado al aumento en la altura de la presa**, generó cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y demoras en la suscripciónen la orden de inicio de construcción de las vías, impactando los tiempos del proyecto, y en consecuencia concluir por este Despacho que su actuar se separa como se verá adelante del modelo de conducta que le resultaba exigible **en su calidad de miembro principal dela junta directiva**", advertimos su evidente contrariedad frente a las propias consideraciones de ese Despacho vertidas en el mismo auto de imputación, pues debe recordarse que la decisión de aumento de la presa fue adoptada en la reunión de Junta Directiva 100 del 28 de abril de 2010 a la que asistió el señor SERGIO BETANCUR PALACIO en calidad de miembro suplente y que en dicha condición, tal y como loestablecen los estatutos sociales, no tenía capacidad de tomar decisiones ni de votar aprobando autorizaciones y así lo comprendió ese Despacho cuando en la página 668 de la mentada providencia, reconoce que "**la conducta que se reprocha al señor Sergio Betancur Palacio no se encuentra referida a las decisiones documentadas en las actas No 100,** 112 y 113 de la Junta Directiva de Hidroituango". (negrillas y resaltos fuera del texto original).*

Así las cosas, no existe ninguna conducta que vincule o relacione al señor SERGIO BETANCUR PALACIO como miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango con la decisión de modificación de la altura de

> *la presa, la cual se **BETANCUR PALACIO en su calidad de miembro suplente, dada la asistencia del miembro principal.***
>
> *Conforme con las consideraciones vertidas en precedencia, debe cesarse la acción fiscal frente al señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** por el cargo formulado, al no encontrarse reunidos los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal en su contra.*

Rta: Es importante indicar que a la Junta Directiva no le correspondía solamente "autorizar al Gerente para la celebración o ejecución de cualquier acto o contrato cuya cuantía exceda de mil salarios mínimos legales vigentes o que siendo de cuantía indeterminada", pues de conformidad con lo expuesto en los Estatutos de HI, (Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003, artículo 44), estaban dentro de sus funciones*, entre otras:"(…) **1. Nombrar y remover libremente al Gerente y sus suplentes. 3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (**…)",* y no como lo argumenta el Apoderado de plasmarlo como solo una autorización al Gerente.

Sobre **el alcance de la responsabilidad de las juntas directivas**, la doctrina nacional también ha enfatizado que:

> *«37. La Junta o Consejo Directivo (en adelante "Junta') es el máximo responsable del desempeño de una entidad. Aunque legalmente los directores son "administradores", la Junta más que un órgano de gestión (gerencia del día a día) propiamente dicho, es un órgano de supervisión que orienta la política general de la entidad, **controla a los representantes** legales y sirve de enlace con los accionistas. Sus actuaciones deben buscar el mejor interés de la sociedad y de todos sus accionistas (i.e., incluidos los accionistas minoritarios).*
>
> *«38. En general, la Junta es responsable de la estrategia, desempeño y control interno de una entidad. En este sentido, la Junta debe ser la encargada de (i) fijar las estrategias generales de la compañía y aprobar las decisiones de mayor importancia y hacer seguimiento a su ejecución, (ii) fijar la política de selección y remuneración de los cargos más importantes de la sociedad, (iv**) evaluar y controlar la gestión de la entidad y de sus representantes legales,** y (v) identificar los principales riesgos de la empresa y de la estrategia y liderar la definición e implementación de los sistemas internos de control e información apropiados"[479].*

[479] 305 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, DELEGATURA PARA RIESGOS DE
CONGLOMERADOS Y GOBIERNO CORPORATIVO SUBDIRECCIÓN DE METODOLOGÍAS DE SUPERVISIÓN Y ANÁLISIS DE RIESGOS (agosto 2010), Manual Documento Conceptual de Gobierno
Corporativo, Bogotá D.C., pp. 9.

De conformidad con lo expuesto en los estatutos de Hidroituango, la jurisprudencia y la doctrina, a la junta directiva de Hi es un órgano de gestión y supervisión que orienta la política general de la entidad y en consecuencia es responsable por las decisiones estratégicas que adopte el Gerente, incluyendo las inversiones que se realicen.

De lo expuesto por el Apoderado, este Despacho realiza nuevamente un examen de la responsabilidad fiscal de los miembros de juntas directivas, en el entendido que debe fundamentarse en las funciones que estas colegiaturas cumplen en la respectiva organización, que en el caso de autos es Hidroituango, y que de acuerdo con el ordenamiento jurídico administren recursos públicos.

Los lineamientos jurisprudenciales invocados a lo largo de esta providencia, se infiere que la simple presentación de conceptos, informes y/o recomendaciones que hace la Administración a los miembros de la Junta Directiva, como soportes de proyectos de decisión o de aprobación sobre materias que, por sus funciones, los mismos deban adoptar**, no es suficiente para exonerarlos de su responsabilidad fiscal.**

Según lo que para cada caso se establezca en las funciones de la respectiva junta directiva, existe de parte de estos integrantes un deber de verificación de consistencia de estos soportes, conceptos o informes, como parte del ejercicio de sus competencias u obligaciones, **con mayor razón cuando la decisión a adoptar resulte determinante en la administración, disposición y manejo de los recursos públicos a cargo de la entidad u organización de la cual formen parte**. **En palabras del Tribunal, se trata del deber de *"examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos"*;** o, en palabras del Consejo de Estado, del **deber de constatar su impacto y comprobar si benefician a la entidad o, en otras palabras, que no le causen perjuicio.**

Es por ello, que este Despacho teniendo en cuenta las funciones de la junta directiva de Hidroituango así como los mismos lineamientos jurisprudenciales se observa que la omisión de estos deberes, por parte de los miembros de la junta directiva fue calificada la conducta gravemente culposa, según lo establecido para este caso concreto; y, por tanto, fue objeto de comprobación y calificación por parte de esta Instancia a efectos de verificar la existencia del elemento subjetivo de la responsabilidad.

Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de funciones en relación con la Sociedad, entre ellas **cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (numeral 3 de los estatutos)**, examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos (numeral 8 de los estatutos), la Junta Directiva estaba revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad y tomar las decisiones necesarias para que

la sociedad cumpla su objetivo *(*Reglamento interno de la Junta Directiva - Artículo 3).

De otro lado, es importante indicar que eran sujetos cualificados, profesionales, con experiencia y en conjunto, debían tener conocimientos y experiencia en la industria de energía, finanzas, riesgos (Reglamento interno de la Junta Directiva, artículo 4), obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. También era obligación de los miembros de junta participar activamente en las reuniones, conociendo y revisando por adelantado el material de estudio y análisis para las reuniones (artículo 14 del Reglamento interno de la Junta Directiva). Es más, los miembros de Junta son sujetos altamente cualificados que coadministraban la sociedad, con las más amplias facultades para que la Sociedad cumpliera su único objeto social. Adicional a esto, tenían el derecho y la obligación de solicitar toda la información sobre las decisiones a tomar. Expresamente el reglamento de la Junta Directiva cualifica al exigirle una responsabilidad mayor que el deber de conducta medio, que corresponde al buen padre de familia, respondiendo así hasta por la culpa levísima.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad fiscal de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.
Por lo anterior, no tiene asidero lo expuesto por el Apoderado, en entender que la función de la Junta Directiva se dirigía solamente a autorizar al Gerente de Hi a la suscripción de contratos.

Ahora, frente a lo expuesto por el apoderado en el sentido que el cronograma general del proyecto antes de la fecha de suscripción del contrato BOOMT y durante su primer año de ejecución, NO PRESENTABA retrasos significativos que pudieran poner en riesgo la ejecución del proyecto y su entrada en operación en las fechas establecidas para cumplir con el cargo por confiabilidad, el Despacho le indica al Apoderado que si bien el cronograma no presentara retrasos, **si se destruyeron las holguras temporales del proyecto e impactaron hacia adelante la ejecución de los otros contratos.**

De otro lado, en el auto de imputación al momento de efectuar la presentación cronológica de los hechos que enmarcan la causa fiscal, se analizó frente a proyecto y su desarrollo, lo siguiente:

• Como consecuencia de problemas administrativos al interior de Hidroituango y del hecho de que los miembros de la junta no hacían seguimiento a las ordenes que se

le impartían al Gerente de Hi se atrasó la suscripción de los contratos de diseños de las vías.
• El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos.
• La modificación del trazado de las vías cuando las mismas ya se encontraban en ejecución, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto para el desarrollo de las mismas, que en últimas no cumplieron con la finalidad de lograr que el proyecto entrara en operación en oportunidad.
• Modificación de la altura de la presa, originalmente diseñada y autorizada en la licencia ambiental, lo que generó demoras en el inicio de la construcción por haberse tenido que modificar la licencia ambiental consecuentes demoras en la entrega de los diseños de detalle de las obras principales por los cambios en las especificaciones técnicas tanto de la altura como de la cola del embalse.
• Consagrar salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido a EPM, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango.
• Hidroituango permitió que se Diluyera su capacidad de seguimiento al contrato BOOMT como consecuencia de omisiones en la estructuración administrativa y operativa necesaria para asumir el rol que tenía dentro de un contrato de dicha magnitud, lo anterior agravado por las falencias en el control al mecanismo de seguimiento contractualmente pactado (comité de seguimiento)
• El inicio de las obras de construcción de los túneles de desviación sin contar con las vías de acceso necesarias, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto destinado para tal fin.
• A pesar de los graves atrasos acumulados, insistieron en participar en una segunda subasta de energía en firme, que les fue adjudicada e implicaba entregar 9.540.821,91 KWh-día de energía en firme para el periodo comprendido entre 01/12/2021 a 31/11/2038.
• El desarrollo por parte del contratista de los túneles de desviación sin tener adecuado planeación y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público así como las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones, acumulando atrasos significativos, generando la necesidad de aplicar nuevos planes de recuperación de tiempos y aumentando los costos a pesar de lo cual no se logró cumplir con uno de los hitos fundamentales del proyecto, el cual era la desviación del Río Cauca.
• A pesar de que como consecuencia de la no desviación del río Cauca en la fecha programada, desde 2012 se hizo evidente una alta probabilidad de que el proyecto no entrara en operación en noviembre de 2018, no haber tomado las decisiones

necesarias para evitar que los gastos del proyecto se elevaran de forma tal que llevaran a destruir el Valor Presente Neto del proyecto
• La necesidad de ceder el contrato de construcción de los túneles de desviación del río Cauca al contratista de obras principales, para lograr cumplir con el cronograma de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018. Lo que llevó a implementar un plan de aceleración para lograr la desviación del río a principios de 2014, hecho que por la premura y por el atraso de 333 días en la contratación de las mismas y del 91% en la ejecución de este mecanismo hidromecánico, llevó a prescindir de la instalación de las compuertas en los dos túneles de desviación, lo que indujo a modificar las características catalogadas contractualmente como "inmodificables" del proyecto como fue la construcción del tercer túnel de desviación (GAD).

Este último túnel, a la postre durante la desviación del río cauca, necesaria para el cierre con tapones de concreto de los túneles de desviación derecho e izquierdo, requisito para iniciar el lleno de la presa, colapsó como consecuencia de no contar con diseños específicos para la realización del mismo y errores constructivos y de especificaciones técnicos.

Así las cosas, se colocó al proyecto en un estado de vulnerabilidad lo que terminó desencadenando la contingencia del año 2018, y en consecuencia no generó no solo la imposibilidad de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 con consecuencias para la estabilidad energética del país, sino también implicó la realización de inversiones adicionales a los ya cuantiosos gastos realizados, para atender los gastos que ocasionó esa situación.

Este aumento vertiginoso de las inversiones, puede ser calificado como **injustificado,** pues excedió significativamente lo presupuestado en el modelo que sirvió como cierre financiero del proyecto y obedeció a conductas, las cuales en el acápite de "CONDUCTA Y NEXO DE CAUSALIDAD", se describieron como negligentes ya que responden a problemas de planeación, improvisación, errores constructivos y de seguimiento y control, que llevaron a que se causara un daño al patrimonio del Estado como consecuencia de la pérdida del valor presente neto del proyecto.

Así mismo, como consecuencia de estos hechos se concretó el riesgo de no entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 y por lo tanto se generó un lucro cesante, el cual como se verá en el acápite correspondiente también ocasionó un daño al patrimonio del Estado.

Frente al argumento expresado por el Apoderado, en el sentido que no se presentaban retrasos significativos que pudieran poner en riesgo la ejecución del proyecto y su entrada en operación en las fechas establecidas para cumplir con el cargo por confiabilidad, **es importante precisar que el control sobre los hitos, el cronograma y la financiación o costos del proyecto no debía hacerse teniendo**

en cuenta únicamente la curva s de Deloitte de manera descontextualizada y sin tener en cuenta las vicisitudes que se daban en el desarrollo físico de la obra, pues situaciones como las destacadas por este Despacho en los hechos sin duda impactaban los tiempos del proyecto, tanto que en el mismo comité de seguimiento al contrato BOOMT, lo cual por demás quedó plasmado en el acta que se llevaba, EPM e Hidroituango en 2012 ya eran conscientes de lo poco probable que era que el proyecto comenzara a generar energía en 2018.
Por lo anterior, no prospera el argumento expuesto por el Apoderado.

Respecto al argumento en el cual indica que *"en el Acta No 104 del 28 de octubre de 2009 de la Junta Directiva de Hidroituango, la modificación de la licencia ambiental y el inicio de las obras de construcción de las vías de acceso al proyecto, representó un retraso en el cronograma delproyecto de tan sólo un mes y en el Acta No 107 del 27 de junio de 2010, se presentó propuesta de cronograma que daría una holgura de un año y garantizaría el cumplimiento con los compromisos en la subasta de energía",* este Despacho expresa que frente a lo expuesto por el apoderado, el argumento resulta impertinente, teniendo en cuenta que dentro de las conductas endilgadas al señor Sergio Betancur Osorio, no se encuentra el Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM.

(**Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene la creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto**), ya que dentro ésta no se estableció adelantar una subasta pública que generó costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM. De otro lado, se indica que el Apoderado tergiversa las conductas reprochadas haciendo ver que esta conducta corresponde a la endilgada a otros imputados, por lo que no prospera el argumento expuesto en los descargos.

Por lo anterior no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

De otro lado, el Apoderado indicó:

> *"no tienen ninguna relación con el colapso de la GAD que ocurrió en el año2018, tampoco tienen relación causal con el daño al patrimonio público, cuya reparación sepretende a través de la presente acción fiscal, pues tales hechos no contribuyeron de ninguna manera a lo que sucedió en el año 2018.*
>
> *Ciertamente, existen unas causas adecuadas que produjeron esa contingencia que se presentó en el proyecto hidroeléctrico en el año 2018, que le*

> *corresponderá a la Contraloríaencontrarlas así como a sus responsables, pero lo que no puede hacer, es pretender, sin ningún sustento, sumar una serie de hechos, decisiones, cambios modificaciones, para crear una cadena infinita de causas para imputar cargos a partir de la inaplicable teoría dela equivalencia de condiciones".*

Frente al anterior argumento, este Despacho expresa que en el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **<u>destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.</u>**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **<u>eficiente y determinante</u>** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **<u>resulte idóneo para su configuración</u>**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **<u>causa idónea y eficiente para la producción del daño</u>**"*[480].

[480] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[481]*.*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[482]*:*
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"****Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño****. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad.* ***Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño****".*

---

[481] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[482] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> *Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió,* ***libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia****"*[483]*. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

[483] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta

el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[484] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[485], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves

[484] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[485] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada "contingencia de 2018".

De conformidad con lo anterior, el argumento del Apoderado no prospera.

Así mismo, el Apoderado argumentó en su escrito que: "*Finalmente y frente a la acusación "**lo que aunado al aumento en la altura de la presa**, generó cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y demoras en la suscripciónen la orden de inicio de construcción de las vías, impactando los tiempos del proyecto, y enconsecuencia concluir por este Despacho que su actuar se separa como se verá adelante del modelo de conducta que le resultaba exigible **en su calidad de miembro principal dela junta directiva**", advertimos su evidente contrariedad frente a las propias consideraciones de ese Despacho vertidas en el mismo auto de imputación, pues debe recordarse que la decisión de aumento de la presa fue adoptada en la reunión de Junta Directiva 100 del 28 de abril de 2010 a la que asistió el señor SERGIO BETANCUR PALACIO en calidad de miembro suplente y que en dicha condición, tal y como loestablecen los estatutos sociales, no tenía capacidad de tomar decisiones ni de votar aprobando autorizaciones y así lo comprendió ese Despacho*

*cuando en la página 668 de la mentada providencia, reconoce que "**la conducta que se reprocha al señor Sergio Betancur Palacio no se encuentra referida a las decisiones documentadas en las actas No 100.** 112 y 113 de la Junta Directiva de Hidroituango". (negrillas y resaltos fuera del texto original)".*

Aunado a lo anterior, expresó*: "Así las cosas, no existe ninguna conducta que vincule o relacione al señor SERGIO BETANCUR PALACIO como miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango con la decisión de modificación de la altura de la presa, la cual se **BETANCUR PALACIO en su calidad de miembro suplente, dada la asistencia del miembro principal.***

*Conforme con las consideraciones vertidas en precedencia, debe cesarse la acción fiscal frente al señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** por el cargo formulado, al no encontrarse reunidos los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal en su contra".*

Frente a este argumento, el Despacho le indica al apoderado que en las conductas endilgadas en el Auto de Imputación al señor Sergio Betancur, en ningún momento se le atribuyó el aumento en la altura de la presa, pues la conducta reprochada consistió en: **Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.**

Respecto al párrafo del auto de imputación que menciona en el escrito de descargos, el apoderado realiza una lectura descontextualizada del mismo, pues lo que se indicó en este es que *"encuentra probado que el señor Sergio Betancur **Palacio incurrió en esta conducta en el sentido de conocer, deliberar y votar la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía)** lo que aunado al aumento en la altura de la presa, **generó cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, impactando así en los tiempos del proyecto, y en consecuencia concluir por este Despacho que su actuar se separa como se verá adelante del modelo de conducta que le resultaba exigible en su calidad de miembro principal de la junta directiva",*** es decir, que a partir de varias causas acaecidas en el proyecto, conllevó a que se impactara en los tiempos del proyecto, entre ellas **la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía)** y el aumento en la altura de la presa, sin que se esté imputando por esta última.
Por lo anterior, no prospera el argumento expuesto por el Apoderado.

2. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene la creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

El apoderado expresó:

> *La formulación genérica de este cargo, impide saber con certeza cuáles fueron las conductas individuales y concretas que el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** en su condición de Miembro Suplente de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango realizó yque fueron determinantes en la causación del presunto daño patrimonial.*

Rta. Frente a la supuesta ambigüedad en los argumentos del Auto de imputación, se trata de una opinión infundada del apoderado, pues resultan clara la explicación de los mismos, como puede verse a continuación:

- En sesión de Acta 114 de 25 de agosto de 2010, se estableció frente al proceso de negociación entre EPM y la sociedad Hidroituango, frente a la sociedad espejo, lo siguiente:

El doctor Federico Restrepo le informa que la negociación culmina con los montos que se deben anticipar o pagar a todos los accionistas de HI diferentes a EPM -205 millones de dólares – y una tasa interna de retorno a EPM de acuerdo con unos flujos o parámetros a los que se han llegado con las bancas de inversión. Se pretende resolver cómo se hace para que esos aportes iniciales no impliquen afectación fiscal y, en segundo lugar, para que el IDEA y los accionistas minoritarios pudieran hacer que esos ingresos pasaran por el estado de resultados. Se llegó a la propuesta de la escisión de HI para tener una nueva entidad a la cual le cede parte de los activos del proyecto. Esa sociedad será una sociedad espejo de HI en principio y HI se mantiene con un patrimonio menor. EPM compra en esa sociedad las acciones de los otros accionistas que deseen venderle.

Para el perfeccionamiento de este proceso se requiere del aporte de las áreas jurídicas de HI, EPM y el IDEA, y se pretende que el proceso de escisión se termine en el presente año. HI debe tener los estados financieros dictaminados con corte al 31 de agosto y debe convocar a la asamblea de accionistas inmediatamente se tengan los estados financieros, con el fin de cumplir con los plazos de ley. Los asesores legales deben elaborar el proyecto de escisión. Con lo anterior, una junta directiva extraordinaria citará a reunión de una asamblea extraordinaria. Solicita a la administración de HI, con sus asesores legales, efectuar los trámites requeridos dentro de la mayor celeridad.

(…)

Agrega el doctor Vásquez a la explicación que hizo el doctor Federico Restrepo sobre los términos del acuerdo, que también se tendrá un plazo de restitución a los cincuenta años, la aplicación de la fórmula presentada por Inverlink dentro de ocho años, cuyos parámetros quedarán definidos en el contrato, y que el excedente que logre el proyecto por encima de la TIR será para HI.

- Lo anterior, da cuenta de la manera como a través del mecanismo de la sociedad espejo, EPM terminó proponiendo desde un principio la compra de las acciones del IDEA y los accionistas minoritarios en la sociedad espejo.

- En acta 116 de 29 de septiembre de 2010, frente la proyecto de escisión se aprobó por unanimidad por los miembros de la Junta Directiva así:

b.- Proyecto de Escisión:

Reitera el doctor Wilson Vélez que los equipos jurídicos de EPM Y HI se reunieron para estudiar el proyecto de escisión que fue elaborado por el equipo jurídico de EPM. Este proyecto contiene los siguientes elementos: antecedentes, modalidad, motivos, condiciones, los estatutos de la sociedad beneficiaria –modalidad sociedad anónima- y los anexos: estados financieras, composición accionaria de escindente y beneficiaria, etc.

Puesto a consideración por el señor presidente, doctor Álvaro Vásquez, el proyecto de escisión con sus anexos, es aprobado por la unanimidad de los miembros presentes de la Junta Directiva.

- Posteriormente en la misma sesión, y teniendo en cuenta lo aprobado en la escisión, se estableció frente al contrato BOOMT lo siguiente:

Como consecuencia de lo aprobado en los anteriores puntos, el doctor Juan Felipe Gaviria propone que en el Proyecto de Escisión de Hidroituango S.A. ESP, además del proyecto mismo ya aprobado, se incorpore la autorización de tercerización y contratar el BOOMT, al igual que el suministro de la información que requiera EPM para realizar este contrato con HI. Puesto a consideración por el señor Presidente, es aprobado por la unanimidad de los presentes.

- Así mismo en la sesión se dejaba en la deliberación de los miembros de la Junta Directiva la preocupación sobre las decisiones a adoptar, teniendo en cuenta que ahora EPM adelantaría el proyecto, se manifestó lo siguiente:

Expresa el doctor Juan Felipe Gaviria que le preocupa que las decisiones que se tomen sobre estos temas lleguen a entrabar el proceso, por cuanto EPM no ha tomado las decisiones finales sobre la forma de cómo hacer el endeudamiento y no se quiere que esa aprobación llegue a condicionar a la sociedad vehículo, o a EPM, sobre la forma de tomarlo.

- De manera paralela a lo anterior, y aun cuando tal y como se evidenció líneas atrás era claro que EPM iba a ser quien iba a desarrollar el proyecto y habiéndose perdido un año y medio y cuantiosos recursos en un proceso de subasta fallido con un tercero, Hi adelantó algunos trámites previos para adjudicar una de las obras más importantes y necesarias para el cumplimiento del cronograma cual era la de lograr la desviación del río Cauca en las estivas de 2013.

- Es necesario precisar que Hi no contaba con recursos para realizar una contratación de tal envergadura, por lo que, en primer término, le

correspondía conseguir los recursos para financiar la excavación de los túneles de desviación.

- Por lo anterior, en Acta 110 de 5 de mayo de 2010, se autoriza el inicio de los trámites de endeudamiento para tal fin.

- En este punto, cabe recordar tal y como se explicó líneas atrás, en la misma acta, se acordó que se siguiera con los trámites de negociación directa con EPM, y posteriormente en acta 111 de 9 de junio de 2010 se suspendió el proceso de Subasta.

- **En consecuencia, con lo anterior, en acta 114 de la junta Directiva de Hi de fecha 25 de agosto de 2010, se informa sobre las gestiones realizadas por la administración de Hi para el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación. Teniendo en cuenta que finalmente quien va a realizar el trabajo de los túneles es EPM, se decide que tanto los trámites de endeudamiento como los trámites de la licitación se realizaran de forma integrada los equipos de EPM y Hi.**

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez sobre las gestiones realizadas por la Administración con Bancolombia para obtener el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación, por valor de trescientos millones de dólares (USD 300'000.000).

El doctor Federico Restrepo expresa que EPM podría otorgar el aval que se requiere para ese endeudamiento, que no necesariamente debería ser con Bancolombia, ya que se tienen otras fuentes muy favorables. Pero, bajo la consideración que ellos adelantarán el proyecto, EPM requiere tener participación en ese proceso de negociación y por ello consideran que el equipo financiero de HI se debe acompañar con el equipo de Gestión de Capitales de EPM para el trámite de endeudamiento.

Señala el doctor Álvaro Vásquez que teniendo en cuenta las posibilidades que da la importancia financiera de EPM y los beneficios de su presencia en el mercado, comparte lo expresado por el doctor Restrepo para que se efectúe un trabajo conjunto entre los equipos financieros de las dos entidades.

Finalmente, agrega el doctor Juan Felipe Gaviria, teniendo en cuenta que quien en última instancia va a realizar el trabajo de las obras de los túneles de desviación es EPM, se debe considerar si ese proceso lo debe hacer esta entidad directamente, consultando los mecanismos jurídicos que se requieran para el efecto.

Por ello, aporta el doctor Jesús Arturo Aristizabal, se debe buscar la forma para que EPM asuma de una vez el proyecto. Complementa señalando que la contratación del endeudamiento por HI no sería fácil, por cuanto no tiene la calificación de riesgo que se requiere y debería hacer todo el trámite para obtenerla.

En consecuencia, la gestión de endeudamiento y el proceso de licitación para los túneles de desviación, se realizará de forma integrada entre los respectivos equipos de HI y EPM.

- **<u>En Acta 116 de 29 de septiembre de 2010</u>, se reitera que Hi no cuenta con los recursos necesarios para realizar dicha contratación a pesar de ello la junta autoriza el inicio de dichos trámites.**

El doctor Luis Guillermo Gómez manifiesta que se ha recibido de parte de EPM, en las respectivas mesas de trabajo, la solicitud de que sea Hidroituango la que inicie el proceso de licitación para la construcción de los túneles de desviación y así poder cumplir con los cronogramas. Del mismo modo, para que HI abra la licitación de la interventoría para toda la construcción del proyecto y para que se contrate la Asesoría durante la Construcción, con los diseñadores de las Obras Principales. Por esta razón se ponen a consideración de la Junta estos temas, con el fin de que se otorgue su autorización para iniciar los procesos correspondientes. Igualmente, para que sean aprobados los respectivos CDPs y las vigencias futuras.

El doctor Juan Felipe Gaviria pregunta si esas licitaciones las debe iniciar Hi o EPM, si esos temas pasarán a la beneficiaria directamente o las puede emprender EPM, o si se deben decidir conjuntamente entre EPM y HI?.

El doctor Juan Gonzalo Álvarez expresa que, como lo afirmó el doctor Gómez, en las mesas de trabajo se determinó que HI debe iniciar los procesos de contratación que se traen a consideración de la Junta, por cuanto en las actuales circunstancias jurídicamente no puede EPM iniciar o adelantar procesos de contratación del proyecto, que aún se encuentra en cabeza de Hidroituango. Todo esto ha sido conciliado en esas mesas de trabajo. Agrega que posteriormente esos contratos se cederán a EPM.

(…)

El doctor Wilson Vélez informa que para que HI pueda iniciar esos procesos de contratación requiere de recursos que no tiene para aprobar el CDP - alrededor de trescientos millones de dólares (USD300'000.000) - y recuerda que se ha logrado con Bancolombia una carta de aceptación de un cupo de endeudamiento por ese valor. Se requiere la aprobación de la Junta de las vigencias futuras, con base en ese cupo de endeudamiento con Bancolombia.

Expresa el doctor Juan Felipe Gaviria que le preocupa que las decisiones que se tomen sobre estos temas lleguen a entrabar el proceso, por cuanto EPM no ha tomado las decisiones finales sobre la forma de cómo hacer el endeudamiento y no se quiere que esa aprobación llegue a condicionar a la sociedad vehículo, o a EPM, sobre la forma de tomarlo.

(…)

En ese orden de ideas, y puestos a su consideración por el señor Presidente la iniciación del proceso licitatorio de los túneles de desviación, para la interventoría de la construcción de las Obras Principales y el contrato de asesoría de los diseñadores, segunda etapa de la licitación para el Diseño de las Obras Principales, la Junta aprueba por unanimidad los tres procesos de contratación, al igual que la autorización de vigencias futuras solicitada por la administración para la expedición de los respectivos CDPs.

- **Cabe anotar que de conformidad con el Acta 117 de 27 de octubre de 2010, última sesión en la cual participa el señor Betancur, se precisa que para efectos de la Suscripción del Contrato BOOMT y antes de que inicie el contrato de construcción de los túneles, se debe contar con la póliza que cubra diferentes riesgos, pero para ello Hi debe comprometer vigencias futuras.**

> Informa el doctor Juan Gonzalo Álvarez, Gerente de Estructuración Financiera de HI que para adelantar esta póliza, y la de terrorismo, la empresa requiere comprometer vigencias futuras y, por consiguiente, debe definir la fuente de este contrato. A pesar de que este contrato no lo va a realizar HI, sino el contratista del BOOMT, EPM Ituango, para la firma del contrato BOOMT se deben tener cubiertos estos riesgos y, por consiguiente, tener a finales de año su definición, antes del inicio de la construcción de los túneles de desviación, de conformidad con la presentación que hace a los miembros de Junta, que se anexa a la presente acta.

A pesar de falta de recursos de Hidroituango para adelantar los procesos de selección y conseguir las pólizas necesarias, los miembros de junta, entre ellos el señor Vásquez, autorizaron el inicio de procesos de selección que por la circunstancia anotanda nunca pudieron iniciarse, lo que aunado a la expectativa por el hecho de que el contratista del contrato BOOMT era quien finalmente iba a adelantar toda la obra, llevaron a que no se suscribieran los contratos para la construcción de los túneles de desviación.

Todo lo anterior aunado a los atrasos en las vías de acceso y al tiempo utilizado por EPM Ituango para la realización de los trámites, el contrato de construcción de los túneles solo pudo iniciar en Agosto de 2011, tal y como da cuenta el Acta 127 de 28 de septiembre de 2011.

Finalmente, el contrato terminó siendo adjudicado por EPM Ituango el 28 de junio de 2011 y se le dio orden de inicio anticipada el día 16 de agosto de 2011[486].

El inicio de este contrato en fecha posterior, llevó a que para efectos de cumplir el cronograma y desde su inicio, se le solicitara al contratista un **Programa de recuperación, que tal y como se explicó en los fundamentos de hecho llevó a incrementar el presupuesto.**

Por lo anterior se concluye que esta acción es atribuible al señor Betancur Palacio y que la misma se dio como consecuencia del hecho de haberse separado en su actuar del modelo de conducta que le correspondía como buen hombre de negocios, tal y como se explicará en detalle más adelante.

[486] Ver orden de inicio anticipada en: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Contractual

De conformidad con lo expuesto en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, la conducta del señor Álvaro Vásquez Osorio, fue descrita de una manera clara y precisa, que no se presenta a equívocos, como lo pretende hacer ver el apoderado, por lo tanto, no hay lugar a lo alegado por el Apoderado en este sentido.

De otro lado, expresó el apoderado:

> *Si bien no se señalan **cuáles decisiones** sin la debida planeación tomó el señor SERGIO BETANCUR PALACIO en su calidad de MIEMBRO SUPLENTE de la Junta Directiva de Hidroituango que hubieran generado un desgaste administrativo innecesario, este apoderado se referirá específicamente a la única decisión que de manera concreta y específica se señala en dicho cargo, es decir, **"la creación de la sociedad espejo EPM- Ituango".***
>
> *Debe aclararse que no correspondía a los miembros de la Junta Directiva de Hidroituangoaprobar la creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, pues dicha facultad radicaba de manera privativa en la Asamblea General de Accionistas, tal y como se encuentra establecido en los numerales 19 y 20 del artículo 34 FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS contenidos en la escritura pública No 771 del 19 de marzo de 2013 otorgada en la Notaría 18 del Círculo Notarial de Medellín correspondiente a la reforma de estatutos y aumento de capital de la Hidroeléctrica Pescadero-Ituango S.A. E.S.P., cuyos textos son del siguiente contenido:*
>
> 19- Aprobar la participación en nuevas sociedades o en las ya existentes.----------
>
> 20- Decidir sobre la factibilidad final del proyecto de acuerdo a los estudios técnicos, ambientales, económicos y financieros que se realicen.----------
>
> *En virtud de las mentadas atribuciones estatutarias, la Asamblea General de Accionistas como máximo órgano social de la sociedad Hidroeléctrica Ituango en sesión extraordinaria del 27 de octubre de 2010, aprobó la escisión de Hidroituango para que esa sociedad, sin disolverse, escindiera parte de su patrimonio para crear EPM-ITUANGO S.A. E.S.P.*
>
> *Conforme con lo anterior, fluye con toda nitidez que el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO no realizó la conducta que se le endilga**, ya que no estaba en el marco de susfacultades como miembro suplente de Junta Directiva decidir sobre la creación de la sociedad espejo EPM-Ituango.*
> *Sobre este punto, debe reiterarse que la imputabilidad o responsabilidad personal, exige que la sanción se predique únicamente respecto de las acciones u omisiones propias del infractor, constituyéndose en una exigencia transversal que no admite excepciones ni modulaciones en materia administrativa sancionatoria.*
>
> *Ahora bien, frente al reproche que se hace en el auto de imputación, según el cual "era claro que EPM iba a ser quien iba a desarrollar el proyecto y habiéndose perdido un año ymedio de cuantiosos recursos en un proceso de subasta fallido*

con un tercero", resulta a todas luces una consideración subjetiva y salida de cualquier lógica racional, toda vez quepara el mes de Agosto de 2009, fecha en la que se decidió el inicio de una subasta internacional basada en el modelo BOOMT, ***RESULTABA IMPOSIBLE para los miembrosde la Junta Directiva, predecir, anticipar, adivinar, prever o incluso sospechar, que EPM desarrollaría el proyecto hidroeléctrico, pues ni lo representantes de EPM en laJunta Directiva ni su Gerente, habían manifestado la intención de dicha Empresa en desarrollar el proyecto hidroeléctrico,*** *fue sólo con motivo de la apertura de la subasta internacional, con la presentación por parte de EPM de los documentos en el marco del proceso de precalificación, que la sociedad Hidroituango y posteriormente los miembros dela Junta Directiva conocieron sobre el interés de EPM en participar en el proceso de subasta.*

En el contexto del momento en que se encontraba la junta, es decir, para el mes de Agostode 2009, era estratégico y conveniente para la sociedad Hidroituango convocar a una subasta internacional para seleccionar un oferente que desarrollara el proyectohidroeléctrico Ituango bajo el esquema denominado BOOMT; pues lejos estaban deimaginar los miembros de la Junta Directiva que un año más tarde, dicha subasta se suspendería para abrir paso a la posibilidad de que EPM, en su condición de accionista dela sociedad, desarrollara el proyecto.

Es así como ***casi un año después*** *de iniciada la subasta, la cual se venía adelantando conla participación de los que manifestaron interés en desarrollar el proyecto; en la reunión deJunta Directiva de la sociedad realizada 9 de junio de 2010, se decidió suspender el procesode subasta* ***por unas semanas****, para explorar conjuntamente con EPM otras alternativas de negocio que permitieran el desarrollo del proyecto, tratativas que derivaron nueve mesesdespués (30 de marzo de 2011), en la suscripción del contrato BOOMT entre la sociedad Hidroituango y EPM- Ituango.*

Dos años después de que el señor SERGIO BETANCUR PALACIO dejara de pertenecer ala Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, mediante el Acta de Modificación Bilateral No 4 del 2 de julio de 2013 se cedió el contrato BOOMT a favor de EPM.

Resulta de importancia aclarar, que, para el 28 de abril de 2010, fecha de la reunión de Junta Directiva 110, no se había desarrollado ninguna negociación directa con EPM. Ante las presiones mediáticas tanto de los medios de comunicación como de instancias gubernamentales sobre el futuro del proyecto Hidroeléctrico Ituango, representantes de EL IDEA y EPM iniciaron conversaciones para explorar alternativas conjuntas que permitieranel desarrollo del proyecto.

Producto de estas conversaciones, con fecha 10 de septiembre de 2010 entre el IDEA y EPM, se suscribe el Acuerdo de Accionistas cuyo objeto consistía en: a) establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual EPM directamente o a través de un vehículo diferente de Hidroituango y bajo su control, mediante un contrato

BOOMT, desarrolle íntegramente el PROYECTO, es decir, que financie, construya, opere, mantenga y restituya la central Hidroeléctrica a Hidroituangoy b) determinar, en concreto, las condiciones de venta de acciones que el IDEA y los accionistas minoritarios diferentes a EPM, lleguen a tener en la sociedad vehículo.

Conforme a la anterior secuencia cronológica que describe cómo se desarrollaron los hechos que son motivo de censura por parte de la Contraloría, le resultaba imposible a mi defendido para el mes de agosto de 2009, anticipar, adivinar, prever o imaginar los sucesos que ocurrieron como resultado del proceso de subasta internacional, por lo que, las inferencias subjetivas sobre las cuales se edifica esta imputación carecen de cualquier fundamento lógico, pues se reitera, para el momento de decidirse la apertura de la subastainternacional, la misma estaba debidamente justificada y resultaba la más conveniente paralos intereses de la sociedad y para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico, se adoptó de manera diligente, en "uso del buen juicio, sin que para ese entonces los miembros de la Junta Directiva pudieran anticipar los eventos que se produjeron en razón del inicio de esteproceso.

*Nuevamente se llama la atención sobre la irregularidad que se advierte en el aparte del auto que se extracta, pues dentro del análisis de las conductas individuales que se le imputan al señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, se le vuelve a nombrar como el "**señorVásquez".** lo que sugiere que la decisión de imputación no obedeció a un estudio de las conductas individuales que le pudieran ser atribuibles sino que es el resultado de copiar lasconsideraciones utilizadas para la imputación del señor VÁSQUEZ, que dentro del auto de imputación es la inmediatamente posterior.*

*Finalmente y frente a las demás censuras formuladas, debe manifestarse que tal y como se advierte de las decisiones contenidas en las Actas No 116 y 117, la sociedad Hidroituango **sí contaba** con los recursos necesarios para la contratación de la construcciónde los túneles y de la póliza todo riesgo, pues en ambas reuniones se autorizaron vigencias futuras para la expedición de los respectivos CDPs y el endeudamiento, que son mecanismos presupuestales y de financiación viables a través de los cuales se garantizarían los compromisos contractuales. Adicionalmente y como se relata en las actasde las pluricitadas sesiones de la Junta Directiva, debía ser la sociedad Hidroituango la que adelantara los procesos de contratación tanto de los túneles de desviación como de la pólizatodo riesgo.*

Frente al primer proceso de contratación "túneles de desviación" y por solicitud de EPM, taly como se informa en el punto 10º del Acta 116, Hidroituango debía ser la que iniciara el proceso de licitación para la construcción de los túneles de desviación y así poder cumplir con los cronogramas, ya que jurídicamente no podía EPM iniciar o adelantar procesos de contratación del proyecto, que, para ese entonces, se encontraba en cabeza de Hidroituango. En la misma acta se previno que dichos contratos se cederían a EPM.

Respecto a la contratación de la póliza todo riesgo, en el Acta 117, el Gerente deEstructuración Financiera de HI informó a los miembros de la Junta Directiva que "para la firma del contrato BOOMT se deben tener cubiertos estos riesgos y, por consiguiente, tenera finales de año su definición, antes del inicio de la construcción de los túneles de desviación".

En ese orden de ideas, las autorizaciones otorgada al Gerente de la sociedad para iniciar la contratación de los túneles y de la póliza todo riesgo, así como la autorización de vigencias futuras para emisión de CDPs como respaldo de los procesos de contratación, contó con los análisis jurídicos, financieros y técnicos realizados por la administración de la sociedad y presentados en las correspondientes reuniones de la Junta Directiva, conformea la información que fuera proporcionada en dichas reuniones y a partir de la cual, era viable la adopción de dichas decisiones.

En el contexto del momento en que se encontraba la junta directiva, autorizar el inicio de las contrataciones eran decisiones razonables, justificables y se tomaron con buen juicio, pues lejos estaba mi representado de imaginar que años más tarde se construiría un tercertúnel que colapsaría, siendo en realidad eso lo que produjo el daño fiscal.

*Bajo tal línea argumentativa, la conducta del señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** en relación con la autorización de inicio de los procesos de contratación de los túneles y de lapóliza todo riesgo, así como la aprobación de las vigencias futuras y el endeudamiento, nopodrá considerarse ajena a la que adelantaría un buen hombre de negocios, pues no sóloporque en ese momento resultaban ser las decisiones más convenientes para la sociedad y para el proyecto, con fundamento en las razones que fueron esgrimidas por los representantes de la sociedad, sino porque además estaban respaldadas en los conceptos técnicos y financieros de los profesionales de la Gerencia de Estructuración Financiera dela sociedad.*

*Frente a las supuestas demoras en las que pudo incurrir la sociedad EPM-Ituango en la adjudicación del contrato de construcción de túneles, es de reiterar, como se explicó en la argumentación defensiva del cargo anterior, que no resultan de ninguna manera atribuiblesal señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** por su participación en la reunión de Junta Directiva No 116 del 29 de septiembre de 2010, pues como se desprende de lo consignadoen el acta respectiva, los miembros de la Junta Directiva autorizaron al Gerente de la sociedad Hidroituango para la iniciación del proceso licitatorio de los túneles de desviación, atendiendo a la solicitud expresa de EPM en las mesas de trabajo, la cual fue manifestada por el doctor Juan Gonzalo Álvarez Gerente de Estructuración Financiera de la sociedad Hidroituango a los miembros de la Junta Directiva.*

De manera que, la autorización impartida en dicha Junta, a través de la cual, se autorizó al Gerente de la sociedad Hidroituango para iniciar el proceso de contratación de los túnelesde desvío, no tuvo la potencialidad de ocasionar los supuestos retrasos para el inicio de lasobras y mucho menos fue determinante para la adopción del programa de recuperación que llevó a incrementar el

presupuesto del proyecto, pues tal y como lo informó EPM- Ituango en los informes de avance del BOOMT documentados en las actas No 009 de 2011 y 015 de 2012, el proyecto no presentaba atrasos que impactaran el cronograma general.

*Conforme con lo anterior, fluye con nitidez que el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** no realizó ninguna de las conductas que se le imputan como presuntamente constitutivas del daño fiscal, ya que como se manifestó y ello se constata con la respectiva prueba documental, **NO TENÍA EL PODER DECISORIO NI LA FACULTAD ESTATUTARIA PARA CREAR LA SOCIEDAD ESPEJO EPM-ITUANGO**, pues dicha facultad de acuerdo a lo establecido en los estatutos sociales de Hidroituango era privativa de la ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS, máximo órgano social, la que mediante Acta de Asamblea Extraordinaria del 27 de octubre de 2010 aprobó la escisión de Hidroituango para que esasociedad, sin disolverse, escindiera parte de su patrimonio para crear EPM ITUANGO S.A.E.S.P.*

Rta: Frente al argumento que "*si bien no se señalan **cuáles decisiones** sin la debida planeación tomó el señor **ALVAROVÁSQUEZ OSORIO** en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango que hubieran generado un desgaste administrativo innecesario, este apoderado se referirá específicamente a la única decisión que de manera concreta y específica se señala en dicho cargo, es decir, **"la creación de la sociedad espejo EPM- Ituango"***, este Despacho le indica que lo expresado no es verdad, teniendo en cuenta que al momento de calificar la conducta si se le señalaron cuáles fueron los trámites administrativos que hicieron:

- De manera paralela a lo anterior, y aun cuando tal y como se evidenció líneas atrás era claro que EPM iba a ser quien iba a desarrollar el proyecto y habiéndose perdido un año y medio y cuantiosos recursos en un proceso de subasta fallido con un tercero, Hi adelantó algunos trámites previos para adjudicar una de las obras más importantes y necesarias para el cumplimiento del cronograma cual era la de lograr la desviación del río Cauca en las estivas de 2013.

- Es necesario precisar que Hi no contaba con recursos para realizar una contratación de tal envergadura, por lo que, en primer término, le correspondía conseguir los recursos para financiar la excavación de los túneles de desviación

- Por lo anterior, en Acta 110 de 5 de mayo de 2010, se autoriza el inicio de los trámites de endeudamiento para tal fin.

- En este punto, cabe recordar tal y como se explicó líneas atrás, en la misma acta, se acordó que se siguiera con los trámites de negociación directa con EPM, y posteriormente en acta 111 de 9 de junio de 2010 se suspendió el proceso de Subasta.

- En consecuencia, con lo anterior, en acta 114 de la junta Directiva de Hi de fecha 25 de agosto de 2010, se informa sobre las gestiones realizadas por la administración de Hi para el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación. Teniendo en cuenta que finalmente quien va a realizar el trabajo de los túneles es EPM, se decide que tanto los trámites de endeudamiento como los trámites de la licitación se realizaran de forma integrada los equipos de EPM y Hi.

- En Acta 116 de 29 de septiembre de 2010, de junta directiva de Hi, se reitera que Hi no cuenta con los recursos necesarios para realizar dicha contratación a pesar de ello la junta autoriza el inicio de dichos trámites.

- Cabe anotar que de conformidad con el Acta 117 de 27 de octubre de 2010, de junta directiva de Hi, última sesión en la cual participa el señor Vásquez, se precisa que para efectos de la Suscripción del Contrato BOOMT y antes de que inicie el contrato de construcción de los túneles, se debe contar con la póliza que cubra diferentes riesgos, pero para ello Hi debe comprometer vigencias futuras.

- A pesar de falta de recursos de Hidroituango para adelantar los procesos de selección y conseguir las pólizas necesarias, los miembros de junta, entre ellos el señor Vásquez, autorizaron el inicio de procesos de selección que por la circunstancia anotada nunca pudieron iniciarse, lo que aunado a la expectativa por el hecho de que el contratista del contrato BOOMT era quien finalmente iba a adelantar toda la obra, llevaron a que **no se suscribieran los contratos para la construcción de los túneles de desviación.**

- Todo lo anterior aunado a los atrasos en las vías de acceso y al tiempo utilizado por EPM Ituango para la realización de los trámites, el contrato de construcción de los túneles solo pudo iniciar en Agosto de 2011, tal y como da cuenta el Acta 127 de 28 de septiembre de 2011.

- Finalmente, el contrato terminó siendo adjudicado por EPM Ituango el 28 de junio de 2011 y se le dio orden de inicio anticipada el día 16 de agosto de 2011[487].

- El inicio de este contrato en fecha posterior, llevó a que para efectos de cumplir el cronograma y desde su inicio, se le solicitara al contratista un **Programa de recuperación, que tal y como se explicó en los fundamentos de hecho llevó a incrementar el presupuesto.**

[487] Ver orden de inicio anticipada en: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Contractual

En este sentido, no atiende a lo sostenido en el auto que el Despacho hubiera cuestionado en sí "la creación de EPMI", sino el desgaste administrativo que conllevaron los trámites administrativos. Por lo anterior no prospera el argumento del Apoderado.

De otro lado, expresó el apoderado:

> *Debe aclararse que no correspondía a los miembros de la Junta Directiva de Hidroituangoaprobar la creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, pues dicha facultad radicaba de manera privativa en la Asamblea General de Accionistas, tal y como se encuentra establecido en los numerales 19 y 20 del artículo 34 FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS contenidos en la escritura pública No 771 del 19 de marzo de 2013 otorgada en la Notaría 18 del Círculo Notarial de Medellín correspondiente a la reforma de estatutos y aumento de capital de la Hidroeléctrica Pescadero-Ituango S.A. E.S.P., cuyos textos son del siguiente contenido:*
>
> 19- Aprobar la participación en nuevas sociedades o en las ya existentes.----------
>
> 20- Decidir sobre la factibilidad final del proyecto de acuerdo a los estudios técnicos, ambientales, económicos y financieros que se realicen.----------
>
> *En virtud de las mentadas atribuciones estatutarias, la Asamblea General de Accionistas como máximo órgano social de la sociedad Hidroeléctrica Ituango en sesión extraordinaria del 27 de octubre de 2010, aprobó la escisión de Hidroituango para que esa sociedad, sin disolverse, escindiera parte de su patrimonio para crear EPM-ITUANGO S.A. E.S.P.*
>
> *Conforme con lo anterior, fluye con toda nitidez que el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** **no realizó la conducta que se le endilga**, ya que no estaba en el marco de susfacultades como miembro suplente de Junta Directiva decidir sobre la creación de la sociedad espejo EPM-Ituango.*
>
> *Sobre este punto, debe reiterarse que la imputabilidad o responsabilidad personal, exige que la sanción se predique únicamente respecto de las acciones u omisiones propias del infractor, constituyéndose en una exigencia transversal que no admite excepciones ni modulaciones en materia administrativa sancionatoria.*

Rta En este sentido, no atiende a lo sostenido en el auto que el Despacho hubiera cuestionado en sí "la creación de EPMI", sino el desgaste administrativo adicional que conllevaron los trámites administrativos.

Por lo anterior, no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

De otro lado el apoderado, expresó:

> *Ahora bien, frente al reproche que se hace en el auto de imputación, según el cual "era claro que EPM iba a ser quien iba a desarrollar el proyecto y habiéndose perdido un año ymedio de cuantiosos recursos en un proceso de subasta fallido con un tercero", resulta a todas luces una consideración subjetiva y salida de cualquier lógica racional, toda vez quepara el mes de Agosto de 2009, fecha en la que se decidió el inicio de una subasta internacional basada en el modelo BOOMT,* ***RESULTABA IMPOSIBLE para los miembrosde la Junta Directiva, predecir, anticipar, adivinar, prever o incluso sospechar, que EPM desarrollaría el proyecto hidroeléctrico, pues ni lo representantes de EPM en laJunta Directiva ni su Gerente, habían manifestado la intención de dicha Empresa en desarrollar el proyecto hidroeléctrico,*** *fue sólo con motivo de la apertura de la subasta internacional, con la presentación por parte de EPM de los documentos en el marco del proceso de precalificación, que la sociedad Hidroituango y posteriormente los miembros dela Junta Directiva conocieron sobre el interés de EPM en participar en el proceso de subasta.*
>
> *En el contexto del momento en que se encontraba la junta, es decir, para el mes de Agostode 2009, era estratégico y conveniente para la sociedad Hidroituango convocar a una subasta internacional para seleccionar un oferente que desarrollara el proyectohidroeléctrico Ituango bajo el esquema denominado BOOMT; pues lejos estaban deimaginar los miembros de la Junta Directiva que un año más tarde, dicha subasta se suspendería para abrir paso a la posibilidad de que EPM, en su condición de accionista dela sociedad, desarrollara el proyecto.*
>
> *Es así como* ***casi un año después*** *de iniciada la subasta, la cual se venía adelantando conla participación de los que manifestaron interés en desarrollar el proyecto; en la reunión deJunta Directiva de la sociedad realizada 9 de junio de 2010, se decidió suspender el procesode subasta* ***por unas semanas****, para explorar conjuntamente con EPM otras alternativas de negocio que permitieran el desarrollo del proyecto, tratativas que derivaron nueve mesesdespués (30 de marzo de 2011), en la suscripción del contrato BOOMT entre la sociedad Hidroituango y EPM- Ituango.*
>
> *Dos años después de que el señor SERGIO BETANCUR PALACIO dejara de pertenecer ala Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, mediante el Acta de Modificación Bilateral No 4 del 2 de julio de 2013 se cedió el contrato BOOMT a favor de EPM.*
>
> *Resulta de importancia aclarar, que, para el 28 de abril de 2010, fecha de la reunión de Junta Directiva 110, no se había desarrollado ninguna negociación directa con EPM. Ante las presiones mediáticas tanto de los medios de comunicación como de instancias gubernamentales sobre el futuro del proyecto Hidroeléctrico Ituango, representantes de EL IDEA y EPM iniciaron conversaciones para explorar alternativas conjuntas que permitieranel desarrollo del proyecto.*

> *Producto de estas conversaciones, con fecha 10 de septiembre de 2010 entre el IDEA y EPM, se suscribe el Acuerdo de Accionistas cuyo objeto consistía en: a) establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual EPM directamente o a través de un vehículo diferente de Hidroituango y bajo su control, mediante un contrato BOOMT, desarrolle íntegramente el PROYECTO, es decir, que financie, construya, opere, mantenga y restituya la central Hidroeléctrica a Hidroituangoy b) determinar, en concreto, las condiciones de venta de acciones que el IDEA y los accionistas minoritarios diferentes a EPM, lleguen a tener en la sociedad vehículo.*
>
> *Conforme a la anterior secuencia cronológica que describe cómo se desarrollaron los hechos que son motivo de censura por parte de la Contraloría, le resultaba imposible a mi defendido para el mes de agosto de 2009, anticipar, adivinar, prever o imaginar los sucesos que ocurrieron como resultado del proceso de subasta internacional, por lo que, las inferencias subjetivas sobre las cuales se edifica esta imputación carecen de cualquier fundamento lógico, pues se reitera, para el momento de decidirse la apertura de la subastainternacional, la misma estaba debidamente justificada y resultaba la más conveniente paralos intereses de la sociedad y para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico, se adoptó de manera diligente, en "uso del buen juicio, sin que para ese entonces los miembros de la Junta Directiva pudieran anticipar los eventos que se produjeron en razón del inicio de esteproceso.*

Rta Frente a lo expuesto por el apoderado, este Despacho indica que el argumento resulta impertinente para cuestionar esta conducta (**Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene la creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto**), ya que dentro ésta no se estableció adelantar una subasta pública que generó costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM. De otro lado, se indica que el Apoderado tergiversa las conductas reprochadas haciendo ver que esta conducta corresponde a la endilgada a otros imputados, por lo que no prospera el argumento expuesto en los descargos.

El apoderado expresó en su escrito de descargos lo siguiente:

> *Nuevamente se llama la atención sobre la irregularidad que se advierte en el aparte del auto que se extracta, pues dentro del análisis de las conductas individuales que se le imputan al señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, se le vuelve a nombrar como el "**señorVásquez".** lo que sugiere que la decisión de imputación no obedeció a un estudio de las conductas individuales que le pudieran ser atribuibles sino que es el resultado de copiar lasconsideraciones*

utilizadas para la imputación del señor VÁSQUEZ, que dentro del auto de imputación es la inmediatamente posterior.

Rta De lo expresado por el apoderado en el sentido de indicar que en la imputación se hizo mención al señor "Vásquez", es importante mencionar por el Despacho que fue un error involuntario de redacción, teniendo en cuenta que el fondo prima sobre las formas, por lo que como el argumento es aplicable al imputado, las conclusiones adoptadas en el auto de imputación no se ven alteradas.

De otro lado, expresó el apoderado:

*Finalmente y frente a las demás censuras formuladas, debe manifestarse que tal y como se advierte de las decisiones contenidas en las Actas No 116 y 117, la sociedad Hidroituango **sí contaba** con los recursos necesarios para la contratación de la construcciónde los túneles y de la póliza todo riesgo, pues en ambas reuniones se autorizaron vigencias futuras para la expedición de los respectivos CDPs y el endeudamiento, que son mecanismos presupuestales y de financiación viables a través de los cuales se garantizarían los compromisos contractuales. Adicionalmente y como se relata en las actasde las pluricitadas sesiones de la Junta Directiva, debía ser la sociedad Hidroituango la que adelantara los procesos de contratación tanto de los túneles de desviación como de la pólizatodo riesgo.*

Frente al primer proceso de contratación "túneles de desviación" y por solicitud de EPM, taly como se informa en el punto 10º del Acta 116, Hidroituango debía ser la que iniciara el proceso de licitación para la construcción de los túneles de desviación y así poder cumplir con los cronogramas, ya que jurídicamente no podía EPM iniciar o adelantar procesos de contratación del proyecto, que, para ese entonces, se encontraba en cabeza de Hidroituango. En la misma acta se previno que dichos contratos se cederían a EPM.

Respecto a la contratación de la póliza todo riesgo, en el Acta 117, el Gerente deEstructuración Financiera de HI informó a los miembros de la Junta Directiva que "para la firma del contrato BOOMT se deben tener cubiertos estos riesgos y, por consiguiente, tenera finales de año su definición, antes del inicio de la construcción de los túneles de desviación".

En ese orden de ideas, las autorizaciones otorgada al Gerente de la sociedad para iniciar la contratación de los túneles y de la póliza todo riesgo, así como la autorización de vigencias futuras para emisión de CDPs como respaldo de los procesos de contratación, contó con los análisis jurídicos, financieros y técnicos realizados por la administración de la sociedad y presentados en las correspondientes reuniones de la Junta Directiva, conformea la información que fuera proporcionada en dichas reuniones y a partir de la cual, era viable la adopción de dichas decisiones.

En el contexto del momento en que se encontraba la junta directiva, autorizar el inicio de las contrataciones eran decisiones razonables, justificables y se

tomaron con buen juicio, pues lejos estaba mi representado de imaginar que años más tarde se construiría un tercertúnel que colapsaría, siendo en realidad eso lo que produjo el daño fiscal.

*Bajo tal línea argumentativa, la conducta del señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** en relación con la autorización de inicio de los procesos de contratación de los túneles y de lapóliza todo riesgo, así como la aprobación de las vigencias futuras y el endeudamiento, nopodrá considerarse ajena a la que adelantaría un buen hombre de negocios, pues no sóloporque en ese momento resultaban ser las decisiones más convenientes para la sociedad y para el proyecto, con fundamento en las razones que fueron esgrimidas por los representantes de la sociedad, sino porque además estaban respaldadas en los conceptos técnicos y financieros de los profesionales de la Gerencia de Estructuración Financiera dela sociedad.*

*Frente a las supuestas demoras en las que pudo incurrir la sociedad EPM-Ituango en la adjudicación del contrato de construcción de túneles, es de reiterar, como se explicó en la argumentación defensiva del cargo anterior, que no resultan de ninguna manera atribuiblesal señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** por su participación en la reunión de Junta Directiva No 116 del 29 de septiembre de 2010, pues como se desprende de lo consignadoen el acta respectiva, los miembros de la Junta Directiva autorizaron al Gerente de la sociedad Hidroituango para la iniciación del proceso licitatorio de los túneles de desviación, atendiendo a la solicitud expresa de EPM en las mesas de trabajo, la cual fue manifestada por el doctor Juan Gonzalo Álvarez Gerente de Estructuración Financiera de la sociedad Hidroituango a los miembros de la Junta Directiva.*

Rta Esta Instancia, recuerda que para este momento del proyecto, en el que EPM asumía las responsabilidades como contratista, tal vez uno de los contratos más críticos y trascendentales era el de "construcción de los túneles de desviación túnel de acceso y las galerías de construcción de la casa de máquinas del proyecto Hidroeléctrico Ituango", que garantizarían el cumplimiento del Hito 1, "Desviación del río Cauca", con lo que se daría vía libre al inicio de las obras como la presa.

De acuerdo con el cronograma director, el desvío del río estaba programado para que ocurriera a más tardar el 15 de enero de 2013, fecha estipulada en el numeral 3.3 del anexo 6.12 del contrato BOOMT, como el Hito Contractual 1.

El proceso de contratación de estas obras fue iniciado por la sociedad en 2010[488] y culminado por EPM en nombre de EPM Ituango por el contrato de mandato y representación.

Teniendo en cuenta que el Hito que seguía al desarrollo de las vías era la desviación del Río Cauca y que para efectos de poder entrar en operación en la fecha en la cual Hidroituango se había comprometido, es decir, en las estivas de 2013, el paso

[488] Proceso contractual autorizado por la Junta Directiva dela Sociedad mediante Acta No 116 del 29 de septiembre de 2010.

que seguía era el de realizar los trámites necesarios para licitar, adjudicar y suscribir dicho contrato.

En primer término, le correspondía a Hi, conseguir los recursos para financiar la excavación de los túneles de desviación. Por lo anterior, en Acta 110 de 5 de mayo de 2011, se autoriza el inicio de los **trámites de endeudamiento para tal fin.**

En este punto, cabe recordar tal y como se explicó líneas atrás, en la misma acta, se acordó que se siguiera con los trámites de negociación directa con EPM, y posteriormente en acta 111 de 9 de junio de 2010 se suspendió el proceso de Subasta.

En consecuencia, con lo anterior, **en acta 114 de la junta Directiva de Hi de fecha 25 de agosto de 2010, se informa sobre las gestiones realizadas por la administración de Hi para el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación**. Teniendo en cuenta que finalmente quien va a realizar el trabajo de los túneles es EPM, se decide que tanto los trámites de endeudamiento como los trámites de la licitación se realizaran de forma integrada los equipos de EPM y Hi.

De otro lado, el apoderado indicó:

> *De manera que, la autorización impartida en dicha Junta, a través de la cual, se autorizó al Gerente de la sociedad Hidroituango para iniciar el proceso de contratación de los túnelesde desvío, no tuvo la potencialidad de ocasionar los supuestos retrasos para el inicio de lasobras y mucho menos fue determinante para la adopción del programa de recuperación que llevó a incrementar el presupuesto del proyecto, pues tal y como lo informó EPM- Ituango en los informes de avance del BOOMT documentados en las actas No 009 de 2011 y 015 de 2012, el proyecto no presentaba atrasos que impactaran el cronograma general.*
>
> *Conforme con lo anterior, fluye con nitidez que el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** no realizó ninguna de las conductas que se le imputan como presuntamente constitutivas del daño fiscal, ya que como se manifestó y ello se constata con la respectiva prueba documental, **NO TENÍA EL PODER DECISORIO NI LA FACULTAD ESTATUTARIA PARA CREAR LA SOCIEDAD ESPEJO EPM-ITUANGO**, pues dicha facultad de acuerdo a lo establecido en los estatutos sociales de Hidroituango era privativa de la ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS, máximo órgano social, la que mediante Acta de Asamblea Extraordinaria del 27 de octubre de 2010 aprobó la escisión de Hidroituango para que esasociedad, sin disolverse, escindiera parte de su patrimonio para crear EPM ITUANGO S.A.E.S.P.*

Rta En este sentido, no atiende a lo sostenido en el auto que el Despacho hubiera cuestionado en sí "la creación de EPMI", sino el desgaste administrativo adicional que conllevaron los trámites administrativos.

De otro lado el apoderado expresó:

LAS CONDUCTAS IMPUTADAS AL SENOR SERGIO BETANCUR PALACIO NOCONSTITUYEN EJERCICIO DE GESTIÓN FISCAL

El proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cualse precisa con certeza que un determinado servidor o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares ***en la gestión fiscal*** *que harealizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa.*

(…)

Pues bien, de cara a la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal, resulta relevante determinar la condición de gestor fiscal del investigado para poder atribuir algún tipo de responsabilidad de naturaleza fiscal.

Con respecto a las conductas por las cuales se imputó responsabilidad fiscal al señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO****, en su condición de miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Ituango se debe señalar que las mismas noconstituyen ejercicio de gestión fiscal, conforme se explicará:*

- **FRENTE AL PRIMER CARGO:**

> **1. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.**

Se le imputa como conducta "HABER APROBADO LA INCLUSIÓN DE NUEVAS VÍAS", noobstante, tal y como expresamente se consignada en el Acta de la Junta No 97 de 2009, sobre la cual se fundamenta dicha imputación, expresa y textualmente señala lo siguiente:

> El doctor Álvaro Vásquez pone a consideración de la Junta la autorización al señor Gerente, doctor Luis Guillermo Gómez, para que realice los acercamientos que se requieren con el Consorcio Generación Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia – Pescadero y el Estudio de Impacto Ambiental se realicen como una adición al contrato de Diseño de las Obras Principales del Proyecto que adelantan y, en el evento de lograr una propuesta favorable para la Sociedad, los contrate con ellos. Es aprobado por unanimidad por los asistentes a la reunión.

Conforme con lo anterior, la conducta realizada por el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** consistió únicamente en autorizar al Gerente de la sociedad para que realice los acercamientos que se requieren con el Consorcio Generación Ituango para que el diseño de la Vía Puerto Valdivia- Pescadero y el Estudio de Impacto Ambiental se realicen como una adición al contrato, decisión que en modo alguno comporta el ejercicio de gestión fiscal.

Rta: Es importante indicar que a la Junta Directiva no le correspondía solamente "autorizar al Gerente para la celebración o ejecución de cualquier acto o contrato", pues de conformidad con lo expuesto en los Estatutos de HI, (Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003, artículo 44), estaban dentro de sus funciones*, entre otras:"(…)* ***1. Nombrar y remover libremente al Gerente y sus suplentes.*** ***3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)",* y no como lo argumenta el Apoderado de plasmarlo como solo una autorización al Gerente.

- **FRENTE AL SEGUNDO CARGO:**

> **2. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene la creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.**

Conforme se acreditó, el señor SERGIO BETANCUR PALACIO, no decidió sobre lacreación de la sociedad espejo EPM-Ituango, ya que dicha decisión fue adoptada por la Asamblea General de Accionistas en reunión extraordinaria del 27 de octubre de 2010, como máximo órgano social de la sociedad Hidroeléctrica Ituango, en virtud de las facultades estatutarias conferidas por los numerales 19 y 20 del artículo 34 de los estatutossociales, por lo tanto, no realizó ninguna conducta que implicara ejercicio de gestión fiscal,como erróneamente lo sostiene la Contraloría.
(…)

Pues bien, partiendo de la misma definición legal del concepto de gestión fiscal, como aquella que se predica de los privados que tengan a su cargo bienes o

> *recursos del Estadoy sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio, resulta oportuno reiterar, que mi representado en las reuniones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P en las que participó con derecho de voto, no realizó ninguna conducta que comportara el ejercicio de gestión fiscal.*
>
> *(…)*
>
> *De manera que al estar ausente la gestión fiscal, elemento vinculante y determinante paraestablecer la responsabilidad fiscal,* ***mi representado no puede estar vinculado como presunto responsable en el presente proceso de responsabilidad fiscal****, con relación al supuesto daño patrimonial que se haya podido ocasionar por las posibles irregularidadesen la planeación en la ejecución del proyecto de generación eléctrica Hidroituango, que conllevaron a la destrucción del valor del proyecto y mayores inversiones no justificadas y la generación de lucro cesante, ya que las conductas por las cuales se le imputa responsabilidad, no comportaron ejercicio de control fiscal.*
>
> *(…)*

Rta. En este sentido, no atiende a lo sostenido en el auto que el Despacho hubiera cuestionado en sí “la creación de EPMI”, sino el desgaste administrativo adicional que conllevaron los trámites administrativos.

Por lo anterior no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

De otro lado indicó el apoderado:

> *“Conforme con lo que se viene expresando, resulta notoriamente improcedente el juicio de responsabilidad fiscal en contra del señor SERGIO BETANCUR PALACIO, en la medida enque las decisiones reportadas en las reuniones de la Junta Directiva por las cuales se le imputó responsabilidad fiscal no implicaron ejercicio de gestión fiscal”.*

Rta. La conducta del señor Sergio Betancur Palacio, se adecúa a la definición de gestión fiscal que contiene el artículo 3 de la ley 610, toda vez que las acciones y omisiones imputadas dada su condición de miembro principal de la junta directiva de Hidroituango corresponden al contenido de los verbos rectores de la adecuada y correcta planeación, administración, inversión en un proyecto de infraestructura dirigido a cumplir un fin público de satisfacción del interés general, más si se tiene en cuenta que para la época en que las mismas se desarrollaron, Hidroituando era el ejecutor del proyecto.

Así mismo expresó el apoderado:

INEXISTENCIA DE CONDUCTA DOLOSA O CULPA GRAVE

En materia de responsabilidad fiscal, la culpabilidad es de carácter subjetivo y se debe analizar dentro del "ius puniendi" de cada acción o procedimiento, estando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, por lo que, la misma debe individualizarse y valorarse apartir de la conducta del agente.

Ahora bien, de lo expuesto por el Apoderado, cabe recordar que la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es reparatoria[489], por lo que el desarrollo de la misma no implica la aplicación del poder punitivo del Estado. En este sentido, lo que se exige en el auto de imputación, es que se determinen claramente los elementos de la responsabilidad fiscal, carga con la que cumplió plenamente este Despacho incluyendo los motivos por los cuales se calificaron las conductas del señor Vásquez a título de culpa grave, lo que ya se ha desarrollado líneas atrás y se precisará más adelante. Por lo que el argumento planteado no está llamado a prosperar.

De otro lado, el apoderado indicó:

(…)

*En el auto de imputación de forma irregular, la Contraloría afirma calificar la conducta del señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** a título de culpa grave en los términos del artículo 63 del Código Civil, por no responder siquiera al cuidado que se le exige a una persona poco diligente con sus propios negocios, sin embargo, contrariando esa afirmación para efectos de determinar el grado de culpabilidad, se aparta de dichas reglas y aplica los principios rectores de la actuación de los administradores contenidos en el artículo 23 de laLey 225 de 1995, particularmente bajo el modelo de conducta del buen hombre de negocios.*

En materia de administradores de sociedades, se utiliza un modelo de graduación abstractode la conducta que permite comparar el comportamiento del individuo en cuestión con el que hubiera realizado en teoría un hombre prudente, conducta que se asemeja a la de buenpadre de familia. Es así, como

[489] Corte Constitucional- Sentencia C-338-14. M.P. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Cuatro (4) de junio de 2014. *(…) En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) **sino eminentemente reparatoria o resarcitoria**, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001*." –negrilla ausente en texto original (…)":

la Ley 222 de 1995 reemplazó el criterio clásico de buen padre de familia por el de buen hombre de negocios.

Por su parte, el artículo 63 del Código Civil, norma que resulta aplicable para el análisis de la conducta en materia de responsabilidad fiscal, establece como "Culpa grave, negligenciagrave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidadoque aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".

Rta: Este Despacho fue claro en precisar que, por ser miembro de junta directiva, se esperaría que hubiera actuado con el estándar de conducta un buen hombre de negocios pero **que ni siquiera actuó con la diligencia exigible a una persona negligente en el ejercicio de sus propios negocios**.

En efecto, de manera textual en el auto de imputación se dijo:

*"Como se explicó anteriormente, dada la importancia de este proyecto para el país, pero en especial para el Departamento, **es posible calificar estas omisiones a título de culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil**, pues las mismas denotan negligencia en el desarrollo de las funciones del señor Fajardo en su calidad de Gobernador y miembro principal de la junta directiva de Hidroituango, al no atender al modelo de conducta de buen hombre de negocios que le era exigible (ad 23 de la Ley 222 de 1995).*
En efecto, teniendo en cuenta su alta preparación académica así como la experiencia laboral tanto en el sector público como privado que ostentaba, no resulta excusable que en vez de poner sus altas capacidades para contribuir con el logro de los objetivos de Hidroituango, decidiera no asistir a ninguna de las sesiones de junta directiva del proyecto más importante que se estaba ejecutando en el Departamento y a pesar de haber sido informado en varias oportunidades de las múltiples irregularidades y graves atrasos, no haber dado ninguna instrucción para contrarrestar o mitigar los efectos nocivos de dichas situaciones.
*Por lo que para una persona que ostenta dicho perfil, entrar en el terreno del descuido que sobrepasa de forma irrazonable y significativa una imprudencia socialmente tolerable la culpa excesivamente imprudente que arrastra peligros, y que le es insoportable al ordenamiento jurídico, en lo que atañe a la responsabilidad fiscal, es aquella consciente. En ella, " (...) el gestor fiscal conoce el detrimento patrimonial que puede ocasionar con su conducta antieconómica que no se aviene a los fines esenciales del Estado y, aun así, **confía imprudentemente en que el resultado perjudicial al erario no se produzca; cuando ni siquiera la exigua templanza, cautela, moderación, sensatez y buen juicio con que actúan los gestores fiscales negligentes** se comportarían de esa forma, entre otras cosas, porque el daño fiscal endilgado, provino de una gestión no aplicada al cumplimiento de los cometidos*

> *y de los fines esenciales del Estado"[490]. particularizados en este caso en la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Ituango".*

En este sentido, como puede verse del aparte citado, el Despacho acudió al contenido del artículo 63 del código civil, para estructurar la responsabilidad fiscal, demostrando que las conductas del señor SERGIO BETANCUR PALACIO no atendían a la prudencia mínima con que debía actuar una persona negligente en desarrollo de sus propios negocios.

De donde resulta evidente que este argumento no encuentra fundamento alguno y por lo tanto no está llamado a prosperar.

De otro lado el apoderado argumentó:

> *En la presente causa fiscal, la Contraloría imputó responsabilidad fiscal a mi representados**SERGIO BETANCUR PALACIO**, por su condición de miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, considerando solamente los supuestos retrasos o modificaciones que se presentaron producto de las decisiones tomadas en las sesiones de la Junta Directiva en las que participó en reemplazo del miembro principal, sin embargo, la Contraloría omitió analizar si para el contexto específico en el que se tomó cada decisión, éstas se adoptaron de manera justificada, razonada, diligente y en uso de buen juicio, conindependencia de los resultados reportados, teniendo en cuenta que las obligaciones de los miembros de la Junta Directiva son de medios y no de resultados.*
>
> *El señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, no incumplió con ninguna de las funciones que legal y estatutariamente tenía asignadas en virtud de esa condición, tampoco infringió el deber jurídico de actuación diligente, ya que como lo relatan las actas de las sesiones de Junta Directiva en las que participó con derecho de voto, en reemplazo del miembro principal, lasdecisiones en las que votó favorablemente, presuponían siempre la mejor decisión posiblepara la sociedad para cada momento de su adopción y se tomaron contando con la respectiva asesoría suministrada por los expertos técnicos, jurídicos y financieros tanto dela sociedad Hidroituango como de los terceros contratados para el efecto, quienes en las diferentes reuniones exponen los motivos por los cuales justifican la viabilidad de determinada decisión.*
>
> *Ahora bien, frente a ese deber de diligencia y cuidado que se exige al de un buen hombre de negocios, que es la regla de conducta sobre el cual la Contralora Delegada Intersectorial09 analiza las actuaciones de mi representado y edifica su imputación, no puede olvidarseque en el mundo comercial y de los negocios exige la toma de decisiones, muchas veces audaces, en el buen sentido de la palabra, que tienen implícito un componente de riesgo, en cuanto a la posibilidad o contingencia de ganancia o pérdida*

Se trata de un argumento reiterativo, que ya fue desvirtuado con lo dicho atrás.

---

[490] Consejo de Estado, Sección Quinta, 2007-00815 de 05 de julio de 2018, Sentencia 2007-00815 de julio 5 de 2018; Rad.: 13001 3331 003 2007 00815 01; Consejera Ponente: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

De otro lado, expresó el apoderado:

> *Las decisiones en las que participó el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO** comomiembro suplente de la Junta Directiva no le reportaron a la sociedad Hidroituango pérdidaalguna, además, éstas presuponían en cada momento de su adopción, la mejor decisión posible para el modelo de negocio y para la viabilidad del proyecto hidroeléctrico ituango.*
>
> *Al respecto el doctor Nicolás Uribe Lozada en su obra Régimen General de Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades y su Aseguramiento", expresa:"**Es opinión generalizada de la doctrina que las obligaciones asumidas por los administradores son de medios y no de resultados de manera que no puede exigirsea estos que las decisiones que adopten produzcan necesariamente resultados positivos para la sociedad. La actuación diligente presupone tomar la mejor decisiónposible en un momento determinado**, acudiendo y, agotando previo a la definición, todoslos recursos y herramientas con las cuales se contaba para expedir un juicio. Sin embargo,**de ninguna manera ello puede conducir a que se garantice que la decisión adoptada será exitosa o fructífera en términos de resultados económicos, pues sería tan exigente como pedirle al administrador que asuma una posición de garante frente a los derechos y obligaciones contraídos por el empresario social**.*
> *(…)*
>
> *Por su parte, el profesor Reyes Villamizar[8], en torno el mismo punto afirma:*
>
> *"Además es muy importante tener en cuenta que el deber de cuidado no equivale, en forma alguna, a que la decisión de los negocios tenga que ser acertada, en términos de beneficios económicos para la compañía.*
>
> *Debe recordarse que la obligación de los administradores no es de resultados, sinomás bien, de medios. El director o gerente debe poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan en ellas. **Pero si a pesar de haber actuado diligentemente y de buena fe, los resultados de la gestión no son buenos, tal circunstancia no debe generar responsabilidad para el garante o director**". (resaltos fuera del texto original).*
>
> *Bajo la anterior línea argumentativa, la conducta del señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**en relación con las decisiones adoptadas en las reuniones de la Junta Directiva No 97 de 2009, 114 de 2010, 116 de 2010 y 117 de 2010, **corresponden a las que adelantaría un buen hombre de negocios y bajo el marco de la diligencia y cuidados necesarios**, pues las mismas se tomaron en beneficio del proyecto y de la sociedad, contando con la debida asesoría que brindaba a los miembros de la Junta Directiva los expertos técnicos, jurídicos y financieros de la sociedad Hidroituango. En el marco de estas autorizaciones, mi representado, no tenía como anticipar que, años después se tomarían decisiones que impactarían el destino del proyecto Hidroeléctrico Ituango, tales*

como la construcción de unGAD o tercer túnel, la desviación del río cauca, modificación de los diseños iniciales, ejecución de obras sin contar con la modificación de la licencia ambiental, implementaciónde plan de aceleración y en general, otras que fueron adoptadas durante la etapa de construcción del proyecto, en la cual se reitera, mi prohijado no tuvo ningún tipo de participación.

Así las cosas, las reuniones en las que participó el señor ***SERGIO BETANCUR PALACIOen reemplazo del miembro principal de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango,*** *no tuvieron potencialidad alguna de afectar el cronograma del proyecto y mucho menos fueron determinantes de las causas que pudieron generar la contingencia sufrida en el proyecto hidroeléctrico durante la etapa de construcción en el año 2018, la queocurrió casi 6 años después de que el señor* ***SERGIO BETANCUR PALACIO****, dejara de formar parte de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango.*

De manera concluyente, no existe ninguna relación de causalidad como la plantea la Contraloría entre las conductas o hechos que se le imputan al señor ***SERGIO BETANCURPALACIO*** *en su calidad de miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedadHidroituango y el colapso de la GAD y por consiguiente en la destrucción del valor del proyecto y el lucro cesante que esa contingencia terminó generando.*

Si bien hay unas causas adecuadas que produjeron esa contingencia en el proyecto, deberáser en éstas donde la Contraloría debe centrar su análisis a fin de determinar las mismas ysus responsables. Lo que no puede hacer es tratar de sumar una serie de hechos que ocurrieron de tiempo tiempo para crear una cadena al infinito de causas.

Es así como para el caso del señor SERGIO BETANCUR PALACIO, la Contraloría trae a colación y le imputa una cantidad de hechos completamente aislados y que en modo algunose relacionan con la contingencia ocurrida en el proyecto hidroeléctrico en el año 2018; y apartir de allí establece una supuesta relación causal con el daño al patrimonio público, quepretende reparar, sin que obre en el proceso una sola prueba objetiva que demuestre la existencia de esa relación de causalidad, pues para este elemento estructurante de la responsabilidad fiscal, la Contraloría se basa en inferencias subjetivas a partir de las cualespretende su acreditación.

Mi representado, el señor ***SERGIO BETANCUR PALACIO****, no participó ni tampoco tomó ninguna decisión como miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, en relación con la etapa constructiva del proyecto; etapa en la que se decidió como parte del programa de aceleración, la construcción de un tercer túnel o GAD y en la que se tomaronuna serie de decisiones que pudieron causar la contingencia sufrida en el proyectohidroeléctrico en el mes de abril del año 2018.*

Conforme con los análisis precedentes y apreciadas las pruebas, es dable concluir, sin lugara dudas, que no se configuró frente a mi defendido el elemento culpabilidad para imputarleresponsabilidad de tipo fiscal, habida consideración

que los hechos reportados, no fueron el resultado de una conducta dolosa o gravemente culposa, de manera que se hace imperiosa su exoneración de cualquier responsabilidad de tipo fiscal.

Rta. Frente al anterior argumento, este Despacho expresa que en el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo que incidió de manera determinante en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

*"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"*[491].

[491] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[492]*.*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[493]*:*
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"****Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño****. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad.* ***Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño****".*

---

[492] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[493] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> *Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió,* ***libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia****"*[494]*. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON**

[494] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**
3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**
4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**
5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están

asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[495] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[496], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y

---

[495] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[496] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos - producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

De conformidad con lo anterior, el argumento del Apoderado no prospera.

De otro lado el apoderado, expresó:

INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA CONDUCTA

*Como se ha venido argumentando en el presente escrito y ello se confirma con las pruebas que reposan en el proceso, no existe ninguna relación de causalidad como la plantea la Contraloría entre las conductas o hechos que se le imputan al señor **SERGIO BETANCURPALACIO** en su calidad de miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedadHidroituango y el colapso de la*

GAD y por consiguiente en la destrucción del valor del proyecto y el lucro cesante que esa contingencia terminó generando.

Si bien hay unas causas adecuadas que produjeron esa contingencia en el proyecto, deberáser en éstas, donde la Contraloría centre su análisis a fin de determinar las mismas y sus responsables. Lo que no puede hacer es tratar de sumar una serie de hechos que ocurrieronde tiempo tiempo para crear una cadena al infinito de causas.

*Es así como para el caso del señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, la Contraloría trae a colación y le imputa una cantidad de hechos completamente aislados y que en modo algunose relacionan con la contingencia ocurrida en el proyecto hidroeléctrico en el año 2018; y apartir de allí establece una supuesta relación causal con el daño al patrimonio público, quepretende reparar, sin que obre en el proceso una prueba objetiva que en grado de certeza sea demostrativa de dicha relación de causalidad, pues es evidente que esta causalidad laestructura a partir de inferencias subjetivas y de juicios de valor realizados por la funcionariainvestigadora, sin contar con ningún elemento probatorio que respalde dichas inferencias*

*Mi representado, el señor **SERGIO BETANCUR PALACIO**, no participó ni tampoco tomó ninguna decisión en relación con la etapa constructiva del proyecto; etapa en la que se tomaron las decisiones que pudieron causar la contingencia sufrida en el proyecto hidroeléctrico en el mes de abril del año 2018. Las reuniones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango en las cuales participó mi prohijado, no tuvieron ninguna injerencia en las decisiones que reprocha la Contraloría como generadoras del daño fiscal, pues en su función de miembro suplente de Junta, no tenía a cargo la toma de decisiones relacionadas con la construcción del proyecto hidroeléctrico ituango.*

La causalidad permite concluir que el daño que se causa al patrimonio del Estado, es el efecto necesario de un hecho del servidor público o del particular que administra bienes públicos; es decir, es la conexión lógica que lleva a deducir que el detrimento sufrido es resultado del hecho que generó el servidor público o el particular con dolo o culpa grave, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ella.

El nexo causal entre los dos elementos anteriores, como su nombre lo indica, se refiere a la relación de causalidad (causa-efecto), que debe existir de manera determinante entre laconducta desplegada por quien ejerció la gestión fiscal y el daño ocasionado a los interesespatrimoniales del Estado; habrá entonces, relación de causalidad, cuando el hecho del

(…)

Tal y como está suficientemente acreditado, las reuniones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango en las cuales partic ipó el señor SERGIO BETANCUR PALACIO en reemplazo del miembro principal y las decisiones que allí se adoptaron no tuvieron ningunarelación causal ni de proximidad y

> *mucho menos tuvieron la potencialidad que ocasionar elcolapso de la GAD ocurrido en el mes de abril de 2018.*
>
> *En ese sentido y de acuerdo a la teoría de la causalidad adecuada, las decisiones y autorizaciones que mi defendido aprobó en la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango,en reemplazo del miembro principal, no constituyeron el hecho eficiente y determinante delcolapso del GAD y mucho menos se erigen como la causa idónea y eficiente del daño antijurídico y mucho menos de las consecuencias derivadas de dicha contingencia.*
>
> *De manera que, la existencia del nexo causal debe verificarse y aparecer de manera cierta, debidamente probada dentro del proceso, para lo cual no basta la solaintervención del investigado en la cadena de sucesos que rodearon la ocurrencia delhecho dañoso, pues es indispensable que se demuestre, de manera idónea, que el accionar emanado del presunto responsable fiscal, fue la causa necesaria y adecuada para la producción del daño antijurídico, siendo las demás causas irrelevantes.*

En primer término, es necesario anotar que el nexo de causalidad fue explicado líneas atrás y que también se ha reiterado a lo largo de todo este proveído que la única causa eficiente del daño no es la obstrucción del túnel del Sistema Auxiliar de Descarga o Galería Auxiliar de desvío (GAD). Por lo que el Despacho en este punto también se remite a lo contestado líneas atrás.

Frente a la inexistencia del nexo causal entre el daño y la conducta, este Despacho expresa lo siguiente:

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo que incidió de manera determinante en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.**
En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más

personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho* ***eficiente y determinante*** *para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que* ***resulte idóneo para su configuración****. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la* ***causa idónea y eficiente para la producción del daño***"[497].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[498].*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo***

[497] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[498] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

> ***incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[499]*:*
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*
>
> *Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"*[500]*. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad*

---

499 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

500 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[501] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:
La administración de Hidroituango[502], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras

[501] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[502] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a

que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada "contingencia de 2018".

De conformidad con lo anterior, el argumento del Apoderado no prospera.

De otro lado el Apoderado indicó:

IMPROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

> *Pues bien, para la época de realización de las conductas que se imputan a mi defendido, no existía en estricto sentido, precepto legal (derecho positivo) dentro del proceso de responsabilidad fiscal, para imputar responsabilidad solidaria, por lo que resulta jurídicamente incorrecto aplicar para el caso de mi defendido SERGIO BETANCUR PALACIO el régimen de solidaridad establecido en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011,pues ello equivaldría a la aplicación retroactiva de una disposición que no se encontraba vigente para la época en que ocurrieron los hechos que motivaron el presente proceso, lo cual constituye una flagrante violación del debido proceso.*
>
> *Además de lo anotado, que constituye razón suficiente para demostrar lo irregular del autode imputación, como se ha expresado, respecto a los hechos que se imputan a mi representado SERGIO BETANCUR PALACIO no existe ninguna concurrencia o contribución para la producción del presunto daño patrimonial.*

Sobre este punto, resulta necesario precisar el texto del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial".*

Rta, Este artículo positivizó para la responsabilidad fiscal – que cabe recordar es una subespecie de responsabilidad civil-, lo ya consagrado en el artículo 2344 del Código Civil y que se aplicaba al proceso de responsabilidad fiscal antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011. De lo expresado por el Apoderado frente a la solidaridad, es importante traer a colación lo expresado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B, en sentencia de

fecha 16 de agosto de 2018, en la cual se indicó frente a la solidaridad en una decisión que tiene por objeto un fallo con responsabilidad fiscal:

> *"(…)*
>
> *Ahora bien, cabe precisar que la solidaridad, en cuanto al pago de obligaciones y/o deudas se refiere, y para el caso[503], lo que permite es que frente a quienes han sido declarados responsables fiscales se les pueda reclamar y/o exigir la totalidad de la suma o monto atribuido como daño patrimonial debidamente acreditado en el proceso de responsabilidad fiscal, independientemente de la cuota o parte que le corresponda a cada uno por su participación en la generación del daño[504].*
>
> *Al respecto, cabe destacar que, según la doctrina[505] "la obligación solidaria es aquella en que hay varios deudores o varios acreedores, y que tiene por objeto una prestación, que a pesar de ser divisible, puede exigirse totalmente para cada uno de los acreedores, o a cada uno de los deudores, por disponerlo así la ley o la voluntad de las partes, en términos que el pago efectuado a uno de aquellos o por uno de estos, extingue toda la obligación respecto de los demás (…) Así pues, la solidaridad consiste en que una obligación divisible puede ser cobrada en su totalidad a cualquiera de los deudores de la misma (…)".*

De otro lado, el apoderado expresó:

> *Ciertamente, los verbos "contribuir" o "concurrir" a la materialización del daño, como elemento determinante de causalidad para vincular demás personas, se constituye en un componente concluyente para perseguir el resarcimiento al patrimonio del Estado, exige larelación próxima y de conexidad necesaria con el daño finalmente causado, lo cual no se cumple frente al señor BETANCUR PALACIO.*

Frente a este argumento, es importante indicar que la conducta atribuida al señor SERGIO BETANCUR PALACIO**, fue en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las acciones y omisiones indicadas, en ejercicio de la**

---

503 La Ley 1474 de 2011, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de control de la gestión pública", establece: *"ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responden solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial".*

504 El código Civil Colombiano, prescribe: "*Artículo 1558. DEFINICIÓN DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota de la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito".*

505 TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Legis, Tomo I. Quinta Edición, Bogotá D.C. 2010. Página 43.

gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

El referido actuar significó la inobservancia de las funciones que como miembro de Junta Directiva de HI le correspondían a **SERGIO BETANCUR PALACIO**, y por lo tanto lo apartó del del modelo de buen hombre de negocios que impone la Ley mercantil y ni siquiera atendió al deber de cuidado que una persona negligente emplea en sus propios negocios, lo anterior en los términos del artículo 63 del Código Civil.

Por lo anterior, los verbos “contribuir” o “concurrir” a la materialización del daño, como elemento determinante de causalidad para vincular demás personas y que son traídos en el argumento por el Apoderado, no aplican para el caso del señor Sergio Betancur Palacio, teniendo en cuenta que la conducta endilgada fue como gestor fiscal directo.

De otro lado, indicó el Apoderado:

> *En conclusión y como quiera que las conductas que se imputan a mi defendido, son independientes frente a los demás sujetos investigados, su obligación, en el hipotético casode demostrarse a través de pruebas idóneas alguna conducta que se le pueda atribuir comoconstitutiva de responsabilidad fiscal, en igual sentido será divisible, razón por la cual, no existe título jurídico alguno para convertirlo solidariamente responsable por el valor total deldaño fiscal, cuando claramente en este caso, nos encontramos frente a una cadena de sucesos que rodearon la ocurrencia del hecho dañoso en la que participaron diferentes actores en distintos grados de contribución.*
>
> *Finalmente se reitera, que además de inexistencia de obligación solidaria de mi representado frente al monto total del presunto daño patrimonial, su participación en los hechos fue irrelevante frente al hecho dañoso, toda vez que con su actuar, no contribuyó nifue la causa eficiente y necesaria para la producción del daño antijurídico.*

Se reitera lo expresado en líneas anteriores, al analizar la solidaridad.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal en contra del señor SERGIO BETANCUR PALACIO, en calidad de gestor fiscal, de manera solidaria y a título de culpa grave, en cuantía indexada de ($4.330.831.615.227,34)M/Cte.

ALVARO VÁSQUEZ OSORIO
C.C. 70.045.340

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a ALVARO DE JESÚS VÁSQUEZ OSORIO, con cédula de ciudadanía 70.045.340, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) , a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

> "(…) se reprocha fiscalmente al señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO**, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. Haber permitido que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad HI no se suscribiera a tiempo los contratos de diseños de las vías, teniendo en cuenta que la Junta Directiva tiene la obligación de hacerle seguimiento al cumplimiento de las órdenes que se dan al Gerente para que suscriba los respectivos contratos.

2. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.

3. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.

4. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses

después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.

5. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

6. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado el contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.

Fue miembro de la Junta Directiva de Hidroituango desde el 28 de marzo de 2008 hasta el 27 de octubre de 2010[506] (Referencia cruzada ER0072700 ITEM 65 carpeta 61 principal).

ARGUMENTOS EN RELACIÓN A LA CONDUCTA Y VALORACIÓN PROBATORIA:

Luego de hacer una exposición de antecedentes, el primer argumento que formula el apoderado es el siguiente:

> *"Como se observa, la Contraloría Delegada Intersectorial 09 imputó cargos al señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO por conductas completamente nuevas a las señalas en el auto de apertura y frente a las cuales, dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el cualinició formalmente hace más de un año y en que la Contraloría ha desplegado una inmensurable actividad probatoria, que podrá constatarse con la inspección al expediente digital, que para la fecha de imputación de cargos ascendía a más de 17.283 folios, sin mencionar las dificultades y la dilación injustificada para acceder a las piezas y actuaciones procesales,* ***no ha tenido oportunidad de ejercer su legítimo derecho a la***

[506] Referencia cruzada ER0072700 ITEM 65 carpeta 61 principal.

defensa y contradicción, no rindió versión libre y menos aún ha tenido la posibilidad depresentar pruebas en su defensa"

Sobre el particular, es importante mencionar que, por este mismo argumento, se han interpuesto acciones de tutela por los Apoderados del señor Sergio Fajardo y otros, y de los señores Juan Esteban Calle Restrepo y Luis Javier Vélez Duque, frente a las cuales el Despacho en el informe requerido por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991[507], contestó frente al cambio de los hechos investigados contra los imputados respecto al auto de apertura No. 945 de 2019, lo siguiente:

> ***"(…) RESPUESTA:*** *NO corresponde a la verdad que dentro del proceso de responsabilidad fiscal en el auto 1484 de 2 de diciembre de 2020 se hayan cambiado los hechos investigados que fueron señalados en el auto 945 de 8 de noviembre de 2019.*
>
> *El fundamento fáctico de dichos autos se encuentra consignado en un acápite específico para cada uno de ellos, en el Auto 945 el mismo se encuentra en los folios 10.480 a 10.498 que corresponden a las páginas 5 a 41 y en el Auto 1484 en los folios 17.778 vto a 17821, que corresponde a las páginas 24 a 109.*
>
> *Se trata de los mismos hechos, los cuales en síntesis se refieren a las irregularidades presentadas en el proyecto Hidroituango que generaron el daño al patrimonio del Estado expresado en la destrucción del valor presente neto del proyecto y que como consecuencia de que la hidroeléctrica no entrara en operación se generara un lucro cesante.*
>
> *Los fundamentos fácticos son exactamente los mismos, sin embargo, dado que entre la apertura y la imputación hay un periodo probatorio, en el auto 1484 dichos hechos fueron explicados con mayor detalle y haciendo referencia de manera más extensa al material probatorio que permitió corroborar tales hechos.*
>
> *Anexo a la presente un cuadro comparativo en lo cual se demuestra lo sostenido (ANEXO 1).*
>
> *Ahora bien, revisado en este punto lo afirmado por la apoderada de los accionantes, es necesario realizar algunas precisiones y explicaciones puntuales en lo que atañe al proceso de responsabilidad fiscal.*
>
> *La apoderada textualmente afirma:*

---

[507] ***"ARTICULO 19.-****Informes. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad.*
El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sean la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.
Los informes se considerarán rendidos bajo juramento".

"en el referido proceso se han presentado hechos que lesionan en forma grave y evidente el derecho de defensa y debido proceso que constitucionalmente le asisten a mis mandantes. Una muestra de ello es que entre el auto de apertura (Nro. 945 de 2019) y el auto de imputación (Nro. 1484 de 2020) que se hizo a los investigados por parte de la Contralora Delegada, existió en forma atípica y sin apego a la ley, una variación de los hechos investigados contra los imputados, para nublar en forma absoluta, entre otros aspectos, la oportunidad legal de mis asistidos de presentar versión libre sobre las sorpresivas y nuevas conductas reprochadas, así."

Después de lo cual procede a citar las conductas reprochadas en los Autos 945 y 1484. En esta argumentación la apoderada pretende confundir los hechos de la causa fiscal con las conductas.

Sobre el particular es necesario recordar qué se define como Hechos y qué como conductas. Los hechos según la real academia de la lengua son "algo que sucede", mientras que las conductas son "Manera con que las personas se comportan en su vida y acciones".

Así mismo, en los referidos autos, los hechos se desarrollan en un acápite distinto a aquel en el cual se desarrollan las conductas.

Así mismo, y esta es la razón más importante, la Ley 610 de 2000, ley especial que rige el proceso de responsabilidad fiscal indica en relación con las conductas que para efectos de proferir el auto de apertura, se debe contar con los indicios serios que permitan identificar a los presuntos responsables (Artículo 40 de la Ley 610 de 2000), y frente a los elementos que debe contener el auto de apertura, en el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, dice que se den identificar a los presuntos responsables. Mientras que para efectos de la imputación el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, señala que se deben precisar los elementos de la responsabilidad fiscal, los cuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo son una conducta gravemente culposa o dolosa, un daño y el nexo de causalidad entre los dos primeros elementos.

Sobre este particular se ha pronunciado la Auditoría General de la República en el Concepto No. 20181100033261 del 30 de octubre del 2018, al diferenciar los indicios serios que se exigen para proferir el auto de apertura de los indicios graves que se exigen en el auto de Imputación, en los siguientes términos:

> En consecuencia, la diferencia entre los indicios serios de que trata el artículo 40 y los indicios graves del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, es que los primeros apuntan a identificar los posibles autores del daño patrimonial, en tanto los segundos apuntan a comprometer la responsabilidad fiscal de los implicados previamente identificados, todo ello dentro de la sana lógica de evolución y avance del proceso.
>
> Es claro entonces que la diferencia no se enmarca necesariamente en el calificativo de serios o graves, sino que se trata primordialmente de indicios e inferencias diferentes en tanto su finalidad es claramente distinta.
>
> El calificativo de indicio serio o grave, tal como se explicó anteriormente, tendrá que ver con el grado de vehemencia del indicio que la norma reclama para el momento procesal y finalidad correspondiente, con el propósito de ir afianzando el acervo probatorio que conduzca a un óptimo grado de certeza en las conclusiones y decisiones que fundadamente se deban tomar dentro del proceso.

En este entendido, es en virtud de la Ley y no de un capricho del Despacho que en el Auto 945 se describieron los indicios serios que permitieron vincular a los presuntos responsables y en el auto 1484 bajo el análisis cuidadoso de la totalidad del material probatorio obrante en el plenario, se describieron de manera precisa las conductas.

Olvida la apoderada de los accionantes señalar además que en el Auto 945 de 8 de noviembre de 2019, en atención a lo atrás explicado se señaló textualmente:

"En este acápite es necesario precisar que, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, que exige contar con indicios serios sobre los presuntos responsables, solo se expondrán los elementos que le permiten inferir al Despacho que los aquí señalados con sus acciones u omisiones pudieron ocasionar el daño que se describe, lo que no implica que se esté circunscribiendo su conducta únicamente a lo evidenciado en las piezas procesales que se refieren en este escrito."[508]

Así mismo, es necesario precisar que este argumento ha sido planteado por varios de los imputados y ha sido resuelto en múltiples autos proferidos por el Despacho, entre los cuales se encuentran los siguientes: Auto 1551 del 15 de diciembre de 2020, Auto 1569 del 16 de diciembre de 2020, Auto 474 del 24 de marzo de 2021, Auto 617 del 06 de abril de 2021, Auto 709 del 19 de abril de 2021 y Auto 879 del 21 de mayo de 2021.

En este sentido, como en la imputación, no se incluyeron nuevos hechos, diferentes a los expuestos en la apertura de este proceso, para el momento en que se realizó la exposición libre y espontánea se encontraba identidad en los fundamentos fácticos de esta causa fiscal y por tanto, si en su versión libre los presuntos responsables solo consideran procedente referirse o enfatizar en alguno de los puntos expuestos en la apertura, como en los indicios serios que permiten su vinculación, ello no implica que se haya realizado un cambio en las

[508] Ver folio 10522 del expediente que corresponde a la pagina 89 del Auto de apertura.

condiciones de hecho y de derecho aplicables al proceso, o que esta Contraloría debiera citar nuevamente a diligencia de versión libre.

Finalmente, este Despacho, enfatiza que el acto administrativo definitivo en el proceso de responsabilidad fiscal es el fallo con o sin responsabilidad fiscal, por lo que difícilmente podrá hablarse de una violación al debido proceso por una decisión de imputación cuando el accionante no reconoce las formas propias del proceso de responsabilidad fiscal en el que se encuentra vinculado y aun no se ha proferido una decisión definitiva de fondo (…)".

Posteriormente, en fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado 35 del circuito de Medellín, de fecha 4 de agosto de 2021, se declaró improcedente (accionante: Sergio Fajardo y otros), así:

"En conclusión, este Despacho considera que en este caso la acción de tutela es improcedente, toda vez que los actos acusados como vulneradores de los derechos fundamentales son actos de trámite y que los accionantes cuentan con mecanismos idóneos y efectivos en el marco del proceso de responsabilidad fiscal para salvaguardar sus derechos, máxime si se tiene en cuenta que aún se encuentra pendiente de resolver un recurso. Adicionalmente, los accionantes tampoco demostraron que con la decisión de la entidad accionada se les hubiera ocasionado un perjuicio irremediable, razón por la cual no le es dable a esta Agencia Judicial excepcionar la regla general de improcedencia de la tutela en contra de este tipo de actuaciones".

Así mismo, mediante fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, de fecha 13 de agosto de 2021, se declaró improcedente (accionante: Juan Esteban Calle Restrepo y Luis Javier Vélez Duque) en los siguientes términos:

"PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela invocada por el Dr GUSTAVO QUINTERO NAVAS, actuando como apoderado de los señores JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO Y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE contra CONTRALORA DELEGADA INTERSECTORIAL NRO. 9, ADSCRITA A LA UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA".

Así mismo, es importante indicar por este Despacho que al Apoderado del señor Alvaro Vásquez Osorio, se le otorgó poder desde el 20 de febrero de 2020 (fl.12021) y se le han atendido las solicitudes elevadas a este Despacho, entre otras, los siguientes folios: 13.157, 13.583, 13.782, 14.008, 14.010, 14.319, 14.368, 14.381, 14.393.

De otro lado en los siguientes **autos se resolvieron las solicitudes de nulidad** así:

- Auto 474 de 24 de marzo de 2021 (fl.21.705 y s.s.).
- Auto 757 de 26 de abril de 2021 (fls.24.646 y s.s.).
- Auto 1097 de 12 de julio de 2021 (fls.27.197 y s.s.).

Mediante Auto No.0948 de 3 de junio de 2021, se resolvió la solicitud de pruebas del señor Álvaro Vásquez Osorio, elevada en el escrito de descargos, así:

"(…)

ALVARO DE JESÚS VÁSQUEZ OSORIO
C.C. 70.045.340

DOCUMENTALES APORTADAS

PRUEBAS APORTADAS	***CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***
Acta de la Asamblea General de Accionistas de Hidroituango del 27 de octubre de 2010.	*Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P53, 56 y 57_HI\Actas de Asamblea de Accionistas*
Certificación de acta de asamblea de accionistas N.º 24 de 27 de octubre de 2010 en el que el Secretario General deja constancia de los temas tratados.	*Se niega por inútil, toda vez que el acta Nº 24 obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P53, 56 y 57_HI\Actas de Asamblea de Accionistas*
Escritura pública No 893 del 23 de marzo de 2011, otorgada en la notaría 17 de Medellín	*Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA J ESTATUTOS\ESTATUTOS*
Copia de Certificación de los Estados financieros comprendido entre el 01 de enero al 31 de agosto de 2010.	*Se niega por inútil, toda vez que ya se encuentran acreditados en el plenario, los cuales se encuentran incorporados en la escritura 893 del 23 de marzo de 2011.*
Certificado de existencia y representación legal de Hidroituango S.A ESP	*Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA I EXISTENCIA Y REPRESENTACION*
Certificado de existencia de composición accionaria de la sociedad escidente y la sociedad beneficiaria al 22 de marzo de 2011.	*Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA Ñ COMPOSICION ACCIONARIA*

DOCUMENTALES SOLICITADAS

PRUEBAS SOLICITADAS	***CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***

Contrato suscrito con la banca BNP Paribas.	*Se niega por inútil, toda vez que dicho contrato fue aportado en los descargos presentado, por el señor Luis Guillermo Gómez Atehortua, el cual se ordenó su incorporación como medio de prueba pertinente, conducente y útil. El contrato se puede consultar: Y:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 95\FOLIO 19965 ER0139853*
Copia del informe y/o presentación elaborada por BNP Paribas con destino a la sociedad Hidroituango en los meses de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2009.	*Se niega por ser impertinente toda vez que no es claro para este Despacho en que puede aportar los informes de BNP paribas correspondiente a los meses de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2009 al presente proceso. Así mismo, en el plenario obra informe de evaluación presentado por BNP Paribas en enero de 2010.*
Relación de las empresas que participaron en la invitación internacional a precalificar convocada en el mes de noviembre de 2009.	*Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\001. Proceso de Subasta\1. Preclasificación*
Copia del cronograma del proceso de invitación internacional a precalificar.	*Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\001. Proceso de Subasta\2. Términos -Proceso*
Concepto jurídico que se incorporó al Acta de Junta Directiva No 97 de 2009.	*Se niega por impertinente, debido a que no tiene relación con los hechos que se debaten. El concepto jurídico a que se refiere el actor, según se extrae del acta 97 obedece a la legalidad de suscribir adición a los contratos, tema que no fue parte del debate en la presente causa fiscal. El control de legalidad sobre la celebración de contratos es competencia exclusiva de los jueces.*
Acta de modificación bilateral No 4 al Contrato BOOMT	*Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\I-\CT-2011-000008/AMB4*
Acta de Modificación Bilateral No 15 del 22 de diciembre de 2015 del contrato CT-2012-000036.	*Se niega por inútil, toda vez que dicho documento obra en el plenario: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\02. Documentacion enviada. SP (RFI)\A.1 CONTEXTO DEL PROYECTO\A1.2\Contrato Obras Principales*
Se oficie a EL COLOMBIANO S.A. & CIA. S.C.A. para que remita copia del editorial del 24 de abril de 2010, denominado la local idea del IDEA	*Se niega por ser inconducente, toda vez que las noticias o cortes de prensa no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos. Sobre la valoración de los recortes de prensa consultar Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia de 29 de mayo de 2012, expediente 2011-01378.*

TESTIMONIALES

PRUEBAS SOLICITADAS	***CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***
JUAN GONZALO ALVAREZ, quien se desempeñó como Gerente de Estructuración Financiera de Hidroituango, para que declare sobre el modelo de negocio recomendado por la banca BNP Paribas, sobre el proceso de subasta internacional y los procesos de contratación para la construcción de los túneles de desvío y póliza todo riesgo (2010).	*Se niega por inconducente e inútil, toda vez que el alcance, naturaleza, sobre la estructura del negocio recomendado por BNP Paribas, la construcción de los túneles de desvió, y la póliza todo riesgo se encuentra consignados en los documentos contentivos de los procesos de contratación que reposan en el plenario.*
OSCAR JARAMILLO HURTADO, quien se desempeñó como Director Técnico de Hidroituango, para que declare en relación con la modificación de los diseños de las vías, sobre las contrataciones de las vías y túneles iniciados por la sociedad Hidroituango, así como sobre el estado del cronograma del proyecto, sus modificaciones, planes de recuperación implementados por el BOOMETISTA y plan de aceleración.	*Se niega por inútil toda vez que el plenario obran tanto las actas de junta directiva que dan cuenta de los tiempos para la contratación de los túneles de desviación, así como la carpeta contractual del contrato 2011-000014, en donde se encuentran tanto los documentos precontractuales, como los contractuales y la liquidación que dan cuenta de todos los pormenores acaecidos con dicho asunto, así como los diferentes planes de aceleración. Ver Fl. 13915 Referencia cruzada Carpeta 65 - \DD\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria*
JAIRO HERNÁN RAMÍREZ, quien se desempeñó como Director Administrativo y Financiero de Hidroituango, para que declare sobre el manejo presupuestal y de recursos por parte de la sociedad Hidroituango para las contrataciones de túneles de acceso y póliza todo riesgo (año 2010).	*Se niega por inconducente e inútil debido a que el manejo presupuestal para la contratación de los túneles y la adquisición de la póliza todo riesgo se encuentra acreditado en las actas de la junta directiva. Al respecto se puede consultar: Y:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P53, 56 y 57_HI\Actas de Junta Directiva*
CARLOS ALBERTO URIBE MEJÍA quien participó como asesor de la Gerencia del IDEA en la estimación de valor del proyecto hidroituango, para que declare sobre los modelos financieros de Inverlink y EPM, las variables contempladas y el impacto generado en los costos del proyecto las decisiones en las que participó el señor Álvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva referidas en los descargos.	*Se niega por ser inconducente, toda vez que obra en el plenario el modelo de evaluación financiera del proyecto Ituango elaborado por la empresa INVERLINK, así como las actas de la junta directiva en las que participio el señor Álvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva.*
SANTIAGO PIEDRAHITA TABARES, quien se desempeñó como Subgerente de Cooperación y Negocios Internacionales del IDEA para que declare sobre la subasta internacional, sobre la participación de EPM en la misma y el momento en que se conoció del interés de esta entidad para desarrollar el proyecto hidroituango. Así mismo para que declare sobre los antecedentes que rodearon el acuerdo de accionistas entre el IDEA y EPM para el desarrollo del proyecto	*Se niega por ser inconducente, toda vez que obra en el plenario prueba documental sobre la precalificación, términos del proceso y suspensión de la subasta internacional. De igual forma, obra en plenario los antecedentes que rodearon el acuerdo de accionistas entre el IDEA y EPM para el desarrollo del proyecto eléctrico Ituango y el modelo financiero adoptado para el contrato BOOMT.*

hidroeléctrico Ituango. También declarará sobre los modelos financieros del contrato BOOMT, los costos asociados al mismo y los impactos generados en los costos del proyecto las decisiones tomadas por el señor Álvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva relacionadas en el auto de imputación.	
EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA, quien se desempeñaba como Subgerente Financiero del IDEA, para que declare sobre la subasta internacional, sobre la participación de EPM en la misma y el momento en que se conoció del interés de esta entidad para desarrollar el proyecto hidroituango. Así mismo para que declare sobre los antecedentes que rodearon el acuerdo de accionistas entre el IDEA y EPM para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico Ituango. También declarará sobre los modelos financieros del contrato BOOMT, los costos asociados al mismo y los impactos generados en los costos del proyecto las decisiones tomadas por el señor Álvaro Vásquez Osorio como miembro de la Junta Directiva relacionadas en el auto de imputación.	*Se niega por ser inconducente, toda vez que obra en el plenario prueba documental sobre la precalificación, términos del proceso y suspensión de la subasta internacional. De igual forma, obra en plenario los antecedentes que rodearon el acuerdo de accionistas entre el IDEA y EPM para el desarrollo del proyecto eléctrico Ituango y el modelo financiero adoptado para el contrato BOOMT.*
MARIA ISABEL VANEGAS. Asesora jurídica de la sociedad Hidroituango quien declarará sobre los antecedentes y análisis realizadas para el proceso de contratación de la subasta internacional, las funciones de los miembros de la Junta Directiva y de la sociedad en materia de contratación y para que declare sobre los procesos de contratación de los diseños de las vías y las vías alternas para el proyecto hidroeléctrico por parte de la sociedad Hidroituango.	*Se niega por ser inconducente toda vez que en el plenario obra información del proceso de la subasta internacional, las funciones de la junta directiva, sobre los procesos de contratación de los diseños de las vías y la construcción de las vías alternas para el proyecto hidroeléctrico.*
ALFONSO SÁNCHEZ CADAVID. Quien se desempeñaba como gerente Técnico de EPM, para que declare sobre los aspectos técnicos del proyecto hidroeléctrico Ituango.	*Se niega esta prueba por cuanto no indica el objeto de la misma en los términos del artículo 212 del C.G.P. y en todo caso resultaría una prueba inútil, debido a que hay suficiente documental consignada en los estudios técnicos que detallan las especificaciones técnicas que requiere el proyecto hidroeléctrico Ituango.*

EXCLUSIÓN DEL INFORME TÉCNICO

En primera instancia, resulta necesario precisar que esta no es una solicitud de pruebas sino el pronunciamiento respecto de la oportunidad de contradicción del informe técnico de la Universidad Nacional, la cual ya se dio en este proceso con ocasión del traslado ordenado

en el auto 943 del 08 de septiembre de 2020. Por lo que se anticipa que se trata de solicitudes extemporánea que será rechazada.

PRUEBA QUE SE SOLICITA SER EXCLUIDA	***CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***
"Solicito que se excluya de las pruebas el informe de la Universidad Nacional, con fundamento en el mandato contenido en el artículo 214 del Código General del Proceso y el artículo 29 de la CN".	*En el presente caso se alega la exclusión del informe técnico elaborado por la Universidad Nacional, según el actor no surtió el trámite de traslado y contradicción.* *Revisado el proceso se encuentra que por medio de Auto 943 de 8 de septiembre de 2020 se ordenó correr traslado del informe técnico elaborado por la Universidad Nacional por un término de 20 días a través de la Secretaría Común de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción. (Carpeta principal 62 F.13351-13353)* *En vista de lo anterior, el informe técnico elaborado por la Universidad Nacional fue presentado a los presuntos responsables para que ejerzan el derecho de contradicción, garantizándoles el debido proceso, por ende, se niega la exclusión del medio de prueba.*

AMPLIACIÓN DE VERSIÓN LIBRE

PRUEBA SOLICITADA	***CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***
Solicito se decrete como prueba la ampliación de versión libre y espontánea sobre los hechos que motivaron la imputación de cargos.	*Se niega, por cuanto no es una prueba es un medio de defensa que puede solicitarse antes de que se profiera la imputación, toda vez que el medio de defensa con posterioridad a la misma lo constituyen los Descargos, lo cuales por demás ya fueron presentados*

Adicionalmente, nunca se le ha cercenado su derecho de defensa pues el mismo en los términos del artículo 42, que fue estudiado por la sentencia C-131-2002 se expresa así:

> *"Por otra parte, en el proceso de responsabilidad fiscal el derecho de defensa resulta suficientemente desarrollado de tal manera que aún prescindiendo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea, el investigado cuenta con la oportunidad suficiente de defenderse de la imputación que puede llegar a formularse en su contra.*
>
> *Ello es así por cuanto, al examen de la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal, se advierte que, aparte del carácter obligatorio de la defensa técnica tras el auto de imputación, se han configurado múltiples espacios para que, bien en la etapa de indagación preliminar o bien en el*

proceso, el investigado pueda ser escuchado, vinculado a la práctica probatoria y a oído sobre la evaluación de las pruebas allegadas. Igualmente, se han propiciado espacios para que las decisiones proferidas puedan ser impugnadas dentro del proceso o incluso fuera de él. Entre esas oportunidades, la Corte destaca las siguientes:

- No obstante la reserva de la actuación, el investigado tiene derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos (Artículo 20).

- Luego de haber rendido exposición libre y espontánea, tiene derecho a pedir pruebas o a aportarlas; a exigir la motivación del auto que las niegue; a ser notificado de tal decisión y a interponer contra ella los recursos de reposición y apelación (Artículo 24).

- Tiene derecho a que se tengan como inexistentes las pruebas practicadas sin las formalidades sustanciales o con violación de derechos fundamentales (Artículo 30).

- Tiene derecho a controvertir las pruebas a partir de la exposición libre y espontánea o de la notificación del auto de apertura del proceso (Artículo 32).

- Tiene derecho a que, hasta antes del fallo, se declare la nulidad de lo actuado, entre otros motivos, por la violación del derecho de defensa (Artículo 36) y a recurrir el auto que decida la petición de nulidad (Artículo 38).

- Tiene derecho a que se le notifique la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Artículos 40 y 41).

- Tiene derecho a que se le escuche en exposición libre y espontánea y a que, en caso de no haber comparecido o de no haber sido localizado, se le designe apoderado de oficio (Artículo 42).

- Tiene derecho a que se le notifique el auto de imputación de responsabilidad fiscal y si tal notificación no es posible y no está asistido por apoderado, a que se le designe un apoderado de oficio (Artículo 49).

- Durante el término de traslado tiene derecho a exponer argumentos defensivos y a solicitar y presentar pruebas (Artículo 50).

- Tiene derecho a que se le notifique y a recurrir la decisión que rechace las pruebas solicitadas (Artículo 51).

- Tiene derecho a que se le notifique el fallo y a interponer contra él los recursos de reposición y apelación (Artículo 55).

> *Como puede advertirse, entonces, el régimen legal vigente del proceso de responsabilidad fiscal prevé amplios espacios para el ejercicio del derecho de defensa. Esos derechos existen a lo largo de todo el proceso, incluso desde la etapa de indagación preliminar y tras la ejecutoria del fallo con declaratoria de responsabilidad fiscal. Todas esas oportunidades permiten que el investigado se oponga a la pretensión que alienta la entidad de control fiscal y que lo haga bien directamente o a través de apoderado. Ese cúmulo de oportunidades hacen que todo el peso de la defensa no recaiga necesariamente en la presencia del apoderado en la diligencia de exposición libre y espontánea. O, lo que es lo mismo, que en el proceso de responsabilidad fiscal, el derecho de defensa no se agote en la presencia del apoderado en la referida diligencia pues por fuera de esa oportunidad existen muchos espacios para el ejercicio de una serie de facultades que concretizan suficientemente el derecho de defensa"*[509]*.*

En el caso concreto, como se demostró líneas atrás, se le ha garantizado el derecho al debido proceso y a la defensa, por cuanto se ha servido de los diferentes mecanismos procesales que contiene la ley para solicitar y debatir las pruebas y todos han sido objeto de pronunciamiento del Despacho que hacen evidente que esta Delegada ha sido respetuosa de los derechos constitucionales, legales y procesales.

De otro lado, mediante Auto No.0948 de 3 de junio de 2021, frente a la ampliación de versión libre, este Despacho manifestó:

"AMPLIACIÓN DE VERSIÓN LIBRE

PRUEBA SOLICITADA	***CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***
Solicito se decrete como prueba la ampliación de versión libre y espontánea sobre los hechos que motivaron la imputación de cargos.	*Se niega, por cuanto no es una prueba es un medio de defensa que puede solicitarse antes de que se profiera la imputación, toda vez que el medio de defensa con posterioridad a la misma lo constituyen los Descargos, lo cuales por demás ya fueron presentados*

Así las cosas, este Despacho se pronunció frente a la respectiva solicitud, expresando que el medio de defensa con posterioridad al auto de imputación, corresponde a los descargos.

Por lo anterior, no prospera el argumento del Apoderado.

En el mismo sentido, el apoderado invoca además el principio de congruencia, en los siguientes términos:

> *"El principio de congruencia es un principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales o administrativas, formuladas al inicio del proceso*

[509] Corte Constitucional Sentencia C-131 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dos (2002).

con el fin de queexista identidad jurídica entre estas y la decisión. La inclusión del principio de congruenciaen nuestro ordenamiento jurídico, representa una garantía para salvaguardar y proteger losderechos de las partes dentro de un proceso y por supuesto su aplicación busca amparar entre otros, el debido proceso y el derecho de defensa. Dicho principio, constituye un elemento sustancial del debido proceso porque hace parte de su estructura y representa uneficaz instrumento para el ejercicio del derecho de defensa y que implica el efectivo desarrollo del debido proceso"

Sobre este punto, es necesario recordar, como se ha dicho en múltiples oportunidades, a lo largo del plenario que el apoderado de los accionantes pretende exigir el principio de congruencia en donde el mismo no se configura, pues la imputación es provisional y por lo tanto podía haber variaciones en el fallo de conformidad con el análisis del material probatorio recaudado con posterioridad a la actuación. En este contexto **lo que resulta exigible es que el proceso transite alrededor de un eje conceptual fáctico y jurídico que sea marco y límite de desenvolvimiento lo que no constituye una atadura irreductible** (sentencia 22333 de 10 de nov de 2005 sala de casación penal") Lo anterior ha sido decantado de manera pacífica por la jurisprudencia tanto en materia penal como en materia fiscal.

Respecto del proceso de responsabilidad fiscal, en relación con el principio de congruencia lo siguiente:

"Para la Sala, en los procesos de responsabilidad fiscal, ***la calificación de la conducta efectuada durante las etapas iniciales no puede ser un obstáculo para que quien define y evalúa razonablemente las pruebas recaudadas, pueda en la decisión final establecer los hechos, la responsabilidad y el título de imputación que de ellos se pueda derivar, por lo que no se vulneran los principios de congruencia y coherencia*** *que la parte demandante invoca en su recurso de apelación"*[510]*.(Negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

No ha habido incongruencia alguna por cuanto el eje temático siempre ha sido el mismo, el fundamento fáctico no ha sido modificado, lo único que se modificó fueron las conductas endilgadas lo anterior en atención a lo que exige la Ley especial tal y como se explicó líneas atrás.

Ahora bien considera además el apoderado que "*Así mismo, inobservó el ente investigador, los principios de confianza legítima y buena fe, ya que un año después de haber iniciado formalmente proceso de responsabilidad fiscal alseñor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO sobre unas conductas muy concretas presuntamenteconstitutivas del daño fiscal, varía la hipótesis frente a la presunta*

[510] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 25000-23-24-000-2006-00712-01

responsabilidad personal del investigado VÁSQUEZ OSORIO, imputándole cargos a título de culpa grave por una multiplicidad de conductas totalmente diferentes a las que originaron su vinculación a estacausa fiscal.

Ciertamente, a partir de la simple lectura del auto de apertura del proceso deresponsabilidad en relación con los hechos y/o conductas que motivaron la vinculación formal de mi defendido ALVARO VÁSQUEZ OSORIO a la presente causafiscal, contrastado con las que fueron enrostradas en el auto de imputación, fluye con total nitidez la evidente y palmaria alteración sustancial y disparidad entre unasy otras conductas, presentándose un quebrantamiento a sus garantías mínimas al DEBIDO PROCESO y DERECHO DE DEFENSA, ya que frente a la multiplicidad de conductas señaladas en el auto de imputación mi representado no ha podido ejercersu derecho a la defensa y contradicción, en un proceso que lleva más de un año de trámite con un amplio despliegue de la actividad probatoria".

Respecto de este argumento, respecto del principio de confianza legítima, es necesario recordar que la misma ha sido definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> "*un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático*"[511]

De tal definición, es posible identificar una serie de elementos, a saber:

1. Es corolario de la buena fe, es decir que encuentra fundamento en dicho principio.
2. Supone una decisión de la administración que altere súbitamente las reglas de juego que regulaban las relaciones particulares.
3. Ampara unas expectativas válidas creadas a los particulares en razón de conductas activas u omisivas de la Administración.
4. No es un principio absoluto, sino que el mismo, en cada caso concreto debe ser ponderado con otros como son el Interés General y el principio democrático entre otros.

[511] Sentencia C-131 de 2004.

Los elementos atrás indicados son suficientes para establecer el alcance y los límites de dicho principio, así como la posibilidad que tienen los particulares en ciertas circunstancias, recordando siempre que, *"no podrá el particular acomodar caprichosamente el contenido del principio institucionalizado a sus conveniencias particulares, sino que el contenido del mismo se restringirá a los alcances del acuerdo que le institucionalizó. Es intolerable toda ductibilidad del contenido de los principios constitucionales orientada a satisfacer convicciones o intereses particulares"*[512] .

Establecer que se trata de un corolario de la buena fe (positivizado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia[513]) nos lleva a tener que precisar una relación de Género- Especie entre los dos conceptos, la buena fe será el Género y la Especie el principio de confianza legítima. Dicha relación obliga a afirmar sin lugar a dudas que la ausencia de buena fe impide hablar de confianza legítima.

Por lo anterior, debe analizarse en cada caso concreto, la existencia de dicha buena fe, la cual además deberá ser evaluada de manera subjetiva, teniendo en cuenta las características de quien la alega.

Así mismo, es importante recordar que ampara unas **expectativas válidas**, las mismas han sido definidas por la doctrina como: *"aquellas esperanzas que surgen a favor de un particular y que se fundamentan en signos externos o* ***en bases objetivas lo suficientemente concluyentes para que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta*** *y para que cualquier observador externo pueda reconocerlas y calibrar su dimensión objetivable. Suponen un impacto real y efectivo no previsible y especialmente dañino"*[514] (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Las cuales deben surgir de un comportamiento que indiscutiblemente indique que ese debe ser el comportamiento a seguir. Por lo anterior en el caso de omisiones habrá que analizarse cuidadosamente caso por caso si las mismas logran o no, constituir un comportamiento del cual pueda concluirse una base objetiva que sustente una expectativa válida que amerite ser protegida.

Adicional a lo anterior, el principio de confianza legítima no es absoluto, sino que el mismo supone siempre una ponderación con los demás principios que pueden entrar en colisión en un momento determinado.

En este contexto, llama la atención que el apoderado siendo un profesional del Derecho invoque el principio de confianza legítima cuando el mismo debe conocer las particularidades del proceso de responsabilidad fiscal, de donde para él debió existir claridad sobre la diferencia entre los hechos y las conductas, así como sobre

[512] VIANA CLEVES, María José. El principio de Confianza Legítima en el derecho Administrativo Colombiano, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 43.
[513] ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas
[514] Obcit VIANA CLEVES, María José, P. 210.

el contenido del principio de congruencia, el cual como se explicó se predica precisamente del Hecho.

Como se explicó líneas atrás, resulta evidente que este Despacho no ha proferido nunca una decisión que altere súbitamente las reglas de juego, pues, por el contrario, ha dado aplicación al marco normativo y jurisprudencial que rige el proceso y que constituye las reglas de juego de este.

Por lo que este argumento no tiene vocación de prosperar.

Continúa el apoderado sus argumentos así:

> *"Finalmente, también se le vulnera a mi representado su derecho al debido proceso con la imputación de cargos, ya que de manera injustificada se le mantiene vinculado a la presente investigación, cuando en el decurso del proceso, a través de medios probatorios idóneos se demostró la existencia de elementos fácticos y jurídicos que conducían a la cesación de la acción fiscal en su contra, la primera y que la Contraloría insiste en desconocer, por haber perdido competencia el órgano de control fiscal, por la operancia del fenómeno procesal dela caducidad de la facultad sancionatoria, ya que las conductas por los cuales se le apertura el proceso de responsabilidad fiscal y las posteriores por las cuales se le imputaron cargos,datan de fecha anterior al 27 de octubre de 2010, son de ejecución instantánea, se materializaron en un momento determinado y fueron realizadas con antelación a la celebración y ejecución del contrato BOOMT que tenía suscrito la sociedad Hidroeléctrica Ituango con EPM para la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la central Hidroeléctrica, que constituye el núcleo central del proceso fiscal, pues tal y como se demuestra con las pruebas obrantes en el proceso y las que se aportan, no existe ninguna relación de conexidad o proximidad entre las actuaciones de mi defendido en su condición de miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango entre los años 2008al año 2010, con el daño patrimonial, el cual se produjo por el colapso del tercer túnel o GAD, el cual se construyó durante la ejecución del contrato BOOMT. Y la segunda, que norealizó ninguna conducta de la cual se pueda derivar la responsabilidad fiscal que se le atribuye."*

Sobre el primer argumento que plantea el apoderado relativo a la caducidad, vale la pena precisar que la facultad que desarrolla la Contraloría de cara al proceso de responsabilidad fiscal no es de naturaleza sancionatoria sino resarcitoria[515].

[515] Corte Constitucional- Sentencia C-338-14. M.P. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Cuatro (4) de junio de 2014. *(…) En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable)* ***sino eminentemente reparatoria o resarcitoria****, están determinadas por un mismo criterio normativo de*

De otro lado respecto del mismo tema, este argumento fue resuelto en los autos 474[516] de 24 de marzo de 2021 y 757 de 26 de abril de 2021, proveídos en los cuales se resolvieron solicitudes de nulidad interpuestas por el apoderado del señor Alvaro Vásquez Osorio.

El artículo 9º de la Ley 610 del 2000, en su redacción original, aplicable a la fecha de apertura de este proceso de responsabilidad fiscal, prevé que:

> *"La acción fiscal* ***caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal****. Este término* ***empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto****.*
>
> *La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.*
>
> *El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública".* (Negrilla no es original del texto)

De la norma precitada se observa con claridad que (i) la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal está relacionada al hecho generador del daño al patrimonio público y no el momento en el que el presunto responsable haya realizado la conducta que se reprocha para acreditar su culpa grave, (ii) el término de caducidad aplicable es de cinco (5) años y (iii) el computo de dicho término depende de la naturaleza del hecho, pues si es de ejecución instantánea contará desde su realización, pero si es de ejecución sucesiva o continuada, se contará desde el último hecho o acto.

---

imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001." –negrilla ausente en texto original (…)":

[516] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 104/ 22_20210324_AUTO 474_Por el cual se deciden una solciitudes de Nulidad_FL_21705-21757.PDF

En tales términos, conviene recordar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015, reiterada por el Consejo de Estado:

> *"…esta Corporación se pronunció **sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales**, al declarar exequible un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará "una vez liquidados o terminados los contratos". La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución; (ii) **el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes**.*
>
> *La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales "se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, **y después de su liquidación o terminación**". Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: "1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, **se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato**, y 2. **una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero**, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales*"[517].

Con ocasión de ello, el Consejo de Estado ha indicado que incluso cuando se desconozcan las fechas de terminación, liquidación o entrega resulta *"*innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas*"*[518].

Con base en lo anterior, este Despacho mediante el Auto 946 del 09 de septiembre de 2020, al decidir una solicitud de cesación de la acción fiscal, indicó que como los hechos referidos en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, es evidente que se trata de hechos

[517] Corte Constitucional. Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa reiterada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

[518] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto.

Respecto del segundo argumento si bien en este punto no lo desarrolla, más adelante en su escrito explica las razones por las cuales aduce esto por lo que este Despacho dará respuesta a las mismas más adelante, sin embargo desde ya se precisa que tal y como se explicó en el auto de imputación, el señor Vásquez sí desarrolló conductas que fueron determinante para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

Prosigue el apoderado haciendo alusión a lo que denomina *"Anotaciones previas" aduce la supuesta existencia de irregularidades que afectan el debido proceso y concluye que: "Si bien tales defectos se han venido alegando a través de los mecanismos procesales como la nulidad, dada la negativa constante del Despacho de subsanar tales irregularidades, se presentarán los siguientes descargos, sin que ello pueda constituir o entenderse como una convalidación o saneamiento de tales vicios insubsanables frente a la evidente violación al debido proceso, derecho a la defensa, contradicción derecho a la igualdad ydesconocimiento de las formas propias de cada juicio que se presentó en el desarrollo de la presente causa fiscal".*

El Apoderado esgrime de manera general este argumento sin precisar los motivos por los cuales hace esta aseveración, sin embargo como hace referencia a las nulidades presentadas por él en desarrollo del proceso, resulta pertinente recordar que ha presentado 3 nulidades, las cuales fueron resueltas con autos Auto 474 de 24 de marzo de 2021 (fl.21.705 y s.s.), Auto 757 de 26 de abril de 2021 (fls.24.646 y s.s.) y Auto 1097 de 12 de julio de 2021 (fls.27.197 y s.s.).

De igual forma, dichas nulidades fueron negadas de manera motivada y suficiente en los referidos autos, así mismo, este Despacho reitera que todas las actuaciones han sido desarrolladas conforme a lo dispuesto en la Constitución, La Ley y la jurisprudencia, de forma tal que de las mismas no puede derivarse como mal lo pretende el apoderado ninguna violación al debido proceso y al Derecho de Defensa.

Prosigue el apoderado, realizando una línea de tiempo para ubicar el rol que tenía su poderdante como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango. Después de lo cual, procede a indicar frente a la participación de su prohijado en los hechos de la causa fiscal que "*De manera que, sólo a partir de las* ***decisiones expresamente adoptadas*** *por el señor* ***ALVARO VÁSQUEZ OSORIO*** *en las reuniones de la Junta Directiva en las que participó, decidió, deliberó y aprobó, contrastadas con las funciones que legal y estatutariamente le correspondían como miembro de la Junta Directiva, es que se debe analizar su conducta ydeterminar si su actuar contribuyó de manera adecuada y eficiente a la configuración del daño patrimonial*

a la sociedad Hidroituango ocasionado por ***la obstrucción del túnel del Sistema Auxiliar de Descarga ó galería auxiliar de desvío (GAD).”***

En primer término, es necesario anotar que el apoderado parte de una premisa equivocada en la medida en que identifica como única causa del daño la obstrucción del túnel del Sistema Auxiliar de Descarga o Galería Auxiliar de desvío (GAD) Cabe recordar que una cosa es la causalidad física de un evento y otra cosa es la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *“En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser”*[519]*.*

Frente al anterior argumento, este Despacho expresa que en el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo que incidió de manera determinante en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

---

[519] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho* ***eficiente y determinante*** *para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que* ***resulte idóneo para su configuración****. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la* ***causa idónea y eficiente para la producción del daño***"[520].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[521].*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo****[522]:*

---

[520] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[521] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:

"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).

"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[522] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.

"(…).

*"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*

*Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[523]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como*

[523] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES NOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE**

ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[524] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[525], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de

[524] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[525] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos - producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo

fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada "contingencia de 2018".

En segundo término, el apoderado considera que únicamente se puede derivar responsabilidad de las decisiones expresamente adoptadas por el señor Vásquez, obviando que el mismo también puede ser responsable fiscal por omisión. Sobre el particular el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

> *"Luego, a la actora le correspondía estar atenta y verificar o constatar con su subalterno el desenlace final de la inversión que autorizó. […] Por lo anterior, la Sala considera que su conducta, como Directora del Departamento de Tesorería y Cartera, cargo que necesariamente supone altos niveles de conocimiento y responsabilidad, es gravemente culposa por omisión y negligencia inexcusables en el ejercicio del mismo".*

Igualmente, en un caso en el cual se declaró como responsables fiscales a miembros de junta directiva, el Tribunal[526], indicó lo siguiente:

> *"Además, **el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.***
>
> (...)
>
> *Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.*
>
> *Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.*
>
> *Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"*

Por su parte, el Consejo de Estado[527], sobre la misma cuestión sostuvo que:

---

[526] Sentencia 25000-23-41-000-2013-01700-00

[527] Sentencia 25000-23-41-000-2013-01700-01. Sentencia de Consejo de Estado de fecha 20 de febrero de 2020.

> *"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo,* ***ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.***
>
> (...)
>
> *De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente,* ***se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.***
>
> *Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle".* (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, cabe recordar que al señor Vásquez se le atribuyeron las conductas activas y omisivas como se muestra a continuación:

1. Haber permitido que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad HI no se suscribiera a tiempo los contratos de diseños de las vías, teniendo en cuenta que la Junta Directiva tiene la obligación de hacerle seguimiento al cumplimiento de las órdenes que se dan al Gerente para que suscriba los respectivos contratos.

2. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.

3. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron

a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.

4. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.

5. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

6. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado el contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.

Respecto de dichas conductas, se encuentra acreditada la existencia de un nexo de causalidad, pues resulta indiscutible que las demoras y problemas en los contratos de desarrollo de las vías destruyeron las holguras temporales que se tenía para acometer el proyecto, lo que lo puso en una situación de vulnerabilidad que terminó desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, como se continuara explicando en este escrito.

Prosigue el apoderado afirmando lo siguiente: *"El señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO**, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, no incumplió con ninguna de las funciones que legal y estatutariamente tenía asignadas en virtud de esa condición, tampoco infringió el deber jurídico de actuación diligente, ya que como lo relatan las actas de las sesiones de Junta Directiva en las que participó, las decisiones en las que votó favorablemente, presuponían siempre la mejor decisión posible para la sociedad*

para cada momento de su adopción y se tomaron contando con la respectiva asesoría suministrada por los expertos técnicos, jurídicos y financieros tanto de la sociedad Hidroituango como de los terceros contratados para el efecto, quienes en las diferentes reuniones exponen los motivos por los cuales justifican la viabilidad de determinada decisión".

Esta afirmación, resulta contraria a lo que se encuentra probado en el plenario.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de funciones en relación con la Sociedad, entre ellas **cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (numeral 3 de los estatutos)**, examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos (numeral 8 de los estatutos), la Junta Directiva estaba revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad y tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objetivo *(*Reglamento interno de la Junta Directiva - Artículo 3).

De otro lado, es importante indicar que eran sujetos cualificados, preferiblemente profesionales, con experiencia y en conjunto, debían tener conocimientos y experiencia en la industria de energía, finanzas, riesgos (Reglamento interno de la Junta Directiva, artículo 4), obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. También era obligación de los miembros de junta participar activamente en las reuniones, conociendo y revisando por adelantado el material de estudio y análisis para las reuniones (artículo 14 del Reglamento interno de la Junta Directiva). Es más, los miembros de Junta son sujetos altamente cualificados que coadministraban la sociedad, con las más amplias facultades para que la Sociedad cumpliera su único objeto social. Adicional a esto, tenían el derecho y la obligación de solicitar toda la información sobre las decisiones a tomar. Expresamente el reglamento de la Junta Directiva cualifica al exigirle una responsabilidad mayor que el deber de conducta medio.

Procede en este punto el Despacho a analizar las conductas endilgadas al señor Alvaro Vásquez Osorio confrontándolas con las funciones que como miembros de la Junta Directiva de Hidroituango le correspondía, lo anterior a los efectos de demostrar que no es cierta la afirmación del apoderado, pues de las mismas se corrobora la conclusión del Despacho en el sentido de que el imputado se separó

de las funciones asignadas, lo que permitió calificar su conducta a título de culpa grave, como se ve a continuación:

1. Haber permitido que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad HI no se suscribiera a tiempo los contratos de diseños de las vías. **Esta conducta quebranta la obligación de hacerle seguimiento al cumplimiento de las órdenes que se dan al Gerente para que suscriba los respectivos contratos. Así como la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

2. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías. **Esta conducta quebranta la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

3. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto**. Esta conducta quebranta la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

4. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. **Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma. Esta conducta quebranta la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

5. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto. **Esta conducta quebranta la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

6. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado el contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales. **Esta conducta quebranta la obligación de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. (Artículo 14 del Reglamento Interno de la Junta Directiva).**

Por lo anterior, no tiene asidero lo expuesto por el Apoderado, teniendo en cuenta que el señor Vásquez Osorio, tal y como se analizó en cada una de las conductas, no actuó de conformidad con las funciones que legal y estatutariamente tenía asignadas en virtud de su condición de miembro de la Junta Directiva, por lo que infringió el deber jurídico de actuación diligente, y en consecuencia no ejerciò sus funciones de acuerdo al principio de buena administración[528].

Ahora, frente a lo expuesto por el Apoderado en el sentido de indicar que "*las decisiones en las que votó favorablemente, presuponíansiempre la mejor decisión posible para la sociedad para cada momento de su adopción y se tomaron contando con la respectiva asesoría suministrada por los expertos técnicos, jurídicos y financieros tanto de la sociedad Hidroituango como de los terceros contratados para*

[528] "*A los principios anteriores debe agregarse el de la buena administración, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano, de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados".* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

el efecto, quienes en las diferentes reuniones exponen los motivos por los cuales justifican la viabilidad de determinada decisión", este Despacho reitera lo ya dicho líneas atrás y es que en últimas Hidroituango era una sociedad con objeto único; con un sólo propósito: la obtención de una hidroeléctrica que produjera energía a partir de una fecha determinada. Así mismo, como dueña del proyecto, a Hidroituango le asisten responsabilidades de cara al resultado del proyecto, **en esa medida sus funciones no pueden ser interpretadas, como una mera revisión y aceptación de lo que le presentaban los técnicos y especialistas**, pues el contrato en efecto le daba una función mucho más amplia a Hidroituango, reconociéndole la posibilidad de realizar alertas e imponer medidas de apremio cuando se dieran situaciones que pusieran el riesgo el cumplimiento del contrato por parte de EPM.

En este sentido el Despacho se remite nuevamente a la jurisprudencia atrás citada relacionada con el proceso de responsabilidad fiscal de la licorera del Valle. Por lo que se concluye que este argumento no tiene vocación de prosperidad.

De otro lado expresó el apoderado que *"no existe ninguna relación de causalidad como la plantea la Contraloría entre las conductas o hechos que se le imputan al señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO** en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango y el colapso de la GAD; por consiguiente en la destrucción de valor del proyecto y el lucro cesante que esa contingencia terminó generando. Mi representado, el señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO**, quien dejó de ser miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango en el mes de octubre del año 2010, no participó ni tampoco tomó ninguna decisión relacionada con las etapas constructivas del proyecto.*

> *Como se muestra en la línea base de tiempo, en el mes de diciembre de 2015, más de cinco años después del retiro de min representando de la Junta Directiva de Hidroituango, EPM y el Consorcio Constructor suscribieron el Acta de Modificación Bilateral No 15 al contrato cuyo objeto es la construcción de la presa, central y obras del proyecto Hidroituango, mediante la cual se incluyó la realización de obras extras para construir el GAD (Galería Auxiliar de Desvió) ó tercer túnel, que en el mes de abril de 2018, colapsó por obstrucción del mismo, ocasionando con ello una serie de daños que la Contraloría pretende sean reparados a través de la presente causa fiscal.*
>
> *Conforme con el anterior orden de ideas, es claro que la participación del señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO** como miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, no tuvo ninguna injerencia en las decisiones que reprocha la Contraloría como generadorasdel daño fiscal, pues en su función como miembro de la Junta Directiva no tenía a cargo latoma de decisiones relacionadas con la construcción y menos aún con la ejecución del proyecto hidroeléctrico Ituango, pues se reitera, dejó de pertenecer a dicha Junta Directiva en el mes de octubre de 2010 y las decisiones relacionadas con la construcción del tercer túnel o GAD se tomaron en el mes de diciembre de 2015, cuando éste ya no hacía parte dela mentada junta directiva".*

En este punto, cabe recordar que una cosa es la causalidad física de un evento y otra cosa es la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"*[529]*.*

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y que dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, lo cierto es que el colapso de la misma se ocasionó como consecuencia de una serie de situaciones enmarcadas entre otras cosas en una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto**.

Prosigue el apoderado, pronunciándose respecto de cada una de las conductas establecidas en el auto de imputación, las cuales de manera errónea denomina "cargos", pues el proceso de responsabilidad fiscal no es sancionatorio sino resarcitorio y lo que se describe en él son los elementos de la responsabilidad fiscal, a saber, un daño, una conducta y un nexo de causalidad.

1. Haber permitido que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad HI no se suscribiera a tiempo los contratos de diseños de las vías, teniendo en cuenta que la Junta Directiva tiene la obligación de hacerle seguimiento al cumplimiento de las órdenes que se dan al Gerente para que suscriba los respectivos contratos.

El apoderado expresó en su escrito, *"(…) que los hechos reportados tanto en la formulación del cargo como en su fundamentación, son completamente aislados, independientes y no guardan ninguna relación de proximidad o dependencia con el contrato BOOMT a través del cual se ejecuta el proyecto hidroeléctrico Ituango".*

Frente a la supuesta ambigüedad en los argumentos del Auto de imputación, se trata de una opinión infundada del apoderado, pues resultan clara la explicación de los mismos, como puede verse a continuación:

[529] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

- El señor **ALVARO DE JESÚS VASQUEZ OSORIO**, conocía de antemano la premura con la que se inició el desarrollo del proyecto, misma que se venía discutiendo en el seno de la Junta en la cual participaba activamente mucho antes siquiera de la concepción de su estructura de ejecución, tal es que en enero de 2008, se abre la licitación para el diseño de las vías pues se pretendía que el mismo estuviera finalizado en Septiembre del mismo año, sin embargo dicho contrato inicia su ejecución hasta 23 de junio de 2008, es decir, con 3 meses de atraso. Cabe anotar que dicho contrato le fue adjudicado a la firma INTEGRAL.

- Sobre este punto, es necesario recordar que tales demoras, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho obedecieron a problemas administrativos que se manifestaron al momento de realizarse las capitalizaciones pues el gerente de la sociedad ni siquiera tenía claridad sobre la composición accionaria de la sociedad.

- Tanto de los problemas administrativos, como de las demoras en la contratación de los diseños de las vías, da cuenta el Acta 81 de 16 de junio de 2008[530] de Junta Directiva de Hi, en los siguientes términos:

Informe de capitalizaciones

"El doctor Alvaro Vásquez manifiesta que se siente sorprendido por los informes anteriores y que le parece muy delicado que algunos de los accionistas aparezcan capitalizando menos de lo que les corresponde por errores de la misma sociedad, esto implica un gran riesgo y que se debe implementar el plan de emergencia para arrancar desde ahora mismo".

De otro lado en la misma sesión se indicó:

[530] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P53, 56 y 57_HI\Actas de Junta Directiva.

Pregunta el presidente de la Junta, doctor José Fernando Villegas por el trámite de los contratos que se informaron en la pasada reunión de Junta.

El doctor Alejandro Estrada informa que ya le fue notificado a integral, se les remitió el contrato, están legalizándolo y comenzarán el 10 de julio.

Y cómo vamos con este contrato en el desarrollo del cronograma, pregunta el doctor José Fernando Villegas? Responde el doctor Alejandro Estrada que va hasta septiembre para tener terminado el diseño.

Agrega el doctor Luis Carlos Rubiano que la contratación debería haber terminado el primer trimestre del 2008. En consecuencia llevamos tres meses de retraso.

> Como consecuencia de lo anterior, se presenta la necesidad de aplicar un primer plan de contingencia para recuperar los términos que se han atrasado (Acta 81).

Sugiere el doctor José Fernando Villegas un plan de contingencia para recuperar los términos que se han atrasado. Pregunta si este plan se puede contratar o hacer con las EEPPM.

- En el acta 86 de 29 de agosto de 2008 de Junta Directiva de Hi, se precisa la fecha en que empezó tanto el contrato de diseño de las vías, como el contrato de interventoría a las mismas, sin embargo se precisa que en dicha fecha aún no se había dado orden de inicio por cuanto el contrato aún no se encontraba firmado.

La Interventoria diseño de vías adjudicado a EPM, por un valor de ochenta y ocho millones de pesos ($88'000.000.oo), que empezó el 28 de abril y termina dos meses después de terminado el diseño. Está en ejecución y va hasta el 12 de enero del 2009.

El Contrato del diseño de la construcción de las vías con Integral por mil quinientos millones de pesos ($1.500.000.oo) que empezó el 23 de junio y debe terminar el doce (12) de noviembre del presente año. Lleva un avance del veinticinco por ciento (25%).

(…)

Se retoma el tema del contrato con Integral para el diseño de la construcción de las vías. Informa el doctor Alejandro Estrada que no se ha dado la orden de inicio porque aún no se ha firmado el contrato. La minuta se le remitió a Integral y considera que él no lo debe firmar sino que lo debe hacer el próximo gerente.

El doctor Luis Carlos Rubiano expresa las razones por las que la firma de este contrato no se debe demorar y lo que implicaría que se pospusiera su legalización. Pide al doctor Alejandro Estrada que firme el contrato.

- En el acta No.89 de fecha 12 de noviembre de 2008, de junta directiva de Hi, frente a los compromisos adquiridos y los tiempos para su cumplimiento se indicó por la Junta Directiva lo siguiente:

"Interviene el doctor Alvaro Vásquez y afirma que, retomando el análisis de la ruta crítica y el compromiso económico recuerda a todos los miembros de junta que la adjudicación a Integral para los diseños de ingeniería tenían veinte (20) meses dentro del presupuesto original y se adjudicó en doce (12), lo que da una ventaja inicial. Cualquier decisión que se tome debe hacerse a la luz de lo que contenga y de acuerdo con la responsabilidad que tienen los miembros de la Junta.

El doctor Luis Carlos Rubiano, confirma lo dicho por el doctor Vásquez en el sentido que la propuesta presentada por Integral redujo los tiempos de 480 días a 365 días, pero que igualmente, el contrato en mención presenta un retraso considerable dado que debió iniciar el 1 de septiembre y a la fecha no ha inciado lo que implica que la holgura ganada en la contratación se ha perdido pues hay una demora cercana a los 90 días en la ejecución del contrato".

- Visto lo anterior, este despacho encuentra demostrado que si bien, la junta directiva había dado la orden de iniciar con el desarrollo del contrato a la mayor brevedad posible, el Gerente de la sociedad no realizó la suscripción del contrato en tiempo. **De igual manera y en relación con el señor Vásquez las intervenciones del mismo dan cuenta del conocimiento que tenía el señor sobre la premura y sobre el hecho de que se estaban perdiendo las holguras.**

- Sin embargo, ni él ni ningún otro miembro de la junta directiva desplegó acciones, en ejercicio de sus funciones estatutarias, dirigidas a conminar al gerente a adelantar en tiempo los trámites de suscripción del contrato, y por el contrario, entre el momento en que se abrió la licitación y la fecha en la que efectivamente se dio orden de inicio al contrato se permitió que transcurrieran 11 meses, valga recordar que la orden de inicio de dicho contrato solo se dio hasta el 15 de diciembre de 2008.

Lo anterior generó serios atrasos y la consecuente necesidad de implementar planes de aceleración que generaron costos adicionales y que repercutieron en todo el proyecto.

- Del análisis efectuado por el Despacho del material probatorio referido anteriormente, se encuentra demostrado que el señor Álvaro Vásquez Osorio incurrió en la conducta descrita, separándose como se explicará más adelante del modelo de conducta que le era exigible en calidad de miembro de la Junta Directiva de Hi, lo anterior agravado por cuanto no realizó acciones dirigidas a requerir al Gerente para los trámites de la firma del contrato, lo que generó un impactó el desarrollo del proyecto pues generó atrasos de los tiempos y costos adicionales en el proyecto.

Del análisis efectuado por el Despacho del material probatorio referido anteriormente (**actas de Junta Directiva de HI)**, se encuentra demostrado que el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO incurrió en la conducta descrita, separándose del modelo de conducta que le era exigible en calidad de miembro de la Junta Directiva de Hi.

Por lo anterior, no tiene fundamento lo expuesto por el Apoderado cuando expresó en sus argumentos que no entiende la conducta endilgada al señor Vásquez Osorio, cuando de la descripción de la misma se observa que las situaciones administrativas presentadas eran ampliamente conocidas por él y que a pesar de contar con los mecanismos estatutarios y legales no tomó las medidas para mitigar sus efectos, lo que permite concluir que no actuó de manera diligente en su calidad de miembro de junta directiva.

En segundo término, el apoderado intenta tergiversar el objeto del proceso de responsabilidad fiscal al limitarlo al contrato BOOMT, este Despacho, desde el fundamento fáctico, ha sido claro en precisar que la investigación recae sobre el PROYECTO hidroeléctrico. El cual tal y como se explicó fue inicialmente (periodo 2008-marzo de 2011) por Hidroituango de manera directa, y sólo a partir del 30 de marzo de 2011, fecha en la cual se suscribió el contrato con EPM Ituango, La sociedad Hidroituango cambió su rol de ejecutor por el de vigilancia y control.

Esto teniendo en cuenta que el contrato No 007 de 2008, a que refiere este cargo, se celebró entre la sociedad Hidroeléctrica Pescadero-Ituango S.A. E.S.P y el Consorcio Generación Ituango para ejecutar los diseños detallados para el proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango en su etapa I, el cual terminó su ejecución el 30 de junio de 2010, siendo liquidado bilateralmenteel día 19 de diciembre de 2012.

De acuerdo con ello y por tratarse de un contrato anterior e independiente al BOOMT, cuyoúltimo acto contractual se cumplió el día 19 de diciembre de 2012, fecha de la suscripción del acta de liquidación bilateral, la acción fiscal se encuentra más que caducada

Frente al argumento expuesto por el Apoderado, es importante indicar, como lo ha efectuado este Despacho, que la inversión de los recursos públicos lo que buscaba era la obtención de una hidroeléctrica funcional **lo que se estudia es un proyecto de largo plazo, por lo que los hechos de la causa fiscal son de tracto sucesivo. No pudiendo entenderse cada contrato como un hecho autónomo o separado, como mal lo pretende el apoderado.**

En este sentido, es necesario recordar que, en atención a solicitudes en el mismo sentido, elevadas por otros presuntos, el Despacho ha mantenido exactamente la misma postura, tal y como puede observarse por ejemplo, en el Auto 1129 de 7 de octubre de 2020 en el que textualmente se dijo:

> *"Así mismo, teniendo en cuenta que el objeto de control fiscal son los hechos relacionados con la actuación especial realizada por la Contraloría Delegada de Minas y Energía a los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango, este Despacho realiza un estudio omnicomprensivo del proyecto, lo que incluye tanto el contrato BOOMT, el cual a la fecha no se encuentra ni terminado ni liquidado, así como de todos los contratos previos al mismo o subcontratos, que son esenciales para el desarrollo de la Hidroeléctrica y contribuyen a su estado actual, que no es otro que el del daño enunciado e identificado en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019.*
>
> *En este sentido, el Despacho concluyó, tal y como lo expresó en el auto de apertura, que en la presente causa fiscal se está en presencia de **una sucesión de hechos (hechos de tracto sucesivo)**, que generaron el daño al patrimonio del Estado que se investiga en esta causa fiscal, frente a lo que es evidente que los contratos de diseños, a los que se refiere el escrito de solicitud de nulidad, **constituían la base para el desarrollo tanto del BOOMT como de los demás contratos con los cuales se ha venido realizando la construcción del proyecto de generación de energía, por lo que cualquier irregularidad presentada en ellos impacta tanto los tiempos como la ejecución de la obra y, en últimas, el resultado final**.*
>
> ***Por lo anterior, no es posible, como lo pretende el apoderado que se analice lo ocurrido en relación con el Contrato 007 de 2008 como un acto separado cuyo último acto haya sido la liquidación**. Pues se reitera que las irregularidades que pudieran haberse presentado en el mismo impactan la totalidad del proyecto y en esa medida contribuyen a la consolidación del daño. Una interpretación diferente conlleva a contemplar que la competencia de la Contraloría General de la República para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal está condicionada por el momento en el cual actúan las personas de los presuntos responsables y no por los hechos generadores de daño, como se identificó en el acápite de la causal de nulidad invocada, lo anterior, en contravía de lo dispuesto en el art 9 de la Ley 610 de 2000 atrás citado"*

De donde **no resulta cierto** que este Despacho haya iniciado un proceso de responsabilidad fiscal encontrándose caducada la acción.

Por lo anterior, no prospera el argumento del Apoderado.

De otro lado, el Apoderado expresó:

> *"En el mismo informe presentado por la Universidad Nacional, que constituye parala Contraloría la prueba del daño fiscal, se toma como línea base o punto de base para establecer los cambios ocurridos en el proyecto a partir del año 2011, fecha de celebracióndel contrato BOOMT considerando el horizonte de 50 años que es el plazo de ejecución delreferido contrato".*

En atención a este último argumento, se demostró en el plenario y se explicó nuevamente en este acápite las razones por las cuales se encuentra acreditada la existencia de un nexo de causalidad, pues resulta indiscutible que las demoras y problemas en los contratos de desarrollo de las vías destruyeron las holguras temporales que se tenía para acometer el proyecto, lo que lo puso en una situación de vulnerabilidad que terminó desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, por lo que es importante que se tome como línea base a partir del año 2011.

Cabe precisar además que el informe de la Universidad Nacional no es la prueba del daño sino una de las pruebas que permitió determinarlo. Sobre este particular el Despacho se remite a lo sostenido en el acápite de daño.

2. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.

El Apoderado expresó en el escrito de descargos, lo siguiente:

> *"(…) ALVARO VÁSQUEZ OSORIO en su condición de ingeniero administrador y abogado, debió comprender la dimensión técnica y jurídica de autorizar el inicio del proceso de contratación de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, cuando en su condición de miembro de Junta Directiva, no tenía entre sus funciones el asesoramiento técnico ni mucho menos jurídico a la sociedad en estas materias.*
>
> *La decisión de mi representado como miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, de autorizar al Gerente el inicio del proceso de contratación para la construcción de las obras de infraestructura, contó con la justificación técnica de parte del Gerente de la sociedad, quien expuso el alcance de la contratación y los motivos por los cuales debía tomarse esa decisión, basado en razones de conveniencia para el desarrollo del proyecto (…)".*

Este Despacho, frente a este argumento, trae a colación lo expresado por el Tribunal de instancia, **frente los informes presentados por el Gerente que no eximen de responsabilidad a los miembros de la junta directiva**, así:

> *"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.*
>
> (...)
>
> *Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.*
>
> *Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.*
>
> *Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"*

Así mismo es importante indicar que en los Estatutos de la Junta Directiva de HI, (Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003, artículo 44), se establecen como f*unciones de la Junta Directiva, entre otras:"(…)* ***1. Nombrar y remover libremente al Gerente y sus suplentes.*** ***3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)".*

Sobre **el alcance de la responsabilidad de las juntas directivas**, la doctrina nacional también ha enfatizado que:

> *«37. La Junta o Consejo Directivo (en adelante "Junta') es el máximo responsable del desempeño de una entidad. Aunque legalmente los directores son "administradores", la Junta más que un órgano de gestión (gerencia del día a día) propiamente dicho, es un órgano de supervisión que orienta la política general de la entidad,* ***controla a los representantes*** *legales y sirve de enlace con los accionistas. Sus actuaciones deben buscar el mejor interés de la sociedad y de todos sus accionistas (i.e., incluidos los accionistas minoritarios).*
>
> *«38. En general, la Junta es responsable de la estrategia, desempeño y control interno de una entidad. En este sentido, la Junta debe ser la encargada de (i) fijar las estrategias generales de la compañía y aprobar las decisiones de mayor importancia y hacer seguimiento a su ejecución, (ii) fijar la política de selección y remuneración de los cargos más importantes de la sociedad, (iv****) evaluar y controlar la gestión de la entidad y de sus representantes legales,*** *y (v) identificar los principales riesgos de la empresa y de la estrategia y liderar la definición e*

> *implementación de los sistemas internos de control e información apropiados"*[531]*.*

De conformidad con lo expuesto en los estatutos de Hidroituango, la jurisprudencia y la doctrina, a la junta directiva de Hi es un órgano de gestión y supervisión que orienta la política general de la entidad y en consecuencia es responsable por las decisiones estratégicas que adopte el Gerente, incluyendo las inversiones que se realicen.

Ahora, teniendo en cuenta que los miembros de la Junta Directiva son gestores fiscales y es su obligación velar por el correcto destino que se le da a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general, en este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado al referirse al Principio de Planeación en los siguientes términos:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[532]

En ese orden de ideas, la Junta Directiva de Hi es un órgano de gestión y supervisión que orienta la política general de la entidad y en consecuencia es responsable por las decisiones estratégicas que adopte el Gerente, incluyendo las inversiones que se realicen, por lo que no tiene asidero lo expresado por el Apoderado en indicar que el inicio del proceso de contratación para la construcción de las obras de infraestructura, contó con la justificación técnica de parte del Gerente de la sociedad, pues como miembros de la junta directiva Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales.

---

[531] 305 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, DELEGATURA PARA RIESGOS DE CONGLOMERADOS Y GOBIERNO CORPORATIVO SUBDIRECCIÓN DE METODOLOGÍAS DE
SUPERVISIÓN Y ANÁLISIS DE RIESGOS (agosto 2010), Manual Documento Conceptual de Gobierno
Corporativo, Bogotá D.C., pp. 9.

[532] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

De otro lado aduce el apoderado:

> *"Adicionalmente no se encontraba dentro de las funciones de los miembros de la Junta Directiva ni era de su responsabilidad, adelantar la etapa de planeación de los procesos de contratación de la sociedad Hidroituango, ya que de acuerdo con lo establecido en los estatutos sociales vigentes para la fecha de estos hechos, correspondía a la Junta Directiva en esa materia: "autorizar al Gerente para la celebración o ejecución de cualquier acto o contrato cuya cuantía exceda de mil salarios mínimos legales vigentes o que siendo de cuantía indeterminada puedan alcanzar dicho límite". (artículo 44 numeral 19º)*

Teniendo en cuenta que era deber de la junta directiva de Hi cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales y en el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, **la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos**, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

En este punto, resulta necesario resaltar que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la buena administración de los recursos públicos, es un derecho de los administrados y un principio que debe ser cumplido por los administradores de los recursos públicos, siendo parte esencial de la conducta que puede y debe exigírsele a quien toma decisiones relativas a la satisfacción del interés general, más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, **el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano**, **de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados**"[533].*

De lo anterior, resulta claro que se trata de una conducta que no obedece al Estándar exigido de un buen hombre de negocios y de un buen administrador

[533] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

público, pero peor aún ni siquiera atiende a lo que se esperaría de una persona poco diligente con el desarrollo de sus propios negocios.

Ahora, teniendo en cuenta que los miembros de la Junta Directiva son gestores fiscales y es su obligación velar por el correcto destino que se le da a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general, en este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado al referirse al Principio de Planeación en los siguientes términos:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad **asegurar que todo proyecto esté precedido** de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico **requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;** si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; **así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande**n"*[534]

Por lo anterior, no prospera el argumento del Apoderado, al indicar que no se encontraba dentro de las funciones de los miembros de la Junta Directiva ni era de su responsabilidad, adelantar la etapa de planeación de los procesos decontratación de la sociedad Hidroituango, pues se deber tener en cuenta que son gestores fiscales y es su obligación velar por el correcto destino que se les da a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general, así como en cumplimiento de la función que establecen los Estatutos de la Junta Directiva de HI, (Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003, artículo 44), "***1. Nombrar y remover libremente al Gerente y sus suplentes. 3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)".*

De otro lado indicó el Apoderado:

> *"(…) De acuerdo con lo establecido en los estatutos sociales de la sociedad Hidroituango, tantola planeación de la actividad contractual así como la celebración de los contratos, radicaba exclusivamente en la administración de la sociedad, siendo la única función de la Junta Directiva, autorizar al Gerente la contratación de aquellos procesos que superaran las cuantías establecidas en los mentados estatutos sociales*

[534] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

> *La Junta Directiva se ha considerado como un cuerpo intermedio entre la junta de socios oasamblea de accionistas y el órgano de gestión externa. La Junta Directiva no representa a la sociedad y no declara la voluntad de ésta con eficacia vinculante frente a terceros.* ***Susatribuciones están delimitadas en los estatutos sociales y sólo dentro de estos límites puede obrar (…)".***

La doctrina nacional, ha explicado frente a **la junta directiva como órgano de administración**, lo siguiente:

> *"A partir de la adaptación de la teoría organicista por parte del ordenamiento mercantil colombiano, cada uno de los órganos sociales ejerce los poderes que le son propios. La conjunción de las funciones instrumentales de la voluntad social expresadas en la asamblea o junta de socios, sumadas a las determinaciones de quienes detentan las funciones de administración y representación legal, así como a las actuaciones de la revisoría fiscal, configuran un universo de facultades indispensables para el desarrollo del objeto social.*
>
> *«Como acaba de afirmarse, la asamblea general de accionistas o junta de socios, que constituye el órgano de dirección de la sociedad, tiene una competencia especial que le permite decidir acerca de los denominados actos de gobierno de la sociedad, que pueden diferenciarse de manera clara de los asuntos que conciernen al órgano de administración, también conocidos como actos de empresa. Tal función de gobierno representa la característica primordial de dicho órgano cual es la de facilitar la expresión de la voluntad o el querer social. En palabras de GALGANO, "la competencia de la asamblea es, entonces, una competencia especial; mientras que, al contrario,* ***general es la competencia del órgano administrativo (…)"***

Por lo anterior, no prospera el argumento del Apoderado, pues tal y como lo indica en el escrito de descargos sus funciones están delimitadas en los estatutos, por lo que el Despacho destaca nuevamente la función de **3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales,** la que se traduce finalmente en velar por el correcto destino que se realiza a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general, por lo que no es viable argumentar que solo le correspondía autorizar al gerente la contratación de aquellos procesos que superaran las cuantías establecidas en los mentados estatutos sociales.

Por lo anterior, no prospera el argumento del apoderado.

De otro lado, el Apoderado indicó:

> *"(…) No obstante lo anterior, tal y como se relata en el acta de la referida reunión, el señor* ***ALVARO VÁSQUEZ OSORIO****, solicitó información sobre el manejo del informe de evaluación para aprobación de la Junta Directiva de acuerdo con el estatuto de contratación, conducta que no*

> *podrá considerarse ajena a la que adelantaría un buen hombre de negocios y que excedió el estándar de cuidado que tendría una persona de poca diligencia con sus propios asuntos*".

Frente a este argumento, es importante indicar, que la conducta que se imputa es que haya aprobado la contratación de las vías sin estudios suficientes, sin diseños de detalle, cuando ese punto era la ruta crítica del proyecto porque se necesitaba para llegar al punto donde se iba a iniciar la construcción de los túneles de desviación, aunado a que la desviación del río era el Hito 1.

Es por ello, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho, el contrato de diseño de las vías solo recibió orden de inicio hasta el 15 de diciembre de 2008, sin embargo, a tan solo un mes de haberse iniciado la ejecución del contrato de diseños y por lo tanto, sin contar con diseños de detalle, tal y como se encuentra probado en acta 93, se autorizó dar inicio al proceso de licitación y contratación de las obras de construcción de las vías.

Así mismo, esta decisión fue aprobada por unanimidad por los miembros de la junta, dentro de los cuales se encontraba el señor Vásquez, quien dada su formación como ingeniero administrador y abogado, debió comprender la dimensión técnica y jurídica de esta irregularidad en la planeación de las vías, así como la repercusión que la misma tuvo en todo el proyecto, por el contrario, no demostró su capacidad para gestionar y decidir con los diferentes recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros con los que se contaban para desarrollar una gestión eficiente para la generación de bienes y servicios que aseguraran la productividad de la organización.

Del análisis efectuado por el Despacho del material probatorio, se encuentra demostrado que el señor Álvaro Vásquez Osorio incurrió en la conducta descrita, separándose del modelo de conducta que le era exigible en calidad de miembro de la Junta Directiva de Hi, por cuanto autorizó la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, sin dimensionar las consecuencias técnicas y legales que acarrearían al proyecto.

En segundo término, el apoderado considera que únicamente se puede derivar responsabilidad de las decisiones expresamente adoptadas por el señor Vásquez, obviando que el mismo también puede ser responsable fiscal por omisión. Sobre el particular el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

> *"Luego, a la actora le correspondía estar atenta y verificar o constatar con su subalterno el desenlace final de la inversión que autorizó. […] Por lo anterior, la Sala considera que su conducta, como Directora del Departamento de Tesorería y Cartera, cargo que necesariamente supone altos niveles de conocimiento y responsabilidad, es gravemente culposa por omisión y negligencia inexcusables en el ejercicio del mismo".*

El apoderado considera que únicamente se puede derivar responsabilidad de las decisiones expresamente adoptadas por el señor Vásquez, obviando que el mismo también puede ser responsable fiscal por omisión. Al respecto, el Tribunal de instancia consideró:

> *"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.*
>
> (...)
>
> *Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.*
>
> *Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.*
>
> *Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"*

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre la misma cuestión sostuvo que:

> *"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.*
>
> (...)
>
> *De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en*

aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.

Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle."

Es importante traer a colación lo expresado por el Consejo de Estado, cuando al referirse al Principio de Planeación, expresó en los siguientes términos:

"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[535]

De otro lado, es importante indicar, que en el escrito de descargos el Apoderado trae a colación lo expresado por el tratadista Luis Ignacio Narváez García[5], y hace **mención a que la Junta es un órgano coadministrador**, y "*su competencia no ha de interferir en la gestión* ***del representante legal, quien también es un administrador con responsabilidades muy concretas sobre el manejo del patrimonio y de los negocios sociales".*** Lo anterior, se destaca por el Despacho, teniendo en cuenta que lo expresado por el autor es lo que ha venido expresado esta Instancia con la presente investigación, en el sentido que el principal objetivo de la junta directiva es **tomar las decisiones necesarias para**

[535] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

que la sociedad cumpla su objeto[536]**, y de manera particular, cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociale**s[537].

Por lo anterior no tiene asidero lo expresado por el Apoderado, teniendo en cuenta que el hecho de solicitar información sobre el manejo del informe de evaluación para aprobación de la Junta Directiva de acuerdo con el estatuto de contratación, no demuestra un actuar diligente, por cuanto autorizó la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías y sin dimensionar las consecuencias técnicas y legales que acarrearían al proyecto.

De otro lado, el Apoderado argumentó en su escrito:

> *"La supuesta falta de planeación en la decisión de la Junta Directiva de autorizar al Gerentede la sociedad el inicio del proceso de contratación de las obras de infraestructura sin contarcon el diseño de detalle de vías, es lo que fundamenta la imputación del cargo; sin embargo,dichos hechos, claramente no tienen ninguna connotación tipo de fiscal y no guardan relación alguna con la construcción del tercer túnel de descarga o GAD y la contingencia que ocurrió en el año 2018. Tampoco tienen ninguna relación causal con el daño al patrimonio público, que hoy en día pretende que sea reparado, pues ellos no contribuyeronde ninguna manera a lo que sucedió en el año 2018".*

Sobre este punto es importante traer a colación la **presentación cronológica de los hechos que enmarcan la causa fiscal, los cuales fueron expuestos en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020** (por medio del cual se imputa a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros), en los cuales se observa como una de las irregularidades, "**El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos",** lo cual colocó **al proyecto en un estado de alta vulnerabilidad lo que terminó desencadenando en la contingencia del año 2018,** y en consecuencia cual generó no solo la imposibilidad de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 con consecuencias para la estabilidad energética del país, sino también implicó la

---

[536] artículo 44 de la Escritura Pública 1691 de 10 de octubre de 2011 (Z:\PRF 2019-01104 UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA J ESTATUTOS\ESTATUTOS) - Propósito que se reitera en el Código de Buen Gobierno de la Sociedad.

[537] Carpeta principal 74. DD75. Visita especial EPM E HI. Nueva carpeta. Sociedad Hidroituango S.A. Respuesta estatutos. Estatutos. Estatutos de la Junta Directiva de HI. Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003. *"Artículo 44. "Funciones. La Junta Directiva estará revestida de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad, ordenar la firma de cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objeto. Reunida la Junta Directiva con el quórum correspondiente que señalen estos estatutos de acuerdo con la ley, sus funciones serán las siguientes: (…)* ***3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)".*

realización de inversiones adicionales a los ya cuantiosos gastos realizados, para atender los gastos que ocasionó esa situación. Al respecto, esta Instancia, indicó:

> *"(…) En este acápite, tal y como se verá a continuación, se procederá a demostrar que a pesar de que el proyecto de la hidroeléctrica de Ituango comenzó a concebirse desde 1962 y a planearse desde los años 70 s lo que continuó desarrollándose hasta 1999 cuando se dio inicio a los trámites de obtención de la licencia ambiental.*
>
> *Sin embargo, a partir de dicha fecha, el proyecto no siguió desarrollándose a la misma velocidad y solo a partir del año 2008, se le dio un impulso significativo lo que llevó a que se realizaran tanto los diseños como la construcción de las obras de infraestructura y de las obras principales de la hidroeléctrica objeto de esta causa fiscal.*
>
> ***En efecto, en 2008, se comienzan a presentar una serie de irregularidades como consecuencia de problemas de planeación**, decisiones inoportunas e insuficientes de administración, dirección y control, falta de diligencia de los contratistas y ejecución defectuosa de las prestaciones necesarias para el desarrollo del proyecto, como son entre otras, las siguientes:*
>
> *• Como, consecuencia de problemas administrativos al interior de Hidroituango y del hecho de que los miembros de la junta no hacían seguimiento a las órdenes que se le impartían al Gerente de Hi se atrasó la suscripción de los contratos de diseños de las vías.*
> *• **El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos.***
> *• La modificación del trazado de las vías cuando las mismas ya se encontraban en ejecución, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto para el desarrollo de las mismas, que en últimas no cumplieron con la finalidad de lograr que el proyecto entrara en operación en oportunidad.*
> *• Modificación de la altura de la presa, originalmente diseñada y autorizada en la licencia ambiental, lo que generó demoras en el inicio de la construcción por haberse tenido que modificar la licencia ambiental consecuentes demoras en la entrega de los diseños de detalle de las obras principales por los cambios en las especificaciones técnicas tanto de la altura como de la cola del embalse.*
> *• Consagrar salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido a EPM, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango.*
> *• Hidroituango permitió que se Diluyera su capacidad de seguimiento al contrato BOOMT como consecuencia de omisiones en la estructuración administrativa y operativa necesaria para asumir el rol que tenía dentro de un contrato de dicha magnitud, lo anterior agravado por las falencias en el control al mecanismo de seguimiento contractualmente pactado (comité de seguimiento)*
> *• El inicio de las obras de construcción de los túneles de desviación sin contar con las vías de acceso necesarias, lo que llevó a implementar planes de*

contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto destinado para tal fin.

• A pesar de los graves atrasos acumulados, insistieron en participar en una segunda subasta de energía en firme, que les fue adjudicada e implicaba entregar 9.540.821,91 KWh-día de energía en firme para el periodo comprendido entre 01/12/2021 a 31/11/2038.

• El desarrollo por parte del contratista de los túneles de desviación sin tener adecuado planeación y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público así como las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones, acumulando atrasos significativos, generando la necesidad de aplicar nuevos planes de recuperación de tiempos y aumentando los costos a pesar de lo cual no se logró cumplir con uno de los hitos fundamentales del proyecto, el cual era la desviación del Río Cauca.

• A pesar de que como consecuencia de la no desviación del río Cauca en la fecha programada, desde 2012 se hizo evidente una alta probabilidad de que el proyecto no entrara en operación en noviembre de 2018, no haber tomado las decisiones necesarias para evitar que los gastos del proyecto se elevaran de forma tal que llevaran a destruir el Valor Presente Neto del proyecto.

• La necesidad de ceder el contrato de construcción de los túneles de desviación del río Cauca al contratista de obras principales, para lograr cumplir con el cronograma de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018. Lo que llevó a implementar un plan de aceleración para lograr la desviación del río a principios de 2014, hecho que por la premura y por el atraso de 333 días en la contratación de las mismas y del 91% en la ejecución de este mecanismo hidromecánico, llevó a prescindir de la instalación de las compuertas en los dos túneles de desviación, lo que indujo a modificar las características catalogadas contractualmente como "inmodificables" del proyecto como fue la construcción del tercer túnel de desviación (GAD).

Este último túnel, a la postre durante la desviación del río cauca, necesaria para el cierre con tapones de concreto de los túneles de desviación derecho e izquierdo, requisito para iniciar el lleno de la presa, colapsó como consecuencia de no contar con diseños específicos para la realización del mismo y errores constructivos y de especificaciones técnicos.

Como se explicará en detalle más adelante, ***pusieron al proyecto en un estado de alta vulnerabilidad lo que terminó desencadenando en la contingencia del año 2018,*** *la cual generó no solo la imposibilidad de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 con consecuencias para la estabilidad energética del país, sino también implicó la realización de inversiones adicionales a los ya cuantiosos gastos realizados, para atender los gastos que ocasionó esa situación.*

Este aumento vertiginoso de las inversiones, puede ser calificado como injustificado, pues excedió significativamente lo presupuestado en el

> ***modelo que sirvió como cierre financiero del proyecto y obedeció a conductas**, (…) que **fueron negligentes ya que responden a problemas de planeación, improvisación, errores constructivos y de seguimiento y control, que llevaron a que se causara un daño al patrimonio del Estado como consecuencia de la pérdida del valor presente neto del proyecto.***
>
> *Así mismo, como consecuencia de estos hechos se concretó **el riesgo de no entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 y por lo tanto se generó un lucro cesante**, el cual como se verá en el acápite correspondiente también ocasionó un daño al patrimonio del Estado (…)".*

Por lo anterior, las irregularidades antes mencionadas, entre ellas, **el inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos,** claramente contribuyeron a destruir las holguras temporales con las que contaba el proyecto, poniéndolo en una situación de vulnerabilidad que desembocaría en la mal llamada la contingencia sucedida en el año 2018, todo lo cual generó unas mayores inversiones injustificadas e impidió la entrada en operación del proyecto en la fecha programada, destruyendo el valor de la inversión y generando un lucro cesante. De donde resulta clara la connotación de tipo de fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

De lo ampliamente explicado en los fundamentos de hecho, resulta probado para este Despacho que como consecuencia de problemas en la planeación, desde el inicio del contrato se presentaran atrasos que condujeron a que para intentar generar energía a toda consta en noviembre de 2018, -aun cuando desde finales del año 2012 ya se sabía que no era posible cumplir-, llevaron a idear e implementar planes consecutivos de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos.

La implementación de dichos planes, generó mayores inversiones y llevó a que las obras no se realizaran conforme a los diseños inicialmente programados y a que se cometieran errores constructivos y de seguimiento, poniendo en estado de vulnerabilidad al proyecto, lo que desencadenó en que se diera la contingencia de 2018.

Esas inversiones adicionales aunadas a las que supuso la atención de la contingencia, como se demostrará a continuación, terminaron destruyendo el valor presente neto del proyecto. De igual manera, tanto los atrasos acumulados como la imposibilidad definitiva generada por la contingencia del 2018, impidieron además que el proyecto comenzara a generar energía en la fecha programada lo que ocasionó también un lucro cesante.

De otro lado, es importante hacer hincapié en que para este tipo de proyectos, en los cuales se invierten recursos públicos, se debe cumplir con el deber de planeación *, "en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad **asegurar que todo proyecto esté precedido** de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico **requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder***

establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[538]

En ese orden de ideas, la conducta que se le atribuye al señor Álvaro Vásquez Osorio, fue determinante para que se presentaran los inconvenientes y demoras en desarrollo del contrato de las vías, lo que fue determinante para destruir las holguras temporales del proyecto y ponerlo en situación de vulnerabilidad, lo que desembocó en la mal llamada contingencia de 2018, y en consecuencia determinante para que se realizaran mayores inversiones injustificadas todo lo que llevó a que se concretara el daño tanto por la destrucción del valor presente como por el lucro cesante por la no entrada en operación.
De otro lado indicó el apoderado:

> *"Ciertamente, existen unas causas adecuadas que produjeron esa contingencia que se presentó en el proyecto hidroeléctrico en el año 2018, que le corresponderán a la Contraloría encontrarlas así como a sus responsables, pero lo que no puede hacer, es pretender, sin ningún sustento, sumar una serie de hechos, demoras, decisiones, cambiosó modificaciones, para crear una cadena infinita de causas para imputar cargos a partir dela inaplicable teoría de la equivalencia de condiciones.*
>
> *Finalmente es de anotar que la contratación de esas obras de infraestructura por parte de la sociedad Hidroituango, no reportaron ningún sobrecosto ni retrasos al proyecto hidroeléctrico el cual se desarrolla bajo el contrato BOOMT, tampoco existe una relación de causalidad adecuada entre estos hechos y el colapso de la GAD y por consiguiente en la destrucción de valor del proyecto y el lucro cesante que esa contingencia terminó generando".*

Al respecto, ésta Instancia, indica que el daño al patrimonio del Estado que ha sido objeto de estudio en la presente causa fiscal, tal y como se ha venido explicando se dio como consecuencia de una serie de hechos concatenados que tuvieron como origen las conductas concurrentes de los diferentes actores que desempeñaban roles específicos de cara al desarrollo del proyecto Hidroituango, tal y como se explicó desde el acápite de hechos.

---

[538] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

El hilo conductor entre las conductas que fueron determinantes para la producción del daño, consiste en la cadena de errores tanto de orden administrativo como técnicos ampliamente probados en esta causa fiscal, que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto y que desencadenaron en la Contingencia de 2018**. Todo lo cual generó mayores inversiones injustificadas que destruyeron el valor presente neto del proyecto y así mismo impidieron, como consecuencia de haber ajustado los tiempos del proyecto, que el mismo entrara en operación en la fecha programada lo que generó el lucro cesante.

Así mismo, se reitera lo sostenido en relación con el nexo de causalidad en el sentido de que en el caso concreto el daño estudiado en esta causa fiscal, no se debió únicamente a las situaciones ocurridas durante la contingencia sino a una serie de hechos consecutivos y concatenados generados por conductas concurrentes que fueron explicadas desde el auto de imputación y ahora en esta decisión, las cuales fueron idóneas y determinantes para la producción del daño.

Sobre el particular, este Despacho se remite a lo explicado líneas atrás respecto de cada una de las conductas, así como al concepto de eficiencia, para concluir que no atiende a la realidad el hecho de que las decisiones tomadas se hayan dado de manera respaldada y diligente ni que hayan atendido a los objetivos que debía perseguir la administración de Hidroituango, más si se recuerda que era una sociedad con objeto único que tenía por finalidad obtener una hidroeléctrica que fuera operativa y que lograra generar el 17% de la energía del país, se recuerda que a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, aún no se cuenta con dicha infraestructura energética y no existe certeza de la fecha en la cual la misma será concluida y comenzará a generar al menos parte de la energía prometida.

De otro lado, indicó el apoderado:

> *"De acuerdo con el informe de la Universidad Nacional, la línea base o punto de base para establecer los cambios ocurridos en el proyecto se toman a partir del año 2011, fecha de celebración del contrato BOOMT considerando el horizonte de 50 años que es el plazo deejecución del referido contrato"*

Sobre este argumento, el Despacho se remite a lo expuesto sobre el particular en el acápite de daño.

Así mismo el Apoderado manifestó:

> *"Adicionalmente, las inversiones que realizó la sociedad Hidroituango en cuanto a diseños de obras de infraestructura, obras principales e infraestructura de vías de acceso, vías sustitutivas, adecuaciones y rectificaciones previas a la celebración del contrato BOOMT fueron cedidas a la sociedad EPM-Ituango con ocasión de la escisión, tal y como consta enel Anexo No. 3 que hace parte integral de la Escritura Pública No. 893 del 23 de*

marzo de 2011, de la Notaría Diecisiete del Círculo de Medellín, mediante la cual se escindió una porción patrimonial de la sociedad HI para la conformación de la sociedad EPM-Ituango, por lo que, dichas inversiones, no pudieron de ninguna manera impactar el modelofinanciero del contrato BOOMT y mucho menos generar los sobrecostos que se señalan enesta causa fiscal, razón por la cual, debe cesar la acción fiscal por el cargo analizado".

Frente a este argumento, este Despacho indica que lo que se le endilga al imputado, no son solo las inversiones sino el hecho de no contar a tiempo con las vías, tener que adelantar el contrato con CTIFS también bajo planes de aceleración y recuperación de tiempos lo que también supuso pagar más por esas obras y reconocer encima unos tiempos adicionales al contratista

Lo anterior, impactó el proyecto, pues al destruirse las holguras temporales con las que inicialmente contaba, lo puso en una situación de vulnerabilidad pues los retrasos con CTIFS llevaron a tener que cambiar las características inmodificables del proyecto y a generar una solución técnica, por cuanto no se pudieron colocar las compuertas de los tunes de desviación lo que llevó a la construcción de un tercer túnel lo que terminó desencadenándose en la mal llamada contingencia de 2018. Todo lo cual contribuyó de manera determinante para generar mayores inversiones injustificadas del proyecto y para que el mismo no pudiera entrar en operación en la fecha programada lo que ocasionó como se ha venido explicando la destrucción del valor de las inversiones del proyecto y el lucro cesante.

Lo anterior, resulta de la mayor gravedad si se tiene en cuenta que dado que en la primera parte de desarrollo del proyecto, la ruta crítica la constituía la construcción de las vías necesarias para el acceso al proyecto y en especial aquellas requeridas para llegar al punto en donde debían iniciarse las obras para la desviación del río Cauca, en enero de 2008, se abrió la licitación para el diseño de las vías pues se pretendía que el mismo estuviera finalizado en septiembre del mismo año, sin embargo, dicho contrato inicia su ejecución hasta 23 de junio de 2008, es decir, con 3 meses de atraso. Cabe anotar que dicho contrato le fue adjudicado al Consorcio Generación Ituango, conformado por las empresas Integral Ingeniería de Consultas S.A. y Solingral S.A.(CT-007-2008) para elaborar los diseños detallados; y asesoría durante la construcción, los diseños definitivos Fase 1 (Diseño conceptual) y fase 2 (Diseño de detalle).

De lo anterior, da cuenta el Acta 81 de 16 de junio de 2008, en los siguientes términos:

"Pregunta el presidente de la Junta, doctor José Fernando Villegas por el trámite de los contratos que se informaron en la pasada reunión de Junta.

El doctor Alejandro Estrada informa que ya le fue notificado a integral, se les remitió el contrato, están legalizándolo y comenzarán el 10 de julio.

> *Y cómo vamos con este contrato en el desarrollo del cronograma, pregunta el doctor José Fernando Villegas? Responde el doctor Alejandro Estrada que va hasta septiembre para tener terminado el diseño.*
>
> *Agrega el doctor Luis Carlos Rubiano que la contratación debería haber terminado el primer trimestre del 2008. En consecuencia llevarnos tres meses de retraso".*

Como consecuencia de lo anterior, se presenta la necesidad de aplicar un **primer plan de contingencia** para recuperar los términos que se han atrasado (Acta 81).

> *"Sugiere el doctor José Fernando Villegas un plan de contingencia para recuperar términos que se han atrasado. Pregunta si este plan se puede contratar o hacer con las EEPPM"*

En el acta 86 de la Junta Directiva de Hi de 29 de agosto de 2008, se refiere la fecha en que empezó tanto el contrato de diseño de las vías, como el contrato de interventoría a las mismas, sin embargo, se precisa que en dicha fecha aún no se había dado orden de inicio por cuanto el contrato aún no se encontraba firmado.

Como puede verse, las demoras en la suscripción del contrato obedecieron a problemas de orden administrativo que se estaban dando al interior de la Sociedad Hidroituango, los cuales se refirieron en las diferentes actas de junta directiva, en las cuales se observa en los procesos de capitalización realizados para la subasta de energía, que no existía siquiera claridad en la composición accionaria.

Por lo anterior no tiene asidero lo expresado por el Apoderado, teniendo en cuenta que **el inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos,** claramente contribuyeron a destruir las holguras temporales con las que contaba el proyecto, poniéndolo en una situación de vulnerabilidad que desembocaría en la mal llamada la contingencia sucedida en el año 2018, todo lo cual generó unas mayores inversiones injustificadas e impidió la entrada en operación del proyecto en la fecha programada, destruyendo el valor de la inversión y generando un lucro cesante. De donde resulta clara la connotación de tipo de fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, y no como lo plantea el Apoderado al indicar que las inversiones que realizó la sociedad Hidroituango en cuanto a diseños de obras de infraestructura, obras principales e infraestructura de vías de acceso, vías sustitutivas, adecuaciones y rectificaciones previas a la celebración del contrato BOOMT, no pudieron de ninguna manera impactar el modelofinanciero del contrato BOOMT y mucho menos generar los sobrecostos que se señalan enesta causa fiscal.

De otro lado, resulta necesario recordarle al apoderado que **en este proceso no se ha hablado en ningún momento de sobrecostos sino de las mayores inversiones realizadas de manera injustificada**. Esta distinción resulta muy

relevante, pues se trata de situaciones que tienen un contenido conceptual diferente.

En este punto resulta necesario precisar lo que la jurisprudencia ha entendido por tales:

> *"[…] Al reconocer el legislador que el fenómeno de los sobrecostos en la contratación estatal puede constituir un atentado contra los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público, no hace otra cosa que dar aplicación efectiva no sólo al principio constitucional de moralidad, sino también a los de eficacia y economía que rigen la función administrativa, (art. 209), de acuerdo con los cuales las autoridades administrativas deben lograr los fines para los cuales fueron creadas las entidades a las cuales sirven -y que directa o indirectamente tienden a la satisfacción de un interés general-, y deben hacerlo empleando para ello el mínimo de gastos y esfuerzos, es decir, maximizando sus recursos y sacando el mejor provecho de ellos.*
>
> *Es así como, por ejemplo, en materia de contratación estatal, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, establece que los servidores públicos tendrán en cuenta que con la celebración y ejecución de los contratos estatales deben buscar "el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".*
>
> *De otro lado, uno de los principios que rigen la contratación estatal –además de los generales de la función administrativa: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, art. 3 del C.C.A- es el de la selección objetiva, que implica escoger al proponente que ofrezca las condiciones más convenientes para la Administración, o sea, la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca (art. 29, Ley 80/93); se pretende entonces, que la selección se haga a "...la propuesta más económica, aunque ello no sea sinónimo de la propuesta más barata, sino de la que refleja la mejor relación entre calidad y precio. La administración debe entonces hacer 'las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello' (art.29)..."*[539]
>
> *Quiere ello decir que si un contrato estatal se celebra con desconocimiento de esos análisis que debe efectuar la Administración antes de adjudicarlo, haciendo caso omiso de los precios y condiciones del mercado, y se pacta en él un valor que vulnere estas limitaciones, superando en forma exagerada el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no sólo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva, por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que*

[539] *Cita es original: BENAVIDES, José Luís; El Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia. 1ª ed., 2002. pg. 279.*

también se vulnerarán los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público[540]*.*

III- El sobrecosto:

De acuerdo con lo estipulado en el inciso segundo del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que se refiere al deber de selección objetiva determinando que ésta se produce cuando la escogencia se hace a la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en cuenta factores subjetivos como afecto o interés, "Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, (...) resulta ser el más ventajoso para la entidad, ***sin que la favorabilidad la constituyan (...) el más bajo precio o el plazo ofrecido****" (negrillas fuera de texto), estableciendo que el administrador debe efectuar las comparaciones del caso "...mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos,* ***la consulta de precios o condiciones del mercado*** *y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello"*

De acuerdo con los términos de esta norma, el precio de las ofertas no puede ser el único criterio de evaluación y calificación de las mismas, puesto que existen otros factores que también resultan importantes para la Administración a la hora de contratar ya que inciden en la debida ejecución del objeto del contrato que pretenda celebrar; en consecuencia, el solo hecho de que la oferta seleccionada presente un precio superior al ofrecido por otros participantes en el proceso de escogencia del contratista, bien sea licitación pública o contratación directa, no significa que se esté violando el deber de selección objetiva.

¿Qué se debe entender entonces, por "sobrecosto" en los procesos de contratación?

Al respecto, se observa que el término ha sido manejado en materia de contratación estatal para determinar esos mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal.
Sin embargo, para los efectos contemplados en la Ley 472 de 1998, la acepción de tal término es otra, por cuanto tiene que ver con el valor del contrato celebrado, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, que en cumplimiento del deber legal impuesto, han debido ser analizados y estudiados por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación.

---

[540] *Cita es original: "...por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales" Sentencia Sección Cuarta, del 31 de mayo de 2002. Expediente No. 25000-23-24-000-1999-9001-01*

> ***Los precios reales del mercado son "lo que, de acuerdo con las reglas del mercado, pueda ser el costo de los bienes, servicios, suministros, etc. Es decir, del objeto u objetos a contratar, en un lugar determinado, en un momento determinado, bajo determinadas circunstancias y conforme a las variables que el objeto del contrato implique, tales como cantidad, calidad, especialidad, etc. Lo anterior con el propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos, de lo que verdaderamente cuestan en el tráfico jurídico ordinario dichos bienes o servicios"***[541].
>
> *Quiere decir lo anterior, que el libre juego de la oferta y la demanda en el tráfico mercantil, es el que determina en un momento dado los precios de los bienes y servicios, y en la medida en que la Administración Pública participa como un operador más en ese mercado, al demandar esos bienes y servicios, debe también atenerse a los precios del mismo, cumpliendo además con el ya referido deber de estudiarlos previamente a la contratación, con el fin de evitar "...pagar más respecto de la realidad del mercado, lo cual configuraría a todas luces no sólo una situación de peculado,* ***sino una afrenta al patrimonio público"***[542] *(las negrillas no son del texto).*
>
> *El estudio previo de los precios del mercado, permitirá entonces a la Administración determinar, al momento de evaluar las propuestas que reciba, si las mismas guardan una relación equilibrada con aquellos, o si resultan demasiado altas, de tal forma que deban ser descalificadas.*
>
> *Debe tenerse en cuenta también, como lo hace hoy el Decreto 2170 de 2002 (art. 6)*[543]*, que "...el concepto de precio del mercado debe entenderse en su sentido amplio, en el entendido que comprende una serie de variables de acuerdo a las condiciones, ambiente, lugares, distancias, y demás elementos que puedan influir ciertamente en su conformación, si entendemos que el mismo es variable y carente muchas veces de uniformidad"*[544]*.*

En este contexto resulta claro que los sobrecostos están referidos necesariamente a los precios del mercado, y se estructuran como daño al patrimonio del Estado cuando el Estado realiza compras de elementos que superan esos valores de mercado, en unas particulares condiciones de tiempo modo y lugar. En el caso concreto, aun cuando en el informe de la Universidad Nacional sí se realiza un comparativo con otras empresas que los funcionarios que lo elaboraron, consideran

---

[541] *Cita original: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando; Tratado de Derecho Administrativo, T. IV, Contratación Indebida; Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2004. pg. 166.*
[542] *Cita es original de la sentencia: SANTOFIMIO Gamboa, Op. Cit., pag. 167.*
[543] *"Art. 6.- De la consulta de precios o condiciones del mercado. (...) La entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio"*
[544] *Consejo de Estado, providencia de 10 de marzo de 2005, Número de Radicado: 25000-23-26-000-2003-01195-01, actor: Juan Carlos Mora Peñuela y Mauricio Izquierdo Arguello, Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Saavedra Becerra.*

comprables, para efectos de determinar de cara al mercado específico de energía si el costo de hidroituango es similar o superior, dicha parte del informe si bien le da al Despacho un contexto, no fue utilizado para efectos de la valoración del daño en esta causa fiscal.

De donde mal hace el apoderado al querer convertir la presente causa fiscal en una situación en la que el daño que se endilga en cabeza de los vinculados como consecuencia de un sobrecosto.

Ahora bien, el Despacho ha sido claro al explicar que lo que se cuestiona en la presente causa fiscal son las mayores inversiones realizadas de manera injustificada. Así mismo, desde el auto de imputación se explicó por qué se utiliza la expresión "injustificada", por cuanto fueron producto de malas decisiones de administración y malas decisiones técnicas atribuibles a cada uno de los presuntos desde su rol, las cuales generaron la destrucción del valor presente neto del proyecto.

En este sentido, de conformidad con lo establecido por la real Academia de la Lengua, Justificado significa: "Conforme a justicia y razón"[545]. En este sentido, la razón de ser de dichas modificaciones no obedeció a situaciones netamente técnicas que aparecieron de repente en el proyecto, sino a las malas e improvisadas decisiones que se tomaron en desarrollo de todo el proyecto, que terminaron desencadenando en la mal llamada "contingencia de 2018" y generando a su vez mayores inversiones estas también injustificadas.

De otro lado, es importante indicar que en esta causa fiscal no se están investigando sobrecostos, tal y como lo alega el apoderado, sino mayores inversiones realizadas de manera injustificada, por lo que no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

3. **Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.**

El Apoderado en el escrito de descargos indicó:

> *"No obstante, esa ambigüedad, falta de coherencia y precisión entre la formulación del cargo y su fundamentación, con el fin de poder ejercer el derecho de defensa y contradicción en esta etapa procesal, se propone la siguiente línea argumentativa frente al citado cargo (…)".*

[545] https://dle.rae.es/justificado

Frente a este argumento, el Despacho procede a realizar un análisis de la conducta endilgada en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, por medio del cual se imputó responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archivó a favor de otros:

- Se encuentra probado, que el señor Vásquez desplegó esta acción, la cual se encuentra consignada en las siguientes actas de las sesiones de junta directiva en las cuales conoció, participó y deliberó.

- Es importante anotar en este punto que en el Acta 94 de 28 de enero de 2009, aparece por primera vez la necesidad de incluir la vía Puerto Valdivia Presa, de igual manera, en acta 95 de fecha 25 de febrero de 2009, la junta directiva autoriza la contratación de la Vía Barro San Andrés de Cuerquía, y la vía Puerto Valdivia y mediante acta 97 de fecha 29 de abril de 2009, se autoriza al Gerente para que entre en contacto con el Consorcio Generación Ituango para el diseño de la vía Puerto Valdivia, lo que se justifica en la premura de contar con dicha vía.

- Estas situaciones de manera correlativa generaron modificaciones en el contrato del diseño de las vías. En efecto, a lo anterior obedeció la suscripción del AMB 1[546], la cual valga anotar es de 9 de diciembre de 2009 (casi 11 meses después de que se menciona por primera vez la necesidad de la Vía Puerto Valdivia):

> **ADICIÓN 1: Mediante Acta de Modificación Bilateral No. 1 – AMB No. 1 del 9 de diciembre de 2009.** Para: a) Diseño del tramo de vía entre el sitio denominado El Barro y la cabecera municipal de San Andrés de Cuerquia, b) Diseño del túnel vial bajo el talud del vertedero, c) Diseño de la vía entre Puerto Valdivia y el proyecto, d) Investigaciones sismológicas, e) Legalizar cantidades adicionales en costos directos predecibles. **Valor de la Adición**: Cuatro mil seiscientos treinta y cuatro millones trescientos ochenta y cuatro mil novecientos veinticuatro pesos ($4.634.384.924), sin incluir el IVA. **Valor del Contrato**: Como producto de esta Adición el valor del contrato queda en $20.648.062.819, sin incluir el IVA. **Ampliación del Plazo**: Hasta el 30 de junio de 2010.

- En sesión de acta 94, de 28 de enero de 2009, de Junta Directiva de Hi, respecto a la vía Puerto Valdivia – Pescadero, como vía de acceso al proyecto, se indicó:

[546] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\07-Contratos HI\CT-007-2008 Diseños Detallados y Asesoria\CT-007-2008 Adiciones

6.-Informe vía Puerto Valdivia – Pescadero

El doctor Luis Guillermo Gómez informa que la construcción de la vía Puerto Valdivia - Pescadero tiene importancia como una posible alternativa de acceso a la zona del proyecto, teniendo en cuenta que la actual vía tiene especificaciones muy pobres y una geología regular, en una zona de seguridad precaria. Cualquier aislamiento en el proceso pleno de construcción sería muy grave. En un día de demora, en el momento de mayor producción, el contratista estaría haciendo obra diaria por un valor aproximado de un millón de dólares y un problema en la vía repercutiría en el desarrollo del proyecto. Todo esto justifica la posibilidad de contemplar una alternativa, ya que la vía a los Llanos de Cuibá tiene graves falencias.

Invita al doctor Darío Ceballos Berrio, Asesor Técnico de Integral, quien hace la presentación que se anexa a la presente acta.

Concluye la presentación el doctor Darío Ceballos indicando que la construcción implicaría aumentar noventa millones de dólares al proyecto y estaría terminada para

la época en que el proyecto requiere el ingreso de los insumos importantes, tales como hierros, equipos y la totalidad del cemento.

Luego de un debate sobre el tema, la Junta considera la importancia de incorporar la construcción de esta vía al proyecto, por los beneficios propuestos por el doctor Ceballos en su presentación, por la solución a probables riesgos en la vía actual y por los beneficios que representa para el país.

Se concluye que se le debe hacer una presentación al señor Gobernador, para establecer una estrategia del gobierno departamental con el nacional, y se debe solicitar a Integral que continúe profundizando en el estudio del tema, para definir su incorporación al proyecto.

- Se expresó en la sesión que la construcción implicaría aumentar noventa millones de dólares al proyecto y estaría para la época en que el proyecto requiere del ingreso de los insumos importantes, tales como hierros, equipos y la totalidad del cemento.

- Una vez se realizó el debate, la Junta consideró la importancia de incorporar la construcción de esta vía al proyecto, por "*los beneficios propuestos por el Doctor Ceballos en su presentación, por la solución a probables riesgos en la vía actual y por los beneficios que representa para el país".*

- De otro lado en la sesión de acta 95, de fecha 25 de febrero de 2009, de Junta Directiva de Hi, frente a la vía El Barro San Andrés de Cuerquía se expresó

5.- INFORME DE GERENCIA (Continuación)

Terminado el punto anterior, el doctor Luis Guillermo Gómez continúa con el informe de la Administración. Comunica a la Junta la visita hecha por miembros de la Junta y la Administración al señor Gobernador de Antioquia, doctor Luis Alfredo Ramos B., en la que se le presentó el estudio hecho por Integral sobre la carretera Puerto Valdivia – Pescadero. Señala que tuvo una excelente recepción por parte del Señor Gobernador. Quedó como conclusión que se solicitaría una visita al señor Presidente para presentarle la necesidad de la construcción de esta carretera.

Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que la Licencia Ambiental se recibió el treinta (30) de enero y llegó con algunas obligaciones para la Hidroeléctrica que encarecen los compromisos del proyecto. Pone como ejemplo que en las medidas compensatorias exigen la compra y reforestación de diecisiete mil (17.000) hectáreas para sembrar bosque seco tropical. El doctor Álvaro Osorio, abogado de EPM que adelanta el proceso de Licencia Ambiental, presentó recurso de reposición a las decisiones que se consideran inadecuadas.

Agrega el doctor Jesús Arturo Aristizabal que en el recurso se pide la exclusión de municipios como Olaya y Valdivia que no reciben impacto del proyecto; la aclaración sobre especies animales y vegetales de las que no hay seguridad de que existan en la zona. Informa que subieron sustantivamente el caudal ecológico ya que inicialmente se tenía una garantía de un corredor de trescientos (300) metros cúbicos por segundo y están exigiendo cuatrocientos cincuenta (450) metros cúbicos por segundo. También sobre temas administrativos como el manejo de las reglas de operación del embalse dentro de los compromisos de la licencia ambiental, lo que amarraría las manos para la operación comercial del proyecto.

Con relación a la vigencia de la Licencia después del recurso, informa que hay dos posiciones al interior del Ministerio: la una que señala que si la licencia está recurrida no se encuentra en firme en su totalidad y entre tanto, la Hidroeléctrica no tiene Licencia Ambiental. Otra posición sostiene que sí se tiene la Licencia, se pueden iniciar las obras y solo se suspende lo que corresponde al recurso. Trae el ejemplo de Quimbo en la que se le impuso una multa por iniciar trabajos sin tener la licencia ambiental plenamente expedida.

Explica el doctor Luis Guillermo Gómez que si llega el momento de adjudicar los contratos de vías y no se ha resuelto el recurso es preferible renunciar a él, por las implicaciones económicas del retraso de las obras con relación al costo de los requerimientos de la licencia, que alcanzan a los setenta mil millones de pesos ($70.000'000.000), aproximadamente.

Retoma en este punto el doctor Juan Felipe Gaviria el tema del cronograma para la subasta y banca de inversión y deja la constancia que desde el punto de vista de EPM no ven inconveniente en la reducción de seis a cinco meses, pero advierten las posibilidades de riesgos y reducción en el precio de oferta, ya que se está ofertando mas una concesión de agua que un proyecto y que, por consiguiente, no están absolutamente tranquilos con lo que ocurra con posterioridad a los cinco meses.

- Por su parte, el Acta de Junta Directiva No. 97 del 29 de abril de 2009, de junta Directiva de Hi, refleja el estado de la licitación del contrato de construcción de vías, cuya licitación ya había comenzado, misma que, como se dijo, inició sin contemplar las vías adicionales, que debido a los problemas de planeación solo fueron pensadas e incluidas al proyecto con posterioridad:

Sobre la licitación para el contrato de la construcción de las vías informa que participaron veinticuatro (24) firmas y se tramitaron varias adendas. El doctor Álvaro Vásquez tenía algunas inquietudes por llamadas que le hicieron, especialmente sobre la exigencia que, con relación a la integración de los consorcios, se exigió que por lo menos uno de ellos tuviera el cumplimiento del 100% de los requisitos exigidos. Se entiende que la figura del consorcio permite que empresas de diferentes niveles se puedan desarrollar juntándose para participar en contratos de mayor cuantía que de otra forma no lo podrían hacer. Exigiendo que uno solo cumpla todo cambia el objeto de la figura ya que los excluye, porque quedarían eliminados.

Otro tema que anota es la exigencia de experiencia a los proponentes partir de una fecha, que en unos casos fue a partir de 1999 y en otros a partir de 1995. Llama la atención en que no puede aparecer que de alguna forma se están prefabricando o direccionando las exigencias de las licitaciones. Se debe ser lo más transparente posible para que la Sociedad se reconozca por ello.

Explica el doctor Luis Guillermo que estos temas se discutieron con los ingenieros asesores de la Hidroeléctrica y el concepto que se emitió es que la Sociedad tiene una prioridad para que este contrato de vías se cumpla rigurosamente porque de ello depende el cumplimiento del cronograma del proyecto. Por ello, con el fin de evitar un eventual incumplimiento se exigió que por lo menos una de las firmas del consorcio cumpla con la totalidad de las exigencias.

El doctor Federico Restrepo anota que no es lo mismo que cuatro o cinco firmas pequeñas se unan en consorcio para cumplir o complementarse, a que una gran firma vaya en consorcio con otra pequeña para alguno de los trabajos; sobre todo con relación al cumplimiento esperado ya que este tema (la construcción de las vías) hace parte de la ruta crítica.

Explica el doctor Luis Guillermo Gómez que con base en las solicitudes hechas por los proponentes se amplió el plazo para la experiencia - tener contratos similares celebrados y/o ejecutados- a partir de mil novecientos noventa y cinco (1995). En un principio se tomo a partir del año mil novecientos noventa y nueva (1999) considerando que en esos diez (10) años se podría cumplir con el requisito, pero por las solicitudes se amplió hasta el año mil novecientos noventa y cinco (1995).

Informa también el doctor Luis Guillermo Gómez que está abierto el proceso de Interventoría para este contrato, y se inscribieron doce (12) firmas. El doctor Luis Guillermo le solicitó a la SAI, por intermedio del doctor Álvaro Villegas, que le hicieran aportes a los pliegos. El día anterior fue la visita de los interesados al sitio de las obras.

- Frente la solicitud del señor Luis Guillermo Gómez, el señor Vásquez, como Presidente de la Junta Directiva de Hidroituango, puso en consideración de la junta directiva, la autorización al Gerente para que entrara en contacto con el Consorcio Generación Ituango para adelantar la adición de las vías, como una adición al contrato de obras principales, en los siguientes términos:

(…)

El doctor Álvaro Vásquez pone a consideración de la Junta la autorización al señor Gerente, doctor Luis Guillermo Gómez, para que realice los acercamientos que se requieren con el Consorcio Generación Ituango para que el diseño de la vía Puerto Valdivia – Pescadero y el Estudio de Impacto Ambiental se realicen como una adición al contrato de Diseño de las Obras Principales del Proyecto que adelantan y, en el evento de lograr una propuesta favorable para la Sociedad, los contrate con ellos. Es aprobado por unanimidad por los asistentes a la reunión.

(…)".

Finalmente, el doctor Luis Guillermo Gómez requiere autorización para solicitar al INVIAS y/o al Ministerio del Transporte la utilización de la información del Estudio de Impacto Ambiental y el diseño de la vía que tiene Integral, para el proyecto que adelantará Hidroituango. Puesto a consideración es aprobado por unanimidad por los asistentes.

(…)".

- Por último, el acta 103 del 30 de septiembre de 2009, de junta directiva de Hi, da cuenta de la necesidad de modificación a la licencia ambiental, misma que como se explicó, tuvo origen tanto en el cambio de la altura de la presa, como en la adición de vías no contempladas inicialmente en el proyecto

> *"(…)*
> *b. Licencia Ambiental y orden de inicio del contrato construcción de vías. Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que en junio se solicitó una modificación de la licencia ambiental al Ministerio del Medio Ambiente y a pesar de haber hablado con la Viceministra del Medio Ambiente y una asesora suya, y de las gestioens de EPM, no se ha podido lograr el acto administrativo.* ***Por esta razón no se ha podido dar la orden de inicio al contrato de construcción de las vías y se ha atrasado el cronograma en un mes.*** *(…)".*

- Todo lo anterior, demuestra las deficiencias en la planeación así como la toma de decisiones improvisadas por parte de los miembros de la junta directiva de Hi dentro de los cuales se encuentra el señor Vásquez, quien como se dijo líneas atrás conoció, deliberó y decidió lo referido en las actas anotadas.

- Así las cosas, se encuentra probado que el señor Álvaro Vásquez Osorio incurrió en esta conducta en el sentido de conocer, deliberar y votar la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que aunado al aumento en la altura de la presa, generó cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, impactando así en los tiempos del proyecto, y en consecuencia concluir por este Despacho que su actuar se separa como se verá adelante del modelo de conducta que le resultaba exigible en su calidad de miembro principal de la junta directiva.

De conformidad con lo expuesto en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, la conducta del señor Álvaro Vásquez Osorio, fue descrita de una manera clara y precisa, que no se presenta a equívocos, como lo pretende hacer ver el apoderado, por lo tanto no hay lugar a lo alegado por el Apoderado en este sentido.

De otro lado manifestó el Apoderado:

> *"De acuerdo con lo anterior, la Junta Directiva lo que autorizó al Gerente de la sociedad fuea explorar con el Diseñador de Obras Principales, alternativas jurídicas para adicionar estecontrato, por lo que la conducta que se afirma realizó mi defendido, consistente en la "aprobación de inclusión de nuevas vías (vía puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia)" no corresponde a la manifestación de la voluntad que en ese momento mi representado expresó como miembro de la Junta Directiva, lo que evidencia que se le estáimputando una conducta inexistente, que no realizó el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO".*

Frente a lo expuesto por el apoderado, es importante indicar que la Junta Directiva de Hidroituango autorizó al gerente **para que el diseño de la vía Puerto Valdivia-Pescadero se realizara a través de una adición al contrato de Diseño de**

Obras Principales del Proyecto, mas no lo que argumenta el Apoderado en el sentido que la Junta Directiva lo que autorizó al Gerente de la sociedad fue a explorar con el Diseñador de Obras Principales, alternativas jurídicas para adicionar este contrato.

Por lo que el argumento no está llamado a prosperar.

De otro lado, expresó el Apoderado en su escrito:

> *"(…) contó con los estudios jurídicos realizados por la administración de la sociedad, que permitían concluir la viabilidad jurídica de esta autorización, conforme se relata en el texto del acta respectiva, cuyo concepto jurídico fue leído durante la reunión y se incorporócomo anexo del acta, generando a los miembros de la Junta Directiva seguridad jurídica respecto de dicha autorización".*

De lo argumentado por el Apoderado, este Despacho hace mención a lo expresado por el Tribunal de Instancia[547], frente a los informes presentados a la Junta Directiva de Hidroituango, a lo cual consideró:

> *"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.*
>
> (...)
>
> *Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.*
>
> *Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.*
>
> *Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"*

Por su parte, el Consejo de Estado[548], sobre la misma cuestión sostuvo que:

> *"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores*

[547] Sentencia No.25000-23-41-000-2013-01700-00
[548] Sentencia No.25000-23-41-000-2013-01700-01 de 20 de febrero de 2020.

del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.

(...)

De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.

Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle".

Así mismo, frente a los aspectos técnicos relacionados con el proyecto hidroeléctrico Ituango, en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, al responder los argumentos de la versión libre del señor Vásquez Osorio, se indicó:

"(…) Dentro de las funciones establecidas a los miembros de la Junta Directiva de Hi estaba la de "Velar por el estricto cumplimiento de los convenios de desempeño y demás obligaciones que contraiga la Sociedad y evaluar los resultados de acuerdo con las metas trazadas" (escritura pública 771), obligación que para el caso de autos aplicaba teniendo en cuenta que además de votar las decisiones en la Junta, debía previamente conocer y documentarse de los temas puestos a deliberar en ésta. Situación que de acuerdo al argumento expuesto por el versionante no acaeció, pues se entendía solo como convalidación de decisiones de terceros, sin un análisis previo por el órgano directivo.

Así las cosas, como miembro de la Junta Directiva no puede excusar las consecuencias de sus decisones en conceptos de terceros, que si bien ayudan a formar un criterio sobre el tema a debatir y decidir, no por ello se debe salvaguardar en él, y dejar a un lado su deber de participar

activamente en las reuniones y establecer si con ellas se cumple el objeto social de Hi.

De otro lado, teniendo en cuenta su formación de abogado e ingeniero administrador, el señor Álvaro Vásquez tenía la capacidad de combinar su visión de administración con el de la ingeniería para entender los contratos y proyectos que se iban adelantando en la sociedad HI, tanto técnica como legalmente, por lo que le permitía cuestionar si efectivamente cada uno de los contratos eran viables y se proyectaban al cumplimiento del objeto de la sociedad".

Por lo anterior, no es de recibo el argumento expuesto por el señor Álvaro Vásquez Osorio.

De otro lado, el Apoderado en el escrito de descargos sostiene que:

"(…) de la sociedad, la pertinencia de adicionar el contrato de diseño de vías principales debido a la urgencia que tenía para el proyecto la construcción de la vía puerto Valdivia-Pescadero, ya que la figura de la adición permitiría el inicio de forma inmediata de la realización de estos diseños, mientras que a través de un proceso licitatorio se tardarían aproximadamente 6 meses (…)".

Frente a lo expresado por el apoderado, es importante indicar que en el desarrollo del presente proceso de responsabilidad fiscal en ningún momento se indicó que se tenía que iniciar un proceso licitatorio, lo que se critica es la improvisación que lleva a no tener claras las prioridades en el tema de las vías lo que es muy grave si se tiene en cuenta que esa era la ruta crítica pues se necesitaban para llegar al punto donde se iban a comenzar a construir los túneles de desviación.

El problema no radica en el uso de la adición contractual como figura jurídica, sino las consecuencias que para el cronograma general del proyecto supuso ejecutar a través de la adición la decisión de modificar el diseño de las vías. En efecto el hecho de no contar, como consecuencia, entre otras cosas de los retrasos en las vías, llevó a la necesidad de adelantar el contrato con CTIFS bajo planes de aceleración y también suscitó múltiples inconvenientes con dicho contratista, todo lo cual como se ha demostrado a lo largo del desarrollo de este proceso contribuyó para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

Por lo anterior, no hay lugar a lo argumentado por el Apoderado.

De otro lado el Apoderado indicó:

"era completamente normal que se presentaran ajustes, cambios y modificaciones al mismo. Así mismo, es connatural a proyectos de esta naturaleza que se generen retrasos en sus diferentes etapas. Sin embargo, tal y como se acredita, los nuevos trazados de las vías requeridas por el proyecto y

los posibles retrasos en la iniciación de las obras de construcción de las mismas, en modo alguno impactaron el cronograma general del proyecto".

Respecto a lo planteado por el Apoderado, esta Instancia le manifiesta que lo expresado en el argumento, puede ser normal cuando se cumple con el principio de planeación, pero en este caso no fue así, y se demuestra porque estos cambios se operan después de un año de haberse contratado los diseños de las vías, demuestra que si fue una decisión improvisada y que no es acorde con el modelo del buen hombre de negocios y peor aún no atiende ni siquiera a la diligencia propia de un hombre negligente en desarrollo de sus propios negocios.

Ahora, teniendo en cuenta que los miembros de la Junta Directiva son gestores fiscales y es su obligación velar por el correcto destino que se realiza a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general, en este sentido, el Consejo de Estado se ha referido al Principio de Planeación en los siguientes términos:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[549]

Por lo anterior, no prospera el argumento del apoderado,

Así mismo, indicó el Apoderado:

> *"el cronograma general del proyecto antes de la fecha de suscripción del contrato BOOMT y durante su primer año de ejecución, NO PRESENTABA retrasos significativos que pudieran poner en riesgo la ejecución del proyecto y su entrada en operación en las fechas establecidas para cumplir con el cargo por confiabilidad".*

[549] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

Frente a este argumento, el Despacho le indica al Apoderado que, si bien el cronograma no presentaba retrasos para este momento, sus decisiones si generaron que hacia adelante se destruyeran las holguras temporales del proyecto e impactaran la ejecución de los otros contratos.

De otro lado, en el auto de imputación al momento de efectuar la presentación cronológica de los hechos que enmarcan la causa fiscal, se analizó frente a proyecto y su desarrollo, lo siguiente:

• Como consecuencia de problemas administrativos al interior de Hidroituango y del hecho de que los miembros de la junta no hacían seguimiento a las ordenes que se le impartían al Gerente de Hi se atrasó la suscripción de los contratos de diseños de las vías.
• El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos.
• La modificación del trazado de las vías cuando las mismas ya se encontraban en ejecución, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto para el desarrollo de las mismas, que en últimas no cumplieron con la finalidad de lograr que el proyecto entrara en operación en oportunidad.
• Modificación de la altura de la presa, originalmente diseñada y autorizada en la licencia ambiental, lo que generó demoras en el inicio de la construcción por haberse tenido que modificar la licencia ambiental consecuentes demoras en la entrega de los diseños de detalle de las obras principales por los cambios en las especificaciones técnicas tanto de la altura como de la cola del embalse.
• Consagrar salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido a EPM, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango.
• Hidroituango permitió que se Diluyera su capacidad de seguimiento al contrato BOOMT como consecuencia de omisiones en la estructuración administrativa y operativa necesaria para asumir el rol que tenía dentro de un contrato de dicha magnitud, lo anterior agravado por las falencias en el control al mecanismo de seguimiento contractualmente pactado (comité de seguimiento)
• El inicio de las obras de construcción de los túneles de desviación sin contar con las vías de acceso necesarias, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto destinado para tal fin.
• A pesar de los graves atrasos acumulados, insistieron en participar en una segunda subasta de energía en firme, que les fue adjudicada e implicaba entregar 9.540.821,91 KWh-día de energía en firme para el periodo comprendido entre 01/12/2021 a 31/11/2038.
• El desarrollo por parte del contratista de los túneles de desviación sin tener adecuado planeación y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de

actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público así como las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones, acumulando atrasos significativos, generando la necesidad de aplicar nuevos planes de recuperación de tiempos y aumentando los costos a pesar de lo cual no se logró cumplir con uno de los hitos fundamentales del proyecto, el cual era la desviación del Río Cauca.

• A pesar de que como consecuencia de la no desviación del río Cauca en la fecha programada, desde 2012 se hizo evidente una alta probabilidad de que el proyecto no entrara en operación en noviembre de 2018, no haber tomado las decisiones necesarias para evitar que los gastos del proyecto se elevaran de forma tal que llevaran a destruir el Valor Presente Neto del proyecto

• La necesidad de ceder el contrato de construcción de los túneles de desviación del río Cauca al contratista de obras principales, para lograr cumplir con el cronograma de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018. Lo que llevó a implementar un plan de aceleración para lograr la desviación del río a principios de 2014, hecho que por la premura y por el atraso de 333 días en la contratación de las mismas y del 91% en la ejecución de este mecanismo hidromecánico, llevó a prescindir de la instalación de las compuertas en los dos túneles de desviación, lo que indujo a modificar las características catalogadas contractualmente como "inmodificables" del proyecto como fue la construcción del tercer túnel de desviación (GAD).

Este último túnel, a la postre durante la desviación del río cauca, necesaria para el cierre con tapones de concreto de los túneles de desviación derecho e izquierdo, requisito para iniciar el lleno de la presa, colapsó como consecuencia de no contar con diseños específicos para la realización del mismo y errores constructivos y de especificaciones técnicos.

Así las cosas, se colocó al proyecto en un estado de vulnerabilidad lo que terminó desencadenando la contingencia del año 2018, y en consecuencia no generó no solo la imposibilidad de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 con consecuencias para la estabilidad energética del país, sino también implicó la realización de inversiones adicionales a los ya cuantiosos recursos aplicados al proyecto, para atender los gastos que ocasionó esa situación.

Este aumento vertiginoso de las inversiones, puede ser calificado como **injustificado,** pues excedió significativamente lo presupuestado en el modelo que sirvió como cierre financiero del proyecto y obedeció a conductas, las cuales en el acápite de "CONDUCTA Y NEXO DE CAUSALIDAD", se describieron como negligentes ya que responden a problemas de planeación, improvisación, errores constructivos y de seguimiento y control, que llevaron a que se causara un daño al patrimonio del Estado como consecuencia de la pérdida del valor presente neto del proyecto.

Así mismo, como consecuencia de estos hechos se concretó el riesgo de no entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 y por lo tanto se generó un lucro cesante, el cual como se explicó en el acápite correspondiente también ocasionó un daño al patrimonio del Estado.

Frente al argumento expresado por el Apoderado, en el sentido que no se presentaban retrasos significativos que pudieran poner en riesgo la ejecución del proyecto y su entrada en operación en las fechas establecidas para cumplir con el cargo por confiabilidad, es importante precisar que el control sobre los hitos, el cronograma y la financiación o costos del proyecto no debía hacerse teniendo en cuenta únicamente la curva s de Deloitte de manera descontextualizada y sin tener en cuenta las vicisitudes que se daban en el desarrollo físico de la obra, pues situaciones como las destacadas por este Despacho en los hechos sin duda impactaban los tiempos del proyecto, tanto que en el mismo comité de seguimiento al contrato BOOMT, lo cual por demás quedó plasmado en el acta que se llevaba, EPM e Hidroituango en 2012 ya eran conscientes de lo poco probable que era que el proyecto comenzara a generar energía en 2018.
Por lo anterior, no prospera el argumento expuesto por el Apoderado.

Así mismo, expresó el Apoderado:

> *"Tal y como se consigna en el Acta No 104 del 28 de octubre de 2009 de la Junta Directiva de Hidroituango, la modificación de la licencia ambiental y el inicio de las obras de construcción de las vías de acceso al proyecto, representó un retraso en el cronograma delproyecto de tan sólo un mes y en el Acta No 107 del 27 de junio de 2010, se presentó propuesta de cronograma que daría una holgura de un año y garantizaría el cumplimiento con los compromisos en la subasta de energía".*

De conformidad con lo expuesto en los estatutos de Hidroituango, la jurisprudencia y la doctrina, la junta directiva de Hi es un órgano de gestión y supervisión que orienta la política general de la entidad y en consecuencia es responsable por las decisiones estratégicas que adopte el Gerente, incluyendo las inversiones que se realicen.

Es importante indicar, que la conducta que se reprocha es haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto, es por ello, tal y como se explicó en los fundamentos de hecho que el contrato de diseño de las vías solo recibió orden de inicio hasta el 15 de diciembre de 2008, sin embargo, a tan solo un mes de haberse iniciado la ejecución del

contrato de diseños y por lo tanto, sin contar con diseños de detalle, tal y como se encuentra probado en acta 93, se autorizó dar inicio al proceso de licitación y contratación de las obras de construcción de las vías, pese a no haber participado en la referenciada reunión, le correspondía empaparse de todo cuanto acontecía en el seno del órgano directivo.

Así las cosas, de la conducta descrita en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2021, se encuentra probado que el señor Álvaro Vásquez Osorio incurrió en ésta, en el sentido de conocer, deliberar y votar la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que aunado al aumento en la altura de la presa, generó cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, impactando así en los tiempos del proyecto, y en consecuencia concluir por este Despacho que su actuar se separa como se verá adelante del modelo de conducta que le resultaba exigible en su calidad de miembro principal de la junta directiva.

En ese orden de ideas, no prospera lo alegado por el Apoderado, teniendo en cuenta que con las decisiones adoptadas, entre ellas, mediante las actas 104 y 107, tal y como se explicó en el auto de imputación, pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

De otro lado, el Apoderado expresó:

> *"no tienen ninguna relación con el colapso de la GAD que ocurrió en el año 2018, tampoco tienen relación causal con el daño al patrimonio público, cuya reparación se pretende a través de la presente acción fiscal, pues tales hechos no contribuyeron de ninguna manera a lo que sucedió en el año 2018.*
>
> *Ciertamente, existen unas causas adecuadas que produjeron esa contingencia que se presentó en el proyecto hidroeléctrico en el año 2018, que le corresponderá a la Contraloría encontrarlas así como a sus responsables, pero lo que no puede hacer, es pretender, sin ningún sustento, sumar una serie de hechos, decisiones, cambios modificaciones, para crear una cadena infinita de causas para imputar cargos a partir de la inaplicable teoría de la equivalencia de condiciones".*

Frente al anterior argumento, este Despacho expresa que en el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta

de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo que incidió de manera determinante en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.**
En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"*[550].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que **no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello***

[550] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción*. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[551]*.*

Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[552]*:*

"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.

"(…).

*"****Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño****. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad.* ***Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño****".*

Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito

---

[551] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.
[552] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> *hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió,* ***libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia****"*[553]*. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.
En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON**

[553] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**
3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**
4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**
5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta

el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[554] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[555], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves

---

554 *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

555 Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada "contingencia de 2018".
De conformidad con lo anterior, el argumento del Apoderado no prospera.

Así mismo, el Apoderado indicó:

> *"En materia administrativa sancionatoria, la responsabilidad únicamente puede establecersea partir de juicios de reproche personalísimos, lo que implica que, en tratándose de sanciones, éstas sólo proceden respecto de quien cometió la infracción por acción o por omisión. El principio de imputabilidad personal o responsabilidad personal, de personalidad de las penas o sanciones o responsabilidad por el acto propio implica que sólo se pueda sancionar o reprochar al infractor y, por lo tanto, en materia administrativa sancionatoria, no es posible separar la autoría de la responsabilidad".*

Al respecto, es importante recordarle al apoderado que la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es reparatoria[556], mas no sancionatoria. En este sentido, lo que se exige en el auto de imputación, es que se determinen claramente los elementos de la responsabilidad fiscal, carga con la que cumplió plenamente este Despacho. Por lo que el argumento planteado no está llamado a prosperar.

Así mismo el apoderado expresó:

> *"resulta incomprensible que dentro la misma causa fiscal, no se otorgue un tratojusto, imparcial y equitativo a todos los sujetos investigados, pues frente a las inexistentes conductas que se atribuyen a mi defendido* ***ALVARO VÁSQUEZ OSORIO,*** *la Contralora Delegada Intersectorial 09 las califique con toda la severidad, exigiendo a partir de su formación profesional como ingeniero administrador (profesión que proporciona elementosde la administración con el rigor y el método de la ingeniería) y abogado, la obligación de haber previsto y comprender las implicaciones que tenían estas decisiones para el proyecto, pese a reconocer que dicha decisión estuvo mediada desde lo técnico por la guía de INTEGRAL, cuando frente al investigado HUGO ALEJANDRO MORA TAMAYO, quien fungió como miembro principal en las reuniones de Junta Directiva 100 de 2009 y 103 de 2009, en ausencia del señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO, aplique juicios axiológicos diferenciados y lo exonere de responsabilidad, en razón de su formación de abogado, admitiendo que con la asesoría de Integral se justificaba su decisión, tal y como se expresaen la página 1157 del auto de imputación que es del siguiente tenor (…)".*

El punto de partida en el análisis para el caso en concreto es que la simple comparación de las decisiones adoptadas en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, de las conductas de los señores ALVARO VÁSQUEZ OSORIO y el señor HUGO ALEJANDRO MORA TAMAYO, no se evidencia un trato diferente. Y en consecuencia lo primero a estudiar son los argumentos por este Despacho para adoptar la decisión de archivo a favor del señor Mora Tamayo:

---

[556] Corte Constitucional- Sentencia C-338-14. M.P. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Cuatro (4) de junio de 2014. *(…) En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable)* ***sino eminentemente reparatoria o resarcitoria****, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001*." –negrilla ausente en texto original (…)":

- **En tal sentido, y de la actividad desarrollada por el señor Hugo Alejandro Mora Tamayo se encuentra que en ejercicio de la suplencia del señor Álvaro de Jesús Vásquez Osorio votó la decisión del acta No. 100 de junta directiva de Hidroituango, en la medida que el señor Vásquez**, se retiró de la reunión antes de decidir las modificaciones a la altura y ancho de la presa que fueron aprobadas en tal ocasión.

  - **Sin embargo, es preciso tener en cuenta que en tal ocasión la Junta Directiva de Hidroituango contó con la asesoría del representante del Consorcio Generación Ituango, quien expuso los motivos por los cuales debía tomarse esa decisión**. En consecuencia, atendiendo a que son de orden técnico las razones que llevan a este Despacho a considerar que el aumento de la altura y ancho de la presa fue una decisión que contravino el cronograma y que esta fue determinante en la contribución a la producción del daño endilgado, **también es un factor de análisis que la formación con que el doctor Mora Tamayo daba cumplimiento a sus funciones como miembro de junta directiva no le permitían realizar cuestionamientos técnicos al concepto emitido por Integral.**

  - En la misma vía es conveniente destacar que las decisiones de adición del contrato de diseños, a raíz de **las modificaciones aprobadas en la referida acta 100, adoptadas en las reuniones de Junta Directiva No. 112 y 113 no fueron votadas por el señor Mora Tamayo.**

  - Bajo tal línea argumentativa, la conducta del señor Hugo Alejandro Mora Tamayo en relación con la decisión de aumento de la altura y ancho de la presa no podrá considerarse ajena a la que adelantaría un buen hombre de negocios pues se encontraba suficientemente asesorada por Integral.

  - Por otro lado, es importante destacar que pese a que **el Dr. Hugo Alejandro Mora Tamayo no tenía la calidad de miembro principal de la Junta Directiva, en reiteradas oportunidades el presunto responsable intervino en las sesiones de tal organismo, advirtiendo diferentes situaciones irregulares en las decisiones que tal órgano estaba tomando.**

  - En tal sentido, este Despacho encuentra que la conducta del señor Hugo Alejandro Mora Tamayo no determinó la configuración de la destrucción del valor presente neto del proyecto ni la causación del lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica en los plazos previstos por el contrato BOOMT.

  - Contrario a lo anterior, se observa que pese a que el señor Mora Tamayo se desempeñó como miembro suplente de la Junta Directiva y que solo

participó, deliberó y votó como suplente en una de las decisiones adoptadas en su periodo, **manifestó alertas y advertencias a la Junta Directiva en la toma de decisiones trascendentales para el proyecto, como la selección del inversionista y la contratación de las vías del acceso al sitio de la presa, por lo que su conducta excedió el estándar de cuidado que tendría una persona de poca diligencia con sus propios asuntos e incluso el de un buen hombre de negocios.**

En conclusión, el señor Hugo Mora si bien votó en el acta No.100, no adoptó decisiones en las sesiones posteriores a ésta, lo que sí pasó con el señor Alvaro Vásquez Osorio, que si bien, se retiró al momento de tratar el tema de la presa, es atribuible al señor Vásquez la conducta, **por cuanto participó en las sesiones posteriores en las que se siguió tratando el tema y las decisiones que se tomaron al respecto, así como también por el hecho de que aún cuando esta decisión estuvo mediada desde lo técnico, por la guía de INTEGRAL, como diseñador del proyecto, dada la formación del señor Vásquez como Ingeniero administrador y además abogado debió prever y comprender en mejor medida las implicaciones que la misma tenía para el proyecto.**

Así mismo, se trae a colación el fallo de tutela proferido por el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín de fecha 30 de diciembre de 2020, interpuesta por el señor Sergio Betancur Palacio, en el cual se indicó frente al trato desigual frente a otros presuntos responsables en el Auto No. 1484 de 2 de diciembre de 2020, por medio del cual se imputó a unos presuntos fiscales y se archivó en favor de otros, lo siguiente:

"(…) Finalmente y en gracia de discusión, descendiendo a planteamiento del actor, respecto del trato desigual al que fue sometido SERGIO BETANCUR PALACIO, dentro del proceso Responsabilidad Fiscal PRF-2019-01104 UCC-PRF-014-2019, por parte la CONTRALORÍA DELEGADA INTERSECTORIAL No. 9 DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN, al no aplicar a favor del señor SERGIO BETANCUR PALACIO, los mismos criterios jurídicos ni juicio axiológico que utilizó para ordenar la cesación de la investigación y archivo del proceso de responsabilidad fiscal frente a los señores HUGO ALEJANDRO MORA TAMAYO y JESÚS ALFONSO JARAMILLO ZULUAGA, se tiene que decir que, si bien los tres (3) son miembros suplentes de la Junta Directiva de Hidroituango entre 2008 y 2011, las decisiones adoptadas por la Contraloria Delegada Intersectorial No. 9 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra La Corrupción, en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, fueron el producto de la calificación de la conducta que de manera individual y subjetiva realizó la entidad frente a cada uno de ellos, para el caso de HUGO ALEJANDRO MORA TAMAYO, se originaron en la sesión No. 100; frente a JESÚS ALFONSO JARAMILLO ZULUAGA, se originó en

las sesiones Nros. 103, 105 y 107; y para el SERGIO BETANCUR PALACIO en las sesiones No. 97, 114, 116, 117 y 127; siendo entonces diferentes las razones que motivo la vinculación de uno y la desvinculación de otros, lo que llevó a concluir al ente de control frente a los dos (2) primeros, falta de una conducta dolosa o gravemente culposa y ausencia de culpa grave, que haya determinado la acusación del daño al patrimonio del Estado (…).

Frente al derecho a la igualdad la H. Corte Constitucional ha determinado en sus jurisprudencias que:

"…la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos[80]; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

De igual forma, esta Corporación ha expresado que este postulado tiene un contenido que se concreta en el deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones particulares o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas).

En consecuencia, están prohibidas las distinciones que impliquen un trato distinto no justificado, con la capacidad de generar efectos adversos para los destinatarios de las normas o conductas que las generan, quienes no están obligados a soportar esos déficit de protección"[557]*.*

En este contexto se puede razonar que aunque los tres investigados se desempeñaron como miembros suplentes de la Junta Directiva de Hidroituango, los fundamentos fácticos son diferentes, en tanto que los señores Jesús Arturo Aristizabal Guevara y Hugo Alejandro Mora Tamayo, no adoptaron decisiones en las sesiones No. 97, 114, 116, 117 y 127, cuyas actas constituyeron la base de la calificación de la conducta y la imputación al señor Sergio Betancur Palacio, por lo que el criterio de análisis de la contraloría delegada no es idéntico en los 3 casos y en tal

[557] Sentencia T-030 de 2014.

> *virtud no hay vulneración del derecho a la igualdad, y en consecuencia, mal puede pretender el accionante recibir un trato igual a los otros dos investigados, en tanto que los fundamentos de hecho están soportados en lo sucedido en las sesiones antes mencionadas, en las que no participaron los otros dos investigados, el solo hecho de la participación como suplentes de los tres implicados no es el hito para fundamentar el trato desigual, pues, todos participaron como suplentes en sesiones diferentes con un rol totalmente distinto (…)".*

De otro lado, frente a lo expuesto por el apoderado, será objeto de análisis en la última conducta endilgadas por este Despacho al señor Álvaro Vásquez Osorio. Por lo anterior no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

Así mismo, el Apoderado indicó:

> *"Finalmente, debe llamarse la atención, cómo la Contraloría centra su censura en la decisión de aumento de la presa y el efecto de hacer unas modificaciones a la misma, sin tener en cuenta que en el contexto de esa Junta Directiva, dicha decisión estaba justificada y era conveniente para el proyecto, por lo que, autorizar ese cambio resultaba razonable, sin que pudieran los miembros de la Junta Directiva imaginar que años más tarde, se modificaría lalicencia y se construiría un tercer túnel que colapsaría, que se ha señalado en este proceso,cómo generador del daño fiscal".*

Frente a lo expuesto por el apoderado, este Despacho indica que el argumento resulta impertinente para cuestionar esta conducta (Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto), ya que lo argumentado corresponde a la última que le fue endilgada al señor Alvaro Vásquez Osorio. De otro lado, se indica que el Apoderado tergiversa las conductas reprochadas haciendo ver que una hace parte de la otra, cuando fueron calificadas de manera independiente en el Auto de Imputación No.1484 de 2 de diciembre de 2020.

4.Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero

de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.

El Apoderado expresó en el escrito de descargos lo siguiente:

> *"La formulación genérica de este cargo, impide saber con certeza cuáles fueron las conductas individuales y concretas que el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO en su condición de Miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango realizó y que fueron determinantes en la causación del presunto daño patrimonial".*

Frente a esta conducta, el Despacho procede a describir la conducta de conformidad con lo expuesto en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, en los siguientes términos:

- En este punto, se encuentra probado que el señor Alvaro Vásquez desplegó las acciones descritas, puesto que conoció, deliberó y tomó decisiones en las sesiones de junta directiva referidas, así:

  En sesión de acta 99 de fecha 24 de junio de 2009, de junta directiva de Hi, en el informe de Gerencia el señor Luis Guillermo Gómez, Gerente de la Sociedad informó respecto a la construcción de las vías lo siguiente:

  > Cuando se solicitó a la junta el presupuesto para las construcción de las vías no se incluyeron aquellas que se deberían construir en el año 2010; sin embargo, cuando en enero de este año se proyectó la licitación, se consideró que era conveniente contratar todas las vías en un solo proceso, con un valor de 120 millones de dólares y de esa forma lo presentó el doctor Luis Guillermo Gómez a la junta del 14 de enero. La Administración expidió para este contrato un CDP por valor de doscientos cuarenta y tres mil setecientos ochenta y cuatro millones de pesos ($243.784'000.000). Ahora bien, el costo total del contrato para la construcción de las vías es de doscientos sesenta y cinco mil millones de pesos ($265.000'000.000). Se anexa el cuadro presentado por el doctor Jairo Hernán Ramírez.

  (…)

A continuación el doctor Luis Guillermo Gómez expresa que, habida consideración de los traslados presupuestales y disponibilidad de vigencias futuras que se acaban de aprobar, pasa a realizar la adjudicación de los contratos de los procesos licitatorios iniciados para la construcción de las vías y para la Interventoría de las obras de infraestructura.

En primer término procede a informar sobre el proceso realizado en la adjudicación de la licitación para la construcción de las vías. Explica la forma como se consideraron las posibilidades en la licitación de obras de infraestructura en tres grupos, a saber: un grupo que implica básicamente movimiento de tierras y algunos puentes menores, otro en el que además hay la construcción de un túnel de un kilómetros y dos puentes de gran extensión y un tercer escenario, que requiere mayores exigencias, y es el de los dos grupos hechos por un solo contratista.

- De igual forma, en acta 107 de 27 de enero de 2010, de junta directiva de Hi:

Reitera el doctor Ceballos lo expresado por el doctor Gómez del requerimiento para el desvío en enero del 2013, lo que daría la holgura de un año, esto es, la entrada de la primera unidad en diciembre de 2018. Hasta el momento todo el complejo vial está proyectado sobre la margen derecha del río Cauca, para descender hacia los portales aguas arriba del túnel de desviación.

Como alternativa, se propone construir un ramal por la margen izquierda que se desprende de la carretera existente en el punto llamado el bombillo, con el fin de llegar más rápido al frente de aguas abajo o portales de salida de los túneles de desviación,. Para este propósito se requiere: Adecuación del carreteable existente entre el Bombillo y el campamento El Palmar, construcción de una vía industrial hasta sitio de presa, construcción de un puente metálico provisional sobre el río Cauca, y construcción de una vía industrial hasta plazoleta de casa de máquinas.
Estos accesos se pueden hacer en un plazo de doce (12) meses.

Paralelamente, se continuará la construcción de las vías por la margen derecha, con el fin de llegar a los portales aguas arriba en las fechas contractualmente definidas.

Complementa la explicación anterior el doctor Oscar Jaramillo señalando que la longitud aproximada de esta vía es de diez (10) kilómetros, y señala el detalle en el plano que se presenta a los miembros de la Junta y se agrega a la presente acta. El valor aproximado es de siete mil quinientos millones de pesos ($7.500'000.000), de los cuales, dos mil cien millones de pesos corresponden al puente. La construcción de las vías de acceso por la margen izquierda se construirán con el contratista actual, utilizando los mismos precios unitarios del contrato, para lo cual, se requiere recomponer el cronograma actual, sin modificar el plazo final.

Adicionalmente, se informó que se está analizando la modificación del trazado final de las vías de acceso de la margen derecha, para evitar que pasen por las estructuras de desviación, esto implicaría la excavación de un túnel que se conecte con la vía que viene por la corona de la presa, evitando así que la vía pública pase cerca de las estructuras y por las zonas de depósitos.

> Anota el doctor Jesús Aristizabal que lo anterior implicaría una modificación en la Licencia Ambiental, para efectos de los tiempos que se requieren. El doctor Ceballos expresa que se puede trabajar en el tramo inicial de esa vía, mientras llega la autorización de modificación a la licencia, por ser una ruta que ya existe.
>
> El doctor Darío Ceballos expresa que, a pesar de lo eficiente que pueda ser presentar todas las modificaciones, se arriesgaría que algunas modificaciones que se requieren con urgencia, como lo del camino industrial, se dilaten porque la solicitud total implicaría una respuesta mas demorada.
>
> Pregunta el doctor Álvaro Vásquez a los miembros de la Junta si se aprueba la solicitud hecha por la administración para la construcción de la vía alterna, por un valor aproximado de siete mil quinientos millones de pesos ($7.500'000.000) y para incorporarla al contrato que se tiene con el contratista actual (Consorcio Ituango I) que está haciendo la construcción de las vías. Es aprobada por unanimidad.

- La necesidad de tomar esta decisión denota la fragilidad en la planeación del proyecto, puesto que 5 meses después de iniciado el contrato de construcción de las vías, y si bien era claro que el primer hito que debía cumplirse en el proyecto era la desviación del río Cauca, las vías que llegaban al punto donde debían iniciarse las obras para construir los túneles de desviación, eran por su ubicación, lo último en el proceso constructivo.

- Lo que llevó a plantear la alternativa de llegar a la boca de túnel para poder comenzar la excavación desde la margen contraria (es decir la margen izquierda) y con un puente provisional atravesar el río Cauca, lo que supuso que se realizaran inversiones adicionales, todo lo anterior en pro de cumplir con el cronograma.

- Si bien en el acta 108 de 24 de febrero de 2010, se informó que ya se habían iniciado la construcción de dicha vía, en acta 109 de 24 de marzo de 2010, es decir un mes después se reconoce que dicha vía realmente no ha iniciado y que INTEGRAL debe entregar los diseños de la misma. Además, en el acta el señor Sergio Betancur pregunta si con esta decisión, se está poniendo en punto de ruta crítica mayor el proyecto.

> Recuerda que las obras de desviación se deben iniciar a mas tardar en febrero de 2011 para garantizar el desvío del río Cauca en enero de 2013, pero ya no es posible llegar oportunamente por la margen derecha, ya que este programa vial tiene una duración de 18 meses contados a partir de la fecha de iniciación y, a la fecha, todavía no se han iniciado en forma la construcción de esta vía sustitutiva, ya que aun no se han negociado los predios requeridos. Además, indica que por esta margen es necesario construir un puente sobre el río San Andrés, un túnel vial (Chiri) de un kilómetro, un largo desarrollo para llegar a los portales de salida y una vía industrial para acceder a los portales de entrada.
>
> Por lo tanto, para cumplir con este hito es necesario acceder a los portales de entrada y salida por la margen izquierda, para lo cual se analizaron dos alternativas:
>
> (…)
>
> Ante la anterior presentación de la Administración, el doctor Sergio Betancur expresa que siempre ha considerado que los diseños y el cronograma del proyecto se encuentran en ruta crítica. Pero, ante la aparición de estas nuevas situaciones, manifiesta su inquietud si en la medida que se van desarrollando los diseños, se está poniendo el proyecto en un punto más alto de ruta crítica no prevista anteriormente.
>
> Responde el doctor Gómez, que no se trata de atraso en los diseños y que, efectivamente, el cronograma es estrecho de por sí. Ahora, con la construcción de las vías, se encuentran con las dificultades de la conformación geológica de la zona y las que corresponden a la compra de predios, que no avanza al ritmo que se requiere por las dificultades con los propietarios. Agrega que en la medida en que se avanza en el proyecto el tiempo se hace más precario, sobre todo en lo que tiene que ver con la fecha de desviación del río Cauca.
>
> Solicita entonces el doctor Sergio Betancur, que se realicen las gestiones necesarias para acelerar el proceso de compra de predios que adelanta EPM, al igual que con los contratistas de las obras viales para que ayuden a ganar el tiempo que es tan valioso.
>
> El doctor Oscar Jaramillo señala que con la alternativa que se acaba de presentar no se ganaría tiempo, sino que se tendría la seguridad de llegar oportunamente a la fecha que se requiere para la desviación del río.

- Para efectos de la construcción de esta vía por la margen Izquierda, solo a través de AMB 2[558] al contrato CT-015-2009 de 29 de junio de 2010, es decir

[558] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-015-2009 CPI\Contractual\Modificaciones HI

6 meses después de haberse aprobado su construcción, se incluye ésta modificación, con base en las siguientes consideraciones:

e) Que es fundamental para el proyecto garantizar la desviación del río Cauca en el verano de principios del año 2013 y por lo tanto se debe acceder por la margen izquierda del río al sitio de las obras principales a comienzos del año 2011.

f) Que se hace necesario garantizar el acceso a la zona del proyecto, por lo tanto, debe intervenirse la vía: partidas a San José de la Montaña – San Andrés de Cuerquia.

g) Que la Junta Directiva aprobó la construcción de la vía industrial margen izquierda en sesión del 27 de enero de 2010, acta No. 07 y en la sesión de 27 de abril de 2009, acta No. 97 aprobó la celebración del convenio No. 1843 con la Gobernación de Antioquia y el Instituto Nacional de Vías – Invias para el mejoramiento de las condiciones técnicas de la vía San Jose de la Montaña – San Andrés de Cuerquia en el cual se estableció que la Hidroeléctrica con sus propios recursos construiría el tramo faltante hasta San Andrés de Cuerquia

h) Que entre las partes se acuerda la ejecución de obras adicionales y, como consecuencia de ello, la adición al valor del contrato y el ajuste de los plazos máximos inicialmente consagrados en el numeral 2.2.3.5 – Anexo Técnico – Programa de Trabajo, del pliego de condiciones.

- De lo anterior, resulta evidente que la inclusión de esta vía, no solo supuso unos tiempos adicionales sino que además generó mayores erogaciones para la sociedad.

o Este Despacho encuentra probado que el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO, incurrió en esta conducta, separándose, como se verá adelante del modelo de conducta que le resultaba exigible en su calidad de miembro principal, por cuanto fueron evidentes los defectos en la planeación, así como la toma de decisiones improvisadas, las cuales a pesar de la urgencia que las inspiró, se instrumentalizaron tiempo después, contribuyendo a ajustar aún más el cronograma del proyecto. Así mismo, como se dijo fue una decisión que generó un aumento en las inversiones del proyecto

Por lo anterior, no tiene fundamento lo expuesto por el Apoderado cuando expresó en sus argumentos que no entiende la conducta endilgada al señor Vásquez Osorio, cuando de la descripción de la misma se observa que la situación era ampliamente conocida por él y por lo tanto no actuó de manera diligente en su calidad de miembro de junta directiva.

De otro lado expresó el Apoderado:

*"Conforme a la anterior evidencia probatoria, es claro que el señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO**, no asistió a la reunión de la Junta Directiva 99 del 24 de junio de 2009, en la quese informó a los miembros de la Junta Directiva sobre el trazado de las vías y en la que como se*

> *expresa en el imputación del cargo, estaba inicialmente planteada por la margen derecha".*

Teniendo en cuenta la descripción de la conducta 4[559] del señor Vásquez Osorio en líneas anteriores, si bien no participó en el acta No.99, si debió conocer su contenido, teniendo en cuenta que los miembros de la junta directiva de Hidroituango tenían acceso a todas las actas.

Ahora, frente el acta 107 de 27 de enero de 2010, el señor Alvaro Vásquez Osorio, **SI estuvo presente y fue en ésta en la que se aprueba por *unanimidad*** *"la solicitud hecha por la administración para la construcción de la vía alterna, por un valor aproximado de siete mil quinientos millones de pesos ($7.500.000.000) y para incorporarla al contrato que se tiene con el contratista actual (Consorcio Ituango I) que está haciendo la construcción de las vías*", es decir, **es en ésta en la que se ejecuta la decisión al aprobar el valor de la construcción de la vía alterna.**

Al respecto es necesario, traer a colación lo expresado por el artículo 200 del Código de Comercio, en la cual frente a la responsabilidad de los administradores, indicó *"(…) No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra,* ***siempre y cuando no la ejecuten*** *(…)",* **sin embargo en el presente caso el señor Vásquez Osorio ejecutó la decisión de aprobar el valor para la construcción de la vía alterna.**

Por lo anterior no tiene asidero lo expuesto por el Apoderado.

Aunado a lo anterior, el apoderado expresó:

> "Ahora bien, mi representado participó en la reunión de Junta Directiva No 107 de 27 de enero de 2010, en la que se aprobó la solicitud hecha por la administración para la construcción **de la vía alterna**, la que se justificó "*en la estrategia de llegar por la margen izquierda del río Cauca para comenzar a excavar el túnel por el portal de salida del túnel de desviación, por medio de una carretera de tipo industrial y un puente provisional en el río cauca de bajo costo, con lo que se tendría la seguridad de que la desviación se podría hacer oportunamente y, con ello, el cumplimiento del cronograma".*

[559] Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.

> *Como se desprende las consideraciones de orden técnico que expuso el Gerente de la sociedad a los miembros de la Junta Directiva, las cuales fueron avaladas por la empresa INTEGRAL, permitían concluir la viabilidad de esta contratación y necesidad de la construcción de esta vía alterna,* ***ya que con esta vía alterna se tendría la seguridad derealizar la desviación oportunamente y así garantizar el cumplimiento del cronograma".***

Respecto a lo expresado por el apoderado de las consideraciones de orden técnico que expuso el Gerente de la Sociedad a los miembros de la Junta Directiva en el acta No.107, es pertinente hacer mención a lo expuesto por el Tribunal de instancia, en el sentido de que no basta simplemente con conocer lo que expone el Gerente, sino que el miembro de junta directiva debe ir más allá, examinando, indagando y confrontando la información para tomar una decisión responsable:

> *"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.*
>
> (...)
>
> *Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.*
>
> *Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.*
>
> *Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"*

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre la misma cuestión sostuvo que:

> *"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes*

promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.

(...)

De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.

Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle".

Ahora, teniendo en cuenta que los miembros de la Junta Directiva son gestores fiscales y es su obligación velar por el correcto destino que se le da a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general, en este sentido, el Consejo de Estado se ha referido al Principio de Planeación en los siguientes términos:

"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto*

> *de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[560]

Lo anterior, leído en el contexto del principio de planeación, demuestra que una modificación como la realizada al cambio de la vía alterna, la cual se recuerda era esencial para dar inicio a la construcción de los túneles de desviación, fue producto de una mala decisión.

Por lo que no es verdad que esa vía le iba a permitir cumplir el cronograma porque esa decisión obedeció fue a un problema de planeación, pues la vía que debía llegar al punto donde se iban a iniciar las obras quedó como última en el proceso constructivo.

En ese orden de ideas, no tiene asidero lo expuesto por el Apoderado.

Así mismo, el Apoderado indicó en el escrito de descargos:

> *"En el marco de las funciones de la Junta Directiva, se autorizó al Gerente de la sociedad lacontratación de la vía por la margen izquierda, sin que le puedan ser atribuibles a dicho órgano la falta de planeación y mucho menos las demoras administrativas de la sociedad en la materialización de dicha autorización, ya que en materia de contratación correspondíaa la Junta "autorizar al Gerente para la celebración o ejecución de cualquier acto o contrato cuya cuantía exceda de mil salarios mínimos legales vigentes o que siendo de cuantía indeterminada puedan alcanzar dicho límite". (artículo 44º numeral 19º) y conforme a la explicación del Secretario General de la sociedad en la reunión de Junta Directiva No 093 de 2009 frente a la competencia en materia contractual: "según el estatuto de contrataciónvigente, corresponde al Gerente iniciar el proceso, abrir la licitación y contratar, ya que quiencontrata es la Gerencia y no la Junta".*

Es importante indicar que a la Junta Directiva no le correspondía solamente "autorizar al Gerente para la celebración o ejecución de cualquier acto o contrato cuya cuantía exceda de mil salarios mínimos legales vigentes o que siendo de cuantía indeterminada", pues de conformidad con lo expuesto en los Estatutos de HI, (Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003, artículo 44), estaban dentro de sus funciones*, entre otras:"(…)* ***1. Nombrar y remover libremente al Gerente y sus suplentes. 3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)",* y no como lo argumenta el Apoderado de plasmarlo como solo una autorización al Gerente.

---

[560] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

Sobre **el alcance de la responsabilidad de las juntas directivas**, la doctrina nacional también ha enfatizado que:

> *«37. La Junta o Consejo Directivo (en adelante "Junta') es el máximo responsable del desempeño de una entidad. Aunque legalmente los directores son "administradores", la Junta más que un órgano de gestión (gerencia del día a día) propiamente dicho, es un órgano de supervisión que orienta la política general de la entidad,* ***controla a los representantes*** *legales y sirve de enlace con los accionistas. Sus actuaciones deben buscar el mejor interés de la sociedad y de todos sus accionistas (i.e., incluidos los accionistas minoritarios).*
>
> *«38. En general, la Junta es responsable de la estrategia, desempeño y control interno de una entidad. En este sentido, la Junta debe ser la encargada de (i) fijar las estrategias generales de la compañía y aprobar las decisiones de mayor importancia y hacer seguimiento a su ejecución, (ii) fijar la política de selección y remuneración de los cargos más importantes de la sociedad, (iv)* ***evaluar y controlar la gestión de la entidad y de sus representantes legales,*** *y (v) identificar los principales riesgos de la empresa y de la estrategia y liderar la definición e implementación de los sistemas internos de control e información apropiados"*[561]*.*

De conformidad con lo expuesto en los estatutos de Hidroituango, la jurisprudencia y la doctrina, a la junta directiva de Hi es un órgano de gestión y supervisión que orienta la política general de la entidad y en consecuencia es responsable por las decisiones estratégicas que adopte el Gerente, incluyendo las inversiones que se realicen.

De lo expuesto por el Apoderado, este Despacho realiza nuevamente un examen de la responsabilidad fiscal de los miembros de juntas directivas, en el entendido que debe fundamentarse en las funciones que estas colegiaturas cumplen en la respectiva organización, que en el caso de autos es Hidroituango, y que de acuerdo con el ordenamiento jurídico administren recursos públicos.

---

[561] 305 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, DELEGATURA PARA RIESGOS DE
CONGLOMERADOS Y GOBIERNO CORPORATIVO SUBDIRECCIÓN DE METODOLOGÍAS DE SUPERVISIÓN Y ANÁLISIS DE RIESGOS (agosto 2010), Manual Documento Conceptual de Gobierno
Corporativo, Bogotá D.C., pp. 9.

Los lineamientos jurisprudenciales invocados a lo largo de esta providencia, se infiere que la simple presentación de conceptos, informes y/o recomendaciones que hace la Administración a los miembros de la Junta Directiva, como soportes de proyectos de decisión o de aprobación sobre materias que, por sus funciones, los mismos deban adoptar**, no es suficiente para exonerarlos de su responsabilidad fiscal.**

Según lo que para cada caso se establezca en las funciones de la respectiva junta directiva, existe de parte de estos integrantes un deber de verificación de consistencia de estos soportes, conceptos o informes, como parte del ejercicio de sus competencias u obligaciones, **con mayor razón cuando la decisión a adoptar resulte determinante en la administración, disposición y manejo de los recursos públicos a cargo de la entidad u organización de la cual formen parte**. **En palabras del Tribunal, se trata del deber de *"examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos"*;** o, en palabras del Consejo de Estado, del **deber de constatar su impacto y comprobar si benefician a la entidad o, en otras palabras, que no le causen perjuicio.**

Es por ello, que este Despacho teniendo en cuenta las funciones de la junta directiva de Hidroituango así como los mismos lineamientos jurisprudenciales se observa que la omisión de estos deberes, por parte de los miembros de la junta directiva fue calificada la conducta gravemente culposa, según lo establecido para este caso concreto; y, por tanto, fue objeto de comprobación y calificación por parte de esta Instancia a efectos de verificar la existencia del elemento subjetivo de la responsabilidad.

Así mismo, como miembro de la junta Directiva le eran predicables una serie de funciones en relación con la Sociedad, entre ellas **cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (numeral 3 de los estatutos)**, examinar los libros de la sociedad, sus cuentas y contratos (numeral 8 de los estatutos), la Junta Directiva estaba revestida de las más amplias facultades para manejar los asuntos de la sociedad y tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objetivo *(*Reglamento interno de la Junta Directiva - Artículo 3).

De otro lado, es importante indicar que eran sujetos cualificados, preferiblemente profesionales, con experiencia y en conjunto, debían tener conocimientos y experiencia en la industria de energía, finanzas, riesgos (Reglamento interno de la Junta Directiva, artículo 4), obrar con la diligencia del buen hombre de negocios y desempeñar sus funciones con la debida diligencia y cuidado, procurando siempre que sus decisiones sean en el mejor interés de la Sociedad. También era obligación de los miembros de junta participar activamente en las reuniones, conociendo y revisando por adelantado el material de estudio y análisis para las reuniones (artículo 14 del Reglamento interno de la Junta Directiva). Es más, los miembros de Junta son sujetos altamente cualificados que coadministraban la sociedad, con las

más amplias facultades para que la Sociedad cumpliera su único objeto social. Adicional a esto, tenían el derecho y la obligación de solicitar toda la información sobre las decisiones a tomar. Expresamente el reglamento de la Junta Directiva cualifica al exigirle una responsabilidad mayor que el deber de conducta medio, que corresponde al buen padre de familia, respondiendo así hasta por la culpa levísima.

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

Por lo anterior, no tiene asidero lo expuesto por el Apoderado, en entender que la función de la Junta Directiva se dirigía solamente a autorizar al Gerente de Hi a la suscripción de contratos.

El apoderado argumentó igualmente:

> *"técnicamente resultaba ser la más conveniente no sólo por la justificación técnica esgrimida tanto por parte de la administración de la sociedad Hidroituango como del Gerente de la firma Integral, sino que dicha estrategia permitiría desviar oportunamente el río cauca, garantizando con ello el cumplimiento del cronograma.En el contexto del momento en que se encontraba la junta, autorizar esa contratación era necesaria, razonable y justificable, pues lejos se estaba de imaginar que años más tarde seconstruiría un tercer túnel que colapsaría, que se ha señalado en este proceso, cómo generador del daño fiscal".*

Al respecto se debe indicar, que no era lo más conveniente, pues era producto de la falta de planeación, ya que era su obligación velar por el correcto destino que se realiza a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general, en este sentido, el Consejo de Estado se ha referido al Principio de Planeación en los siguientes términos:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y*

> *evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[562]

Es por ello, que tal y como se describió en la conducta, los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. **Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.**

Así las cosas, ello no es óbice para que como se ha hecho en el caso concreto, se encuentre que las decisiones tomadas por quienes estaban encargados de administrar los recursos del proyecto ya sea de manera directa o por contribución con ocasión de la gestión fiscal, hayan realizado conductas activas y/u omisivas que no hayan atendido a la diligencia mínima que se le exige a una persona negligente en la atención de sus propios negocios y que hayan sido determinantes para la producción del daño al patrimonio del Estado, tal y como ocurrió en el caso concreto y se encuentra demostrado en esta causa fiscal.

Por lo anterior, no hay lugar a lo expresado por el Apoderado.

De otro lado el Apoderado indicó:

> *Como se desprende de lo consignado en la referida acta de Junta Directiva****, el cronogramageneral del proyecto no sufrió ninguna modificación en cuanto al plazo final, situación que se mantuvo durante su primer año de ejecución del contrato BOOMT, ya que durante este período no se reportaron retrasos significativos que pudieran poner en riesgo la ejecución del proyecto y su entrada en operación en las fechas establecidas para cumplir con el cargo por confiabilidad.***

Frente al argumento expresado por el Apoderado, en el sentido que no se presentaban retrasos significativos que pudieran poner en riesgo la ejecución del

[562] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

proyecto y su entrada en operación en las fechas establecidas para cumplir con el cargo por confiabilidad, es importante precisar que el control sobre los hitos, el cronograma y la financiación o costos del proyecto no debía hacerse teniendo en cuenta únicamente la curva s de Deloitte de manera descontextualizada y sin tener en cuenta las vicisitudes que se daban en el desarrollo físico de la obra, pues situaciones como las destacadas por este Despacho en los hechos sin duda impactaban los tiempos del proyecto, tanto que en el mismo comité de seguimiento al contrato BOOMT, lo cual por demás quedó plasmado en el acta que se llevaba, EPM e Hidroituango en 2012 ya eran conscientes de lo poco probable que era que el proyecto comenzara a generar energía en 2018.
Por lo anterior, no prospera el argumento expuesto por el Apoderado.

5. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

El Apoderado inició su argumento indicando lo siguiente:

> *La formulación genérica de este cargo, impide saber con certeza cuáles fueron las conductas individuales y concretas que el señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO** en su condición de Miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango realizó y que fueron determinantes en la causación del presunto daño patrimonial.*

Al respecto, este Despacho describe la conducta calificada al señor Alvaro Váquez, así:

- Desde 2008, tal y como se explicó en los fundamentos de Hecho, EPM , bajo la sombrilla de un convenio marco con Hi, se había desempeñado como contratista de la sociedad , en calidad de interventor y/o consultor para la elaboración de los términos de referencia de los diferentes contratos que se suscribieron para dar inicio al proyecto de la hidroeléctrica.

- Desde ese entonces EPM había desarrollado sus actividades ostentando la triple condición de accionista, contratista y miembro de junta directiva, y desde el acta 83 de 25 de julio de 2008, EPM fue considerado por HI como proveedor estratégico, teniendo en cuenta la necesidad de atender con oportunidad el desarrollo del programa de trabajo para cumplir los

compromisos ya adquiridos en las subasta de energía, entre los que se encuentra la contratación de la interventoría al contrato de los diseños detallados de las obras principales del proyecto y por la amplia experiencia que tiene en interventorías de contratos similares, tanto por la complejidad técnica como por costos, lo que desde un principio, al iniciarse el proceso de subasta generó incomodidad en los oferentes, por considerar que dicha entidad, la cual como se explicará adelante también estaba participando en la subasta y quedó como precalificado.

- En este punto, se encuentra probado que el señor Alvaro Vásquez conocía la situación anteriormente expresada, pues como se explicó líneas atrás participó en las sesiones de junta directiva que se desarrollaron durante todo el año 2008 y además conoció, deliberó y tomó las decisiones que aquí se reprochan al participar el las sesiones de junta que se enunciarán a continuación.

- Los trámites para la estructuración de la subasta iniciaron en enero del año 2009, tal como da cuenta el Acta No. 94 de la Junta Directiva de HI, del 28 de enero de 2009[563]:

> Sobre la contratación de la subasta para la los interesados en el desarrollo de proyecto, informa que han hecho contactos con bancas de inversión, con EPM e ISA y expertos en el tema. Le cede la palabra a la doctora Yomaira Giraldo, Asesora Financiera de la Hidroeléctrica.
>
> Se adelantan dos procesos de contratación: el primero es para la asesoria de la contratación de la banca de inversión y el segundo es para la actualización de la evaluación financiera del proyecto, ya que la que se tiene es a nivel de factibilidad. Coincide con el doctor Jesús Arturo Aristizabal que para esta última se deben tener en cuenta los diseños definitivos del proyecto y espera tener información en los próximos ocho días de los contactos que se han hecho para ambos contratos. Para el primer contrato se esperan propuestas de EPM, ISA y New Economist Finance, esta última de Bogotá. Para este primer contrato, por el monto, no se requiere autorización de la Junta para su contratación, pero se les informará en la próxima reunión.
>
> Sobre esta contratación de la subasta expresa el doctor Luis Guillermo Gómez que la Sociedad ha entrado en un proceso de enorme magnitud y desconocido en nuestro medio. Por ello no hay experiencias y se está en una etapa de aprendizaje. Trae a colación las dificultades presentadas en la adjudicación del tercer canal y la licitación del túnel de la Línea, para señalar el cuidado que se debe tener en el desarrollo de esta contratación.

[563] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.

> Presenta la doctora Yomaira Giraldo el cronograma elaborado para la subasta, que se anexa a la presente acta. Indica que tiene cinco bloques principales de actividades. En primer lugar se requiere la asesoría para la contratación de la banca de inversión para el que se estiman dos meses.
>
> El bloque siguiente es la estructuración para la apertura de la subasta con la banca de inversión. Se debe definir la estrategia de manejo de la subasta, preparar mucha información y por ello se debe contar con un "cuarto de datos" que esté disponible para los inversionistas y bancos interesados; igualmente, el pliego de contratación, prospecto de oferta y manual de instrucciones del proceso de subasta. Para esta parte se han estimado cuatro meses.
>
> El bloque siguiente es la primera parte de la subasta que incluye la audiencia pública, la apertura del cuarto de datos para el que se requieren tres meses; reunión técnica con interesados, entrega de prospectos y precalificación, para lo que se les llamará, evaluará y definirá las firmas precalificadas. Todo esto se encuentra en el bloque tres de actividades previas.

- En ese mismo sentido, el Acta 97 de la Junta Directiva de HI, del 29 de abril de 2009[564], da cuenta que el trámite de la contratación de la Banca de Inversión sería adelantado por el IDEA:

> Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que el dos (2) de abril se suscribió un contrato interadministrativo entre Hidroituango y el IDEA para que esta última entidad desarrolle el proceso de contratación de la banca de inversión que realizará la subasta y después de la firma se han efectuado reuniones para definir la estructura de los pliegos por los que se contratará la banca de inversión.

- Una vez suscrito el contrato con la Banca de Inversión BNP Paribas, la sociedad HI, se vió en la necesidad de ampliarlo, tal como se expresó en el Acta 105 del 5 de noviembre de 2009:

> **6.- Modificación contrato BNP Paribás**
>
> Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que teniendo en cuenta el nuevo cronograma que se aprobó para el desarrollo de la subasta, con la gestión directa de la banca de inversión que realiza el BNP Paribas, se hace necesaria la adición y ampliación del contrato suscrito con esta entidad, ya que en un principio –por autorización expresa de la Junta Directiva- fueron contratados por cinco meses iniciales y dos de prórroga, plazo que se vence el próximo 24 de enero de 2010 y el nuevo cronograma tiene como fecha final del proceso el mes de junio de 2010.
>
> El Secretario de la Junta informa que, de acuerdo con lo anterior, la ampliación del contrato iría hasta el veinticuatro (24) de julio del 2010 y por un valor de veintiocho mil dólares mensuales (USD 28.000), para un total de ciento sesenta y ocho mil dólares (USD 168.000) sin incluir el IVA. En vista de que con esta adición y ampliación se supera el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato y, de conformidad con lo establecido en la Resolución 005 de 2003 –Estatuto de Contratación de Hidroituango-, la Junta Directiva considera conveniente para el buen desarrollo del proceso de consecución del inversionista la modificación de este contrato y, en consecuencia, da su aprobación para adicionarlo y ampliarlo, extendiendo el plazo hasta julio del 2010 y con honorarios mensuales de USD28.000, como suma fija. Las demás cláusulas del contrato se mantienen vigentes.

[564] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.

- Para finales de febrero de 2010, ya habían 7 precalificados, como resultado de la presentación al proceso de subasta, entre los cuales se encontraba EPM, tal como lo señala el Acta de Junta Directiva de HI No. 108 del 24 de febrero de 2010:

> e. Empresas Precalificadas en el proceso de Subasta. Expresa el doctor Luis Guillermo que, como es de conocimiento público, de las dieciocho (18) firmas que se presentaron quedaron precalificadas las siete (7) firmas siguientes:
>
> - CHINA THREE GORGES CORPORATION (China)
> - Consorcio KEPKO integrado por : Korea Electric Power Corporation, Korea Hidro & Nuclear Power Co., Posco Engineering & Construction y Daewoo Engineerign Company (Corea)
> - CONSTRUCÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S.A. (Brasil)
> - CENTRALES ELÉCTRICA BRASILERAS S.A. –ELECTROBRAS (Brasil)
> - CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (Brasil)
> - CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A. (Brasil) y
> - EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN (Colombia)

- Llegados a este punto, debe mencionarse que la participación de EPM en la subasta, había despertado la inconformidad de varios proponentes, prueba de ello se encuentra en Acta de Junta Directiva No. 109 del 24 de marzo de 2010[565], en la que se expresa:

> El doctor Hugo Alejandro Mora considera que para dar tranquilidad en el proceso de subasta, con relación a la participación de EPM, la Administración debe adelantar un estudio, ojalá con abogados externos a ella, autoridades en la materia y ampliamente reconocidos en el país que lo legitimen sobre una eventual incompatibilidad o conflicto de intereses para que miembros de la Junta Directiva puedan contratar directamente con la Sociedad, bien sea a través de selección pública o contratación directa, sus efectos y alternativas para evitarlos o enervarlos, todo ello buscando blindar la subasta, para beneficio de todos los actores, incluido EPM. Agregando a los posibles conflictos que se han expuesto, que desde la última reunión el doctor Juan

- Ante tal panorama, tal como se evidencia en el Acta de la Junta Directiva No. 110 de HI del 28 de abril de 2010[566], se planteó la necesidad de suspender el proceso de subasta, adicionalmente se habló de las implicaciones de adelantar paralelamente dos procesos de negociación, pues incluso antes de suspender la subasta, se adelantaban negociaciones directas entre socios de HI (EPM e IDEA), lo que permite concluir que existía una intención de que

[565] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.
[566] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.

EPM fuera quien desarrollara este proyecto, más si se tiene en cuenta que desde el acta 80 de 19 de mayo de 2008 EPM expresó que *"las utilidades de la empresa no están en preparar términos de referencia sino en adelantar proyectos viables"*:

> "*El doctor Federico Restrepo expresa que, para el beneficio del proceso han considerado que no es conveniente que se estén realizando dos procesos de manera paralela: el de subasta y el de negociación directa. Piensa que se debe suspender inicialmente la publicación de los términos de la subasta, para evitar conflictos conlos otros proponentes. Expresa preocupación que en el evento de no llegar a un acuerdo, si participa la banca de inversión BNP Paribás, a pesar de un acuerdo de confidencialidad, si se adelanta posteriorpente la subasta y la gana otr proponente se pueda llegar a filtrar la información privilegiada que suministre EPM (…) Otro tema que menciona el Dr. Restrepo, es que para EPM el proceso es serio, a tal punto que desde el inici conformaron un equipo de trabajo que, al interior de la empresa incluye más de 20 personas, cuentan con una banca de inversión y ésta ha contratado asesores*
>
> *Después de algunas reflexiones sobre la conveniencia de suspender el proceso de subasta y darlo a conocer a la opinión pública, los elementos sustanciales de una negociación directa, la estructura jurídica, el plazo para llegar a acuerdos y publicar prepliegos, etc., los miembros de la junta acuerdan que se continúe con el trámite de la negociación directa entre el IDEA y EPM."*

- Posteriormente, en la sesión No. 111 de la Junta Directiva de HI[567]- tal como lo refleja el Acta del 9 de junio de 2010- fue aprobado por unanimidad el texto a publicar en la págia web de la Sociedad, dando a conocer a la opinión pública y a los interesados la suspensión del proceso de subasta la cual, señala el documento:

> "*se sustenta en la decisión de la sociedad y sus accionistas mayoritarios (IDEA y el Departamento) de explorar conjuntamente con EPM alternativas al proceso de subasta, que permitan la conclusión del negocio en los mejores términos, plazo y condiciones para Hidroituango, sus socios y para las comunidades a las que eston representan"*[568]

- Vale la pena recordar que la determinación anterior, se tomó después de transcurrido un **año y medio** y a sabiendas de que habían sido invertidos $2.287.000.000 en el proceso de estructuración de la subasta, pues dicha

[567] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.
[568] Acta 111 de Junta Directiva de HI.

información fue compartida el 24 de marzo de 2010 en la sesión No. 109 de la Junta Directiva de HI.

- De otro lado se indicó en dicha sesión respecto al proceso de subasta:

> Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que desde reunión anterior de la Junta se consideró la posibilidad de comunicar tanto a los participantes en la subasta como a la opinión pública la suspensión del proceso de subasta considerando la posibilidad de adelantar un proceso de negociación directa con EPM, en virtud del cual esta Empresa desarrollaría el Proyecto.
>
> El doctor Álvaro Vasquez pone a consideración de la Junta Directiva la posibilidad de suspender el proceso de subasta por unas semanas, hasta cuando la misma Junta decida reabrirlo o darlo por terminado, con el fin de dar tranquilidad a los otros seis precalificados y para poder avanzar con la negociación directa con EPM. Es aprobado por la unanimidad de los miembros de Junta presentes.

(…)

> El doctor Hugo Mora recuerda la aprobación hecha en la reunión anterior para que la Administración emitiera una comunicación en la que se manifestara que la decisión de la subasta fue hecha por la Junta Directiva en pleno y de manera unánime, para el efecto, lee el aparte del acta anterior (página 11 del acta 110). El doctor Luis Guillermo Gómez informa que de esta manera lo han expresado en todos los eventos públicos (conferencias, entrevistas con los medios de opinión pública, etc.) en los que ha participado la Administración. Solicita el doctor Mora que se aproveche la comunicación que se va a efectuar sobre la suspensión de la subasta, para hacer de manera integral la manifestación de que las dos decisiones se hicieron por la unanimidad de la Junta directiva.

- En el acta se indicó: *"Puesta a consideración la proposición del doctor Hugo Mora, es aprobada por unanimidad* ***y de esa forma se redactará el comunicado sobre la suspensión de la subasta".***

- A pesar de haberse terminado la subasta, se decide continuar con el contrato del BNP Paribas pero modificándolo para que atienda a las condiciones del nuevo negocio, lo anterior, en los siguientes términos:

> Reitera el doctor Álvaro Vásquez que la adjudicación del contrato al BNP Paribás se realizó con base en la comisión de éxito propuesta en la convocatoria para seleccionar la banca de inversión. Ahora bien, si ya no se tiene el proceso de subasta reitera que cambian las condiciones ya que, de forma directa, se le entrega el BOOMtista y, por consiguiente, cambia la remuneración. El doctor Juan Felipe Gaviria entiende que las condiciones de riesgo que se van asumir con la modificación de la subasta cambian y así lo debe entender el BNP Paribás, pero considera que se le debe pedir que empiece a actuar para negociar posteriormente los honorarios, aunque acepta lo complicado que esto podría resultar. Le asiste el temor que se esté alargando demasiado la negociación por la modificación del contrato. Solicita que se estudie la modificación del alcance del contrato, su remuneración y el pago que él BNP debe hacer a Inverlink, que posteriormente le reembolse Hidroituango.

(...)

El doctor Alvaro Vásquez aclara que el negocio que ahora se trata es entre EPM y demás accionistas de Hidroituango diferentes a EPM, incluyendo los minoritarios, porque si no tenemos un riesgo jurídico de fondo.

(…)

El doctor Álvaro Vasquez expresa que no espera que EPM reconozca o pague algo que no tenga el debido soporte y justificación técnica, absolutamente presentable y claro ante cualquier ente de control.

- En sesión de Acta 114 de 25 de agosto de 2010, de la Junta Directiva de Hi, se estableció frente al proceso de negociación entre EPM y la sociedad Hidroituango, frente a la sociedad espejo, lo siguiente:

El doctor Federico Restrepo le informa que la negociación culmina con los montos que se deben anticipar o pagar a todos los accionistas de HI diferentes a EPM -205 millones de dólares – y una tasa interna de retorno a EPM de acuerdo con unos flujos o parámetros a los que se han llegado con las bancas de inversión. Se pretende resolver cómo se hace para que esos aportes iniciales no impliquen afectación fiscal y, en segundo lugar, para que el IDEA y los accionistas minoritarios pudieran hacer que esos ingresos pasaran por el estado de resultados. Se llegó a la propuesta de la escisión de HI para tener una nueva entidad a la cual le cede parte de los activos del proyecto. Esa sociedad será una sociedad espejo de HI en principio y HI se mantiene con un patrimonio menor. EPM compra en esa sociedad las acciones de los otros accionistas que deseen venderle.

Para el perfeccionamiento de este proceso se requiere del aporte de las áreas jurídicas de HI, EPM y el IDEA, y se pretende que el proceso de escisión se termine en el presente año. HI debe tener los estados financieros dictaminados con corte al 31 de agosto y debe convocar a la asamblea de accionistas inmediatamente se tengan los estados financieros, con el fin de cumplir con los plazos de ley. Los asesores legales deben elaborar el proyecto de escisión. Con lo anterior, una junta directiva extraordinaria citará a reunión de una asamblea extraordinaria. Solicita a la administración de HI, con sus asesores legales, efectuar los trámites requeridos dentro de la mayor celeridad.

(…)

Agrega el doctor Vásquez a la explicación que hizo el doctor Federico Restrepo sobre los términos del acuerdo, que también se tendrá un plazo de restitución a los cincuenta años, la aplicación de la fórmula presentada por Inverlink dentro de ocho años, cuyos parámetros quedarán definidos en el contrato, y que el excedente que logre el proyecto por encima de la TIR será para HI.

- Lo anterior, da cuenta de la manera como a través del mecanismo de la sociedad espejo, EPM terminó proponiendo desde un principio la compra de las acciones del IDEA y los accionistas minoritarios en la sociedad espejo.

- En acta 116 de 29 de septiembre de 2010, de Junta Directiva de Hi, frente la proyecto de escisión se aprobó por unanimidad por los miembros de la Junta Directiva así:

b.- Proyecto de Escisión:

Reitera el doctor Wilson Vélez que los equipos jurídicos de EPM Y HI se reunieron para estudiar el proyecto de escisión que fue elaborado por el equipo jurídico de EPM. Este proyecto contiene los siguientes elementos: antecedentes, modalidad, motivos, condiciones, los estatutos de la sociedad beneficiaria –modalidad sociedad anónima- y los anexos: estados financieras, composición accionaria de escindente y beneficiaria, etc.

Puesto a consideración por el señor presidente, doctor Álvaro Vásquez, el proyecto de escisión con sus anexos, es aprobado por la unanimidad de los miembros presentes de la Junta Directiva.

- Posteriormente en la misma sesión, y teniendo en cuenta lo aprobado en la escisión, se estableció frente al contrato BOOMT lo siguiente:

Como consecuencia de lo aprobado en los anteriores puntos, el doctor Juan Felipe Gaviria propone que en el Proyecto de Escisión de Hidroituango S.A. ESP, además del proyecto mismo ya aprobado, se incorpore la autorización de tercerización y contratar el BOOMT, al igual que el suministro de la información que requiera EPM para realizar este contrato con HI. Puesto a consideración por el señor Presidente, es aprobado por la unanimidad de los presentes.

- Así mismo en la sesión se dejaba en la deliberación de los miembros de la Junta Directiva la preocupación sobre las decisiones a adoptar, teniendo en cuenta que ahora EPM adelantaría el proyecto, se manifestó lo siguiente:

Expresa el doctor Juan Felipe Gaviria que le preocupa que las decisiones que se tomen sobre estos temas lleguen a entrabar el proceso, por cuanto EPM no ha tomado las decisiones finales sobre la forma de cómo hacer el endeudamiento y no se quiere que esa aprobación llegue a condicionar a la sociedad vehículo, o a EPM, sobre la forma de tomarlo.

- De manera paralela a lo anterior, y aun cuando tal y como se evidenció líneas atrás era claro que EPM iba a ser quien iba a desarrollar el proyecto y habiéndose perdido un año y medio y cuantiosos recursos en un proceso de subasta fallido con un tercero, Hi adelantó algunos trámites previos para adjudicar una de las obras más importantes y necesarias para el cumplimiento del cronograma cual era la de lograr la desviación del río Cauca en las estivas de 2013.

- Es necesario precisar que Hi no contaba con recursos para realizar una contratación de tal envergadura, por lo que en primer término, le correspondía conseguir los recursos para financiar la excavación de los túneles de desviación.

- Por lo anterior, en Acta 110 de 5 de mayo de 2010, se autoriza el inicio de los trámites de endeudamiento para tal fin.

- En este punto, cabe recordar tal y como se explicó líneas atrás, en la misma acta, se acordó que se siguiera con los trámites de negociación directa con EPM, y posteriormente en acta 111 de 9 de junio de 2010 se suspendió el proceso de Subasta.

- En consecuencia, con lo anterior, en acta 114 de la junta Directiva de Hi de fecha 25 de agosto de 2010, se informa sobre las gestiones realizadas por la administración de Hi para el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación. Teniendo en cuenta que finalmente quien va a realizar el trabajo de los túneles es EPM, se decide que tanto los trámites de endeudamiento como los trámites de la licitación se realizaran de forma integrada los equipos de EPM y Hi.

> Informa el doctor Luis Guillermo Gómez sobre las gestiones realizadas por la Administración con Bancolombia para obtener el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación, por valor de trescientos millones de dólares (USD 300'000.000).
>
> El doctor Federico Restrepo expresa que EPM podría otorgar el aval que se requiere para ese endeudamiento, que no necesariamente debería ser con Bancolombia, ya que se tienen otras fuentes muy favorables. Pero, bajo la consideración que ellos adelantarán el proyecto, EPM requiere tener participación en ese proceso de negociación y por ello consideran que el equipo financiero de HI se debe acompañar con el equipo de Gestión de Capitales de EPM para el trámite de endeudamiento.
>
> Señala el doctor Álvaro Vásquez que teniendo en cuenta las posibilidades que da la importancia financiera de EPM y los beneficios de su presencia en el mercado, comparte lo expresado por el doctor Restrepo para que se efectúe un trabajo conjunto entre los equipos financieros de las dos entidades.
>
> Finalmente, agrega el doctor Juan Felipe Gaviria, teniendo en cuenta que quien en última instancia va a realizar el trabajo de las obras de los túneles de desviación es EPM, se debe considerar si ese proceso lo debe hacer esta entidad directamente, consultando los mecanismos jurídicos que se requieran para el efecto.
>
> Por ello, aporta el doctor Jesús Arturo Aristizabal, se debe buscar la forma para que EPM asuma de una vez el proyecto. Complementa señalando que la contratación del endeudamiento por HI no sería fácil, por cuanto no tiene la calificación de riesgo que se requiere y debería hacer todo el trámite para obtenerla.
>
> En consecuencia, la gestión de endeudamiento y el proceso de licitación para los túneles de desviación, se realizará de forma integrada entre los respectivos equipos de HI y EPM.

- En Acta 116 de 29 de septiembre de 2010, de junta directiva de Hi, se reitera que Hi no cuenta con los recursos necesarios para realizar dicha contratación a pesar de ello la junta autoriza el inicio de dichos trámites.

El doctor Luis Guillermo Gómez manifiesta que se ha recibido de parte de EPM, en las respectivas mesas de trabajo, la solicitud de que sea Hidroituango la que inicie el proceso de licitación para la construcción de los túneles de desviación y así poder cumplir con los cronogramas. Del mismo modo, para que HI abra la licitación de la interventoría para toda la construcción del proyecto y para que se contrate la Asesoría durante la Construcción, con los diseñadores de las Obras Principales. Por esta razón se ponen a consideración de la Junta estos temas, con el fin de que se otorgue su autorización para iniciar los procesos correspondientes. Igualmente, para que sean aprobados los respectivos CDPs y las vigencias futuras.

El doctor Juan Felipe Gaviria pregunta si esas licitaciones las debe iniciar Hi o EPM, si esos temas pasarán a la beneficiaria directamente o las puede emprender EPM, o si se deben decidir conjuntamente entre EPM y HI?.

El doctor Juan Gonzalo Álvarez expresa que, como lo afirmó el doctor Gómez, en las mesas de trabajo se determinó que HI debe iniciar los procesos de contratación que se traen a consideración de la Junta, por cuanto en las actuales circunstancias jurídicamente no puede EPM iniciar o adelantar procesos de contratación del proyecto, que aún se encuentra en cabeza de Hidroituango. Todo esto ha sido conciliado en esas mesas de trabajo. Agrega que posteriormente esos contratos se cederán a EPM.

(…)

El doctor Wilson Vélez informa que para que HI pueda iniciar esos procesos de contratación requiere de recursos que no tiene para aprobar el CDP - alrededor de trescientos millones de dólares (USD300'000.000) - y recuerda que se ha logrado con Bancolombia una carta de aceptación de un cupo de endeudamiento por ese valor. Se requiere la aprobación de la Junta de las vigencias futuras, con base en ese cupo de endeudamiento con Bancolombia.

Expresa el doctor Juan Felipe Gaviria que le preocupa que las decisiones que se tomen sobre estos temas lleguen a entrabar el proceso, por cuanto EPM no ha tomado las decisiones finales sobre la forma de cómo hacer el endeudamiento y no se quiere que esa aprobación llegue a condicionar a la sociedad vehículo, o a EPM, sobre la forma de tomarlo.

(…)

En ese orden de ideas, y puestos a su consideración por el señor Presidente la iniciación del proceso licitatorio de los túneles de desviación, para la interventoría de la construcción de las Obras Principales y el contrato de asesoría de los diseñadores, segunda etapa de la licitación para el Diseño de las Obras Principales, la Junta aprueba por unanimidad los tres procesos de contratación, al igual que la autorización de vigencias futuras solicitada por la administración para la expedición de los respectivos CDPs.

- Cabe anotar que de conformidad con el Acta 117 de 27 de octubre de 2010, de junta directiva de Hi, última sesión en la cual participa el señor Vásquez, se precisa que para efectos de la Suscripción del Contrato BOOMT y antes de que inicie el contrato de construcción de los túneles, se debe contar con la póliza que cubra diferentes riesgos, pero para ello Hi debe comprometer vigencias futuras.

> Informa el doctor Juan Gonzalo Álvarez, Gerente de Estructuración Financiera de HI que para adelantar esta póliza, y la de terrorismo, la empresa requiere comprometer vigencias futuras y, por consiguiente, debe definir la fuente de este contrato. A pesar de que este contrato no lo va a realizar HI, sino el contratista del BOOMT, EPM Ituango, para la firma del contrato BOOMT se deben tener cubiertos estos riesgos y, por consiguiente, tener a finales de año su definición, antes del inicio de la construcción de los túneles de desviación, de conformidad con la presentación que hace a los miembros de Junta, que se anexa a la presente acta.

- A pesar de falta de recursos de Hidroituango para adelantar los procesos de selección y conseguir las pólizas necesarias, los miembros de junta, entre ellos el señor Vásquez, autorizaron el inicio de procesos de selección que por la circunstancia anotada nunca pudieron iniciarse, lo que aunado a la expectativa por el hecho de que el contratista del contrato BOOMT era quien finalmente iba a adelantar toda la obra, llevaron a que no se suscribieran los contratos para la construcción de los túneles de desviación.

- Todo lo anterior aunado a los atrasos en las vías de acceso y al tiempo utilizado por EPM Ituango para la realización de los trámites , el contrato de construcción de los túneles solo pudo iniciar en Agosto de 2011, tal y como da cuenta el Acta 127 de 28 de septiembre de 2011.

- Finalmente, el contrato terminó siendo adjudicado por EPM Ituango el 28 de junio de 2011 y se le dio orden de inicio anticipada el día 16 de agosto de 2011[569].

- El inicio de este contrato en fecha posterior, llevó a que para efectos de cumplir el cronograma y desde su inicio, se le solicitara al contratista un **Programa de recuperación, que tal y como se explicó en los fundamentos de hecho llevó a incrementar el presupuesto.**

- Por lo anterior se concluye que esta acción es atribuible al señor Vásquez y que la misma se dio como consecuencia del hecho de haberse separado en su actuar del modelo de conducta que le correspondía como buen hombre de negocios, tal y como se explicará en detalle más adelante.

De conformidad con lo expuesto en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, la conducta del señor Álvaro Vásquez Osorio, fue descrita de una manera clara y precisa, que no se presenta a equívocos, como lo pretende hacer ver el apoderado, por lo tanto, no hay lugar a lo alegado por el Apoderado en este sentido.

[569] Ver orden de inicio anticipada en: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Contractual

Así mismo, argumentó el Apoderado:

> *"(…) Si bien no se señalan **cuáles decisiones** sin la debida planeación tomó el señor **ALVAROVÁSQUEZ OSORIO** en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango que hubieran generado un desgaste administrativo innecesario, este apoderado se referirá específicamente a la única decisión que de manera concreta y específica se señala en dicho cargo, es decir, **"la creación de la sociedad espejo EPM- Ituango".***

Frente a lo expuesto por el Apoderado, este Despacho le indica que lo expresado no es verdad, teniendo en cuenta que al momento de calificar la conducta si se le señalaron cuáles fueron los trámites administrativos que hicieron:

- Trámites para la estructuración de la subasta iniciaron en enero del año 2009, tal como da cuenta el Acta No. 94 de la Junta Directiva evidencia en el Acta de la Junta Directiva No. 110 de HI del 28 de abril de 2010[570], se planteó la necesidad de suspender el proceso de subasta.

- La determinación anterior, se tomó después de transcurrido un **año y medio** y a sabiendas de que habían sido invertidos $2.287.000.000 en el proceso de estructuración de la subasta, pues dicha información fue compartida el 24 de marzo de 2010 en la sesión No. 109 de la Junta Directiva de HI.

- A pesar de haberse terminado la subasta, se decide continuar con el contrato del BNP Paribas pero modificándolo para que atienda a las condiciones del nuevo negocio, lo anterior, en los siguientes términos: En sesión de Acta 114 de 25 de agosto de 2010, de la Junta Directiva de Hi, se estableció frente al proceso de negociación entre EPM y la sociedad Hidroituango, frente a la sociedad espejo Lo anterior, da cuenta de la manera como a través del mecanismo de la sociedad espejo, EPM terminó proponiendo desde un principio la compra de las acciones del IDEA y los accionistas minoritarios en la sociedad espejo.

- De manera paralela a lo anterior, y aún cuando tal y como se evidenció líneas atrás era claro que EPM iba a ser quien iba a desarrollar el proyecto y habiéndose perdido un año y medio y cuantiosos recursos en un proceso de subasta fallido con un tercero, Hi adelantó algunos trámites previos para adjudicar una de las obras más importantes y necesarias para el cumplimiento del cronograma cual era la de lograra la desviación del río Cauca en las estivas de 2013.

[570] Carpeta 48, DD 95 – CORRESPONDENCIA –RECIBIDA-RESPUESTA 1-P53, 56 Y 57. UBICACIÓN- Actas de Junta Directiva.

- Es necesario precisar que Hi no contaba con recursos para realizar una contratación de tal envergadura, por lo que en primer término, le correspondía conseguir los recursos para financiar la excavación de los túneles de desviación

- Por lo anterior, en Acta 110 de 5 de mayo de 2010, se autoriza el inicio de los trámites de endeudamiento para tal fin.

- En este punto, cabe recordar tal y como se explicó líneas atrás, en la misma acta, se acordó que se siguiera con los trámites de negociación directa con EPM, y posteriormente en acta 111 de 9 de junio de 2010 se suspendió el proceso de Subasta.

- En consecuencia, con lo anterior, en acta 114 de la junta Directiva de Hi de fecha 25 de agosto de 2010, se informa sobre las gestiones realizadas por la administración de Hi para el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación. Teniendo en cuenta que finalmente quien va a realizar el trabajo de los túneles es EPM, se decide que tanto los trámites de endeudamiento como los trámites de la licitación se realizaran de forma integrada los equipos de EPM y Hi.

- En Acta 116 de 29 de septiembre de 2010, de junta directiva de Hi, se reitera que Hi no cuenta con los recursos necesarios para realizar dicha contratación a pesar de ello la junta autoriza el inicio de dichos trámites.

- Cabe anotar que de conformidad con el Acta 117 de 27 de octubre de 2010, de junta directiva de Hi, última sesión en la cual participa el señor Vásquez, se precisa que para efectos de la Suscripción del Contrato BOOMT y antes de que inicie el contrato de construcción de los túneles, se debe contar con la póliza que cubra diferentes riesgos, pero para ello Hi debe comprometer vigencias futuras.

- A pesar de falta de recursos de Hidroituango para adelantar los procesos de selección y conseguir las pólizas necesarias, los miembros de junta, entre ellos el señor Vásquez, autorizaron el inicio de procesos de selección que por la circunstancia anotada nunca pudieron iniciarse, lo que aunado a la expectativa por el hecho de que el contratista del contrato BOOMT era quien finalmente iba a adelantar toda la obra, llevaron a que **no se suscribieran los contratos para la construcción de los túneles de desviación.**

- Todo lo anterior aunado a los atrasos en las vías de acceso y al tiempo utilizado por EPM Ituango para la realización de los trámites , el contrato de construcción de los túneles solo pudo iniciar en Agosto de 2011, tal y como da cuenta el Acta 127 de 28 de septiembre de 2011.

- Finalmente, el contrato terminó siendo adjudicado por EPM Ituango el 28 de junio de 2011 y se le dio orden de inicio anticipada el día 16 de agosto de 2011[571].

- El inicio de este contrato en fecha posterior, llevó a que para efectos de cumplir el cronograma y desde su inicio, se le solicitara al contratista un **Programa de recuperación, que tal y como se explicó en los fundamentos de hecho llevó a incrementar el presupuesto.**

En este sentido, no atiende a lo sostenido en el auto que el Despacho hubiera cuestionado en sí "la creación de EPMI", sino el desgaste administrativo que conllevaron los trámites administrativos asociados a esta previos y posteriores.

Por lo anterior no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

De otro lado, manifestó en el escrito de descargos, lo siguiente:

> *"No se entiende cómo a partir de lo manifestado en la reunión de la Junta Directiva No 110del 28 de abril de 2010, celebrada un mes anterior a la Junta No 111 del 9 de junio de 2010, en la que se decidió suspender por unas semanas el proceso de subasta, la Contralora Delegada Intersectorial 09, determine como hecho probado, que existía una intención de que EPM fuera quien desarrollara el proyecto".*

Respecto al argumento expuesto por el Apoderado en el sentido de indicar que el Despacho manifestó la intención de que EPM fuera quien desarrollara el proyecto, esta Instancia procede a relacionar las actas de EPM, en las que se demuestra el propósito de EPM de desarrollar el proyecto así:

- Acta 1484, Marzo 3 de 2008: La junta analiza en extenso la situación de la Sociedad Hidroituango y del proyecto hidroeléctrico. (Extractos del acta).

> *" para desarrollar conjuntamente Porce III, Porce IV e Ituango (asumiendo el 100% de la inversión), bastaría la caja del Grupo Generación Energía, y se conservaría el cumplimiento de la transferencia de los excedentes al Municipio de Medellín, los indicadores financieros y los compromisos con la banca multilateral*
> *Se anunció además que para desarrollar simultáneamente los proyectos Porce III, Bonyic, Porce IV e Ituango se requiere ampliar la planta de personal de la Subgerencia Proyectos de la Unidad Estratégica de Negocios – UEN Generación.*

[571] Ver orden de inicio anticipada en: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Contractual

Por último el doctor Pérez manifestó como conclusiones y recomendaciones las siguientes
- El cargo por Confiabilidad constituye el nuevo mecanismo competitivo mediante el cual se realiza la expansión en Colombia.
- Los dos proyectos con los que EE PP.M E.S.P podría participar en la subasta de 2008 son Ituango y Porce IV.
(…)
- Es importante lograr la obtención del régimen de zonas francas para los nuevos proyectos de generación EE.PP.M E.S P.
(…)
El óptimo económico para el desarrollo del proyecto Ituango implica desarrollar el proyecto en EE.PP.M E.S.P y en dos etapas, o en su defecto aumentar la participación en la sociedad hasta donde sea posible.

- Acta 1490, Agosto 4 de 2008 (Extractos)

"realizar una evaluación de externalidades de EE.PP.M. E.S.P en el proyecto como por ejemplo tasar el valor Know How de EE.PP.M. E S.P, por su conocimiento y experiencia en la construcción de proyectos hidroeléctricos".

- Acta 1506, agosto 4 de 2009.

Se tiene previsto la presentación de las propuestas en el primer trimestre del año 2010. EPM tiene interés en participar en dicho proceso. Indica que, si el proceso no es exitoso, la sociedad empezará a requerir recursos importantes de capital. Acta 151, diciembre 1 de 2009.

EPM trabajaba en la elaboración de una oferta competitiva, con la posible constitución de una sociedad en zona franca con participación de un constructor, una entidad financiera, y una empresa de aluminio Informa que la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A E.P.S. citó a una asamblea en la que los asambleístas acordaron por unanimidad que, antes de votar la proposición de la Junta Directiva en el sentido de crear una sociedad filial de propósito específico, se les diera la oportunidad de discutir y evaluar, entre otros aspectos, el tipo de sociedad que se crearía, aporte de la Hidroeléctrica Pescadero, estatutos, órganos de dirección y acuerdo de accionistas. Dicha asamblea se programó para el 1o de diciembre de 2009

- Acta 1513, febrero 2 de 2010

En el proyecto Ituango se cerró la convocatoria pública internacional para la precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto. Se presentaron once (u) interesados, entre ellos EPM, quien actualmente a través de un grupo interdisciplinario, trabaja en la

elaboración de la propuesta. Al respecto detalla algunas de las opciones analizadas de manera preliminar. Resuelve inquietudes planteadas por los asistentes

- Acta 1517, abril 13 de 2010

Proyecto Ituango. Con la información disponible a la fecha ya que no se han suministrado los diseños definitivos, EPM avanza en la elaboración de una propuesta para la posible participación en la subasta del proyecto, la cual es coordinada por el doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez,

- Acta 1518, mayo 4 de 2010

"El Gerente General informa sobre los siguientes temas:
- Proyecto Ituango: Comunica que en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquía, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia — IDEA— y EPM a fin de analizar la posibilidad que sea EPM quien desarrolle el proyecto. En dicha reunión EPM manifestó su interés, pero puso de presente que en el evento de llegar a un acuerdo, la determinación tanto del valor de desarrollo del proyecto como del monto de una prima, deberá estar precedida de una valoración por una banca de inversión. De ello, puede resultar que se llegue a un acuerdo para que EPM desarrolle el proyecto, o continuar el proceso de subasta en el cual participaría EPM; o que el proyecto se desarrolle directamente por la sociedad".

- Acta 1519, de junio 1 de 2010.

Proyecto Ituango: en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquia, el IDEA y EPM en la Casa de Nariño, con la participación de la Ministra Consejera, doctora Claudia Jiménez, a fin de buscar un posible acercamiento entre las partes, para el desarrollo del proyecto.
En dicha reunión, los representantes de las partes, manifestaron su voluntad de un posible acuerdo, y coincidieron en la necesidad de buscar una metodología de valoración del proyecto, así como la validación de la misma.
Se presentaron propuestas para abordar los temas planteados por las partes Los asistentes estudian la pertinencia de hacer pública esta información, siempre y cuando no se vulnere la obligación de confidencialidad que ha protegido EPM, en todo lo relacionado con el Proyecto Hidroeléctrico de Pescadero Ituango

- Acta 1520, julio 6 de 2010

El gerente general informa sobre los siguientes temas.
Proyecto Ituango: el 4 de julio de zoio EPM y la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A firmaron un acuerdo de voluntades, con el fin de que EPM se encargue de la construcción y puesta en marcha de las obras de la Central Hidroeléctrica Ituango, el cual contempla unos principios generales, estructura del negocio, metodología del trabajo y cronograma. El presidente Álvaro Uribe Vélez, actuó como testigo de honor de la firma del acuerdo

- Acta 1521, Agosto 2 de 2010.

El Gerente General informa sobre el Proyecto Ituango lo siguiente:
Firma del Acuerdo: Se avanza en la definición de los puntos básicos del acuerdo que permita que EPM sea el concesionario para construir, poseer, operar, mantener y posteriormente transferir (BOOMT) el proyecto Hidroituango. Se están afinando los detalles de las cifras y los parámetros generales de la negociación, los cuales serán informados a los miembros de Junta.

En ese orden de ideas, no tiene asidero lo expresado por el Apoderado, teniendo en cuenta que con las actas de EPM antes descritas se prueba la intención que tenía EPM de desarrollar el proyecto, desde el año de 2008, por lo que no prospera dicho argumento.

Así mismo indicó el Apoderado:

"En el contexto del momento en que se encontraba la junta, es decir, para el mes de Agostode 2009, era estratégico y conveniente para la sociedad Hidroituango convocar a una subasta internacional para seleccionar un oferente que desarrollara el proyecto hidroeléctrico Ituango bajo el esquema denominado BOOMT; pues lejos estaban de imaginar los miembros de la Junta Directiva que un año más tarde, dicha subasta se suspendería para abrir paso a la posibilidad de que EPM, en su condición de accionista dela sociedad, desarrollara el proyecto".

Frente a este argumento, este Despacho contextualizará de conformidad a los supuestos fácticos planteados en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020[572] (Auto por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva a favor de otros), la suspensión de la subasta aprobada por la junta directiva de Hidroituango:

- Una vez cumplidas las condiciones de asignación de energía en firme en 2008 que dieron la viabilidad y conveniencia del proyecto y haber obtenido la

[572] Página 60 y 61 del Auto No.1484 de 2020.

licencia ambiental en 2009, pero sin solvencia económica para desarrollar el proyecto, la Sociedad a través de su Junta Directiva, decidió explorar diferentes modelos económicos para el financiamiento del proyecto e iniciar con la ejecución de obras indispensables para el cumplimiento en la entrega de energía al sistema eléctrico a partir del año 2018[573].

- En los modelos de financiación la Sociedad analizó dos alternativas[574]: la primera era mediante un esquema "Fuera de Balance", en el cual la Sociedad conseguiría un socio inversionista con propósito específico, independencia legal y financiera denominado "Concesionario Operador". Las ventajas de esta opción para la Sociedad, radicaban en que transfería el riesgo al concesionario y a cambio el concesionario le pagaría una prima con lo cual participaría del flujo de caja generado por la operación de la central eléctrica. La segunda alternativa era una financiación con "Recursos del Balance" de la Sociedad, lo que requería una capitalización y recurrir al mercado de capitales asumiendo la gestión y riesgos propios que una empresa mixta con capital público debe asumir para la obtención de un empréstito. Esta última alternativa no contó con aprobación de los socios y, en consecuencia, se resolvió optar por la primera.

- Con esta decisión, la Sociedad debía encontrar un inversionista para ejecutar el proyecto bajo un contrato BOOMT[575]. Dicho inversionista, como se establece en este tipo de contrato, debía encargarse de la financiación, construcción, mantenimiento, operación y usufructúo de la central hidroeléctrica por un período determinado, y después de recuperar su inversión y la rentabilidad pactada retornarla a la Sociedad.

- Al momento de esta decisión, luego de que el IDEA adquiriera las acciones de la Empresa de Energía de Bogotá -EEB, Integral y de la mayoría de los socios minoritarios, la composición accionaria de la Sociedad Hidroituango era la siguiente: EPM: 46.14%; IDEA: 50,54%; Departamento de Antioquia: 2,14%; minoritarios públicos (Nación, Empresa de Energía del Pacífico -EPSA y la Financiera Energética Nacional -FEN): 0,57%; minoritarios privados: 0,47% y la Central Hidroeléctrica de' Odas -CHEC: 0,14%.

- Aunque EPM era el segundo mayor accionista de la sociedad y quien tenía la capacidad financiera y la experiencia en proyectos hidroeléctricos como las centrales hidroeléctricas Porce II y Porce III, no tenía la propiedad del proyecto que se mantiene en cabeza de la Sociedad.

[573] Acta de Junta Directiva N°95 de febrero de 2009.
[574] Informe de Gestión de la Sociedad 2008. Págs. 18 y 19.
[575] Un contrato BOOMT por sus siglas en inglés significa build, operate, owned, maintenance and transfer. En español, construir, operar, poseer, mantener y devolver el proyecto.

- En la búsqueda de un inversionista, en el mes de abril de 2009, la sociedad encargó al IDEA, la misión de adelantar el proceso de contratación de una banca de inversión para llevar a cabo la subasta y definir la estructura de los pliegos por los que se contrataría la banca de inversión (...)" [576] En ese proceso se invitaron las siguientes firmas: Santander, BNP Paribas, Creditsuice, Royal Bank, Deutche Bank, JP Morgan, Bank of América, Citibank, Mitzuho. En junio de 2009 se firmó el contrato de asesoría con el BNP Paribas, quien determinaría el socio del proyecto a través de la subasta".

- El 18 de marzo de 2010, una vez convocado a través de la página web de la Sociedad, el proceso con el cual se iniciaba la precalificación, la Sociedad recibió intención de participar en el proyecto por parte de las siguientes firmas:

  1. China Three Gorges Corporation de China.
  2. El Consorcio KEPCO, integrado por Korea Electric Power Corporation: Korea
  Hydro & Nuclear-Power Co.; Pasco Engineering & Construction; Lotte Engineering & Construction, SK Engineering & Construction y Daewo Engineering Company de Corea.
  3. Construcoes e Comércio Camargo Corréa S.A. de Brasil
  4 Centrales Eléctricas Brasileras S.A. ELECTROBRAS de Brasil.
  5. Constructora Norberto Odebrecht S.A. de Brasil
  6. Constructora Andrade Gutierrez S.A. de Brasil
  7. Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P. de Colombia.

- Terminado el proceso de precalificación de participantes para la subasta que buscaba adjudicar la construcción del proyecto Hidroituango, con la consecuente y natural expectativa entre los participantes**, la Junta Directiva de la Sociedad en sesión de 9 de junio de 2010**[577]**, un año después de la contratación del BNP-Paribas, decidió de manera unánime suspender el proceso de subasta (aun cuando para dicha fecha ya había gastado en desarrollo del mismo una suma de dinero superior a los 2287 millones de pesos**[578]**) y consolidar el proceso de negociación directa con EPM**, para que este último fuera quien financiara, operara, mantuviera

[576] Párrafo 2 de la página 8 del Acta 97 del 29 de abril de 2009
[577] Acta de Junta Directiva N°111 de la Sociedad del 9 de junio de 2010 (pág. 4). En la misma acta también se informa a la junta "(...) Zona Franca: se radicó la solicitud de zona franca en cabeza de Hidroituango en la Secretaría Técnica del Comité Técnico Intersectorial. Con relación al contrato de estabilidad jurídica informa que se tiene listo el contrato por parte de Hidroituango para su presentación, pero no se presenta aun por lo cuantioso y por considerar la Administración que se debe esperar a definir los resultados de la subasta o negociación para determinar en cabeza de quien se debe radicar".
[578] Ver Acta de Junta Directiva No 109

revirtiera después de un tiempo la central hidroeléctrica. Por lo anterior, se comunicó a la opinión pública la decisión de la Junta Directiva de la Sociedad y de sus accionistas mayoritarios, de dar por terminado dicho proceso.

- En este punto, es importante anotar que desde el año 2002, tal y como puede observarse en las actas de junta directiva, se había considerado a EPM como un contratista potencial para desarrollar el proyecto, sin embargo, en dicha fecha EPM había manifestado resistencia a participar en el proyecto, toda vez que consideraba que el mismo podía generar un VPN negativo[579].

- **De igual manera y si bien solo hasta 9 de junio de 2010, la Junta Directiva tomó la determinación de suspender el proceso de subasta, lo cierto es que desde principios de ese año**[580] y ante las manifestaciones de los otros potenciales inversionistas interesados en desarrollar el proyecto mediante el contrato BOOMT de que pudiera existir inhabilidad o incompatibilidad de EPM para participar en el proceso de subasta, por contar con información privilegiada, la junta comenzó a estudiar la posibilidad de realizar la negociación de forma directa con EPM.

Así las cosas, de conformidad con lo expuesto anteriormente, fue la Junta Directiva de Hi quien decidió suspender la subasta, por lo que no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

El Apoderado igualmente argumentó en el escrito de descargos:

> ***"Dos años después*** *de que el señor* ***ALVARO VÁSQUEZ OSORIO*** *dejara de pertenecer ala Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, mediante el Acta de Modificación Bilateral No 4 del 2 de julio de 2013 se cedió el contrato BOOMT a favor de EPM".*

Frente a lo expuesto por el apoderado, este Despacho indica que el argumento resulta impertinente para cuestionar esta conducta (Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la

[579] Ver Acta de junta directiva de Hidroituango No 38 en donde se lee lo siguiente: "Finalmente, concluyeron los funcionarios de EPM: El Proyecto Hidroeléctrico Pescadero ltuango no es viable económicamente bajo ninguno de los escenarios analizados. Todos arrojan un VPN negativo que oscila entre 290 y 630 millones de dólares que con respecto a la inversión representan valores de rentabilidad del orden del 20 al 42%. No se considera conveniente adelantar estudios complementarios que eliminen las incertidumbres ya que sus resultados no mejoran ostensiblemente los índices económicos"

[580] Ver actas de Junta Directiva de Hidroituango

suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto), ya que en ésta nunca se le dijo nada sobre la cesión del contrato BOOMT a favor de EPM.

Así mismo, expresó el Apoderado:

> *"Actas No 116 y 117, la sociedad Hidroituango **sí contaba** con los recursos necesarios para la contratación de la construcciónde los túneles y de la póliza todo riesgo, pues en ambas reuniones se autorizaron vigencias futuras para la expedición de los respectivos CDPs y el endeudamiento, que son mecanismos presupuestales y de financiación viables a través de los cuales se garantizarían los compromisos contractuales. Adicionalmente y como se relata en las actas de las pluricitadas sesiones de la Junta Directiva, debía ser la sociedad Hidroituango la queadelantara los procesos de contratación tanto de los túneles de desviación como de la póliza todo riesgo".*

Esta Instancia, recuerda que para este momento del proyecto, en el que EPM asumía las responsabilidades como contratista, tal vez uno de los contratos más críticos y trascendentales era el de "construcción de los túneles de desviación túnel de acceso y las galerías de construcción de la casa de máquinas del proyecto Hidroeléctrico Ituango", que garantizarían el cumplimiento del Hito 1, "Desviación del río Cauca", con lo que se daría vía libre al inicio de las obras como la presa.

De acuerdo con el cronograma director, el desvío del río estaba programado para que ocurriera a más tardar el 15 de enero de 2013, fecha estipulada en el numeral 3.3 del anexo 6.12 del contrato BOOMT, como el Hito Contractual 1.

El proceso de contratación de estas obras fue iniciado por la sociedad en 2010[581] y culminado por EPM en nombre de EPM Ituango por el contrato de mandato y representación.

Teniendo en cuenta que el Hito que seguía al desarrollo de las vías era la desviación del Río Cauca y que para efectos de poder entrar en operación en la fecha en la cual Hidroituango se había comprometido, es decir, en las estivas de 2013, el paso que seguía era el de realizar los trámites necesarios para licitar, adjudicar y suscribir dicho contrato.

En primer término, le correspondía a Hi, conseguir los recursos para financiar la excavación de los túneles de desviación. Por lo anterior, en Acta 110 de 5 de mayo de 2011, se autoriza el inicio de los **trámites de endeudamiento para tal fin.**

[581] Proceso contractual autorizado por la Junta Directiva dela Sociedad mediante Acta No 116 del 29 de septiembre de 2010.

En este punto, cabe recordar tal y como se explicó líneas atrás, en la misma acta, se acordó que se siguiera con los trámites de negociación directa con EPM, y posteriormente en acta 111 de 9 de junio de 2010 se suspendió el proceso de Subasta.

En consecuencia, con lo anterior, **en acta 114 de la junta Directiva de Hi de fecha 25 de agosto de 2010, se informa sobre las gestiones realizadas por la administración de Hi para el endeudamiento requerido para la financiación de los túneles de desviación**. Teniendo en cuenta que finalmente quien va a realizar el trabajo de los túneles es EPM, se decide que tanto los trámites de endeudamiento como los trámites de la licitación se realizaran de forma integrada los equipos de EPM y Hi.

En el acta 116 de 29 de septiembre de 2010, se indicó:

> *"El doctor Luis Guillermo-Gómez manifiesta que se ha recibido de parte de EPM, en las respectivas mesas de trabajo, la solicitud de que sea Hidroituango la que inicie el proceso de licitación para la construcción de los túneles de desviación y así poder cumplir con los cronogramas. Del mismo modo, para que Hl abra la licitación de la interventoria para toda la construcción del proyecto y para que se contrate la Asesoria durante la Construcción, con los diseñadores de las Obras Principales_ Por esta razón se ponen a consideración de la Junta estos temas, con el fin de que se otorgue su autorización para iniciar los procesos correspondientes. Igualmente, para que sean aprobados los respectivos CDPs y las vigencias futuras.*
>
> *El doctor Juan Felipe Gaviria pregunta si esas licitaciones las debe iniciar Hi o EPM, si esos temas pasarán a la beneficiaria directamente o las puede emprender EPM, o si se deben decidir conjuntamente entre EPM y Hl?*
>
> *(…)*
>
> *El doctor Wiison Vélez informa que para que Hl pueda iniciar esos procesos de contratación requiere de recursos que no tiene para aprobar el CDP - alrededor de trescientos millones de dólares (US0300'000.000) - y recuerda que se ha logrado con Bancolombía una carta de aceptación de un cupo de endeudamiento por ese valor. Se requiere la aprobación de la Junta de las vigencias futuras, con base en ese cupo de endeudamiento con Bancolombia.*
>
> *Expresa el doctor Juan Felipe Gaviria que le preocupa que las decisiones que se tomen sobre estos temas lleguen a entrabar el proceso, por*

*cuanto **EPM** no ha tomado las decisiones finales sobre la forma de cómo hacer el endeudamiento y no se quiere que esa aprobación llegue a condicionar a la sociedad vehículo, o a EPM, sobre la forma de tomarlo.*

(…)

*En ese orden de ideas, y puestos a su consideración por el señor Presidente la iniciación del proceso licitatorio de los túneles de desviación, para la interventoría de la construcción de las Obras Principales y el contrato de asesoría de los diseñadores, segunda etapa de la licitación para el Diseño de las Obras Principales, **la Junta aprueba por unanimidad los tres procesos de contratación, al igual que la autorización de vigencias futuras solicitada por la administración para la expedición de los respectivos CDPs".***

Cabe anotar que de conformidad con el Acta 117 de 27 de octubre de 2010, se precisa que para efectos de la Suscripción del Contrato BOOMT y antes de que inicie el contrato de construcción de los túneles, **se debe contar con la póliza que cubra diferentes riesgos, pero para ello Hi debe comprometer vigencias futuras.**

"Informa el doctor Juan Gonzalo Alvarez, Gerente de Estructuración Financiera de HI que para adelantar esta póliza, y la de terrorismo, la empresa requiere comprometer vigencias futuras y, por consiguiente, debe definir la fuente de este contrato. A pesar de que este contrato no lo va a realizar HI, sino el contratista del BOOMT, EPM Ituango, para la firma del contrato BOOMT se deben tener cubiertos estos riesgos y, por consiguiente, tener a finales de año su definición, antes del inicio de la construcción de los túneles de desviación, de conformidad con la presentación que hace a los miembros de Junta, que se anexa a la presente acta".

Como conclusión de lo anterior, se tienen entonces que este contrato no fue adjudicado en tiempo por cuanto de un lado suponía que **Hi comprometiera vigencias futuras para poder comprar la póliza que amparara los riesgos de una operación tan delicada como lo era la desviación del río Cauca situación que era complicada en atención a que con ocasión de la suscripción del contrato BOOMT el contrato en últimas iba a ser adjudicado a EPM Ituango.**

Por lo anterior, lo expresado por el Apoderado no es cierto, por cuanto tocaba endeudarse y comprometer vigencias futuras por Hi, aunado a que no tenía dinero para la póliza .

De otro lado expresó el Apoderado:

"Frente al primer proceso de contratación "túneles de desviación" y por

> *solicitud de EPM, taly como se informa en el punto 10º del Acta 116, Hidroituango debía ser la que iniciara el proceso de licitación para la construcción de los túneles de desviación y así poder cumplir con los cronogramas, ya que jurídicamente no podía EPM iniciar o adelantar procesos de contratación del proyecto, que para ese entonces, se encontraba en cabeza de Hidroituango. En la misma acta se previno que dichos contratos se cederían a EPM.*
>
> *Respecto a la contratación de la póliza todo riesgo, en el Acta 117, el Gerente deEstructuración Financiera de HI informó a los miembros de la Junta Directiva que "para la firma del contrato BOOMT se deben tener cubiertos estos riesgos y, por consiguiente, tener a finales de año su definición, antes del inicio de la construcción de los túneles de desviación"*

Frente a este argumento, es importante indicar que, de conformidad con lo expuesto en los supuestos fácticos, como Hidroituango no suscribió los contratos sino que simplemente inició los procesos de selección como consecuencia de la suscripción del contrato BOOMT debió ceder a EPMI esos procesos contractuales los cuales debieron ser ajustados de conformidad con los trámites contractuales propios de EPM que eran los aplicables a EPMI, lo que generó demoras adicionales.

Por lo anterior, no prospera el argumento del apoderado.

Así mismo indicó el Apoderado:

> *"En el contexto del momento en que se encontraba la junta directiva, autorizar el inicio de dichas contrataciones eran decisiones razonables, justificables y se tomaron con buen juicio, pues lejos estaba mi representado de imaginar que años más tarde se construiría un tercer túnel que colapsaría, que se ha señalado en este proceso, cómo generador del daño fiscal".*

Cabe recordar que una cosa es la causalidad física de un evento y otra cosa es la imputabilidad jurídica del mismo. Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado*

sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"[582]*.*

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y que dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, lo cierto es que el daño que se estudia en esta causa fiscal es la destrucción del valor presente neto del proyecto y el lucro cesante que se dio como consecuencia de su no entrada en operación.

Dicho daño tal y como se explicó, se dio como consecuencia de una serie de hechos concatenados que tuvieron como origen las conductas concurrentes de los diferentes actores que desempeñaban roles específicos de cara al desarrollo del proyecto Hidroituango, tal y como se explicó desde el acápite de hechos.

El hilo conductor entre las conductas que fueron determinantes para la producción del daño, consiste en la cadena de errores tanto de orden administrativo como técnicos ampliamente probados en esta causa fiscal, que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto y que desencadenaron en la Contingencia de 2018**. Todo lo cual generó mayores inversiones injustificadas que destruyeron el valor presente neto del proyecto y así mismo impidieron, como consecuencia de haber ajustado los tiempos del proyecto, que el mismo entrara en operación en la fecha programada lo que generó el lucro cesante.
En ese orden de ideas, no prospera lo argumentado por el Apoderado, ya que las decisiones no se ajustaron a criterios razonables, por cuanto obedecieron a la falta de planeación

Por lo anterior, no hay lugar a lo expresado por el Apoderado.

Así mismo indicó el Apoderado:

"ALVARO VÁSQUEZ OSORIO *actuó como miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango* ***hasta el 27 de octubre de 2010****, por lo tanto, los reproches que se le realizanen relación con las demoras en la iniciación de los contratos para las vías de acceso y construcción de los túneles, además de ser del resorte exclusivo de la administración de lasociedad Hidroituango, no le resultan atribuibles, por ser posteriores a su renuncia como miembro de la Junta Directiva de la referida sociedad".*

En este sentido, este Despacho destaca que si bien es cierto sucedieron hechos con posterioridad a la salida de la junta directiva de Hi por parte del

[582] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

señor Alvaro Vásquez Osorio, es decir tiempo después de que el poderdante antes mencionado, hubiera dejado el cargo que ostentaba y por el cual se les imputó responsabilidad fiscal, ese hecho por sí mismo no resulta suficiente para romper el nexo de causalidad. En efecto el Consejo de Estado ha reconocido que aún en los eventos en los cuales el daño (entendido como erogación de un recurso) ha ocurrido con posterioridad a que una persona abandone el cargo, en todo caso esta persona está llamada a responder fiscalmente si dicha erogación es producto de una decisión adoptada por este en ejercicio de dicho cargo.

> ***"****En ese sentido, la responsabilidad fiscal del gestor de recursos y bienes del Estado cuanto este es un funcionario público, no se agota al separarse de sus funciones, sino cuando de su gestión no pueda derivarse un daño patrimonial al Estado o, habiéndolo causado, haya caducado la acción que conduzca a la declaratoria de la responsabilidad, eventos que no acaecieron en el caso concreto, por lo que la Sala desestimará este fundamento de la alzada.* ***En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta****. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren el carácter de* ciertos con el paso del tiempo. *De lo expuesto se colige que existe un claro nexo causal entre la conducta del actor, celebración del contrato, y el pago que se hiciera a favor del contratista, a pesar que la ejecución de la prestación no se reflejara en la satisfacción del interés general"*[583]

Por lo anterior, no hay lugar a lo argumentado por el Apoderado.

De otro lado expresó el Apoderado:

> *"Porque en ese momento resultaban ser las decisiones más convenientes para la sociedady para el proyecto, con fundamento en las razones que fueron esgrimidas por los representantes de la sociedad, sino porque además estaban respaldadas en los conceptostécnicos y financieros de los profesionales de la Gerencia de Estructuración Financiera dela sociedad".*

[583] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012) Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00247-01

Como puede verse se trata de un argumento reiterativo, por lo que el Despacho se está a lo resuelto líneas atrás.

De otro lado, el Apoderado expresó:

> *"Conforme con lo anterior, fluye con nitidez que el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO no realizó ninguna de las conductas que se le imputan como presuntamente constitutivas del daño fiscal, ya que como se manifestó y ello se constata con la respectiva pruebadocumental,* ***NO TENÍA EL PODER DECISORIO NI LA FACULTAD ESTATUTARIA PARA CREAR LA SOCIEDAD ESPEJO EPM-ITUANGO****, pues dicha facultad de acuerdo a lo establecido en los estatutos sociales de Hidroituango era privativa de la ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS, máximo órgano social, la que mediante Acta de Asamblea Extraordinaria del 27 de octubre de 2010 aprobó la escisión de Hidroituango para que esa sociedad, sin disolverse, escindiera parte de su patrimonio para crear EPM ITUANGO S.A.E.S.P.".*

De lo expresado por el Apoderado, se debe analizar que no se puede sesgar la imputación efectuada al señor Álvaro Vásquez Osorio, solamente respecto a la creación de la sociedad espejo EPM Ituango, teniendo en cuenta que la conducta en su contexto se estableció como*: "Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto".*

Por lo anterior, no prospera el argumento expuesto por el Apoderado.

6. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado el contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.

El Apoderado indicó frente a este cargo, lo siguiente:

> *Esta defensa, no se entiende con qué intención el Despacho pretende atribuirle responsabilidad personal al* ***ALVARO VÁSQUEZ OSORIO*** *por las decisiones de modificarla altura de la presa, cuando de acuerdo a lo consignado en las actas de la Junta Directiva en las que se basa la*

acusación, fluye con total nitidez que mi representado, ***no decidió, ni participó ni deliberó en ninguna de las reuniones en las que se trató la modificación de la altura de la presa ni tampoco en la que se planteó la necesidad de modificar la licencia ambiental.***

Adviértase como en la reunión de Junta Directiva No 100, el señor ***ALVARO VÁSQUEZ OSORIO*** *se retiró de manera de manera previa al punto que se aprobó la modificación de la altura de la presa y en la Junta No 103, que según se indica en el auto de imputación, da cuenta de la necesidad de la modificación a la licencia ambiental, mi representado no asistió a la mentada reunión.*

En materia administrativa sancionatoria, la responsabilidad únicamente puede establecerse a partir de juicios de reproche personalísimos, lo que implica que, en tratándose de sanciones, éstas sólo proceden respecto de quien cometió la infracción por acción o por omisión. El principio de imputabilidad personal o responsabilidad personal, de personalidad de las penas o sanciones o responsabilidad por el acto propio implica que sólo se pueda sancionar o reprochar al infractor y, por lo tanto, en materia administrativa sancionatoria, no es posible separar la autoría de la responsabilidad.

Frente a este argumento, el Despacho le indica al apoderado, que si bien el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO en el acta de Junta Directiva de HI No.100, se retiró al momento de tratar el tema de la presa, igualmente esta conducta es atribuible al señor Vásquez, por cuanto participó en las sesiones posteriores en las que se siguió tratando el tema y las decisiones que se tomaron al respecto, así como también por el hecho de que aun cuando esta decisión estuvo mediada desde lo técnico, por la guía de INTEGRAL, como diseñador del proyecto, dada la formación del señor Vásquez como Ingeniero administrador y además abogado debió prever y comprender las implicaciones que la misma tenía para el proyecto.

En todo caso, al tener en cuenta que el imputado no votó la decisión del aumento de la altura de la presa del acta 100, es importante destacar que era su obligación como miembro de la Junta Directiva informarse sobre las decisiones que aún en su ausencia se adoptaban, máxime cuando posteriormente concurrió a las decisiones adoptadas en las actas 112 y 113 sobre la adición al contrato de diseños, que guardan una relación de causa a efecto con lo aprobado en el acta 100. Entonces, al considerar el argumento formulado en los descargos este Despacho se encuentra llamado a concluir que la negligencia del imputado llegó al límite de adoptar las decisiones que fueron el efecto de lo aprobado en el acta 100 sin conocer su principal fundamento, por el simple hecho de no haber estado presente en esta sesión como si sus obligaciones como miembro de junta fuesen ocasionales o limitadas en sentido estricto a las sesiones que asistía.

Ahora, es importante indicar que la decisión de realzar la altura de la presa, generó demoras como consecuencia de la modificación de la licencia ambiental, pero además generó que el contratista de los diseños solicitara un mayor plazo para la entrega de los mismos y que además debieran realizarse adiciones en dinero a dicho contrato.

El Contrato de diseños, fue modificado mediante ADICION de fecha 9 de marzo de 2010, dentro de las consideraciones se refiere a la modificación de la altura de la presa y mantiene el plazo hasta el 31 de marzo de 2010.

Como consecuencia de la modificación atrás presentada, se adicionaron los recursos invertidos en el contrato de diseño de obras principales, de lo anterior, dan cuenta las actas 112 y 113 en los siguientes términos:

Acta 112 de 28 de junio de 2010

> *"Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que se requiere la aprobación de la Junta para la adición al contrato de Diseño Detallado de las Obras Principales que adelanta el Consorcio Generación Ituango. Este contrato ha tenido tres actas de modificación que sumadas a la cuarta, que implica un pago de cuatro mil novecientos millones de pesos ($4.900000.000), se supera el cincuenta por ciento del valor inicial del contrato. Se presenta a la Junta el análisis preparado por la Gerencia Técnica de Hidroituango que se acompaña a la presente acta. Estas actas de modificación están aprobadas por EPM, interventor del contrato. En consecuencia, el valor total del contrato pasa de $16.013.677.895 a $27.174.529.670 que, con respecto al valor inicial corresponde a incremento del 52%., de acuerdo con el análisis que presenta el doctor Luis Guillermo Gómez a consideración de la Junta, y se anexa a la presente acta.*
>
> *El doctor Jesús Aristizabal manifiesta su conocimiento de las actas de modificación bilateral y de los requerimientos para adicionar el contrato inicialmente suscrito con el Consorcio Generación Ituango.*
>
> *Por las inquietudes presentadas al interior de la Junta, con relación a las obras y valores que se reconocerán y motivan la adición solicitada, la Junta comisiona a los doctores Jesús Aristizabal y Sergio Betancur para que hagan la revisión de las actas de modificación y justificación de la adición presupuestal solicitada por la Administración. Hecha la revisión por los doctores Aristizabat y Betancur, informan que están de acuerdo con lo solicitado por la Administración y es procedente su aprobación por la Junta, Puesta a consideración por el señor Presidente, es aprobada por la unanimidad de los miembros de la Junta".*

Acta 113 28 de julio de 2010

> *"Informe de la comisión para aprobación la adición del contrato de Diseño de las Obras Principales. El doctor Sergio Betancur informa que se reunió en EPM con los funcionarios de la Subgerencia de Desarrollo de Proyectos para verificar*

los datos presentados por la Administración en la reunión de Junta anterior, con el fin de sustentar la solicitud de adición presupuestal al contrato de Diseño de las Obras Principales suscrito con el Consorcio Generación ituango. Manifiesta que encontró plenamente justificada la solicitud y pudo apreciar !a forma correcta como EPM realizó la interventoría a ese contrato.

De esta reunión, que se realizó el 29 de julio de 2010, informó oportunamente al doctor Luis Guillermo Gómez, con el fin de confirmar la aprobación que dio la Junta a la adición solicitada. Interviene el doctor Jesús Arturo Aristizabal para reiterar que se verificó el alcance de la solicitud de modificación No. 4, con relación a les valores de los costos directos predecibles, los no predecibles y los reajustes de personal. Después del análisis se concluyó que el contrato tuvo un incremento del cincuenta y dos por ciento (52%) con respecto al valor inicial del contrato, ya que pasó de dieciséis mil millones de pesos ($16.000'000.000) a veintisiete mil ciento setenta y cuatro millones de pesos ($16,000000.000) a veintisiete mil ciento setenta y cuatro millones de pesos ($27.174'000.000). Están todos los soportes y, por consiguiente, hay tranquilidad para la aprobación de la adición.

En consecuencia, se ratifica la aprobación realizada por la Junta en su anterior reunión".

Al respecto es necesario, traer a colación lo expresado por el artículo 200 del Código de Comercio, en la cual frente a la responsabilidad de los administradores, indicó *"(…) No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra,* ***siempre y cuando no la ejecuten*** *(…)",* sin embargo en el presente caso el señor Vásquez Osorio ejecutó la decisión de aprobar el valor para el contrato de diseño de obras principales.

Ahora, procede este Despacho a contextualizar frente al cambio en la altura de la presa y lo decidido en el Acta No.100 de la Junta Directiva de Hidroituango, así:
En el Acta 100 de Junta Directiva de Hidroituango[584], correspondiente a la sesión del 29 de julio de 2009, se documentaron los tres elementos que fundamentan la propuesta de INTEGRAL para incrementar la altura de la presa y que fueron traídos a colación por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020:

[584] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 75/REFERENCIA CRUZADA ER0110943 FOLIO 15973/ANEXOS ACTAS JUNTA DIRECTIVA

1. Ampliación del ancho de la corona de la presa que actualmente está prevista en 12 metros para pasarla a 14 metros. Recordemos que por allí pasará la carretera sustituta a Ituango. Este ensanchamiento genera una mayor estabilidad en la presa y permite que el flujo vehicular, caballar y peatonal sea más seguro.
2. Realce del borde libre de la presa sobre la cuota máxima del embalse en 5 metros más, para quedar en 10 metros, lo cual otorgará una mayor protección contra eventuales crecientes que pueda poner en riesgo la estabilidad de la presa.
3. Aumentar en 5 metros más el nivel del embalse, lo cual nos aumenta la superficie del espejo de agua y la cola del embalse se subirá aproximadamente 2 kilómetros aguas arriba de cómo se tiene nivelada. Este incremento en la altura nos permitirá una generación de energía adicional de un 4% aproximadamente a un costo marginal muy bajo.

Frente a ello, el asesor de INTEGRAL manifestó que:

> Los dos primeros aspectos considerados no presentan una mayor incidencia desde el punto de vista técnico, ambiental y económico, dando una ventaja en el sentido de que el material de excavación sobrante se podría depositar en la presa, con costo más bajo que en las áreas de depósito cada vez más lejanas. El problema previsto es para el tercer punto para el cual se requiere una modificación de la licencia ambiental que nos llevará a perder el control del tiempo en el proceso de tramitación de dicha modificación ante las autoridades ambientales que generaría una incertidumbre muy grande en el cronograma de construcción de por sí ya muy apretado

De tal pronunciamiento se observa que la propuesta de INTEGRAL estaba conformada por tres elementos, que si bien pudieron haberse materializado total o parcialmente, los tres son comprendidos por el reproche realizado por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, pues en el escrito de descargos allegado por INTEGRAL se presentan los aspectos de la propuesta necesariamente como alternativos y no como complementarios, como sí fueron expuestos a la junta directiva de Hidroituango en julio de 2009, cuerpo colegiado que aprobó tal propuesta sin salvedades y solo exponiendo preocupaciones sobre uno de los puntos, en los siguientes términos:

> Después de un debate sobre las implicaciones de la propuesta del realce de la presa y el riesgo del trámite de la licencia se considera que los beneficios que se podrían obtener son de tal magnitud que la Junta Directiva autoriza que se afronte esta posibilidad y se le dé el trámite que requiere ante las autoridades ambientales para obtener la modificación a la Licencia y ante el Ministerio de Minas para realizar el ajuste que corresponde a la declaratoria de utilidad pública por los predios que se deben incorporar por el aumento de la cola del embalse. Todo lo anterior con una estrategia de apoyo político que incluya una solicitud a la Presidencia de la República, cumpliendo así el cronograma propuesto hasta este momento. Si después de realizar todos los esfuerzos para lograrlo, y en el evento en que en el desarrollo del trámite se aprecie que no se puede cumplir, la Administración lo informará a la Junta Directiva.

Ahora bien, al analizar la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009[585], que fundamenta el punto de las preocupaciones que entonces se expusieron en la Junta Directiva de Hidroituango, se observa que la misma fue otorgada acogiendo el Concepto Técnico 56 del 28 de enero de 2009, pues sus consideraciones exponen:

> *"(…) El concepto Técnico 56 de enero 28 de 2009 que por este acto administrativo se acoge, concluyó que la información presentada por la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., para la solicitud de licencia ambiental es suficiente y en consecuencia se considera viable su otorgamiento, de conformidad con las condiciones que se establecerán en la parte resolutiva de la presente resolución. (…)".*

De la revisión de tal concepto, igualmente citado en la Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009, se encuentra que las condiciones de altura de la presa, cuya modificación fue discutida en la sesión No. 100 de la Junta Directiva de Hidroituango con la propuesta de INTEGRAL, hacen parte de sus fundamentos, pues al describir el proyecto se indican las siguientes características:

> *"La presa del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), tiene una altura de 220m, con corona de 12 m de ancho y de 500 m de longitud, a la cota 430. La impermeabilidad del lleno de roca, se logra mediante un núcleo de tierra con taludes 0,4H:1V en el lado de aguas abajo y 0,08H:1V en el lado de aguas arriba. Entre el núcleo de tierra y el lleno de roca, se ha dispuesto, en la cara de aguas arriba, una zona de transición de 10 m de espesor, conformada por material con un tamaño máximo de 0,20 m y, en la cara de aguas abajo, una transición compuesta por dos filtros de 4 m de espesor, uno de arena y otro de cascajo.*
>
> *"El talud de aguas abajo de la presa, tendrá una inclinación promedia del orden de 1,75H:1V; sobre este, se construirá una vía, cuyos objetivos fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y a la descarga intermedia. Dicha vía, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa, es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas.*
> *"La fundación del núcleo y de los materiales de filtro y transición, se hará sobre material de roca tipo IIB, por lo cual será necesario excavar hasta encontrar esta calidad de roca en la fundación; los espaldones de roca serán fundados, principalmente, sobre roca tipo IIA".*

En tal medida**, como la decisión de la Junta Directiva de Hidroituango no se limitó a acoger el segundo elemento de la propuesta de INTEGRAL, sino que por el contrario, la aprobación realizada por la Junta Directiva de Hidroituango**

[585] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_3/Ambiental y social/15-CT-2019-000004/Precontractual/Especificaciones Tecnicas/ Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip

SÍ FUE una modificación a diferentes componentes de la altura de la presa y como la altura de la presa es un factor tenido en cuenta por la licencia ambiental, no es cierto que "el punto 2 (borde libre de la presa) no es un asunto que aparezca mencionado en la licencia ambiental, y tal decisión de la Junta Directiva de HI de acoger la segunda propuesta de INTEGRAL no tuvo ninguna incidencia en las demoras que han llamado la atención del ente de control fiscal".

Respecto de las demoras en la ejecución del proyecto hidroeléctrico es necesario destacar que como la propuesta de INTEGRAL fue presentada en julio de 2009 (en el contexto de la Junta Directiva No. 100), un comportamiento mínimamente prudente de su parte haría necesario tener en cuenta que el proyecto ya presentaba retrasos que dificultaban el cumplimiento de los plazos inicialmente previstos. En efecto, de la revisión de los antecedentes contenidos en la misma licencia ambiental se encuentra:

> *"Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3110-1-21381 de **29 de diciembre de 1999**, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., solicitó Licencia Ambiental para el proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango.*
> *Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3111-1-2153 de 11 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto enunciado.*
> *Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3111-1-2896 de 22 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto.*
> *(…)*
> *Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-127638 de **3 de diciembre de 2007**, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto citado y anexó copia de la certificación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en donde consta que en el área de influencia del proyecto no existen comunidades ni parcialidades indígenas; copia de la certificación de la Gerencia de Negritudes del departamento de Antioquia en la que consta que en el área del proyecto no existen organizaciones de base o consejos comunitarios; certificación de la Dirección General para comunidades negras minorías étnicas y culturales del Ministerio del Interior en la que consta que si existen comunidades negras en el área del proyecto; y certificación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER en la que se establece que en los municipios de Buriticá, Peque, Ituango, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Valdivia no se ha detectado la presencia de comunidades afro descendientes.*
> *Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-15485 de 14 de febrero de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia del pago realizado por concepto del servicio de evaluación del proyecto.*

(…)
*Que mediante Auto 1917 de **16 de junio de 2008**, este Ministerio solicitó a la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P. información adicional, y suspendió el trámite del proceso de licenciamiento tratado.*
*Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-92192 de **15 de agosto de 2008**, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió la información complementaria al Estudio de Impacto Ambiental solicitada en el Auto 1917 de 2008.*
(…)" (Negrilla fuera de texto)

En tales términos, para un proyecto concebido desde 1962, del que se presentó la solicitud de licencia ambiental en 1999, que en adelante fue varias veces adicionada, para cuya decisión solo se presentó el Estudio de Impacto Ambiental elaborado por INTEGRAL en 2007 y respecto del cual en 2008 fue necesario solicitar información complementaria -situación que ocasionó la suspensión de la actuación administrativa a cargo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial por cerca de dos meses-, la licencia ambiental solo fue expedida en enero 2009, **siendo considerablemente extenso el tiempo que tal trámite tomó, lo cual da lugar a que si tan solo seis meses después de haber logrado obtener la licencia ambiental se planteaba en la Junta Directiva de Hidroituango una propuesta que implicaba su modificación o la alteración de los presupuestos que sirvieron de fundamento para su expedición, los beneficios reportados al adoptar esa propuesta deberían ser indiscutiblemente muy superiores a los obtenidos al continuar en las condiciones previstas hasta entonces.**

Ahora bien, es importante destacar que en el Acta 103 de la Junta Directiva de Hidroituango[586] se mencionó en el informe emitido por la gerencia de tal sociedad el punto de la elevación del nivel del embalse de la central, así:

c. Elevación del nivel del embalse de la Central. Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que en consideración a los requerimientos del cronograma de la subasta y las dificultades para que el Ministerio del Ambiente realice las modificaciones a la Licencia Ambiental, se han dado instrucciones al Consorcio Generación Ituango para que continúe con el concepto original, porque de lo contrario no se podría asegurar la información que requiere el proceso de subasta para diciembre. El ganador de la subasta podrá hacer el trámite de solicitud para ampliar el realce de la presa.

(…)

Entonces, de acuerdo con lo expresado en tal sesión de la Junta Directiva de Hidroituango, la decisión adoptada en julio de 2009 sí tendría implicaciones directas respecto de la licencia ambiental y el cronograma de la subasta y en atención a ellas se dieron indicaciones a INTEGRAL para que continuara con el concepto original a

[586] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P53, 56 y 57_HI/Actas de Junta Directiva/Acta no. 103 -30-09-2009.tif

fin de asegurar la información requerida para la subasta que en tal momento se tenía prevista.

Por otro lado, si bien en la sesión No. 71 del 31 de agosto de 2007[587] **la Junta Directiva de Hidroituango acogió el criterio de "la mayor altura posible"**, como se destacó en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, allí también se indicó que:

> *"La presa podría levantarse más pero no conviene ambientalmente dados los impactos para una zona grande de Santa Fe de Antioquia porque la cola del embalse depositaría allí sedimentos, basuras y lodos que serían muy feos y perjudiciales para la zona que es una de las de mayor vocación turística del departamento.*
>
> *Para esta altura [220 metros] una mayor capacidad instalada no genera beneficios económicos adicionales, el análisis marginal de capacidad instalada implica que los KW-hora adicionales que se logren instalando un KW más por encima de los 2400 MW, tendría un costo superior a la tarifa usada como referencia"*

En tal sentido, en agosto de 2007 los estudios de complementación a la factibilidad[588] adoptaron la altura máxima de 220 metros, de acuerdo con lo expuesto en el informe precitado y en la descripción de la presa en el esquema de desarrollo del proyecto seleccionado indicó:

> *"La presa, del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), está localizada en el sitio del eje de aguas abajo (Eje 1), el mismo adoptado en los estudios de factibilidad de los años 1982 y 1999, y cuyas ventajas respecto al de aguas arriba fueron confirmadas en los presentes estudios. Su altura es de 220 m medidos a partir del lecho del río (cota 210), con corona de 12 m de ancho y de unos 480 m de longitud, a la cota 430. El talud de aguas abajo de la presa tiene una inclinación promedia del orden de 1,75H:1V, resultante de un talud básico 1,4H:1V, suavizado con la construcción de una vía de acceso a través del talud. Esta vía sobre el talud, cuyos objetivos fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y, posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y a la descarga intermedia, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas (…)"*

[587] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P53, 56 y 57_HI/Actas de Junta Directiva/AJ_71.pdf

[588] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 74/DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI/Nueva carpeta/AL-/Entes de Control/46. Documentación enviada RCA-RFI. Preguntas de 16 páginas. 36 Gb. 08-05-2019/Integral/Anexo7.5/01_Informe_Factibilidad/01_InformeFactibilidad

Así mismo, ese criterio fue aprobado por la Junta Directiva de Hidroituango en sesión No. 71 del 31 de agosto de 2007 y por tanto, sirvió como fundamento para el Estudio de Impacto Ambiental y demás documentación necesaria para el trámite de la licencia ambiental, radicada en diciembre de 2007 en el Ministerio de Medio Ambiente. No obstante, la discusión sobre este punto se retomó en el Acta No. 89 de la Junta Directiva de Hidroituango del 12 de noviembre de 2008, a raíz del planteamiento del modelo de negocio que socializaba el IDEA en los siguientes términos:

> El docto Álvaro Vásquez ratifica el saludo presentado por el señor Gerente, y apoya su intervención sobre la búsqueda de esquemas audaces de financiación del proyecto.
>
> Por esta razón, y teniendo en cuenta la bondad del proyecto, han venido trabajando sobre un modelo de negocio que quiere presentar a los demás miembros de la Junta y a la Administración de la Sociedad, no para someterlo a su aprobación, sino para que sea socializado y considerado.
>
> Esta es una metodologia de negocio que permitiría que la financiación no sea asumida directamente por la Sociedad, ni tampoco por los accionistas, descargando esa responsabilidad sobre un tercero que quiera beneficiarse durante un periodo determinado de la energía firme del proyecto, sin ceder la propiedad del mismo
>
> Invita al ingeniero Carlos Uribe quien por invitación del IDEA realizará la propuesta.

(…)

Entonces, como el contexto y objeto de la reunión se encontraba definido por el planteamiento del modelo de negocio, cuya elaboración se estaba socializando y no aprobando, sumado a que en tal reunión no se discutía directamente una propuesta de INTEGRAL, los apartes traídos a colación en el escrito de descargos para acreditar que “INTEGRAL advirtió que la altura sugerida era una consecuencia de los criterios que se priorizaran”, solo es tenida en cuenta en el sentido que hasta tal momento los criterios que permitían la adopción de decisiones sobre el particular dependía de los criterios priorizados en los documentos precitados y aprobados por la Junta Directiva de Hidroituango.

Hasta este punto, es claro cuáles fueron los criterios desarrollados por INTEGRAL y aprobados por Hidroituango para determinar la altura de la presa, Así, llama la atención que si las condiciones para determinar la altura de la presa fueron detalladamente estudiadas en 2006 para adoptar la complementación de la factibilidad en 2007, solo en 2009, en razón de una solicitud de Hidroituango, se determinaron las condiciones reales que debieron incluirse en tal estudio, de manera que de no haberse realizado tal solicitud, entonces necesariamente los estudios realizados por INTEGRAL en 2006, que fundamentaron la complementación de la factibilidad, no habrían cumplido su cometido, que fue determinar la altura que tendría la presa y no elaborar todo un estudio para establecerlo en una etapa posterior del proyecto.

Al respecto, es importante indicar que el señor Alvaro Vásquez Osorio, inició como miembro de la Junta Directiva de Hi el 4 de febrero de 2008, lo que le permitía tener conocimiento de los estudios que se estaban realizando frente a la altura de la presa, es más, la licencia ambiental fue otorgada mediante la Resolución No.0155 de 30 de enero de 2009 que fundamenta el punto de las preocupaciones que entonces se expusieron en la Junta Directiva de Hidroituango.

Ahora bien, al analizar la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009[589], que fundamenta el punto de las preocupaciones que entonces se expusieron en la Junta Directiva de Hidroituango, se observa que la misma fue otorgada acogiendo el Concepto Técnico 56 del 28 de enero de 2009, expuesto por INTEGRAL a la Junta Directiva de HI, lo que evidencia que, en efecto, da decisión se implementó, pues sus consideraciones exponen:

En tal orden de ideas, si para el momento -2009- se tenía conocimiento de los retrasos a los que estaba sometido el proyecto y las modificaciones introducidas implicaban una modificación de los diseños que realizó INTEGRAL, es claro que era necesario buscar una alternativa para minimizar el impacto que la consolidación de tales modificaciones tendría en el cronograma y tal como lo indican los escritos de descargos de Integral la alternativa se encontró en iniciar dos procesos de contratación separados para los túneles de desviación y para las obras principales, sin embargo, lo cierto es que si alguna de tales estructuras (túneles de desviación u obras principales) presentaba retrasos, las consecuencias para materializar la unidad de la megaobra recaerían en su funcionalidad efectiva.

Es importante indicar que si bien el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO en el acta de Junta Directiva de HI No.100, se retiró al momento de tratar el tema de la presa, igualmente esta conducta es atribuible al señor Vásquez, por cuanto participó en las sesiones posteriores en las que se siguió tratando el tema y las decisiones que se tomaron al respecto, así como también por el hecho de que aun cuando esta decisión estuvo mediada desde lo técnico, por la guía de INTEGRAL, como diseñador del proyecto, dada la formación del señor Vásquez como Ingeniero administrador y además abogado debió prever y comprender las implicaciones que la misma tenía para el proyecto.

Ahora, es importante indicar que la decisión de realzar la altura de la presa, generó demoras como consecuencia de la modificación de la licencia ambiental, pero además generó que el contratista de los diseños solicitara un mayor plazo para la entrega de los mismos y que además debieran realizarse adiciones en dinero a dicho contrato.

[589] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_3/Ambiental y social/15-CT-2019-000004/Precontractual/Especificaciones Tecnicas/ Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip

Por lo anterior no tiene asidero lo expuesto por el Apoderado.

De otro lado el Apoderado indicó:

> *"resulta incomprensible que dentro la misma causa fiscal, no se otorgue un trato justo, imparcial y equitativo a todos los sujetos investigados, pues frente a las inexistentes conductas que se atribuyen a mi defendido **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO,** la Contralora Delegada Intersectorial 09 las califique con toda la severidad, exigiendo a partir de su formación profesional como ingeniero administrador (profesión que proporciona elementosde la administración con el rigor y el método de la ingeniería) y abogado, la obligación de haber previsto y comprender las implicaciones que tenían estas decisiones para el proyecto,pese a reconocer que dicha decisión estuvo mediada desde lo técnico por la guía de INTEGRAL, cuando frente al investigado HUGO ALEJANDRO MORA TAMAYO, quien fungió como miembro principal en las reuniones de Junta Directiva 100 de 2009 y 103 de 2009, en ausencia del señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO, aplique juicios axiológicos diferenciados y lo exonere de responsabilidad, en razón de su formación de abogado, admitiendo que con la asesoría de Integral se justificaba su decisión, tal y como se expresaen la página 1157 del auto de imputación que es del siguiente tenor".*

Este argumento es reiterativo por lo que el Despacho se remite a lo dicho líneas atrás.

De otro lado argumentó el Apoderado:

> ***"LAS CONDUCTAS IMPUTADAS AL SEÑOR ALVARO VÁSQUEZ OSORIO NOCONSTITUYEN EJERCICIO DE GESTIÓN FISCAL***
>
> *se atribuyen derivadas de su participación en las reuniones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, en su mayoría no comportan el ejercicio de gestión fiscal.*
>
> *Pues bien, partiendo de la misma definición legal del concepto de gestión fiscal, como aquella que se predica de los privados que tengan a su cargo bienes o recursos del Estadoy sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio, resulta oportuno reiterar, que mi representado en las reuniones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P en las que participó, no realizó conductas que comportaran el ejercicio de gestiónfiscal, tal y como se demostró ampliamente en el desarrollo de los cargos imputados.*
>
> *(…)*
>
> *Conforme con lo que se viene expresando, resulta notoriamente improcedente el juicio de responsabilidad fiscal en contra del señor*

ALVARO VÁSQUEZ OSORIO, en la medida en que las decisiones reportadas en las reuniones de la Junta Directiva por las cuales se le imputó responsabilidad fiscal no implicaron ejercicio de gestión fiscal.
(…)
Como colorario de lo expuesto, es forzoso concluir que frente a mi representado no puedeseguirse el presente proceso de responsabilidad fiscal, como quiera que en las decisionesy autorizaciones de la Junta Directiva en las que participó y que se invocan en el auto imputación, no comportaron el ejercicio de gestión fiscal, tal y como se detalló en los párrafos precedentes"

Frente a lo argumentado por el Apoderado, se trae a colación lo expresado por el Tribunal Administrativo en fallo de primera instancia, confirmado luego por el Consejo de Estado, aseveró:

"Es decir, la Contraloría General de la República encontró que debido al incumplimiento de las funciones legalmente atribuidas al señor (...) referidas al control y aprobación de planes y programas de inversión y operación de la licorera en beneficio de la misma y en atención a los principios de eficacia administrativa y de contratación estatal, al haber autorizado la implementación de un plan promocional nocivo para los intereses de esa misma entidad y del departamento se había generado el detrimento patrimonial cuestionado.

Según lo acepta el mismo actor, dentro de las funciones que le fueron asignadas en su calidad de miembro de junta directiva de la Industria de Licores del Valle, de conformidad con lo establecido en el acuerdo número 026 de octubre tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) de esa misma entidad, se encontraban las siguientes:

"Artículo 17.- Son funciones de la Junta Directiva:
(…)
e. Controlar el funcionamiento de la empresa y verificar su conformidad con la política adoptada.
f. Aprobar las inversiones y operaciones que debe realizar la empresa.
(…)
k. Aprobar los acuerdos, traslados, adiciones que se originen con cargo a los recursos propios de la industria de conformidad con las disposiciones legales emitidas por la Secretaría de Hacienda..."

Conforme a lo expuesto, es claro que a la Junta Directiva de la 1.L.V., a quien (sic) pertenecía el señor (...), le correspondía aprobar los planes y programas para el desarrollo de la industria licorera del departamento (...), por lo que para el efecto debía emplear toda su diligencia con el fin de verificar que los mismos se ajustaran a las políticas y fines de la misma, para lo que debía ejercer el control respectivo. (….)".

La conducta del señor Álvaro Vásquez Osorio, se adecúa a la definición de gestión fiscal que contiene el artículo 3 de la ley 610, toda vez que las acciones y omisiones imputadas dada su condición de miembro principal de la junta directiva de Hidroituango corresponden al contenido de los verbos rectores de la adecuada y correcta planeación, administración, inversión en un proyecto de infraestructura dirigido a cumplir un fin público de satisfacción del interés general, más si se tiene en cuenta que para la época en que las mismas se desarrollaron, Hidroituando era el ejecutor del proyecto.

En ese orden de ideas, no tiene asidero lo expresado por el Apoderado, teniendo en cuenta que el señor Álvaro Vásquez Osorio si comportó el ejercicio de la gestión fiscal

Por lo anterior, no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

El apoderado así mismo argumentó en el escrito de descargos:

> *"INEXISTENCIA DE CONDUCTA DOLOSA O CULPA GRAVE*
>
> *En materia de responsabilidad fiscal, la culpabilidad es de carácter subjetivo y se debe analizar dentro del "ius puniendi" de cada acción o procedimiento, estando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, por lo que, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente".*

Ahora bien, de lo expuesto por el Apoderado, cabe recordar que la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es reparatoria[590], por lo que el desarrollo de la misma no implica la aplicación del poder punitivo del Estado. En este sentido, lo que se exige en el auto de imputación, es que se determinen claramente los elementos de la responsabilidad fiscal, carga con la que cumplió plenamente este Despacho incluyendo los motivos por los cuales se calificaron las conductas del señor Vásquez a título de culpa grave, lo que ya se ha desarrollado líneas atrás y

[590] Corte Constitucional- Sentencia C-338-14. M.P. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Cuatro (4) de junio de 2014. *(…) En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable)* ***sino eminentemente reparatoria o resarcitoria****, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001*." –negrilla ausente en texto original (…)":

se precisará más adelante. Por lo que el argumento planteado no está llamado a prosperar.

De otro lado, el Apoderado indicó:

> *"En la presente causa fiscal, la Contraloría imputó responsabilidad fiscal a mi representado**ALVARO VÁSQUEZ OSORIO**, por su condición de miembro de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango, considerando solamente los supuestos retrasos o modificaciones que se presentaron producto de las decisiones tomadas en las sesiones de la Junta Directiva en las que participó, sin embargo, la Contraloría omitió analizar si para el contextoespecífico en el que se tomó cada decisión, éstas se adoptaron de manera justificada, razonada, diligente y en uso de buen juicio, con independencia de los resultados reportados, teniendo en cuenta **que las obligaciones de los miembros de la Junta Directiva son de medios y no de resultados**, mucho menos podrá imputársele responsabilidad algunaa mi representado por decisiones tomadas por la Junta Directiva de Hidroituango en las cuales el señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO **no participó, bien por ausencia puntual o bienpor su desvinculación definitiva de ese órgano de gobierno societario, como consta en las respectivas actas.***
>
> *El señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO**, en su calidad de miembro de la Junta Directiva dela sociedad Hidroituango, no incumplió con ninguna de las funciones que legal y estatutariamente tenía asignadas en virtud de esa condición, tampoco infringió el deber jurídico de actuación diligente, ya que como lo relatan las actas de las sesiones de Junta Directiva en las que participó, las decisiones en las que votó favorablemente, presuponíansiempre la mejor decisión posible para la sociedad para cada momento de su adopción y se tomaron contando con la respectiva asesoría suministrada por los expertos técnicos, jurídicos y financieros tanto de la sociedad Hidroituango como de los terceros contratados para el efecto, quienes en las diferentes reuniones exponen los motivos por los cuales justifican la viabilidad de determinada decisión.*
>
> *Ahora bien, frente a ese deber de diligencia y cuidado que se exige al de un buen hombre de negocios, que es la regla de conducta sobre el cual la Contralora Delegada Intersectorial09 analiza las actuaciones de mi representado y edifica su imputación, no puede olvidarseque en el mundo comercial y de los negocios exige la toma de decisiones, muchas veces audaces, en el buen sentido de la palabra, que tienen implícito un componente de riesgo, en cuanto a la posibilidad o contingencia de ganancia o pérdida"*[8]

Se trata de un argumento reiterativo, que ya fue desvirtuado con lo dicho atrás. De otro lado indicó el Apoderado:

> *"De manera concluyente, no existe ninguna relación de causalidad como la plantea la Contraloría entre las conductas o hechos que se le imputan al señor **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO** en su calidad de miembro de la*

Junta Directiva de la sociedad Hidroituango y el colapso de la GAD y por consiguiente en la destrucción del valor del proyecto y el lucro cesante que esa contingencia terminó generando"

En primer término, es necesario anotar que el nexo de causalidad fue explicado líneas atrás y que también se ha reiterado a lo largo de todo este proveído que la única causa eficiente del daño no es la obstrucción del túnel del Sistema Auxiliar de Descarga o Galería Auxiliar de desvío (GAD). Por lo que el Despacho en este punto también se remite a lo contestado líneas atrás.
Frente a la inexistencia del nexo causal entre el daño y la conducta, este Despacho expresa lo siguiente:

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **<u>destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.</u>**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

*"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **<u>eficiente y determinante</u>** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **<u>resulte idóneo para su</u>***

> ***configuración****. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la* ***causa idónea y eficiente para la producción del daño***"[591].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[592].*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[593]*:*
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*

---

[591] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[592] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:

"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).

"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[593] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> *"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*
>
> *Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[594]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una *"serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal"*.

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS**

[594] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA**

AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[595] .
En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[596], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato

595 *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

596 Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

De conformidad con lo anterior, el argumento del Apoderado no prospera.

El apoderado expresó en los argumentos de descargos, lo siguiente:

> ***"IMPROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA***
>
> *Pues bien, para la época de realización de las conductas que se imputan a mi defendido, no existía en estricto sentido, precepto legal (derecho positivo) dentro del proceso de responsabilidad fiscal, para imputar responsabilidad solidaria, por lo que resulta jurídicamente incorrecto aplicar para el caso de mi defendido ALVARO VÁSQUEZ OSORIO el régimen de solidaridad establecido en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, pues ello equivaldría a la aplicación retroactiva de una disposición que no se encontraba vigente parala época en que ocurrieron los hechos que se imputan a mi defendido como constitutivos del daño, lo cual constituye una flagrante violación del debido proceso.*
>
> *Además de lo anotado, que constituye razón suficiente para demostrar lo irregular del autode imputación, como se ha expresado, respecto a los hechos que se imputan a mi representado ALVARO VÁSQUEZ OSORIO no existe ninguna concurrencia o contribución para la producción del presunto daño patrimonial".*

Sobre este punto, resulta necesario precisar el texto del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial".*

Este artículo positivizó para la responsabilidad fiscal – que cabe recordar es una subespecie de responsabilidad civil-, lo ya consagrado en el artículo 2344 del Código Civil y que se aplicaba al proceso de responsabilidad fiscal antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011De lo expresado por el Apoderado frente a la solidaridad, es importante traer a colación lo expresado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B, en sentencia de fecha 16 de agosto de 2018, en la cual se indicó frente a la solidaridad en una decisión que tiene por objeto un fallo con responsabilidad fiscal:

> *"(…)*
>
> *Ahora bien, cabe precisar que la solidaridad, en cuanto al pago de obligaciones y/o deudas se refiere, y para el caso[597], lo que permite es*

[597] La Ley 1474 de 2011, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de control de la gestión pública", establece: *"ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares,*

que frente a quienes han sido declarados responsables fiscales se les pueda reclamar y/o exigir la totalidad de la suma o monto atribuido como daño patrimonial debidamente acreditado en el proceso de responsabilidad fiscal, independientemente de la cuota o parte que le corresponda a cada uno por su participación en la generación del daño[598].

Al respecto, cabe destacar que, según la doctrina[599] "la obligación solidaria es aquella en que hay varios deudores o varios acreedores, y que tiene por objeto una prestación, que a pesar de ser divisible, puede exigirse totalmente para cada uno de los acreedores, o a cada uno de los deudores, por disponerlo así la ley o la voluntad de las partes, en términos que el pago efectuado a uno de aquellos o por uno de estos, extingue toda la obligación respecto de los demás (…) Así pues, la solidaridad consiste en que una obligación divisible puede ser cobrada en su totalidad a cualquiera de los deudores de la misma (…)".

De otro lado, el apoderado expresó:

*"Ciertamente, los verbos "contribuir" o "concurrir" a la materialización del daño, como elemento determinante de causalidad para vincular demás personas, se constituye en un componente concluyente para perseguir el resarcimiento al patrimonio del Estado, **exige larelación próxima y de conexidad necesaria con el daño finalmente causado**, lo cual no se cumple frente al señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO".*

Frente a este argumento, es importante indicar que la conducta atribuida al señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO**, fue en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las acciones y omisiones indicadas, en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango**:

El referido actuar significó la inobservancia de las funciones que como miembro de Junta Directiva de HI le correspondían a **ALVARO VÁSQUEZ OSORIO**, y por lo tanto lo apartó del del modelo de buen hombre de negocios que impone la Ley mercantil y ni siquiera atendió al deber de cuidado que una persona negligente

responden solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial".

598 El código Civil Colombiano, prescribe: "*Artículo 1558. DEFINICIÓN DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota de la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito".*

599 TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Legis, Tomo I. Quinta Edición, Bogotá D.C. 2010. Página 43.

emplea en sus propios negocios, lo anterior en los términos del artículo 63 del Código Civil.

Situación particularmente grave si se tiene en cuenta que el señor **Alvaro Vásquez Osorio** es Ingeniero Administrador y Abogado por lo que cuenta con las calidades, conocimientos y experiencia que le son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñarse como manejador y administrador de los recursos públicos.

Por lo anterior, los verbos “contribuir” o “concurrir” a la materialización del daño, como elemento determinante de causalidad para vincular demás personas y que son traídos en el argumento por el Apoderado, no aplican para el caso del señor Vásquez Osorio, teniendo en cuenta que la conducta endilgada fue como gestor fiscal directo.

Por lo anterior, no tiene asidero lo expresado por el Apoderado.

De otro lado, indicó el Apoderado:

> *“En conclusión y como quiera que las conductas que se imputan a mi defendido, son independientes frente a los demás sujetos investigados, su obligación, en el hipotético casode demostrarse a través de pruebas idóneas alguna conducta que se le pueda atribuir comoconstitutiva de responsabilidad fiscal, en igual sentido será divisible, razón por la cual, no existe título jurídico alguno para convertirlo solidariamente responsable por el valor total deldaño fiscal, cuando claramente en este caso, nos encontramos frente a una cadena de sucesos que rodearon la ocurrencia del hecho dañoso en la que participaron diferentes actores en distintos grados de contribución.*
>
> *Finalmente se reitera, que además de inexistencia de obligación solidaria de mi representado frente al monto total del presunto daño patrimonial, su participación en los hechos fue irrelevante frente al hecho dañoso, toda vez que con su actuar, no contribuyó ni fue la causa eficiente y necesaria para la producción del daño antijurídico”.*

Se reitera lo expresado en líneas anteriores, al analizar la solidaridad.

Por lo anterior no prospera lo expresado por el Apoderado.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal en contra del señor ALVARO VÁSQUEZ OSORIO, en calidad de gestor fiscal, de manera solidaria y a título de culpa grave, en cuantía indexada de ($4.330.831.615.227,34)M/Cte.

ARGUMENTOS COMUNES DE DEFENSA

IVÁN MAURICIO PÉREZ SALZAR
C.C. 71.712.530

ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA
C.C. 98.575.296

El apoderado, inició sus argumentos indicando:

> ***"CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL***
>
> *Para la fecha de los hechos investigados estaba vigente, en materia de caducidad de la acción fiscal, el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, que establecía:*
>
> *Caducidad y prescripción.* ***La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.*** *Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública. (Negrillas y subrayas propias).*
>
> *Tal norma fue reformada por el Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020, que en su artículo 127 consagró:*
>
> *Modificar el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:*
>
> *"ARTÍCULO 9º.* ***Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos diez (10) años desde la ocurrencia del hecho generador del***

daño al patrimonio público, *no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Una vez proferido el auto de apertura se entenderá interrumpido el término de caducidad de la acción fiscal. (Negrillas y subrayas propias).*

La investigación fiscal fue abierta mediante auto 945 del 8 de noviembre de 2019. Tanto la investigación y la imputación fiscal formulada en contra de Iván Mauricio Pérez Salazar y Alejandro Antonio Granda Zapata, se fundó en la actuación de estos como miembros de la Junta Directiva de Hidroituango en razón de su desempeño como Gerentes Generales del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA. Como consta en las páginas 770 y 771 del pliego de cargos (Auto No. 1484 del 2 de diciembre de 2020), la última participación del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en las juntas directivas de Hidroituango fue el 7 de noviembre de 2014, por tanto, a la fecha de apertura de investigación habían transcurrido más de cinco (5) años y, por ende, no era posible para la Contraloría abrir investigación fiscal en su contra por haber operado el fenómeno procesal de la caducidad de la acción. Así reseña el mismo auto de imputación la actuación del doctor Pérez Salazar en las juntas directivas según el auto citado:

*El señor **IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR**, participó en las siguientes juntas directivas:*

No. Acta de Junta Directiva	*Fecha*
131	*25 de abril de 2021*
132	*10 de junio de 2012*
133	*4 de septiembre de 2012*
134	*31 de octubre de 2012*
135	*30 de noviembre de 2012*
136	*13 de diciembre de 2012*
137	*6 de febrero de 2013*
138	*25 de febrero de 2013*
139	*11 de abril de 2013*
140	*7 de junio de 2013*
141	*2 de agosto de 2013*
144	*4 de marzo de 2014*
145	*11 de abril de 2014*
146	*5 de mayo de 2014*
147	*26 de mayo de 2014*

148	*9 de junio de 2014*
149	*31 de junio de 2014*
150	*15 de agosto de 2014*
151	*7 de noviembre de 2014*

Por otro lado, a folio 582 se evidencia que también se imputó responsabilidad fiscal al doctor Alejandro Antonio Granda Zapata por lo decidido en las reuniones de Junta Directiva consagradas en las actas 130 y 140 a 142 de 2013 y 144 de 2014.

Acta No.	*Fecha*
130	*1 de marzo de 2012*
140	*7 de junio de 2013*
141	*2 de agosto de 2013*
142	*18 de octubre de 2013*
144	*20 de febrero de 2014*
152	*3 de marzo de 2015*
153	*4 de mayo de 2015*
154	*27 de mayo de 2015*
155	*28 de julio de 2015*
156	*23 de septiembre de 2015*
157	*26 de noviembre de 2015*
158	*28 de diciembre de 2015*

Sin lugar a dudas, toda la actuación del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en las reuniones de Junta Directiva de Hidroituango sucedieron cinco años antes de abrirse la investigación fiscal en su contra, al igual que las reuniones certificadas en las actas de la Junta Directiva de Hidroituango números 130 y 140 a 142 de 2013 y 144 de 2014, en las que estuvo el doctor Alejandro Antonio Granda Zapata.

Por tanto, incluso de oficio, debió ser declarada la caducidad por la Contraloría y, por ende, ordenar el archivo de la investigación fiscal a favor del doctor Pérez Salazar y archivar por los actos derivados de las reuniones de junta directiva contenidas en las actas 130 y 140 a 142 de 2013 y 144 de 2014 a favor del doctor Granda Zapata. Ello por cuanto la caducidad es norma imperativa y de orden público por la cual se garantiza la seguridad jurídica en desarrollo del debido proceso, como en múltiples pronunciamientos lo ha manifestado la Corte Constitucional.

Por ejemplo, en sentencia C-836 de 2013, la Corte Constitucional señaló:

> *El legislador estableció un término de caducidad de la acción fiscal siguiendo la jurisprudencia que en tal sentido había fijado esta Corte, fuera de lo cual al preverlo actuó dentro del amplio margen de configuración que se le reconoce en materia como la que ha sido objeto de examen, potestad configurativa que también se extiende a la inclusión de la figura de la prescripción,* ***así como a la fijación del término en el que opera la caducidad de la acción fiscal, término que, según reiterada jurisprudencia garantiza la seguridad jurídica, el ejercicio razonable de las facultades correspondientes a las contralorías y los derechos de quienes eventualmente pudieran ser sujetos pasivos de la acción fiscal,*** *lo que comporta su armonización con los principios que guían el cumplimiento de la función administrativa, sin que se advierta en su duración o en su concurrencia con el término de prescripción motivo de inconstitucionalidad alguno.*
> *(…)*
>
> ***La existencia de un término de caducidad de la acción fiscal pretende, también, asegurar el actuar diligente de las contralorías, pues, pese a que esté involucrado el interés general, no pueden mantener indefinidamente las indagaciones o postergar sin límite temporal alguno la iniciación del proceso fiscal, porque, de lo contrario, "el sistema jurídico se vería abocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas****.1 (Negrillas y subrayado propio).*

La existencia de un término razonable para dar inicio a la investigación fiscal no solo está consagrado en la legislación vernácula, sino en el derecho internacional, pues no puede soslayarse que el numeral primero del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicable en Colombia, establece:

> ***Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable****, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,* ***en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*** *(Negrillas y subrayas propias).*

Si para el derecho internacional de los derechos humanos es imprescindible la existencia de un plazo razonable para que un estado inicie los procesos de responsabilidad fiscal en contra de sus funcionarios, también lo es para el derecho constitucional colombiano y, en especial, así lo ha determinado la Corte Constitucional. Por ejemplo, en la sentencia T-973 de 1999, La Corte

Constitucional ante la infundada interpretación de que la acción fiscal no caducaba y era imprescriptible por cuanto los bienes públicos son imprescriptibles, señaló:

> *En materia del proceso de responsabilidad fiscal, es preciso distinguir para efectos de la caducidad de la acción fiscal, que uno es el proceso que se dirige contra la persona encargada del recaudo, manejo o inversión de dineros públicos o de la administración de bienes del Estado, que por su acción u omisión asumió una conducta contraria a la ley, para determinar su responsabilidad, y eventualmente, según el fallo que se profiera, imponerle la respectiva sanción.* ***En este caso, el proceso fiscal, como lo señaló la Corte, tiene establecido un término de caducidad****. Y otro, es el proceso que se sigue para la recuperación los bienes fiscales o de uso público, los que de conformidad con lo establecido por el artículo 63 de la Constitución, son imprescriptibles. En este caso, como lo señala la ley 446 de 1998, cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables, la acción no caducará. En consecuencia, el argumento es aceptable en cuanto se afirma que la caducidad no se predica de las acciones que el Estado ejerza en defensa de los bienes estatales, en la medida en que éstos son imprescriptibles; pero en relación con la acción encaminada a deducir la responsabilidad fiscal del funcionario por un hecho, omisión u operación suya que implique la defraudación del erario público, el mal manejo, inversión o recaudo de dineros públicos, o la indebida administración de bienes del Estado****, en cuanto está de por medio el derecho fundamental de la persona al debido proceso, la jurisprudencia, aplicando un criterio analógico, ha establecido que existe un término de caducidad de dos años para que la Contraloría pueda iniciar el proceso de responsabilidad fiscal. Por lo tanto, el servidor público, como lo ordena la Constitución queda sujeto a una evaluación de su gestión y de su responsabilidad personal, en los términos de la Constitución y de la ley, pero a su vez, le corresponde el derecho a que dicha evaluación se desarrolle con las garantías y formalidades propias del debido proceso. Una de las cuales consiste en la fijación de un término para poderse iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.2*** *(Negrillas y surbrayas propias).*

Como se desprende de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-863-13, el legislador colombiano acogió el criterio de dicha Corporación que prescribió la necesidad de establecer un término razonable tanto para dar inicio a las investigaciones fiscales, como para terminarlas. En tal sentencia, no solo destacó la necesidad de establecer dicho término, sino que reconoció total competencia al congreso para determinar el término de caducidad y prescripción de la acción fiscal. Así lo contempló la Corte en dicha sentencia:

La Corte ha apuntado que "ante las ostensibles inconsistencias de contenido" que acusaba la Ley 42 de 1993 y "habida consideración de la necesidad de estipular unas reglas más idóneas sobre la materia, se expidió la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"[12], ley que buscó regular "un régimen integral para el trámite del proceso fiscal, incorporando una serie de garantías a favor de los implicados, en correspondencia con el tratamiento jurisprudencial sobre la materia y el respeto por el debido proceso"

En materia de caducidad de la acción fiscal, la Corte ha advertido que, en la Ley 610 de 2000, el Congreso de la República "siguió el pronunciamiento que en su momento hiciera esta Corporación, en el sentido de que sí existía un término de caducidad para la acción fiscal, e igualmente confirmó el criterio que estableció el momento a partir del cual debía comenzar a contabilizarse el término para que operara la caducidad de la acción fiscal, modificando únicamente el plazo de caducidad de dicha acción, ampliándolo a cinco (5) años".

Al hacerlo así, el Congreso no solo se atuvo a jurisprudencia constitucional previa, sino que, adicionalmente, obró dentro del margen de configuración que le corresponde, toda vez que, "de acuerdo con la teoría procesal, tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos de origen legal cuyas características y efectos debe indicar el legislador"[15], lo cual es especialmente válido tratándose de la regulación del proceso de responsabilidad fiscal que es "exclusiva y excluyente del legislador", de acuerdo con lo previsto en el artículo 124 de la Constitución, que defiere a la ley la determinación "de la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva", en armonía con el artículo 267 superior que le atribuye al legislador el establecimiento de "los procedimientos, sistemas y principios" para el ejercicio del control fiscal.

La Corte ha interpretado que la aludida materia "ha sido delegada por completo al legislador, el cual, amparado en un criterio de razón suficiente, puede entonces entrar a definir todo lo relacionado con las medidas alusivas al control fiscal y con la firmeza o el carácter definitorio de sus decisiones", dado que "de la Constitución no puede deducirse criterio alguno que indique a partir de qué momento las actuaciones administrativas o las puramente técnicas de fiscalización de la gestión fiscal, deben adquirir firmeza y ser fuente de derechos u obligaciones para ciertos sujetos favorecidos o afectados por ellas", pues se trata, "sin duda, de una materia enteramente deferida a la ley que, con apoyo en las más variadas razones, puede definir lo que puede denominarse cosa decidida en materia administrativa o en materia de control fiscal".

> *De los criterios precedentes se desprende, con claridad, que el legislador cuenta con un extenso margen de regulación, como lo reconoció esta Corte al enfatizar que "la definición del trámite que debe seguirse para establecer la responsabilidad fiscal, incluyendo las medidas relacionadas con la firmeza de las decisiones, le corresponde directamente a la ley, dentro de un marco amplio de libertad de configuración normativa"3.*

Los anteriores párrafos dan cuenta de manera apretada del desarrollo jurisprudencial y legal de la consagración de la caducidad de la acción fiscal en nuestro ordenamiento. Como puede observarse en la Sentencia T-973 de 1999, aun sin norma positiva que la estableciera, la Corte Constitucional estimó que debía existir dicho término ante la imposibilidad de someter al funcionario investigado a la inseguridad jurídica que conlleva la inexistencia de término para dar inicio a la investigación fiscal. En tal caso, la Corte encontró que era razonable aplicar el término de caducidad de la acción de reparación directa y aplicó dicho término como caducidad de la acción fiscal.

*Posteriormente, en el año 2000, el Congreso expidió la Ley 610, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, en la que contempló, en su artículo 9, el término de caducidad de la acción fiscal de cinco (5) años, **contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño**. Estimó el legislador que dicho plazo era razonable y permitía a las contralorías ejercer el control fiscal y desarrollar los procesos de responsabilidad fiscal de manera eficiente y eficaz, pues, muy seguramente, estimó que el término de dos años aplicados por la jurisprudencia de la Corte era muy corto.*

Recientemente, el Presidente de la República, amparado por lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 04 de 2019, expidió el Decreto 403 del 16 de marzo de 2020, mediante el cual, entre otros asuntos, estableció en el artículo 127, el término de 10 años como caducidad de la acción fiscal.

Obviamente, nuestro legislador ha estimado que el término cinco años es insuficiente para abrir procesos de responsabilidad fiscal en ciertas circunstancias y por ello decidió ampliar dicho término de la única manera legítima que en un estado de derecho puede hacerse. Es decir, a través de la expedición de una norma clara y expresa que defina el término y los extremos para su aplicación: cinco años primero y ahora diez, contados a partir de el hecho generador del daño.

Por ello resulta absolutamente inadmisible y prevaricoso asumir interpretaciones distintas a la claridad que da la norma para la aplicación de la caducidad en tanto garantía procesal como lo hace la Contraloría General de la República con la caducidad de la acción. Es decir, a pesar de que la norma es absolutamente clara, el ente de control se permite disponer de interpretaciones indebidas e ilógicas para contar el término de caducidad y aplicarla según su criterio en cada caso en particular. Así, pese a que, por ejemplo, al momento de

abrir investigación fiscal habían transcurrido más de cinco años de todas las actuaciones del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar y de algunas del doctor Alejandro Antonio Granda Zapata que sirvieron de sustento para la la apertura e imputación de responsabilidad fiscal, abre investigación por todas las actuaciones con fundamento en una interpretación que no es posible realizar por la claridad de la norma, lo que constituye un evidente desconocimiento estado de derecho y las garantías constitucionales que implica.

Es evidente que al doctor Pérez Salazar se le reprocha su actuación en calidad de miembro de la Junta Directivo de Hidroituango y más claro aún que su última actuación en la Junta Directiva fue el 7 de noviembre de 2014 (acta No. 151), es decir, más de cinco años después de la apertura de investigación fiscal, lo que sucedió el 8 de noviembre de 2019.

Igual de evidente es que el acta 144 tiene fecha del 20 de febrero de 2014, por ende, tanto la actuación registrada en esta acta, como las registradas en la actas 130 y 140 a 142 de 2013, fueron realizadas cuando ya había transcurrido el término de caducidad de la acción fiscal, pues, se reitera, el auto de apertura de responsabilidad fiscal fue expedido el 8 de noviembre de 2014.

En consecuencia, en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, aplicable a caso que nos convoca, deberá declararse la caducidad de la acción fiscal a favor del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar y ordenar su archivo inmediato. Igualmente, deberá declararse que las actuaciones del doctor Alejandro Antonio Granda Zapata, contenidas en las actas 130 y 140 a 142 de 2013 y 144 de 2014, operó el fenómeno de la caducidad y ordenar el archivo por tales actuaciones.

Rta/: El apoderado en el escrito de descargos, invocó como argumento la caducidad de la acción fiscal, respecto de los hechos investigados en contra de los señores Iván Mauricio Pérez Salazar y Alejandro Antonio Granda Zapata, teniendo en cuenta que frente al señor Pérez Salazar, la última participación en las juntas directivas de Hidroituango fue el 7 de noviembre de 2014 y respecto al señor Granda Zapata, las reuniones certificadas en las actas de la Junta Directiva de Hidroituango correspondientes a las número 130 y 140 a 142 de 2013 y 144 de 2014, por lo que concluyó que a la fecha de apertura de investigación habían transcurrido más de cinco (5) años y, por ende, no era posible para la Contraloría abrir investigación fiscal en su contra por haber operado el fenómeno procesal de la caducidad de la acción.

Así mismo el apoderado invocó en el escrito de descargos la falta de competencia para investigar al doctor Iván Mauricio Pérez Salazar y parcialmente al doctor Alejandro Antonio Granda Zapata por hacer operado el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal. Al respecto, el Despacho mediante Auto No.0709 de 19 de abril de 2021, por medio de decidió unas solicitudes de nulidad expresó al respecto:

"(…) El Despacho, al respecto indica que desde el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se precisó que en el presente proceso no ha operado el fenómeno

jurídico de la caducidad al tratarse de actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, pues pese a que las conductas reprochadas a los presuntos responsables iniciaron antes del 08 de noviembre de 2014, sus efectos, que constituyen el daño identificado, se han extendido en el tiempo hasta el día de hoy.

En tal medida, es necesario recordar que el tracto sucesivo de las conductas se encuentra dado por la toma de decisiones que pusieron en estado de vulnerabilidad el proyecto hidroeléctrico y desencadenaron la emergencia en 2018, en los términos expresados en los Autos 945 del 08 de noviembre de 2019 y 1484 del 02 de diciembre de 2020.

Por ende, no es posible tener como hechos independientes cada una de las conductas reprochadas, cuyo nexo de causalidad con los hechos generadores de daño se encuentra suficientemente acreditado en el plenario, haciendo caso omiso a que se trata de una serie de hechos continuos y concatenados que dieron lugar a la destrucción del valor presente neto del proyecto y su consecuente lucro cesante, por el cual se debe responder aun a título de contribuyente (…)".

Así las cosas, este Despacho reitera lo expuesto en el Auto No.0709 de 19 de abril de 2021 (fls. 24537-24569), en el sentido que desde el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se precisó que en el presente proceso no ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad al tratarse de actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, pues pese a que las conductas reprochadas a los presuntos responsables iniciaron antes del 08 de noviembre de 2014, sus efectos, que constituyen el daño identificado, se han extendido en el tiempo hasta el día de hoy.

Por lo anterior, no hay lugar al argumento expuesto por el Apoderado.

De otro lado, argumentó el apoderado:

"LAS RAZONES DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS A IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR Y ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020, la Contraloría General de la República sustenta la imputación en los siguientes reproches:

A Iván Mauricio Pérez Salazar, le señalan como conductas constitutivas de responsabilidad fiscal las siguientes:

5. Heber desechado el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente

retomado en 201, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de Hi."

6. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

7. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

8. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

9. Omitir informar al delegante, Sergio Fajardo, la actividad realizada como delegado en la Junta Directiva de Hi.

A Alejandro Antonio Granda Zapata, la Contraloría General de la República le hace el siguiente reproche:

Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

RESPUESTA A LAS ACTUACIONES QUE SUSTENTAN LA FORMULACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS A LOS DOCTORES IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR Y ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA

En este apartado se responderá cada una de las razones que expone la Contraloría para formular imputación fiscal a los doctores Iván Mauricio Pérez Salazar y Alejandro Antonio Granda Zapata.

1º. Heber desechado el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 201, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de Hi.

El reparo acerca del informe PENTA, formulado en contra del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, entre otros, es evidentemente infundado, según los medios probatorios existentes en el proceso. En primer término, el informe PENTA no fue desechado. El proyecto nunca estuvo desprovisto de mecanismos de control y, por último, nunca fue retomado en el sentido al que alude la Contraloría, como se verificará en los párrafos que siguen. Al respecto, es necesario contextualizar de manera breve y concreta las circunstancias en las que el informe PENTA llegó a la Junta Directiva de Hidroituango en el período en que participó el doctor Pérez Salazar. En ese sentido, es preciso señalar que con motivo de la variación de las actividades de la Sociedad Hidroituango en razón de la celebración del contrato BOOMT, la Junta Directiva debía definir la estructura administrativa de la sociedad Hidroituango para atender las obligaciones que suscitaban la nueva realidad de la sociedad Hidroituango y la vigilancia y control de dicho contrato, esto es, el BOOMT. Para ello, desde el año 2011, la Sociedad contrató a la empresa PENTA Desarrollo Organizacional para que elaborara una propuesta a Hidroituango sobre la estructura administrativa y de procesos de la sociedad con el propósito de facilitar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad en virtud de la celebración del contrato BOOMT.
La empresa contratada presentó, en agosto de 2011, el correspondiente informe de consultoría de rediseño organizacional en el que, de manera general, proponía varias posibilidades de organización administrativa, funciones, perfiles y planta de cargos y de procesos de la entidad con varias opciones según la adopción o no de un software denominado BUSSINES INTELLIGENCE-BI.

Tal informe fue presentado por el gerente para ese entonces de Hidroituango a la Junta Directiva en reunión del 30 de noviembre de 2011, según consta en el acta No. 128 de esa fecha. Como puede verificarse en dicha acta, la propuesta contenía información sobre la estructuración administrativa y de procesos de la sociedad y planteaba el software BUSSINES INTELLIGENCE-BI. Además, contempló costos de implementación y variantes según la implementación de dicho software.

Como puede corroborarse en el acta de Junta Directiva de Hidroituango No. 128 de noviembre de 2011, luego de poner en tela de juicio el costo, pertinencia, eficiencia y eficacia de la propuesta de reorganización presentada por PENTA, en especial por referido al software BUSSINES INTELLIGENCE-BI, decidió aplazar la decisión acerca de la propuesta de PENTA para que fuera la Junta Directiva entrante la que decidiera sobre el asunto.

Así fue presentado el estudio por el gerente de la época el informe aludido:

A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un Business Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer en tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas; está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas. Los costos varían de mil a cinco mil millones de pesos, dependiendo de la complejidad del sistema escalado y su implementación puede demorar de doce a veinticuatro meses.

Con relación a la implementación de un B I en Hidroituango, concluye el doctor Ramírez que:

- HI no tiene control sobre las fuentes de información que alimentan el BI. (Ingreso, calidad, oportunidad).
- La información oficial que requiere se soporta en informes periódicos (mensuales, trimestrales, semestrales y anuales) entregados por: EPM Ituango, Auditoria de Costos, Deloitte, Comité de Seguimiento, Revisoría fiscal de EPM Ituango, entre otros.
- HI no toma decisiones operativas con respecto al Proyecto. (No Coadministración, No Control Previo)

5

Por lo anterior, y con la finalidad de conocer, recibir y analizar la información que suministra EPM Ituango, en HI se programó la Intranet Corporativa y se elaboró un Cuadro de Mando Integral para manejar la información del contrato Boomt. Presenta y compara a continuación la estructura y beneficios de ambas herramientas tecnológicas.

Concluye el doctor Luis Guillermo Gómez que el B I suministra una información en tiempo real que no es la requerida por HI, por cuanto no la que se recibirá de EPM I no la tendrán en tiempo real y, de otro lado, su montaje implica tiempo y recursos económicos importantes. Penta expresa en su informe final que se debe tener una fase de transición para su implementación, que puede ser larga de acuerdo con el tipo de B I. Por lo anterior, la intranet y el tablero de mando elaborados por la Empresa, pueden suministrar la información suficiente que HI requiere para la verificación del Boomt y en su debida oportunidad.

A inicios del año 2012, el doctor OSCAR JARAMILLO, presentó ante la nueva Junta Directiva, el sistema de seguimiento denominado "Cuadro de Mando de Indicadores", cuyo propósito fue llevar el control del avance del contrato BOOMT, sistema que, en términos del Gerente, permitía realizar un seguimiento al contrato BOOMT igual al Bussines Intelligence – BI propuesto por PENTA. Así quedó señalado en el acta:

J.- CUADRO DE MANDO

A continuación, el doctor Oscar Jaramillo enseña a la Junta el Cuadro de Mando de Indicadores que se ha elaborado en HI para llevar el control de avance del contrato medido por por porcentajes de avance . Este tablero o cuadro de mando elaborado con Macros en Excel (Visual Basic), realmente es un sustituto del Bussines Inteligence (BI) propuesto por el consultor para la Estructura Administrativa - Penta Indica el dr. Jaramillo, que con la información presentada de esta manera, permite mostrarle a la Junta Directiva un resumen gerencial del seguimiento al Contrato BOOMT y, por consiguiente, el estado de avance global del proyecto.

Como consta en el acta 131 del 25 de abril de 2012, primera reunión de Junta Directiva de Hidoroituango en la que participó el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, el gerente encargado de la época, el doctor Óscar Jaramillo, comunicó a los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, que la entidad había ajustado la estructura administrativa de la sociedad a quince (15) funcionarios de los 58 que tenía. Para ello se habían gestionado procesos de negociación y retiros voluntarios de los funcionarios.

En lo que respecta a la verificación del contrato BOOMT, señaló el gerente que la vigilancia y verificación de dicho contrato se realiza con los empleados que quedaron en la planta a los que se les reasignaron funciones de seguimiento y control de las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato BOOMT.

Igualmente, en dicha sesión de Junta Directiva fue encargado el gerente y los directivos de la sociedad para estudiar y analizar la propuesta presentada por PENTA de manera integral, esto es, los costos, conveniencia, oportunidad, viabilidad técnica y económica. Dicha actuación fue informada oportuna y suficientemente al señor Gobernador por el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, el 27 de abril de 2012, es decir, dos días después de la reunión de Junta Directiva, en el que señaló: "El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos".

Como se verifica en el acta No. 133 del 4 de septiembre de 2012, ya con el nombramiento del nuevo Gerente, se le encomendó a dicho funcionario por parte de la Junta Directiva la evaluación del estudio presentado por la firma PENTA con el fin de determinar la estructura administrativa requerida por Hidrituango de acuerdo con las obligaciones contractuales adquiridas en virtud de la suscripción del BOOMT, el cual debía ser presentado a la Junta Directiva en la próxima reunión.

En efecto, según se desprende del acta No. 134 del 31 de octubre de 2012, el señor John Alberto Maya Salazar, gerente de Hidroituango, expuso la propuesta de estructura administrativa de Hidroituango de la siguiente manera:

El Gerente, dando cumplimiento a las instrucciones de la Junta Directiva, presento (sic) la propuesta de la estructura de HI (se anexa) que le permite afrontar el nuevo rol de la sociedad dado la ejecución del contrato BOOMT por un tercero, para ello tuvo en cuenta las labores de la empresa antes de dicho

contrato, la propuesta del consultor Penta Desarrollo Organizacional, y el análisis de su propio equipo de trabajo.

Considera que la planta de personal requerida no implica la aplicación de la figura del Bussines Inteligence, por costosa y porque con el personal adecuado y la plataforma de información que ha dispuesto EPM es suficiente, también presentó los perfiles requeridos para el personal propuesto y que la escala salarial seguiría los lineamientos de dicha escala en la Gobernación de Antioquia, y que presupuestalmente tiene un valor mensual de $156.1 millones.

En la presentación que hizo a la Junta Directiva el doctor John Alberto Maya Salazar, puede verificarse la siguiente información:

CARGOS	HI 2011	PROPUESTAS PENTA				PROPUESTA HI 2012
		1	2	3	4	
Directivos	5	5	5	5	5	5
Profesionales	11	19	16	11	7	7
Asistentes y Auxiliares	3	9	3	6	1	4
TOTAL	19	33	24	22	13	16

CUADRO COMPARATIVO DE COSTOS

CONCEPTO	HI 2011	PROPUESTAS PENTA 1	2	3 (*)	4 (*)	PROPUESTA HI 2012
Costo promedio laboral mes (millones de pesos)	$ 257.0	$ 221.4	$ 195.8	$ 176.3	$ 147.4	$ 156.0
Costo mes mantenimiento y actualización BI	$ -	$ -	$ -	$ 37.5	$ 37.5	$ -
Costo mes tercerización	$ -	$ -	$ 38.2	$ -	$ 38.2	$ -
COSTO TOTAL MES (millones de pesos)	$ 257.0	$ 221.4	$ 234.0	$ 213.8	$ 223.1	$ 156.0

(*) No incluye los costos de la inversión inicial de $4.500 millones de pesos

Como puede colegirse de las diapositivas presentadas por el Gerente y su equipo, que además fue asesorado por la empresa PENTA, lo que puede verificarse igualmente en el informe presentado por el señor Gerente de Hidroituango de la época, se acoge parcialmente el estudio de Penta, en tanto que se acoge la estructura administrativa propuesta en dicho estudio de 16 funcionarios y se propone y decide no adoptar el Bussines Intelligence BI, por considerarse que no se ajustaba a la sociedad Hidroituango, pues había sido estructurado para empresas con fines comerciales y de extrema competitividad, diferente al ejercicio misional de Hidroituango. Ello además del elevado costo y la demora en la implementación del mismo.

A tal conclusión también había llegado la anterior Junta Directiva y el gerente de la época, el doctor Luis Guillermo Gómez Atehortúa, como se desprende de lo relacionado en el acta de Junta Directiva de Hidroituango del 30 de noviembre de 2011:

> El doctor luis Guillermo Gomez considera sensata la apreciación del Presidente de la Junta. Reitera que la información que suministra un B I es en tiempo real y en HI, dadas las condiciones de la verificación, no se tendrá la información en tiempo real. Ello representaría embarcarse en un sistema que no prestaría servicio alguno, ya es mayor la importancia de analizar la información que llega, que la rapidez con la que llega

Aunque bastaría señalar que la Contraloría ha incumplido su obligación procesal de demostrar la idoneidad y perfecta adaptabilidad del software Bussines Intelligence BI a Hidroituango y que con tal sistema se garantizaría efectivamente el seguimiento del proyecto para negar el fundamento del reproche al doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, es ineludible señalar que dicho sistema no se ajustaba a las actividades de Hidroituango, en tanto que esta sociedad requería hacer un seguimiento de tres cronogramas de manera simultánea, lo que no era posible con el Bussines Intelligence BI.

Como lo manifestaron los funcionarios que estudiaron y analizaron el Bussines Intelligence BI, este software es inoperante para Hidroituango, en tanto que la sociedad no "tiene el control sobre las fuentes de información para alimentarlo, ingreso, calidad, oportunidad. La información oficial que requiere se soporta en informes periódicos (mensuales, trimestrales, semestrales y anuales) entregados pro EPM, Ituango, Auditoría de Costos, Deloitte, Comité de seguimiento, Revisoría fiscal de EPM Ituango, entre otros. Hi no toma decisiones operativas con respecto al Proyecto. (No coadministración, No control Previo)." (Acta 128 Junta Directiva Hidroituango).

Además de incumplir la obligación de demostrar la idoneidad del Bussines Intelligence BI para el desarrollo de las actividades de Hidroituango y la incidencia de no haberlo adoptado en el ejercicio de control del BOOMT, la Contraloría desconoce, sin fundamento alguno, el sistema de control aplicado en Hidroituango. Tampoco hace el análisis de la supuesta incidencia negativa del sistema aplicado por Hidroituango para controlar el contrato BOOMT. Sin embargo, sin sonrojarse, se atreve a manifestar y a fundar su imputación parcialmente en que al no adoptar el informe Penta (incluido el Bussines Intelligence BI) se "diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo".

El control del proyecto no estuvo "diluido", tal aserto se funda no solo en que no existe prueba que así lo avale, sino que, por el contrario, está demostrado que los funcionarios de Hidroituango y los miembros de la Junta Directiva, como se observa en las actas citadas, fueron responsables, diligentes y cuidadosos como el que más en el análisis y estudio de mecanismos de control de las actividades del contrato BOOMT. Efectivamente, Hidroituango contaba con el sistema denominado GANNT, el cual permitía controlar el avance de obra físico o espacial-temporal; el conceptual, de acuerdo con la complejidad de la construcción; y por pesos específicos considerando los costos y porcentajes de las actividades.

La evidencia de la efectividad, eficiencia y confiabilidad del sistema de control, puede verificarse en los resultados de la gestión. Esto es, el cumplimiento a cabalidad de la obligación contractual establecida en el anexo 6.12.

Con respecto a la aseveración de la Contraloría General de la República en el sentido de que en el año 2017 el informe Penta fue recogido y adoptado, es preciso señalar que tal hecho no es cierto, pues, según lo verificado en Hidroituango para esa fecha, debido a la necesidad de ampliar la estructura administrativa en tres cargos, se dispuso la creación de los mismos, pero nunca la adopción de tal propuesta, la que ya había sido adoptada parcialmente, y tampoco la adaptación del software Bussines Intelligence BI.

Así las cosas, el reproche consistente en haber desechado el informe Penta y permitir diluir el control del proyecto, es no solo infundado sino contraevidente. Como quedó demostrado, la decisión de acoger parcialmente la estructura administrativa propuesta por Penta y adoptar el sistema de vigilancia y control elegido fue una decisión estudiada y analizada profundamente por los

> *funcionarios de Hidroituango y los miembros de la Junta Directiva que al final fue eficaz y eficiente para el control del contrato BOOMT. En consecuencia, deberá emitirse fallo sin responsabilidad fiscal por la imputación fundamentada en esta actuación".*

Rta/: Ahora bien. En este punto se encuentra probado que desde el Acta 128 de 30 de noviembre de 2011 – con posterioridad a la suscripción del contrato BOOMT-, se presentó el informe PENTA para la estructura de Hidroituango, así como la propuesta de la administración y se decidió que sería la nueva junta, la encargada de tomar dicha determinación.

Cabe recordar que el Estudio Penta sugería cuatro alternativas dependiendo de dos variables: el Business Intelligence y la tercerización de algunas actividades. Al respecto se indicó en acta 128 de 30 de noviembre de 2011, por la Administración de HI, lo siguiente: *"Considera que el informe es acertado en términos generales con relación a la estructura propuesta, para efectos del nuevo rol y condición de verificación del contrato. La Administración quiere presentar unos ajustes mínimos a la propuesta de Penta, basados en el estudio que ha venido realizando y la experiencia y el conocimiento que le han dado los meses transcurridos después de la suscripción del BOOMT, ajustes que pondrá a consideración de la Junta Directiva*". Así mismo se indicó en la sesión, lo siguiente*: "A continuación, el doctor Ramírez hace la presentación de lo que constituye un Bussiness Intelligence, y lo define como un sistema que permite disponer en tiempo real de la información requerida para la toma de decisiones oportunas y así obtener ventajas competitivas, está diseñado para directivos y personal que toma decisiones estratégicas".* Ahora bien los objetivos del informe que sobre el particular realizó PENTA fueron los siguientes:

> "*Definir y construir unas Estructuras de procesos y administrativa que le permitan a Hidroituango la verificación del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato BOOMT, y que le garantice desarrollar y ejecutar las actividades necesarias para realizar una verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación y mantenimiento, explotación y restitución de la central hidroeléctrica, incluyendo el soporte institucional y corporativo requerido para realizar una óptima y adecuada gestión.*
> *Construir la estructura de cargos para una adecuada y óptima gestión definiendo los conocimientos, experiencias y responsabilidades requeridas para cada cargo.*
> *Dimensionar la planta de cargos requerida para el funcionamiento normal de HIDROITUANGO lo cual incluye además de la verificación técnica, financiera y legal descrita anteriormente, el soporte institucional y corporativo requerido para su gestión".*

El informe Penta al realizar el diagnóstico de lo que se pretendía tuvo en cuenta tanto a Hidroituango como a EPM e identificó lo siguiente:

> "*Hay unanimidad y alineación entre EPM e Hidroituango en que* ***la misión de HI debe ser la de verificar y controlar las diferentes obligaciones***

establecidas en el contrato BOOMT. *Se hizo énfasis en que* ***no puede existir una Coadministración****.*
- Hay unanimidad en que la razón de ser de ***EPM Ituango*** *es la establecida en el contrato:* ***Ejecutar el proyecto****: Build, Own, Operate, Maintain and Transfer.*
- Los actores claves consideran que la relación entre Hidroituango y EPM Ituango debe ser:
o Relación ***de tipo informativo a través de libro abierto y comités****.*
o Relación de confianza, la cual debe generar una estructura interna de HI más liviana
o ***Relación de verificación, control y vigilancia del contrato en temas financieros, técnicos, legales y ambientales****.*
o ***Relación en la que debe primar la representación de los intereses de los dueños de HI.***
o ***HI debe dar alarmas*** *pero no definir pasos a seguir.*
o ***No control previo****.*
- Los actores entrevistados consideran que los puntos críticos de la relación son:
o ***Cumplimiento del cronograma a través del cumplimiento de los Hitos.***
o Se entiende que el proyecto inició con un atraso.
o Tenencia a tiempo de los recursos ($ requerida en el momento oportuno)
o Control de costos a través de organización internacional.
o ***Control de rentabilidad del proyecto***
o ***Garantía de cierres financieros***
o Cambios en la administración pública.
o Costos de operación de HI
o Control de la matriz de riesgos.
o ***Claridad en los roles de cada parte****.*
o ***Tener una estructura adecuada con los perfiles requeridos***
o ***Sistemas de información****.*
- Así mismo, consideran que estos puntos críticos se pueden prevenir:
o Generando confianza
o Conociendo la legislación ambiental
o Información actualizada del entorno político.
o ***Continuidad del proyecto sin cambios drásticos****.*
o Información clara y abierta.
- Ante la pregunta de cómo considera que se debe organizar Hidroituango, contestaron:
o ***Organización mínima y liviana, de acuerdo a las necesidades para la ejecución de su misión***
o ***Estructura eficaz y eficiente.***
o Gran capacidad de buscar aliados y/o outsourcing para temas críticos – contratar para cada hito" (Negrilla y Subrayado del Despacho)

Así mismo, concluye Penta que *"Después de analizar las obligaciones del contrato, los entendimientos de los actores claves entrevistados y los diferentes modelos de negocio de los tres tipos de empresa (Auditoras, Verificadoras, Holding), PENTA concluyó que* ***el modelo organizacional debe parecerse al de una especie de empresa holding, que verifica el desempeño de sus unidades estratégicas****". Aclarando que no es un parecido*

legal, pero que, gracias a estudiar la forma en que trabaja una holding, podemos ***sugerir el trabajo a partir de una plataforma de Business Intelligence****".*

Adicional a lo anterior, en el informe final de Penta, se lee lo siguiente:

> "*El* ***objeto social*** *de la empresa es: La promoción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y comercialización de la energía de la Central Hidroeléctrica Ituango a nivel nacional e internacional.*
> *Su* ***misión*** *es:* ***Diseñar y construir la Central Hidroeléctrica Ituango, garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018 y comercializar su energía. Todo ello con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental****.*
> ***Su visión*** *es:* ***En diciembre de 2018, HIDROITUANGO S.A. E.S.P., será generadora y comercializadora de energía, altamente competitiva en el mercado nacional e internacional. Será ejemplo por sus aportes al manejo armónico del medio ambiente y su compromiso con el desarrollo social y económico de las comunidades que lo rodean, impactando positivamente a la región, a Antioquia y a Colombia.***
> *A partir del estudio del marco estratégico de Hidroituango, concluimos que desde la firma del contrato BOOMT,* ***el rol fundamental de Hidroituango cambia radicalmente, pasando de ser el responsable directo en la construcción y financiación del proyecto, a ser el responsable de la verificación técnica, financiera y legal a la construcción, operación, mantenimiento, explotación y restitución de la Central Hidroeléctrica, es decir, del cumplimiento del contrato BOOMT firmado con EPM ITUANGO****.*
> *Teniendo en cuenta lo anterior y, analizada la documentación, los diagnósticos y el contrato, consideramos que Hidroituango tiene la necesidad de verificar 5 puntos fundamentales durante la ejecución del contrato,* ***de acuerdo con su razón de ser y para asegurar sus ingresos y resultados futuros:***
> • ***Cumplimiento del cronograma de actividades a través de un plan de verificación.***
> ***• Ejecución de costos.***
> *• Esquema de financiación (disponibilidad de capital).*
> *• Gestión ambiental y gestión social.*
> ***• Modelo financiero del contrato****.*
> *Con base en lo anterior, durante la ejecución del contrato, Hidroituango puede tomar 4 tipos de decisiones fundamentales:*
> *1.* ***Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***
> *2. Modificar el contrato.*
> *3. Modificar los términos del modelo financiero distintos de los establecidos en el contrato.*
> *4. Hacer efectivas las garantías de cumplimiento*
> *Teniendo en cuenta esto, Hidroituango debe tener una estructura organizacional y de procesos que le permita tener toda la fundamentación necesaria para tomar decisiones, derivadas de la verificación de los aspectos fundamentales".*
> *"(…)*
> *Al analizar el contrato y los roles de todos los actores claves alrededor del mismo, consideramos que Hidroituango no debe ser una empresa auditora, sino*

*VERIFICADORA. **Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato**" (ver mapa punto 2.2.).*
*Vista, entonces, de esta manera, el rol primordial de Hidroituango es verificar que el contratista (EPM Ituango) cumpla con los compromisos adquiridos en el contrato BOOMT. Los clientes fundamentales de HI son sus propios accionistas. Por lo anterior, **HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT**.*

Específicamente, en relación con el BI el informe dice lo siguiente:

*"Como mencionábamos anteriormente, además de la estructura y procesos **recomendamos que Hidroituango contrate una consultoría para el diseño de un sistema de BUSINESS INTELLIGENCE, el cual, a partir de la información proporcionada por EPM Ituango, le entregue a la Gerencia General y a las 3 direcciones de Hidroituango información organizada para su gestión y les proporcione un sistema de indicadores** (Balanced Score Card).*
Para este efecto, recomendamos que HIDROITUANGO desarrolle una primera fase en la cual los actores claves determinen el CUADRO DE MANDO INTEGRAL que requerirán tener, para cumplir con sus objetivos de verificación, y que éste se revise con EPM para asegurar la disponibilidad de los datos y la información en los sistemas de esta empresa. Adicionalmente, Hidroituango debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:
1. Recomendamos comenzar a definir los términos de referencia para que se inicie el proyecto a la menor brevedad posible.
2. Es recomendable trabajar en equipo con EPM para asegurar que se obtenga un sistema de BI eficaz:
a. Mostrar los pliegos a EPM antes de empezar el proceso de contratación para aprovechar su experiencia.
b. Asegurar que el contratista se acogerá a la plataforma IBM que tiene EPM para poder acoplar a EPM- Ituango.
c. Solicitar que los proponentes hayan trabajado con EPM porque facilita el proceso de enseñanza y agiliza los diseños de cubos para el "data mining" en las bases de datos de EPM relacionadas con EPM ITUANGO.
d. Aprovechar las herramientas de desarrolladas por EPM para el BI.
Con base en lo anterior, proceder a contratar, en una segunda fase, la construcción de los cubos de información y la plataforma de BI requerida para alimentar los cuadros de mando"
(…)
"Penta recomienda implementar el modelo organizacional propuesto, a la mayor brevedad posible en los aspectos corporativos y administrativos.
- En cuanto a la estructura propuesta para realizar los procesos de verificación, la implementación debe hacerse gradualmente. Es decir, a medida que se vaya implementando la plataforma de Business Intelligence, se debe ir avanzando en la estructura propuesta para el desarrollo de estas funciones.

- Esta estructura, naturalmente, se deberá revisar y ajustar en la medida en que avanza el proyecto y se modifican los procesos, de acuerdo a las necesidades que se vayan presentando, que no es posible prever.
*- Teniendo en cuenta que la contratación, diseño, parametrización e implementación del sistema de Business Intelligence requiere de algunos meses y que **es un prerrequisito para la implementación del modelo organizacional propuesto**, recomendamos que Hidroituango defina inmediatamente un Plan para la implementación del sistema de BI lo más pronto posible, en donde se establezcan responsables y tiempos límite para el proceso, desde la contratación hasta la implementación.*
Recomendamos que este proceso inicie inmediatamente, ya que la implementación de la estructura ideal propuesta depende fundamentalmente de contar con este sistema.
*- Adicionalmente, recomendamos que se defina un plan de implementación y Transición que garantice la migración del modelo actual al modelo propuesto. **Actualmente, sin sistema de BI, Hidroituango tendrá que desarrollar las funciones propias de su razón de ser de una forma manual y terminar de cerrar algunos procesos que hacen falta, después de la firma del contrato BOOMT, para lo cual recomendamos migrar a una estructura de transición, la cual, una vez implementado el sistema de BI, debe migrar a la ideal propuesta**.*
Es necesario revisar la estructura organizacional actual y empezar el cambio organizacional, definiendo una estructura de transición que puede funcionar mientras se implementa el sistema de BI".

El informe Penta como puede verse generó unos Diagnósticos adecuados teniendo en cuenta tanto la misión visión de Hidroituango como la finalidad de dicha empresa y los roles que debería cumplir cada parte del contrato BOOMT

Respecto de EPM tiene claro que se trata del ejecutor de la obra. Respecto de Hidroituango, tiene presente la dimensión del Rol de verificación, y reconoce los principios de no control previo, no coadministración y también reconoce la existencia de una relación de confianza entre EPM e Hidroituango. Bajo estas premisas, de la lectura de las cláusulas de contrato BOOMT concluye, de manera acertada, que para desarrollar su labor dentro del contrato BOOMT, Hidroituango ***Debe soportarse en la información proporcionada por EPM Ituango y contrastarla con la información que le suministren las diferentes fuentes de control, seguimiento y auditoría que tendrá EPM Ituango durante la ejecución del contrato**. Y de igual manera, precisa, lo cual también resulta acertado, que **HI tiene que tener el propósito fundamental de agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT**.*

*En el mismo sentido, el informe Penta también destaca cuáles son las acciones que Hidroituango puede tomar. Siendo la primera: 1. **Alertar, considerar apremios y, según el caso, aplicar multas.***

En este contexto es que el informe Penta sugiere la adopción del Business Intelligence (BI), así mismo como prerrequisito para la implementación del modelo

organizacional propuesto y de manera temporal mientras se establecía dicho software,

En este sentido, es claro para este Despacho que, desde agosto de 2011, Hidroituango contaba con un informe que daba un Diagnóstico acertado sobre los alcances del Rol que le había sido impuesto por el contrato BOOMT y que debía desarrollar.

Así mismo, es claro y se encuentra probado en las actas que se trataba de un informe conocido por todos los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango tanto por aquellos que hacían parte de la misma en el año 2011 como por los miembros de la junta que iniciaron en 2012 siendo estos últimos a quienes debieron tomar las determinaciones sobre la estructura Administrativa de Hidroituango.

Lo que critica el Despacho en el Auto de Imputación, en relación con este punto, no radica en el hecho de que Hidroituango hubiera o no comprado el BI. Sino que hubiera obviado lo dicho por el Informe Penta que dimensionaba de forma acertada el Rol de Hidroituango, y hubieran permitido que EPM impusiera la manera como se iba a realizar la verificación por parte del dueño del proyecto y que, bajo una lógica inadecuada, de manera contraria a la realidad y al texto mismo del contrato, se hubiera pensado y permitido que Hidroituango no realizara ni siquiera las acciones fundamentales para reconducir el desarrollo del Proyecto.

Ahora bien, respecto del BI, el informe Penta es claro en precisar que se trataba de un prerrequisito para implementar la estructura organizacional propuesta. Lo anterior por cuanto para efectos de la verificación se requería mantener tanto la información entregada por EPM como la información propia de manera organizada, de forma tal que ello permitiera realizar los contrastes entre ambos tipos de información.

En el caso concreto esto no se dio, pues Hidroituango realizó su función contando exclusivamente con la información que cargaba EPM en sus plataformas, información que valga anotar se cargaba con retrasos, información en esencia voluminosa que con los medios que Hidroituango poseía era dispendiosa de analizar, lo anterior aunado a lo expresado por el testigo Jairo Hernán Ramírez[600], Subdirector Administrativo y Financiero de Hidroituango, Desde el año 2009 hasta el año 2020, diligencia en la expresó: *"Pero si Usted lo alimenta de información que no es oportuna y no es confiable, entonces tampoco es confiable el Bussiness. (…)* ***Hidroituango no tiene control sobre las fuentes de información que alimentaría ese Bussiness Intelligence, ni el ingreso, ni la calidad ni la oportunidad. Estábamos sujetos a un tercero, en este caso al contratista que era EPM****. Segundo,* ***la información oficial que se requiere en Hidroituango está soportada en informes periódicos no son informes inmediatos en tiempo real, por ejemplo informes mensuales, trimestrales y anuales que entregaba EPM Ituango****, que entregaba la misma auditoría de costos y el*

[600] Testimonio del señor Jairo Hernán Ramírez.

mismo auditor de la curva S Deloitte, el comité de seguimiento de Hidroituango que era cada mes daba información, la misma revisoría fiscal de EPM Ituango, entre otros. ***No se trataba de una información en tiempo real, sino una información que iba fluyendo a medida que se iba desarrollando y aprobando.****(…)* ***el de Hidroituango era un sistema de información pequeñito, era casi, que casero para las necesidades propias de una organización muy pequeña que maneja un presupuesto de 2000, 3000 millones de pesos****, que integraba Tesorería, contabilidad, compras y pagos, y requisiciones, no más, no maneja información estratégica, técnica ni legal. Entonces también era una de las cosas que decíamos que el sistema de información que había en Hidroituango era solamente para sus necesidades administrativas.(…)Para mí el seguimiento se presentaban algunas dificultades algunas veces por la oportunidad de la información".*

Por todo lo anterior y, contrario a lo afirmado por la Apoderada esta conducta sí fue contraria al deber de conducta esperado de los miembros de la junta directiva de Hi quienes a pesar de tener la obligación de actuar en el mejor interés de la sociedad y de, como lo dice el Estudio Penta, ***agregarle valor a sus accionistas cumpliendo su rol de verificación del cumplimiento del contrato BOOMT*** (entre ellos la Gobernación de Antioquia y el IDEA), permitieron que el proyecto quedara a merced de EPM y que se diluyera la capacidad de verificación y control que sobre el mismo debió ejercer Hi en cabeza de su junta directiva y su gerente.

Lo que condujo a que se presentaran más atrasos, problemas serios que no tuvieron una solución pronta por ejemplo con el contratista de los túneles de desviación, así como los graves problemas con la contratación de las compuertas y la decisión de no ponerlas, todo lo cual llevó a la determinación desaprobada por el Board de expertos de construir un tercer túnel, todo lo cual no generó en Hidroituango las alertas necesarias ni la imposición de apremios o multas a EPM sino una actitud pasiva que llevó a la dueña del proyecto a aceptar la totalidad de las modificaciones propuestas por el ejecutor, preocupándose única y exclusivamente si en la matriz de riesgo establecida pagaba una entidad o la otra y no, como debió ser, por acometer una obra de las dimensiones de la planteada y con el impacto regional y nacional de la misma en las condiciones de costos inicialmente concebida, pues independientemente de quien deba pagar conforme a la matriz de riesgos, se trata de recursos públicos respecto de los cuales se exige el manejo probo y cuidadoso para satisfacer los intereses de la comunidad. Objetivo que a hoy y después de las cuantiosas inversiones probadas en esta causa fiscal no se ha logrado pues la Hidroeléctrica no produce 1 solo KW.

En este punto, resulta necesario resaltar que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la buena administración de los recursos públicos, es un derecho de los administrados y un principio que debe ser cumplido por los administradores de los recursos públicos, siendo parte esencial de la conducta que puede y debe exigírsele a quien toma decisiones relativas a la satisfacción del interés general, más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, **el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano**, **de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados**"*[601].

De lo anterior, resulta claro que se trata de una conducta que no obedece al Estándar exigido de un buen hombre de negocios y de un buen administrador público, pero peor aún ni siquiera atiende a lo que se esperaría de una persona poco diligente con el desarrollo de sus propios negocios, por lo que se trata de una conducta que tanto desde la Ley 222 de 1995 como desde el artículo 63 del Código Civil puede ser calificado como Culpa grave.

Cuadro de mando de indicadores

De otro lado, el acta a la cual hace referencia el apoderado en la cual se enseña el cuadro de mando de indicadores corresponde al Acta 131 de 25 de abril de 2012, la que si bien afirmó *"que este tablero o cuadro de mando elaborado por Macros en Excel (visual Basic), realmente es un sustituto del Business Inteligence (BI) propuesto por el consultor para la estructura administrativa",* este Despacho manifiesta que el mismo no constituía un seguimiento igual al Bussines Inteligence, teniendo en cuenta lo expresado en el testimonio del señor Jairo Hernán Ramírez, a indicar que **el "*El cuadro de mando integral es como un sistema que controla las obligaciones que estaban plasmadas en el BOOMT y llevarles un cronograma más o menos cuando si se cumplían las obligaciones o no,*** *lógicamente los sistemas van avanzando a medida que EPM va avanzando en su desarrollo, y luego esta intranet y esto,* ***empezaron ya a surtir otros cambios internos, porque ya la información con la que se contaba a través de los sistemas que EPM suministraba y de la verificación que se llevaba en el BOOMT****, ya era manejada por otro lado, entonces, esto si era una propuesta que se había hecho y se había trabajado en Hidroituango un tiempo".*

Es más, en el testimonio se indicó que el cuadro de mando integral no tuvo mucha vida, *"porque más adelante como lo había dicho con los informes al comité de verificación y los reportes que hacía EPM de su sistema de información llenaban los requisitos con los informes que se detallaban por cada una de las dependencias encargadas de su verificación".*

---

[601] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

En ese orden de ideas, el cuadro de mando integral no podía entenderse como un sustituto del Bussines Inteligence, pues éste último es un sistema que permite disponer en tiempo real de la información para tomar decisiones oportunas y obtener ventajas competitivas[602], y para este tipo de sistemas ***"son factores determinantes la calidad y la oportunidad, es un sistema que facilita la toma de decisiones y opera con información cuantitativa, lo que permite realizar diagnósticos, proyecciones y simular procesos productivos"***[603]**,** lo que no ocurría con el cuadro de mando integral, teniendo en cuenta que éste era como un sistema que controlaba las obligaciones que estaban plasmadas en el BOOMT y llevar un cronograma más o menos cuando si se cumplían las obligaciones o no[604].

De otro lado, cuando el apoderado hace mención al acta 131 de 25 de abril de 2012, y en la que indicó que en dicha sesión de Junta Directiva fue encargado el gerente y los directivos de la sociedad para estudiar y analizar la propuesta presentada por PENTA de manera integral, esto es, los costos, conveniencia, oportunidad, viabilidad técnica y económica y que dicha actuación fue informada oportuna y suficientemente al señor Gobernador por el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, el 27 de abril de 2012.

Sobre el particular, este Despacho trae a colación las pruebas arrimadas al plenario por la defensa del señor Sergio Fajardo, en las cuales se encuentran los informes semanales que le eran reportados al señor Gobernador, entre los cuales se encuentra el siguiente:

- **Informe de 27 de enero de 2012**
  *TEMAS QUE APOYA LA SECRETARIA PRIVADA – JUNTAS DIRECTIVAS: **Se definió el proceso de seguimiento a las Juntas Directivas y se inició con su ejecución**. **Este proceso consiste en**: 1. Identificar Juntas Directivas y Consejos Directivos donde participa la Gobernación de Antioquia (todos los días aparecen nuevos consejos o juntas directivas de los cuales la Gobernación es miembro). 2. Revisar Estatutos. 3. Presentar propuestas de miembros al Gobernador. **4. hacer delegaciones 5. Informar a los delegados** 6. Hacer seguimiento a los temas tratados en las juntas.*
  *• **Urgentes por delegar**: Hospital Carisma, Hospital La María, Hospital Mental de Antioquia, Hospital San Rafael de Itagüí, Hospital César Uribe Piedrahita de Caucasia, Hospital Marco Fidel Suárez de Bello, Hospital San Vicente de Paúl de Caldas (VER ANEXO).*
  *• **Otros pendientes por delegar:** Tecnológico de Antioquia, EMGEA, Hidroeléctrica Ituango, - Pensiones de Antioquia, VIVA Indeportes, Parque Tecnológico de Antioquia, Instituto de cultura y patrimonio de Antioquia, Empresas Públicas de Oriente, Aguas del Bajo Cauca, Aguas de Occidente, ADRA. (VER ANEXO).* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

602 Testimonio del señor Jairo Hernán Ramírez
603 Testimonio del señor Jairo Hernán Ramírez
604 Testimonio del señor Jairo Hernán Ramírez.

- **Informe de 3 de febrero de 2012**
  TEMAS QUE APOYA LA SECRETARIA PRIVADA – JUNTAS DIRECTIVAS: Están pendientes las delegaciones de los cuatro entes descentralizados: VIVA, Empresas Públicas de Oriente, Aguas del Bajo Cauca, Aguas de Occidente.
  *• **Falta delegar** 21 personas para las ESE municipales y 2 ESE departamentales. Se adjunta el listado con la propuesta de delegados por parte de la Secretaria de Salud, Luz María Agudelo.*
  *• **Debido a que la Gobernación de Antioquia tiene representación en juntas**, comités y consejos directivos de entidades diferentes a las descentralizadas, **se debe delegar** una persona para:*
  Corporación Antioquia Presente, Comfenalco, EDATEL, Junta de Terminar de Transportes de Medellín S.A., Fundación PRODEAN, FOGANSA, Institución Colombiana de Medicina Tropical, Comfama, Corporación Autónoma Regional del Rio grande de la Magdalena CORMAGDALENA, FINDETER, Centro de Ciencia y Tecnología de Antioquia – CTA, Empresa de Servicios públicos domiciliarios de la Estrella, Empresas públicas de la Pintada. (se adjunta anexo)
  (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Por lo anterior, no es cierto lo expresado por el Apoderado en lo reportado por el señor Iván Mauricio Pérez, teniendo en cuenta que no obra en el plenario informe de fecha 27 de abril de 2012, en la cual se le haya informado oportunamente al Gobernador, tal y como lo alega el Togado.

Por lo anterior, no tiene asidero lo expresado por el apoderado.

De otro lado, expresó el Apoderado:

> *"2º. **A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.***
>
> *En este aparatado se demostrará que el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, en los supuestos traídos en el auto de imputación para promover los mecanismos de apremio no era miembro de la Junta Directiva de Hidroituango, por tanto, no puede imputársele responsabilidad por tales hechos; en gracia de discusión, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de Hidroituango no estaba obligado a promover o imponer medidas apremiantes que, per se, no garantizaban la recuperación del tiempo de los retrasos y que las decisiones de modificación de fecha de los hitos se fundaron en razones técnicas debidamente sustentadas por los expertos.*
>
> *Señala el Despacho que, no obstante estar informados acerca de los retrasos, los miembros de la Junta Directiva de conformidad con el mecanismo del libro abierto, el doctor Pérez Salazar, y los demás miembros de la Junta, "omitieron promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el*

contrato BOOMT" (página 774 del Auto 1484). Con todo respeto, tal reproche es absolutamente infundado e ilógico, pues no tiene respaldo lógico, jurídico, ni fáctico, como se verificará a continuación,

En primer término, para la fecha de las actas del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT, que es lo que funda el reproche de no promover los mecanismos apremiantes, el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar aún no era miembro de la Junta Directiva de Hidroituango, por tanto, no es posible hacerle reproche alguno. Como puede verificarse a folios 775 y 776 del Auto No. 1484 del 2 de diciembre de 2020, se cita como evidencia del reproche las actas del comité de seguimiento del contrato BOOMT. Las actas de dicho comité que sirven de sustento al reparo de la Contraloría son: el acta 8, del 20 de diciembre de 2011; el acta 9, del 24 de enero de 2021; el acta 10, del 22 de febrero de 2012 y el acta 11 del 23 de abril de 2012. En razón que la primera intervención del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en la Junta Directiva de Hidroituango fue el 25 de abril de 2012, no es posible que se le presente reproche alguno por tales hechos.

En gracia de discusión, se continuará con el análisis del reproche por lo que, en segundo lugar, es preciso señalar que de las actas con las que pretende la Contraloría demostrar los retrasos y, por ende, los incumplimientos y la eventual procedencia de los mecanismos apremiantes, dan cuenta de, por lo menos, una discutible responsabilidad del contratista, pues, las causas de los retrasos en la mayoría de los casos obedecen a fuerza mayor o caso fortuito, a factores externos a los contratistas o de muy difícil configuración para la decisión administrativa sancionatoria. Veamos:

Tal y como se explicó en los fundamentos de hecho, se encuentra probado que en desarrollo del contrato para la construcción de los túneles de desviación suscrito con el consorcio CTIFS, se presentaron graves atrasos, los cuales tuvieron como causa de un lado la entrega tardía de las vías de acceso al proyecto, pero también situaciones atribuibles al contratista, consistentes en no tener una adecuada planeación y metodología de trabajo, a la insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, por la suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público y las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones. (Páginas 774 y 775 del Auto 1484 de 2020).

Como puede observarse con facilidad, la Contraloría reconoce que existen causas de retrasos no imputables al contratista y enuncia como atribución al contratista "no tener una adecuada planeación y metodología de trabajo, a la insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, por la suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público y las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las

consecuencias de estas situaciones". No obstante tales afirmaciones, presenta como evidencia de esos reproches algunas actas de del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT en las que no se evidencia la responsabilidad del contratista en lo afirmado por el Despacho. Así, por ejermplo, a pesar de señalar que existe responsabilidad del contratista en el retraso de las obras, cita el Acta 8 del Comité de Seguimeinto al Contrato BOOMT de la que no se desprende responsabilidad alguna por parte del contratista:

2 Programa detallado desviación

El contratista entregó cronograma, se está revisando por parte de la interventoria y EPM Ituango. Se informó que este programa todavía no es el definitivo. Se están revisando algunos asuntos contractuales que influyen en el cronograma.

Específicamente el contratista argumenta que las fechas a considerar en el programa de trabajo deben ser las fechas de entrega efectiva en condiciones operacionales de las vías industriales y los depósitos de los distintos frentes de obra.

Como se observa en el acta, parece que el contratista reclama algo que parece ajustado al equilibrio contractual, esto es, que ante la obligación de que le entreguen vías por donde transitar para dar inicio al contrato estas deben estar en condiciones operacionales. Razonablemente, no se observa motivo para sugerir el inicio del trámite sancionatorio.

Algo similar sucede con lo relatado en las catas 9 y 11, en las que no se evidencian motivos claros para dar inicio a un trámite sancionatorio:
Acta 9 del comité de seguimiento al Contrato BOOMT del 24 de enero de 2012:

10. Varios

Se han presentado algunas dificultades con el contratista Ferrovial – Agroman y se están analizando las diferentes opciones buscando soluciones que beneficien la marcha del proyecto.

Se están buscando alternativas para el cumplimiento hitos (desviación río) y si en todo caso se dan retrasos en el hito, no se afecte la entrada de operación del proyecto.

Por su parte, el acta No. 11 del Comité consagra:

1. Pendientes Comité anterior y subcomités

   a. Cronograma del proyecto y programa detallado de construcción de túneles de desviación y campamento, incluirlo en los informes de avance mensuales los avances reales contra los programados.

   Se informa que se entregará el programa del proyecto, de túneles de desviación (agosto 16) con la salvedad expresada en comités anteriores consistente en que el propio contratista no lo considera válido por no tener todas las vías al momento de la orden de inicio.

   Se esta trabajando en resolver las diferencias presentadas.

   Se presenta por el doctor Luis Javier la estrategia para las modificaciones (vías, túneles) y que se esta elaborando un informe escrito para presentar entre otros a las aseguradoras por la modificación del riesgo.

En ambas actas el contratista discute asuntos que pueden ser válidos y llevar a que el proceso sancionatoiro retrase más las actividades que otra toma de medidas.

En el acta 10 del Comité de Seguimiento del BOOMT, se observa que sí se va a dar inicio al trámite administrativo sancionatorio:

3. **Cronograma del proyecto y programa detallado de construcción de túneles de desviación y campamentos (cláusula 4.05).**
   - Túneles de desviación: Se expone por EPM sobre lo tratado con el Consorcio sobre el programa detallado y las razones expuestas por EPM y el Consorcio (inicio anticipado, disponibilidad accesos y depósitos entre otros).

Se expone que el programa detallado fue presentado por el Contratista pero con notas del propio contratista en relación a no estar de acuerdo y que se presenta sólo por lo requerido por EPM. Lo anterior de acuerdo a lo expuesto por EPM equivale a no estar presentado por la salvedad que expone el contratista.

EPM manifiesta que el Cronograma fue aprobado por la Inteventoría, pero no se tiene como el definitivo hasta tanto no se tengan los ajustes y conformidad por las partes.

Hidroituango expone sobre el envío de este cronograma a lo cual EPM manifiesta que este se debe encontrar en Mercurio y que si no enviará el programa presentado e informa que este mismo no tiene los efectos de ser el definitivo por los ajustes que se expuso se están realizando.

Se informa que al Contratista ya se han efectuado apremios a través del inicio del procedimiento para imposición de multas y se está adelantando el debido proceso.

La verificación de las actas en las que se funda el reproche de no promover medidas de apremio al contratista quedó demostrado que no existían los elementos para dar o promover actuaciones administrativas sancionatorias en contra de los contratistas.

En tercer lugar, los miembros de la Junta Directiva no tienen la competencia para imponer multas, como erradamente lo supone el Despacho. Tal competencia solo recae en el representante legal de la entidad, esto es, el Gerente, como puede verificarse en las funciones de la Junta Directiva establecias en los estatutos de la sociedad y por lo dipuesto en el numral 5º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que consagra:

DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:
5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

Es decir, solo el jefe o representante de la entidad podría adelantar trámites administrativos sancionatorios, los cuales son, además, facultativos o discresionales y, por tanto, no es obligatoria, como lo infiere la Contraloría. Esta característica de las medidas de apremio ha sido aceptada abierta y pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que por su amplio espectro para determinar los supuestos de hecho, oportunidad, finalidad y utilidad, han considerado que tal potestad es discresional. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado:

Sólo resta por decir que no es cierto que la utilización de las medidas conminatorias se constituya como un presupuesto del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración por mandato de los artículos 62 y 71 del Decreto 222 de 1983, comoquiera que, la primera disposición hace referencia a las causales que dan lugar a la caducidad mientras que la segunda reconoce una facultad (discrecionalidad en cuanto a su utilización) en cabeza de la autoridad para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, sin que esto conlleve convertirla en un requisito de procedibilidad, pues lo que el estatuto contractual aplicable exigía de manera obligatoria era su inclusión mas su no su utilización[605].

Es pertinente advertir que la recuperación del tiempo que se tenía a escasos días de presentarse la contingencia, permite inferir que las medidas adoptadas por Hidroituango fueron eficientes para recuperar el cronograma del proyecto.

[605] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de octubre de 2012. Radicado 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738).

Además, es necesario aclarar que al momento de que el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar llegó a la Junta Directiva de Hidroituango ya existían enormes atrasos, por tanto, no puede endilgarse responsabilidad alguna en ellos. Lo que procuró la Junta Directiva que llegó con él fue la recuperación de dicho tiempo a través del análisis juicioso y ponderado de todas las circunstancias que habían generado dicho retraso. No puede soslayarse que los atrasos del proyecto estuvieron generados por múltiples causas, tales como los inconvenientes en los procesos precontractuales y contractuales, problemas de orden público tales como presencia de guerrilla, paramilitares, inconvenientes del terreno por la formación geológica del mismo, protestas de los pobladores, etc. Todos estos inconvenientes que generaron el atraso fueron casi superados en un ciento por ciento, como se puede constatar en el informe de Deloitte dos días antes de presentarse la contingencia, lo que demuestra que la estrategia de no chocar directamente a través de las medidas sancionatorias surtió total efecto en la recuperación del tiempo.

Por lo anterior, es factible señalar que el inicio de trámites administrativos sancionatorios o amenazar con mecanismos de apremio no hubiera solucionado los problemas de atraso en el proyecto por sí solo y que ninguna incidencia tiene la adopción de mecanismos diferentes en el resultado final.

Ahora bien, en lo que respecta a las modificaciones de las fechas del hito 1 con fundamento en lo expuesto por EPM, es pertinente señalar que la decisión fue tomada después del análisis y el informe realizado por los técnicos de Hidorituango y EPM I. Como puede observarse en el acta 136 de la Junta Directiva de Hidrituango en la cual se presenta la propuesta de modificación de los hitos 1, 2 y 6 del contrato BOOMT, la decisión adoptada estuvo amparada en argumentos técnicos, verificados y analizados con el debido estudio y análisis ante la imposibilidad de desviación del Río Cauca en el mes de enero del año 2013. Es pertinente señalar que para tomar la decisión de modificación de tales hitos, los miembros de la Junta Directiva fueron responsables y cuidadosos al cobijarse del análisis de los expertos de Hidroituango y EPM a quienes correspondía tomar las decisiones técnicas del proyecto, en tanto que para ejercer la función encomendada a estos disponían del conocimiento y experiencia requerida para justificar a la Junta tal decisión, que fue la más conveniente y adecuada para los intereses de Hidroituango para ese momento.

Del estudio y análisis de la situación y los motivos esgrimidos por EPM I para el aplazamiento del hito 1 da cuenta lo consagrado en el acta 133 del 4 de septiembre de 2012 en la que pese a la solicitud de aplazamiento del hito 1, no se accedió a ello, solo, una vez se había estudiado y analizado la situación a través de los expertos competentes, se tomó la decisión de modificarlos por encontrarlos técnicamente posibls según el informe de los expertos y jurídicamente viable, por cuanto las razones esgrimidas para ello no eran atribuibles a EPM o a sus contratistas.

Ejemplo de la concepción de los miembros de la Junta de la necesidad de información precisa y de calidad para tomar la decisión la entregó el propio

Despacho al citar la aseveración del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, quien en la ssesión consagrada en el acta 133 indicó:

"la información que tienen es precaria y se precisa de una sesión de trabajo extensa para que la Junta tenga la información y asuma la decisión, ya que tiene implicaciones económicas, sociales y jurídicas, amén de las políticas y comunicaciones y, al final, también se le podría reclamar responsabilidad a sus miembros".

Vale señalar que en sesión del 4 de septiembre de 2012, correspondiente al acta 133, no se aprobó la modificación del hito 1, por cuanto los miembros de la Junta no tenían la información necesaria para tomarla y responsablemente acudieron a los expertos para instruirse de manera adecuada. Solo en reunión del 13 de diciembre de 2012, como consta en el acta 136, después de escuchar a los expertos y analizar las razones fácticas de los atrasos, hubiera sido equivocado tomar una decisión distinta, pues, se reitera, se probó que los retrasos ocurrieron, en primer término, desde mucho antes de que llegara la Junta, y en segundo término, ocurrieron por problemas geológicos, intensos inviernos, derrumbes, derrumbes, problemas de invasiones, protestas, orden público, etc., es decir, asuntos no atribuibles a EPM y a los contratistas.

La actuación del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en lo que atañe a la modificación de los hitos, como la de todos los demás miembros de la Junta, fue la acertada, en tanto que su rol es de directivo, de estratega de las políticas de la entidad a contrario del rol técnico que ejercen otros funcionarios y profesionales en los que dada su experticia, se apoya el directivo. No otro comportamiento puede exigírsele, esto es, estudiar y asesorarse de las condiciones fácticas y técnicas por los expertos para tomar la decisión y eso fue lo que hizo, por tanto, el reproche que le hace la Contraloría es absolutamente injusto e infundado.

Rta/: En relación con la conducta No 2 "*A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM*".

El apoderado metodológicamente divide en 2 sus argumentos. En primer término indicó que el señor Iván Mauricio Pérez Salazar para promover los mecanismos de apremio no era miembro de la Junta Directiva de Hidroituango, por tanto no puede imputársele responsabilidad por tal hecho y en segundo término, en gracia de discusión en su calidad de miembro de la Junta Directiva de Hidroituango no estaba obligado a promover o imponer medidas apremiantes que, per se, no garantizaban la recuperación del tiempo de los retrasos y que las decisiones de modificación de fecha de los hitos se fundaron en razones técnicas debidamente sustentadas por los expertos.

Frente al primer reparo indicó el apoderado, que el señor Iván Mauricio Pérez Salazar aún no era miembro de la Junta Directiva de Hidroituango, por tanto, no es posible hacerle reproche alguno. Para ello se fundamentó en que las actas de dicho comité que sirven de sustento al reparo de la Contraloría son: el acta 8, del 20 de diciembre de 2011; el acta 9, del 24 de enero de 2012; el acta 10, del 22 de febrero de 2012 y el acta 11 del 23 de abril de 2012 y teniendo en cuenta que la primera intervención del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en la Junta Directiva de Hidroituango fue el 25 de abril de 2012, no es posible que se le presente reproche alguno por tales hechos.

Es necesario precisar que sobre este argumento, de manera estratégica, el apoderado cita exclusivamente, las actas del comité de seguimiento al contrato BOOMT 8, 9, 10 y11, y **obvia el contenido de las actas12 de 16 de mayo de 2012, 16 de 20 de septiembre de 2012 y 17 de 25 de octubre de 2012, las cuales fueron descritas en el acápite de fundamentos de hecho del Auto No. 1484 de 2 de diciembre de 2020, por medio del cual se imputa responsabilidad a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros.**

En el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, se indicó frente a las actas del comité de seguimiento al contrato BOOMT 16 y 17, lo siguiente:

> "(…)
>
> *Así mismo, en lo que se refiere a la solicitud en la modificación de los hitos, en atención a los retrasos del contratista, se encuentra el Acta No 16 al comité de seguimiento del contrato BOOMT.* ***En dicha acta, se precisa que EPM Ituango está analizando con el consultor todas las opciones para determinar si es posible desviar*** **el río en junio de 2013.**
> (…)
>
> ***Desde el acta anteriormente transcrita aparece una posibilidad alta de que, con ocasión de la modificación de las fechas en la desviación del río, exista un atraso de 9 meses en la entrada en operación de la hidroeléctrica.***
>
> *A pesar de tratarse de un contrato que dentro de sus prestaciones incluye la realización de una obra y por lo tanto, supone una obligación de resultado", la cual en este caso, tal y como se explicó líneas atrás, estaba supeditada al inicio de la operación en una fecha exacta, EPM Ituango ofreció todos los medios para lograr el cumplimiento en dicha fecha pero, contradictoriamente, consideró que podía no comprometerse a lograrlo.*
>
> *Adicional a lo anterior y a pesar de que ya se habían implementado con el contratista todos los planes de aceleración* ***se observa en el Acta 17 de 25 de octubre, los representantes de Hidroituango, siendo conscientes de la gravedad de la situación, consideraron que no valía la pena alertar a la junta directiva por cuanto podía ser prematuro****, dado que apenas se iban a iniciar las obras principales:*

> ***Acta 17 de 25 de octubre de 2012:***
> (…)
> *Si bien en dicha acta se consideró que no era oportuno alertar a la junta directiva sobre este punto, es preciso recordar que las actas del comité de seguimiento del contrato BOOMT* ***quedaban a disposición de los miembros de la junta directiva para que pudieran ser revisadas".***

Por lo anterior, no tiene asidero lo expuesto por el Apoderado, teniendo en cuenta que desde que ejerció como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango el señor Iván Mauricio Pérez, **25 de abril de 2012**, ya se tenía conocimiento de la controversia con el contratista en lo que se refiere al cronograma de obras, de lo cual ya daban cuenta las actas 8, 9 de 2011 y 2012, respectivamente, las cuales debieron en todo caso ante las dificultades presentadas, haber sido consultadas, en ejercicio del principio de la buena administración[606] por el señor Pérez y en atención a los retrasos del contratista, se encuentra en Acta No.016, pues en dicha acta se precisa que EPM Ituango está analizando con el consultor todas las opciones para determinar si es posible desviar el río en junio de 2013. Así las cosas, en su condición de miembro de la Junta Directiva de Hi, no le eran ajenas las circunstancias por las cuales estaba atravesando el proyecto desde 2011 y posteriormente en 2012, más aún, es preciso recordar que las actas del comité de seguimiento del contrato BOOMT quedaban a disposición de los miembros de la junta directiva para que pudieran ser revisada

En segundo lugar, precisó el apoderado, que las actas con las que pretende la Contraloría demostrar los retrasos y, por ende, los incumplimientos y la eventual procedencia de los mecanismos apremiantes**,** dan cuenta de, por lo menos, una discutible responsabilidad del contratista, pues, las causas de los retrasos en la mayoría de los casos obedecen a fuerza mayor o caso fortuito, a factores externos a los contratistas o de muy difícil configuración para la decisión administrativa sancionatoria. Posteriormente procede a indicar que en algunas actas del Comité de Seguimiento al contrato BOOMT no se evidencia la responsabilidad del contratista en lo afirmado por el Despacho, trayendo a colación las actas de seguimiento del BOOMT 8, 9, 10 y 11.

Al respecto es importante hacer mención al análisis efectuado por el Despacho en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, el cual frente a los supuestos fácticos

---

606 "*A los principios anteriores debe agregarse el de la buena administración, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano, de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados".* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

investigados al analizar las actas de seguimiento del BOOMT, 8 y 9, se indicó lo siguiente:

> *"(…) El inicio tardío de este contrato, llevó a que para efectos de cumplir el cronograma y desde su inicio, se le solicitara al contratista un* ***Programa de recuperación, que supuso incrementar el presupuesto.***
>
> *Así mismo, generó desde el principio controversia con el contratista en lo que se*
> *refiere al cronograma de las obras, de lo cual dan cuenta las siguientes actas del comité de seguimiento al contrato BOOMT:*
>
> ***Acta 8 Comité de seguimiento 20 de diciembre de 2011****:*
>
> *El contratista entregó cronograma, se está revisando por parte de la interventoría y* ***EPM*** *'luengo. Se informó que este programa todavía no es el definitivo. Se están revisando algunos asuntos contractuales que influyen en el cronograma.*
>
> *Específicamente el contratista argumenta que las fechas a considerar en el programa de trabajo deben ser las fechas de entrega efectiva en condiciones operacionales de las vías industriales y los depósitos de los distintos frentes de obra.*
>
> ***Acta 9 comité de seguimiento 24 de enero de 2012:***
>
> *Se han presentado algunas dificultades con el contratista Ferrovial Agroman y se están analizando las diferentes opciones buscando soluciones que beneficien la marcha del proyecto.*
>
> *Se están buscando alternativas para el cumplimiento hitos (desviación rio) y si en todo caso se dan retrasos en el hito, no se afecte la entrada de operación del proyecto.*
>
> *El plazo inicial del contrato fue de 610 días, que se ampliaron a 823 a través de las actas de modificación bilateral, mismo mecanismo mediante el cual se aprobó el pago de obras ordinarias, extras y adicionales y la modificación de los diseños originales. Los hitos contractuales igualmente fueron modificados en dos ocasiones, siendo eliminados en la AMB N°5 de octubre de 2013, así:*
>
> *• AMB N°3 del 16 de abril de 2013, en la que se prórroga el plazo en 132 días calendario, contados a partir del 17 de abril de 2013 quedando como nueva fecha de terminación el 26 de agosto de 2013.*
> *• Adicionalmente, en esa misma AMB N°3, se reemplazan los tres primeros hitos por uno solo, el cual denominan "Terminación de todas las obras, objeto del contrato, necesarias para la desviación del río Cauca", al cual le determinan una fecha límite de cumplimiento del 31 de julio de 2013.*
> *• Posteriormente, el 8 de octubre de 2013 suscriben el AMB N°5 a través de la cual nuevamente prorrogan el plazo del contrato, estableciendo como fecha de*

terminación el 15 de noviembre de 2013. Adicionalmente se elimina el hito establecido en el AMB N°3 y se llega a un acuerdo respecto de las cantidades y precios unitarios para la ejecución de obras extras relacionadas con el suministro e instalación de las tuberías del sistema de aireación para las estructuras de cierre de los túneles de desviación.

En esa misma acta adicionan el valor del contrato.

Respecto de la ejecución del contrato, cabe anotar que se presentaron desde el principio atrasos atribuibles al contratista, de los cuales dan cuenta los informes de interventoría. En efecto, desde el primer informe de septiembre de 2011, se cuestiona la diligencia del contratista, (…):

Esta conducta por parte del contratista se mantiene a través del tiempo y se va haciendo cada vez más profunda, tanto que en el noveno informe de interventoría, se presenta una gráfica que evidencia la magnitud del atraso, toda vez que 10 meses después de iniciada la ejecución de las obras, se tiene el avance que debía haberse dado durante los primeros 2 o 3 meses:

Entonces, si bien el contratista CTIFS alega dentro de las causas de su incumplimiento el retraso en la entrega de las vías del proyecto, así como en vías sustitutivas y vías industriales, campamentos, servicios públicos débil ingeniería de detalle, deficiencias en la planeación de las obras y logística para dar inicio al proyecto, modificación de los diseños originales, desplazamiento de los cronogramas de las obras de construcción de infraestructura, y los problemas en la dinámica de construcción de los túneles y compuertas de los túneles de desviación de las que fueron objeto los contratos CT-2011-000014 y CT-2012-000036, así como situaciones de orden público.

Este Despacho encuentra probado que si bien dichas circunstancias pudieron influir en los atrasos, la causa determinante de los mismos estuvo relacionada con la falta de diligencia del contratista que se manifestó en no tener adecuado planeamiento y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de a pesar de conocer las circunstancias de orden público así como las dificultades geológicas de la Zona, no haber previsto acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones (…)".

De la lectura cuidadosa de las actas anteriormente enunciadas, y que fueron referidas en los hechos de esta causa fiscal, resulta evidente que no se ajusta a la realidad de los hechos la aseveración del apoderado conforme a la cual las situaciones presentadas obedecieron única y exclusivamente a situaciones que no eran atribuibles a los miembros del consorcio contratista de los túneles de desviación y por ende tampoco a EPM. Pues si bien, desde el auto de imputación, se ha reconocido la existencia de otra serie de situaciones adicionales entre ellas de orden geológico, predial, acceso de vías, climático, entre otros, también se ha

precisado que no se trataba de situaciones imprevisibles y/o exclusivas que fueran suficientes para constituirse en una causal eximente de responsabilidad.

Sobre el particular, resulta necesario recordar los requisitos que la legislación civil ha planteado para la configuración de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, que son los criterios acogidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

> *"Sus elementos han sido desarrollados, principalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil[607] y allí se ha indicado que el hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor debe reunir las siguientes tres características:*
>
> *• **Imprevisible** (imprevisibilidad). Significa que quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia[608]; es decir, que no había alguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el hecho imprevisible es aquel «que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia».*
> *• **Irresistible** (irresistibilidad). Implica que el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Es decir, hace referencia a que quien alegue la fuerza mayor debe probar que la situación que invoca conllevó la imposibilidad de cumplir o de obrar de manera diferente a como lo hizo; por lo tanto, no se trata de una simple dificultad sino de un verdadero obstáculo insuperable.*
> *• **Extraño o exterior** (no imputabilidad o ajenidad). Significa que no puede alegar esa causa quien ha contribuido con su conducta a la realización del*

[607] Independientemente de la teoría "monista o unitaria" en la cual sea acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor; o la "dual o dualista" bajo cuya consideración se dividen ambas figuras hasta el punto de considerar que sólo la fuerza mayores causal eximente de la responsabilidad del Estado. Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de enero de 1993, Exp. 7365.
Para profundizar sobre la distinción entre la causa que origina la fuerza mayor y el caso fortuito ver Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Contratos Administrativos. Teoría General. Tomo III-A. Cuarta Edición Actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2011. Págs. 272-281; Mazeaud, Henri, Mazeaud León y Tune, André. Tratado de Responsabilidad Civil. Quinta Edición, Tomo II, Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977.
Págs. 147-150 y 162-213 y Diez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo V. Reimpresión. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 2014. Págs. 64-65.

[608] En la sentencia del 26 de marzo de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que: «[...] la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.[...]».

hecho alegado[609]; es decir, el afectado no puede haber intervenido en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, de forma que no haya tenido control sobre la situación ni injerencia en esta[610]. Por esa razón el acontecimiento no puede ser imputable a la persona.

Sobre este último elemento la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en señalar que la exterioridad se concreta en que el acontecimiento o circunstancia que se invoca como causa extraña, también debe resultarle ajeno jurídicamente, esto es, que quien lo alega no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma, es decir, que estuvo fuera de su acción y por el cual no tiene deber jurídico de responder"[611].

Adicional a lo anterior, tal y como puede verse en el auto de imputación, en lo que se refiere a la conducta de los integrantes del consorcio CTIFS, en los diferentes informes de interventoría, resulta claro que aun cuando se les reconocieron mayores tiempos por algunas circunstancias, como bloqueos o problemas geológicos, lo cierto es que el contratista seguía presentado graves atrasos, lo que desvirtúa la aseveración de la apoderada.

Adicional a lo anterior, es necesario precisar que los miembros del consorcio CTIFS al momento de contratar, de cara específicamente a los aspectos geológicos, en el Pliego de Condiciones[612] respecto de la información suministrada aceptaron lo siguiente:

"TOMO 3 – Información de referencia
Clima – Hidrología – Hidráulica
Caracterización geológica y geotécnica
Estudio de impacto ambiental

El Tomo 3 – Información de referencia - se facilita únicamente para fines informativos. Por lo tanto, HIDROITUANGO no garantiza que la información contenida en dicho Tomo sea exacta o típica o que represente parcial o totalmente las condiciones que se encontrarán durante la ejecución del contrato, o que sea indicativa de que no puedan

---

609 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 17 de octubre del 2000, radicación Ac-11760, actor: Luis Fernando Benítez Vargas, Accionado: Luis Fernando Almario Rojas.

610 Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia del 26 de marzo de 2008 Expediente No. 16.530. En esta providencia se hace una crítica sustancial al requisito porque, señala, « [...] resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración –al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna [...]».Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación n° 76622-3103-001-2009-00201-01. Sentencia de fecha 28 de abril de 2014.

611 Sentencia T-271 de 2016 Corte Constitucional.

612 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Precontractual\7. Pliego de Condiciones

encontrarse situaciones diferentes durante la ejecución de la obra. HIDROITUANGO tampoco garantiza que dicha información contenga todos los datos que existen ni que contenga la información que el Proponente pueda considerar como más importante.

El Proponente deberá hacer sus propias interpretaciones de la información contenida en el Tomo mencionado en el anterior párrafo y obtener por su cuenta y riesgo y a su cargo todos los demás datos que requiera. Al formular los precios de la propuesta y evaluar el costo potencial de los riesgos inherentes, el Proponente deberá considerar que las condiciones que realmente se encontrarán durante la ejecución del contrato podrán ser diferentes o estar por fuera de los límites de lo indicado en la información suministrada.

Por consiguiente, será de la total responsabilidad del Proponente la interpretación de la información contenida en el Tomo 3 – Información de referencia - y la estimación de la incidencia que pueda tener sobre los precios o plazos de la propuesta. En consecuencia, HIDROITUANGO no asume ninguna responsabilidad por cualquier interpretación, deducción o conclusión que pueda hacerse sobre dicha información o a partir de ella".

Igualmente, en lo que se refiere a los aspectos sociales en dicho pliego se consagró textualmente que: *"EL CONTRATISTA deberá informarse de las condiciones y características socioeconómicas, políticas y culturales de la zona, para así poder organizar y planear acciones con otras entidades involucradas en la gestión social y que estén previamente autorizadas por HIDROITUANGO".*

De donde resulta evidente que tanto las situaciones geológicas como sociales de la zona eran de conocimiento de los miembros del consorcio subcontratista e implicaban acciones positivas de su parte para gestionar lo correspondiente a los riesgos que pudieran derivarse de las mismas.

Así mismo, en las actas atrás referidas se encuentran situaciones que sí son atribuibles a EPM, comenzando por el hecho de que desde un principio tuvo inconvenientes para precisar cuál era el cronograma que debía cumplir el consorcio, lo que dio pie para que se dieran discusiones y que el contratista desde el principio no se comprometiera con fechas claras a lograr las metas de su contrato.

De igual manera, en las actas de comité de seguimiento al contrato BOOMT obviadas por la apoderada también se aprecia que se generaron situaciones que llevaron a EPM a informar que iba a iniciar los procedimientos para la aplicación de multas.

También, dentro de las actas transcritas por la Apoderada, se demuestra que EPM desde el principio del contrato con el consorcio CTIFS estudió la posibilidad de ceder parte o la totalidad del contrato al contratista de obras principales, lo que finalmente tuvo que hacer primero parcialmente a mitades de 2013 y luego de manera total a finales del mismo año.

Adicional a lo anterior, el Despacho en el auto de Imputación al referirse a la responsabilidad que le asiste a los miembros del consorcio CTIFS[613], estudió los diferentes informes de interventoría y exaltó lo siguiente:

> *1. "El primer informe de interventoría de septiembre de 2011, da cuenta, en cuanto a las obras correspondientes a la construcción de los túneles de desviación y portales de entrada y salida, la galería de construcción superior norte y el túnel de acceso a la casa de máquinas, indicó: - Se reportan atrasos - Se afirma que, pese a contar con vía de acceso al portal salida del tunel de desviación a nivel de sib-rasante, el contratista no ha dispuesto equipo ni personal para iniciar al excavación del portal. - Se afirma que en una reunión sostenida entre el contratista y la interventoría, se adujo que se podían ir adelantando obras. - Que la excavación de los portales de aguas arriba y aguas abajo presenta un atraso de 9 días.*
>
> *2. A su turno, el segundo informe de interventoría de octubre de 2011, se señala lo siguiente: Pese a que la vía de acceso al portal de salida de los túneles de desviación estuvo transitable desde el 15 de octubre de 2011, desde esa fecha hasta el 25 de octubre de 2011 el contratista no realizó ningún avance en el portal de salida de los túneles de desviación. Se reporta atraso de 15 días. Se concluye que hasta el momento los atrasos se presentan en las obras preliminares y en las excavaciones del portal de salida y que esos atrasos se estan midiendo con base en la fecha de inicio, es decir el 16 de agosto de 2011 y la fecha de programación inicial.*
>
> *3. Tercer informe de interventoría de noviembre de 2011*
> *Pese a que el contratista solicita acceso a unas zonas de depósito de material, sin la cual a su juicio no se pueden realizar trabajos de manera continua, la interventoría le informa que la misma le será entregada y que por el momento dispone de la zona de depósito K2+600, la cual compartirá con el contratista encargado de construir las vías de acceso al proyecto.*
>
> *Pese a que el contratista alega la existencia de error en uno de los puntos de referencia, la interventoría le hizo saber que ese error no afecta los trabajos de excavación de los portales.*

[613] Auto No..1484 de 2 de diciembre de 2020. Folio 17.875 y s.s.. Pág. 217 y s.s.

a. En relación con las obras de excavación del portal de salida de los túneles de desviación se afirma que se presenta un atraso de 15 días.

4. El cuarto informe de interventoría de diciembre de 2011, indica que, en cuanto a las obras del portal de salida de los túneles de desviación:
Se aduce que el rendimiento obtenido por el contratista fue inferior al ofrecido en el programa de trabajo detallado, ***consistente en excavar 44.100 m3 en 55 días, lo que significa 801 m3 por día, mientras que lo realmente excavado fue de 243 m3 por día, lo que equivale a casi un tercio a lo ofrecido.***
Con respecto a las obras relativas a la casa de máquinas, túnel de acceso y galerías de construcción:

- *Pese a que la vía de acceso al frente de trabajo se entregó el día 29 de noviembre, siendo que su entrega estaba pactada para el 14 de octubre de 2011,* ***el contratista presentó rendimiento inferior al ofrecido, puesto que pretendía excavar 53.000 m3 en 78 días, lo que significaba 679 m3 por día mientras que realmente, para diciembre de 2011, excavó 343 m3 por día, casi la mitad de lo ofrecido.***

Así las cosas, concluye el interventor:

En términos generales, los rendimientos obtenidos en las excavaciones son interiores a tos programados_ En portal salida se han obtenido rendimientos promedia de 311m3/día, y el rendimiento programado fue de 602m3l día; en cata de máquinas se han obtenido rendimientos promedio de 383m31/día y se habla programado rendimiento de 679m3/día, situación que indica que el contratista debe incrementar sus recursos en personal y equipa, para poder responder con sus compromisos de obra.

5. El quinto informe de interventoría de enero de 2012, refleja también los reiterados incumplimientos del contratista, al respecto se indica:
La Interventoría con las comunicaciones INT-0C-CTIFS-048,111, e IP T-0C-CTIFS-048,11 del 12 de diciembre de 2011 y INT-0C-CTIFS-000112 del 11 de enero da 2012 presenta al Contratista un análisis sobre el estado de desarrollo de las obras y advierte sobre el incumplimiento de los dos primeros hitos del contrato relacionadas con el inicio de la excavación del túnel de desviación por el frente de aguas abajo y del túnel de acceso a la casa de máquinas. En estas comunicaciones se recalcan los bajos rendimientos obtenidos por al Contratista en la excavación de los portales de sendos túneles, se Registra al incumplimiento de loe doe primeros hitos parciales del contrato y solicita la adecuada planeación de las obras y la disposición de las estrategias y recursos requeridos para ajustar el programa de la otra.

El Contratista en diferentes comunicaciones (00-039.11 del 12 de diciembre de 2011, DO-044-11 del 12 de diciembre de 2011, DO-046-11 del 16 de diciembre de 2011. DO- 052-11 del 08 de enero de 2012, 1210-0k53-11 del 08 de enero de 2012, DO-065-11 del 08 de enero de 2012 y DO-084-12 del 14 de enero de 2012) ha expresado de manera reiterada que los atrasos en el avance de las obras obedece a lo que en su opinión considera, incumplimientos de la Entidad Contratante como lo son: la entrega tardía e incumplimiento de las condiciones geométricas de las vías de acceso a Ice diferentes frentes de trabajo; las no entrega con la debida oportunidad de las zonas de depósito especificadas en los documentos del contrato, la designación de una zona de depósito temporal; y la inoportuna entrega y recibo de las referencias topográficas, además del error encontrado en las coordenadas de une de los puntos de ,dichas referencias.

La Interventoría ha dado respuesta a cada una de las supuestas causales indicadas por el Contratista, manifestando que algunas de las justificaciones no tienen asidero contractual y para otras no demuestran de manera concreta y objetiva loe supuestos efectos perjudiciales que el Contratista les quiere atribuir. En cambio dice la Interventoría, lo que si se constituye en un hecho evidente es la actitud poco diligente y descuidada del Contratista en cuanto al cumplimiento de unas obligaciones contractuales preparativas necesarias para una correcta y cumplida elocución del contrato y que tienen relación con: la planeación y programación de las obras; conformación oportuna de una organización básica para la dirección, administración, y supervisión de loa trabajos; presentación de metodologías constructivas; consecución oportuna de equipos, construcción de campamentos e instalaciones industriales en el tiempo programado: presentación de ensayos preliminares de materiales; y planeación para el ingreso de materiales e insumos y su disposición en el sitio de los trabajos. Obligaciones que en buena parte determinan el debido cumplimiento de un programa de obra_ Incumplimientos que bien se pueden evidenciar en la nutrida sane de comunicaciones cruzadas sobre dichos asignarte y el constante tratamiento de los mismos en los comités de obra.

Finalmente, señala el interventor que:

"En opinión de la interventoría, puede predicarse que, de realizar un balance del cumplimiento de las obligaciones de "las partes", la balanza se inclina más a los efectos adversos derivados de los propios incumplimientos del contratista que a los presuntos efectos de las causas argumentadas por el contratista"

5. <u>Sexto informe de interventoría correspondiente a febrero de 2012</u> En este informe, la interventoría, nuevamente, expresa su preocupación en el atraso del contratista, señalando específicamente que se corre el riesgo de no cumplir los plazos contractuales para la terminación de las obras. EPM y el consorcio Contratista, después de haber analizado las causas de los atrasos y revisar algunas alternativas, acordaron la construcción de una galería para acceder a los túneles de desviación. Pese a que el contratista aduce que no le entregaron vías a nivel de afirmado, el interventor recuerda que en los documentos. contractuales no está establecida la obligación de entregarle vías en material

de afirmado. Que el rendimiento de la excavación de la galería acordada y del portal de salida de los túneles de desviación es inferior a la ofrecida inicialmente, incluso la interventoría aduce que pese a haber mejorado el rendimiento de las excavaciones, aún sigue siendo inferior al ofertado

6. Séptimo informe de interventoría de marzo de 2012 El contratista alega que las vías no se encuentran con material de afirmado ante lo que la interventoría responde que de conformidad con los documentos contractuales no está expresamente pactada la obligación de la entidad de entregar las vías a nivel de afirmado. El contratista aduce que se presentan incongruencias entre los valores de calidad de la roca calculados directamente en la obra y los estimados por sus técnicos, considera prudente ampliar tipologías de los sostenimientos, no obstante, la interventoría no concuerda con los valores que se da a cada uno de los valores de la roca del sistema de clasificación de masas rocosas, por lo tanto, ratifica la calificación inicial realizada entre la asesoría y el contratista. ***En cuanto el reconocimiento de mayor consumo de cemento en la inyección de pernos, es importante resaltar la respuesta dada por la interventoría:***

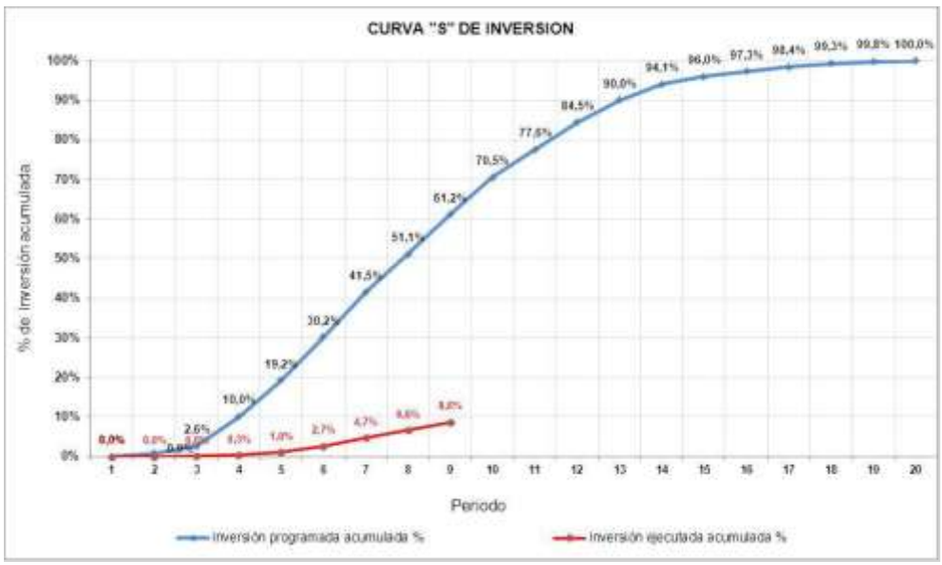
Reconocimiento de mayor consumo de cemento en la inyección de pernos por las condiciones geológicas existentes. El contratista solicita el reconocimiento de la cantidad adicional de cemento, que en su opinión, utilizó en la colocación de pernos con la lechada en el talud derecho del portal salida de los túneles de desviación la interventoría considera que no existe fundamento contractual para el reconocimiento solicitado en razón de: a) el no agotamiento con la debida oportunidad de las alternativas contempladas en las especificaciones las cuales permitían la utilización de mortero en lugar de lechada; b) era previsible las condiciones de permeabilidad del terreno, situación que debió considerar al momento de establecer los precios unitarios para la colocación de pernos. Esta apreciación se sustenta en el hecho de que el contratista durante el proceso licitatorio conoció de la presencia en el sitio de las obras de un conjunto de gneises con estructura esquistosa, así como de depósitos aluviales y aluviotorrenciales, material que por su estructura y variedad, es de esperarse presenten alta permeabilidad.

Pese a que ha mejorado, se reporta rendimiento inferior al ofertado en la excavación del portal de salida de los túneles de desviación.

8. Octavo informe de interventoría de abril de 2012. La interventoría reporta, nuevamente, que el rendimiento del contratista en la excavación del portal de salida es inferior a la ofertada. Incluso, a folio 38 de ese informe de interventoría se observa que la interventoría afirma que "el rendimiento máximo obtenido fue de 5.200 m3/día, laborando en dos turnos, ***lo que indica que los rendimientos ofertados se pueden cumplir disponiendo de mayores recursos."*** *- En cuanto al rendimiento de las excavaciones del portal del túnel de acceso a la casa de máquinas, afirma la interventoría que el rendimiento presentado por el contratista en abril disminuyo en comparación con los dos meses anteriores, toda vez que no realizó actividades de excavación de manera continua.*

El contratista alega que el bajo rendimiento, inactividad y averías sufridas por sus equipos son a causa del mal estado de las vías, no obstante, la interventoría responde que entre las causas de la

inoperatividad de los equipos se encuentran la falta de combustibles y operadores y la calidad del mantenimiento, hechos que son ajenos al estado de las vías. Aduce por último que después de 8 meses de ejecución contractual el contratista no cuenta con un taller en operación.
- La interventoría cuestiona sobre el bajo rendimiento y comunica sobre problemas mecánicos del equipo de lanzado. El contratista alega que no le habían sido entregados los planos de construcción de la galería de aguas arriba, pese a que la orden de inicio fue mes y medio antes. Ante esta información la interventoría hace saber que le fue entregada con anticipación la cartera topográfica y el plano con el cambio de alineamiento vertical, razón por la cual no tuvo ninguna repercusión en las actividades de excavación y soporte de la galería.
9. Noveno informe de interventoría de mayo de 2012. La interventoría nuevamente realiza anotaciones acerca del atraso en la ejecución de las obras, de la afectación del programa y hace saber al contratista acerca del riesgo de incumplir los plazos de importante interés para el proyecto. Agrega que se deben tomar medidas para recuperar os atrasos y terminar las obras en el tiempo contratado. Específicamente, en cuanto al rendimiento de las excavaciones exteriores en el portal de salida, se aduce que ***el contratista ha aumentado el rendimiento en relación con periodos anteriores, no obstante debe disponer de más personal y equipos para que al menos logre los rendimientos ofertados.*** *En relación con las excavaciones exteriores en el portal del túnel de acceso a casa de máquinas, se reporta que en mayo se tuvo un rendimiento menor al programado; se añade que el rendimiento de ese periodo disminuyó en relación con los meses de febrero y marzo.*
En el gráfico anterior se observa que en el mes de mayo se tuvieron varios días de inactividad. El pico máximo de excavación en el mes fue de 2493 m3/dia, trabajando en jornada diurna y nocturna lo que indica que si es posible mejorar el rendimiento con el equipo, materiales, personal y trabajando a doble turno para garantizar la terminación de la actividad sin mayores atrasos.
La siguiente gráfica se puede apreciar la gran diferencia entre el avance obtenido por el contratista y el programado, donde en el 10 mes de obras han ejecutado lo que estaba programado a ser realizado entre el mes 3 y 4



El interventor afirma que, pese a que las vías de acceso no se entregaron en las fechas convenidas, si se toma como fecha la de entrega real, en todo caso, de igual manera, se estarían generando retrasos: "Es importante resaltar que parte de los atrasos son ajenos al Contratista, ya que se le entregaron las vías de acceso más tarde de lo convenido, además para las obras del portal entrada apenas se está construyendo la galería a plazoleta de compuertas que permitirá acceder al sitio de las obras, sin embargo, ***sí se desplazara en el tiempo los días correspondientes a la entrega de las vías, también se generarían atrasos con respecto a estas nuevas fechas"***

10. Décimo informe de interventoría de junio de 2012 - En relación con el portal de entrada de los túneles de desviación, en cuanto a la galería aguas arriba, la misma se terminó con 31 días de atraso. En cuanto a la galería a plazoleta de compuertas, se obtuvo un rendimiento menor al programado. En cuanto a la galería aguas abajo, se obtuvo un rendimiento menor al programado. En cuanto al rendimiento de excavación del ramal 2 derecho, fue inferior al ofertado. - El rendimiento de las excavaciones exteriores en disminuyó en este período y es inferior al ofertado. - El interventor afirmó: el portal de salida ***"El pico máximo de excavación en el mes fue de 3094 m3/día, trabajando en jornada diurna y nocturna lo que indica que, si es posible mejorar el rendimiento con el equipo, materiales, personal y trabajando a doble turno para garantizar la terminación de la actividad sin mayores atrasos."*** *(Negrilla fuera de texto).*

11. Décimo primer informe de interventoría de julio de 2012 - Se reportan, nuevamente, atrasos en las excavaciones de las obras contratadas. Se reporta que no se tiene el rendimiento ofertado

Aduce que, pese a que parte de los atrasos no son imputables al contratista, en ***todo caso si los desarrollos de las obras se contaran desde las fechas de entrega de las vías, también se generarían***

atrasos. *- Reporta que una fracción del concreto lanzado no tienen el desempeño requerido.*

12. Décimo segundo informe de interventoría de agosto de 2012. - Se reportan atrasos en las obras y bajo rendimiento en las excavaciones realizadas en comparación con lo ofertado. En cuanto a las excavaciones subterráneas se afirma que los rendimientos de excavación obtenidos en agosto de 2012 fueron inferiores a periodos pasados. Nuevamente se afirma que no todos los atrasos son imputables al contratista, en razón de que las vías de acceso no se entregaron en las fechas acordadas, no obstante parte de ellos si le son atribuibles.
Es importante resaltar lo siguiente:

La interventoría en diferentes comunicaciones y comités de obra ha solicitado al contratista el retiro de material inapropiado proveniente de la excavación de las galerías aguas arriba y de acceso a la plazoleta de compuertas (cota 260), esto con el fin de que el contratista de las vías de acceso al proyecto, quien en un determinado momento realizó trabajos en esta zona de depósito, procedía a adecuar el sitio y permitía el acopio del material de sobre tamaños que Contratista túneles Ituango debe almacenar en este sitio. Ante la demora del Contratista Túneles Ituango en el retiro de dicho material, la interventoría le definió un plazo perentorio para que diera cumplimiento a la solicitud.

13. Décimo tercer informe de interventoría de septiembre de 2012 - Reporta atrasos en las obras contratadas y bajo rendimiento en las excavaciones en relación con el ofertado. En este informe de interventoría es pertinente resaltar que el contratista conocía de las eventuales alteraciones del orden público que se iban a presentar, motivo por el cual, actuando diligentemente, debió tomar las medidas necesarias para evitar más atrasos de los que ya se presentaban, sobre el particular:
"Con las comunicaciones DO-269-12 del 28 de agosto de 2012 dirigida a EPM y DO-288- 12 dirigida a la Interventoría y recibida el 6 de septiembre de 2012, el Contratista hace referencia a los hechos de alteración del orden público que, según él, han causado afectaciones sobre el normal desarrollo de las obras. En ellas hacen los siguientes pronunciamientos: a) Que las situaciones de orden público presentadas son un "alea anormal" cuya atención no puede ser soportada ni manejada por él, b) que la situación ha sufrido un gran desmedro con respecto al momento valorar la oferta, c) Solicitan a EPM evaluar, junto con las Autoridades civiles y militares la situación, para tomar las medidas más adecuadas frente al proyecto mismo y a la seguridad de las personas, pues no quieren verse abocado a tomar medidas extremas como la cesación de los trabajos o el retiro del personal para garantizar su seguridad y salvaguardar su vida e integridad, d) Expresa que recibiría con agrado, salidas como la suspensión temporal del contrato o el compromiso de una vigilancia extrema por parte de las autoridades, salidas que se tratarían en una mesa de discusión, con el único fin de minimizar los riesgos y garantizar que puedan cumplir con los compromisos contractuales, sin arriesgar la vida del personal,

la maquinaria y equipos, así como, la restauración de un ambiente adecuado y propicio para desarrollar el trabajo que se les ha encomendado, e) Encuentran que en el contexto de este acuerdo de voluntades, los eventos presentados son típicos casos de fuerza mayor o caso fortuito y en tal sentido, de no darse una solución concertada y definitiva al asunto, evaluarán la posibilidad de solicitar la suspensión del contrato.

Al respecto, ***la Interventoría considera: a) Con anterioridad al 25 de agosto de 2012 el Contratista fue previamente informado sobre la intención de la comunidad de realizar una protesta, razón por la cual se presupone que el Contratista adelantó todas las gestiones para garantizar la disponibilidad de todos los recursos y provisiones necesarias para desarrollar los trabajos con la mínima interrupción posible, b) Debió aplicar el plan de seguridad y plan de contingencia que garantizaran la seguridad del personal, equipos e instalaciones, ante estos eventos, c) No se encuentra procedente la solicitud del Contratista a EPM de evaluar, junto con las autoridades civiles y militares la situación, para tomar las medidas más adecuadas frente al proyecto mismo y a la seguridad de las personas, pues los documentos del contrato son claros en el establecimiento de las responsabilidades de cada una de las PARTES en cuanto a las situaciones de orden público en la zona del Proyecto,*** *d)* ***LA OBRA HA ACUMULADO SIGNIFICATIVOS DÍAS DE ATRASOS POR HECHOS DIFERENTES A LOS EXPUESTOS EN SUS COMUNICACIONES Y QUE SON DE LA ENTERA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA, TALES COMO ADECUADO PLANEAMIENTO Y METODOLOGÍA DE TRABAJO, INSUFICIENCIA DE EQUIPOS EN BUEN ESTADO DE OPERACIÓN, ADECUADAS INSTALACIONES INDUSTRIALES, SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES, DEFICIENCIAS EN LA PROGRAMACIÓN DEL CONTRATISTA, Y BAJO RENDIMIENTOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS LABORES,*** *e) EPM no está dispuesta a suspender el contrato, y ante la gran envergadura e incuestionable proyección e interés público del Proyecto, realizará todos los esfuerzos necesarios que propicien el cumplimiento de los compromisos de generación contraídos." (Negrilla y mayúscula fuera de texto)*

De lo anterior se observa claramente que el contratista, no tomó las medidas necesarias para hacer frente al impacto de la alteración de orden público, de igual manera se le reprochó que parte de los atrasos son exclusivos de su responsabilidad, atribuible a la falta de planeación y metodología de trabajo, no disponer de equipos en buen estado para la realización de las obras, no tener unas buenas instalaciones industriales, haber suspendido actividades, entre otras

Afirma el interventor que pese a haberse aprobado un programa de trabajo, que tuvo en cuenta los atrasos, estos mismos siguen presentándose en todos los frentes de trabajo.

Concluye que en el portal de entrada los rendimientos son demasiado bajos de 438 m3 por día, siendo que se habían ofrecido 1600 m3 por día, por lo cual se afirma que no cuenta con los equipos y recursos requeridos.

Otra afirmación que permite deducir la falta de diligencia del contratista se aprecia a continuación:

Si se continúa avanzando con los rendimientos actuales se compromete la terminación de la obra en el plazo contractual. Los frentes que presentan mayor atraso corresponden a las excavaciones por portal de entrada, que de continuar como hasta la fecha llevarían la terminación de las obras hasta noviembre de 2013. Además la construcción del tramo del túnel derecho desde el portal de salida se prolongaría hasta mediados de mayo de 2013.

*La tardanza en la construcción del túnel de acceso a casa de máquinas, airase la construcción de la galena superior norte y se estarle terminando por fuera del plazo contractual, la cual tiene su inicio en la abscisa k 0*634,54 del túnel de acceso cual falta excavar 516,54 m. Con loa rendimientos promedio obtenidos (3,38 micha) tardarían 153 días más para llegar a la abscisa k 04341..64, o sea que la galería superior norte se iniciaría el 26 de febrero de 2013. Si se excava esta galería con los rendimientos obtenidos en el túnel de acceso, la construcción de los 137,0 m tardarla 42 días, o sea que se terminarla el 7 de abril de 2013. Con los atrasos generados en la construcción del túnel de acceso a casa de máquinas se está comprometiendo la fecha de finalización del programa maestro de EPM, ya que el Contratista de obras principales debe iniciar sus obras con la continuación de los túneles hasta llegar al sitio de construcción de la casa de máquinas. Si este lunes no se entrega con la debida oportunidad se impactará el inicio de esta actividad de excavación de la caverna de máquinas, que de acuerdo al programa general de EPM se encuentra en la ruta critica*

La Interventoría en repetidas ocasiones ha manifestado al Contratista a través de comunicaciones, comités de obra y reuniones en obra sobre la necesidad de disponer los recursos en personal, equipa y materiales para acometer vanas frentes de trabajo pata incrementar rendimientos con el objeto de lograr cumplir con el programa de obra. Además se le ha solicitado la presentación de alternativas que permitan recuperar loe atrasos, san embargo el Contratista ha hecho caso omiso y no se tiene respuesta a estas peticiones.< ni en obra se observe la implementación de acciones remediales para aumentar la productividad en bs frentes de excavaciones en superficie y subterráneas.

La interventoría hizo saber que el seguimiento al avance de las obras lo hizo con el programa originalmente aprobado, porque solo hasta el 6 de julio de 2012 se oficializó el programa de obra que contempla las demoras en la entrega de las vías de acceso y la no disponibilidad de una zona de depósito. Pese a lo anterior, a lo largo del informe, la interventoría, en octubre de 2012, sigue reportando atrasos y bajos rendimientos en los frentes de trabajo

Nuevamente se afirma que los rendimientos son muy bajos y que si no se dispone de los equipos y recursos requeridos no se cumplirá con el plazo contractual.

En cuanto a los atrasos en las excavaciones subterráneas se aducen CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA como las siguientes: i) Utilización del mismo equipo para realizar avances en dos frentes de trabajo a la vez, por lo cual es necesario esperar mientras se desocupan los equipos en un frente de trabajo para utilizarlos en otro. ii) La falta de disposición de instalaciones industriales. iii) daños en los equipos, iv) procesos constructivos inadecuados

Informa que, conforme al rendimiento de ese mes, las excavaciones del portal de entrada se extenderían hasta noviembre de 2013, fecha que supera a lo

contratado. Importante resaltar que el atraso de algunas obras tiene como consecuencia que no se puedan ir desarrollando otras.

CON EL ATRASO QUE SE PRESENTA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TÚNEL DE ACCESO A LA CASA DE MAQUINAS, NO ES POSIBLE QUE, DENTRO DEL TERMINO, EL CONTRATISTA DE OBRAS PRINCIPALES INICIE SU OBRA CON LA CONTINUACIÓN DE LOS TÚNELES HASTA LLEGAR AL SITIO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CASA DE MAQUINAS, SI NO SE ENTREGA A TIEMPO, SE IMPACTA EL INICIO DE LA OTRA EXCAVACIÓN, TENIENDO COMO CONSECUENCIA QUE SE COMPROMETA LA FINALIZACIÓN DEL PROGRAMA MAESTRO DE EPM.

*- Otro ejemplo de la **FALTA DE DILIGENCIA** del contratista se presenta con la siguiente afirmación: La Interventoría en repetidas ocasiones ha manifestado al Contratista a través (fe comunicaciones, comités de obra y reuniones en obra sobre la necesidad de disponer los recursos en personal, equipo y materiales para acometer vanas frentes de trabajo para incrementar ~mientas con el objeto de lograr cumplir con el programa de obra. Además se le ha solicitado te presentación de alternativas que permitan recuperar los atrasos, sin embargo el Contratista ha hecho caso omiso y rio se tiene respuesta a estas peticiones, ni en obra se observa la implementación de acciones remediales para aumentar la productividad en los frentes de excavaciones en superficie y subterráneas,*

*15. Décimo quinto informe de interventoría de noviembre de 2012 - El interventor hizo saber al contratista que está teniendo bajos rendimientos y que presenta un atraso acumulado, por lo que el plazo contractual se ve afectado. Que está incumpliendo los compromisos del contratista, situación que es perjudicial para el proyecto. - El contratista aduce problemas relativos a falta de energía eléctrica, no obstante, en el pliego de condiciones el suministro de energía qué requieran los frentes de trabajo es una obligación que está a su cargo. - Nuevamente la interventoría aduce que se presentan atrasos en todos los frentes y que la fecha de terminación de cada uno de estos continúa aumentándose en el tiempo. Aunque se adoptó la construcción de la galería aguas abajo en aras de optimizar el tiempo requerido, no se ve la ventaja de la misma ya que para la excavación de esta se han tenido **rendimientos muy bajos.***

*Es importante resaltar que **los atrasos presentados por el consorcio CTIFS tienen como consecuencia que el contratista de las obras principales del proyecto no pueda empezar la excavación de la caverna de máquinas. LOS ATRASOS DEL CONSORCIO AFECTARÍAN EL PROGRAMA DE LAS OBRAS PRINCIPALES.***

Se cita aparte importante de este informe:

La interventoría continua manifestando al contratista y a EPM, su preocupación porque no están tomando las medidas pare remediar los atrasos en las obras. El contratista continúa sin ejercer control sobre la programación y ejecución de las actividades, además no dispone de los recursos en equipo, personal y materiales para acometer todos los frentes disponibles a la vez y carece de instalaciones industriales suficientes para atender los sitios de trabajo.

16. Décimo sexta acta de interventoría de diciembre de 2012 - El contratista informó que suspendió trabajos, retiro personal y disminuyo los rendimientos

debido a la protesta de la comunidad y el hostigamiento de personas al margen de la ley (el 12, 13, 26 y 27 de agosto de 2012) por lo que suspendieron actividades por 6 días, no obstante el interventor le contestó que presento atrasos en solo 3 días y que al comparar los rendimientos de 15 días antes y 15 días después de las fechas que se mencionaron, se deduce que los rendimientos obtenidos fueron similares a las normalmente logradas. Menciona la interventoría ***"no son los hechos externos los que primordialmente han afectado los rendimientos de los trabajos y así lo ha hecho saber al contratista (...)"***

- El contratista aduce que problemas relativos a la falta de energía eléctrica y la interventoría responde que el suministro de energía a los frentes de trabajo es su obligación contractual conforme al pliego de condiciones.

- Se adoptó un nuevo programa de trabajo en el que se terminarían todas las obras necesarias para desviar el Río Cauca el 31 de julio de 2013, además que las obras exteriores del portal de entrada se terminarían el 26 de agosto de 2013. La interventoría dice que es posible terminar en estas fechas si el contratista acelera los trabajos, termina concluyendo la interventoría:

"Se espera que con el compromiso adquirido por el Contratista y el establecimiento de nuevas hitos contractuales, logre terminar las obras en las ***nuevas*** *fechas previstas y el Contratista de obras principales pueda ingresar* ***ID*** *más pronto posible a iniciar las obras que le corresponde realizar rara la desviación del río y las demás obres asignadas".*

- La interventoría le hizo saber al contratista que por más de un año no contó con un profesional de geotecnia, pese a que es un cargo importante para el proyecto.

Pese a que con la adopción del nuevo programa de trabajo el contratista consideró realizar un avance importante en los meses de enero, febrero y marzo para ponerse al día con los atrasos acumulados hasta diciembre, en enero continúo acumulando trabajo v, por ende, presentando atrasos.

El interventor hace saber que puede ser necesario adoptar una jornada nocturna para cumplir con los plazos contractuales.

Que el contratista no cuenta con la cantidad de equipo requerida para terminar las obras en la nueva fecha programada, ya que debe desplazar el equipo entre los frentes, situación que genera más atrasos".

Y así continuó durante todo el año 2013.

De la lectura de los informes de interventoría resulta evidente que la razón de los atrasos en su mayor parte obedece a la falta de personal, de maquinaria, inclusive el contratista duró trabajando 1 año sin contar con un profesional en geotecnia, esto en una zona con las dificultades Geológicas conocidas tanto por EPM como por el subcontratista.

Cabe recordar que, en virtud de los principios de no coadministración y no control previo es evidente que la escogencia del contratista y los manejos que se realicen en relación con el mismo son de responsabilidad exclusiva de EPM, por lo que ante situaciones tan graves como las que se dieron con el consorcio CTIFS, y que en virtud de la mecánica de libro abierto implementada por HI y EPM, debían haber

sido de conocimiento de Hidroituango para determinar si lo alegado por EPM para el cambio de los hitos atendía o no a la realidad.

Tal y como se demostró líneas atrás esto no era del todo cierto y por el contrario desde la lógica del contrato BOOMT sí era una situación atribuible a EPM. Por lo que lo que correspondía era que Hidroituango tomara las determinaciones que le correspondían desde su rol y no que procediera simplemente a avalar todo lo que EPM le decía aún cuando no era del todo cierto.

Todo lo anterior, independientemente de la existencia de las salvedades consagradas en el contrato BOOMT, sobre las cuales este Despacho **en el auto de imputación precisó:**

- En la presentación cronológica de los hechos que enmarcan la causa fiscal se indicó por el Despacho (fl.17.781):

> *"(…) Consagrar salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido a EPM, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango".*

De otro lado, se estableció en el mismo acápite lo siguiente (fl.17.798):

> "(…) *Precisado lo anterior, es de anotar que en la minuta del contrato BOOMT EPM consignó las siguientes declaraciones y, en contraposición a las mismas específicamente en el anexo 1.02(7) cronograma director, EPM acepta la versión definitiva del Programa General del Proyecto pero imponiendo las siguientes salvedades:*

DECLARACIONES DE EPM	*SALVEDADES DE EPM*
iv) Ha obtenido toda la información y asesoría que ha considerado necesaria, apropiada y suficiente para efectos de la celebración y ejecución de los contratos del proyecto en donde participa;	*No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto*
vii) Ha obtenido, directamente o a través de sus accionistas (y estos le han comunicado o transferido), toda la información necesaria o apropiada en relación con los riesgos, contingencias y otras circunstancias que puedan influir o afectar el Proyecto o el cumplimiento de sus obligaciones bajo los contratos del proyecto y, directamente a través de sus accionistas, con la experiencia, solvencia, idoneidad y los conocimientos técnicos requeridos,	

necesarios o apropiados, para desarrollar y ejecutar el contrato y el proyecto de conformidad con experiencias y técnicas recientes, probadas e internacionalmente aceptadas:	
x) Como resultado de su propio análisis, ha determinado que el Proyecto es operativa, técnica y financieramente viable;	
xi) Conoce y está familiarizado con las condiciones prevalecientes en Colombia, incluyendo, aunque sin limitación, (a) las de seguridad del país, del Sitio y de los inmuebles del Proyecto; (b) la forma y la naturaleza del sitio, de los Inmuebles del Proyecto y de las zonas del trazado para las vías incluyendo (1) sus condiciones físicas, estacionales, climáticas y meteorológicas que predominan en el Sitio y en las zonas del trazado para las vías, y (2) su topografía y accesibilidad; (c) la hidrología imperante en el Río Cauca o en sus afluentes; y (d) la disponibilidad de mano de obra, condiciones sindicales, materiales, suministros de energía eléctrica, agua y demás recursos necesarios, así como los servicios disponibles de transporte y hospedaje;	*El programa calculado, tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que falta por ejecutar. Todos estos compromisos actualmente los adelanta Hi bajo su responsabilidad, por lo tanto, todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por Hi, no se clasificarán como imputables a EPM.* *Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando clara la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control.*
xiii) Realiza las anteriores declaraciones con la intención de inducir a Hidroituango a celebrar este contado o los Contratos del Proyecto en donde participa y, por lo tanto, reconoce que Hidroituango los celebra con fundamento en tales declaraciones.	

Haber consignado el contratista y permitido el contratante que se consignaran dichas salvedades, obró en perjuicio del proyecto y alteró la distribución de riesgos disminuyendo las responsabilidades de EPM perjudicando correlativamente a Hidroituango, quien, se recuera era el dueño del proyecto.

En este punto es preciso recordar que EPM en razón de los convenios marco suscritos con Hidroituango desde 2008, fungió como interventor y/o como consultor para realizar la totalidad de los términos de referencia de los contratos de diseños e infraestructura de vías y campamentos (ver entre otras Acta 80 de 19 de mayo de 2008), por lo que se encuentra probado para este Despacho que EPM contaba con la información suficiente respecto de los atrasos y las dificultades que presentaban dichas obras, por lo que al

consagrar dichas salvedades, la obligación típica de resultado propia de los contratos de obra[614], terminó convirtiéndose en una obligación de medio, en la que permanentemente EPM intentaba cumplir con las fechas programadas pero no se comprometía a hacerlo, como se verá más adelante (…)".

- En la identificación de los hechos generadores del daño (fl.17.820):

> *"(…)**INCLUSIÓN DE SALVEDADES** EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO".*

- Al analizar la conducta del señor Federico Restrepo Posada (fl.18.005), en su condición de Gerente de EPM, como miembro principal de la Junta Directiva de HI, se indicó:

> *"(…)* ***6.*** **Haber permitido, a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto, que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.** *(…) Lo anteriormente descrito guarda estrecha relación con la materialización del daño patrimonial al Estado, el cual consiste en la pérdida del valor de la inversión y el consecuente lucro cesante al no entrar en operación en la fecha acordada. Así las cosas, se tiene que la conducta anteriormente descrita, fue determinante para la causación del daño, ya que fue esta la que dio origen a la ocurrencia del siguiente hecho: inclusión de salvedades en el contrato boomt que operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio -aminorando de esta forma la responsabilidad de epm-, y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de hidroituango (…)".*

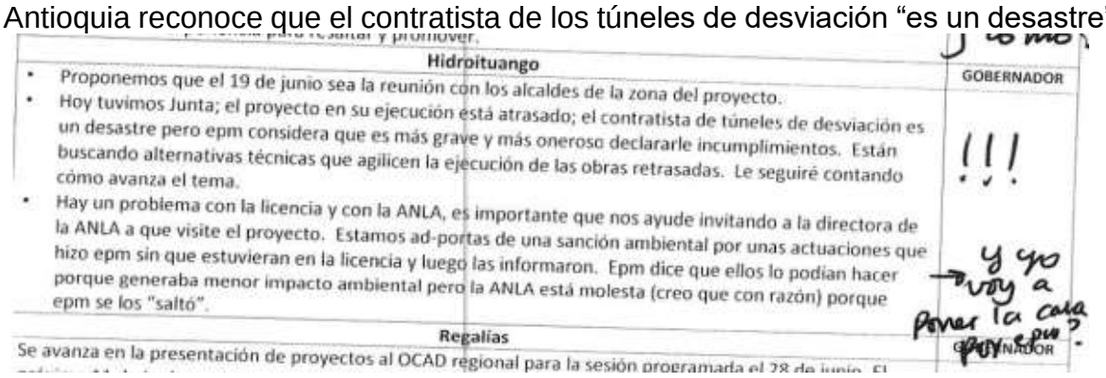
Al analizar la conducta del señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa (fl.18.268), en su condición de Gerente de la Sociedad Hidroeléctrica, se indicó sobre las salvedades:

---

[614] Cabe recordar que dado que el Contrato BOOMT incluye dentro de sus prestaciones, la de construcción de una obra, sobre el particular, resulta pertinente recordar lo sostenido por el Consejo de Estado sobre este particular, en los siguientes términos: "*La caracterización del contrato de obra pública comporta como regla general una obligación de resultado del contratista y su responsabilidad y el riesgo por el álea normal en la realización de la obra completa. Desde ese punto de vista, el objeto acordado no se limita a un trabajo o actividad del contratista, sino a la obtención de un resultado querido por la entidad estatal y pactado en el contrato*" *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ.Bogota, D.C., cinco* (5) *de septiembre de dos mil dieciocho (2018),Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386).*

> *"(…) 1. A pesar de conocer la naturaleza de las obligaciones que el contrato BOOMT acarrearía para la entidad que representaba, LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA suscribió el Contrato BOOMT* ***aún con las salvedades hechas al mismo por EPM, salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaron la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango y se establecieron en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme*** *(…)".*

Así mismo, es necesario precisar que la modificación del Hito 1, permitió que EPM extendiera la situación que venía presentándose con el subcontratista desde el inicio del contrato, hasta cuando la misma se hizo insostenible, tanto que a los 6 meses de tomada la decisión de modificar las fechas de los hitos 1,2 y 6, la misma María Eugenia Ramos en uno de los informes semanales entregado al Gobernador de Antioquia reconoce que el contratista de los túneles de desviación "es un desastre":



Hidroituango — GOBERNADOR

- Proponemos que el 19 de junio sea la reunión con los alcaldes de la zona del proyecto.
- Hoy tuvimos Junta; el proyecto en su ejecución está atrasado; el contratista de túneles de desviación es un desastre pero epm considera que es más grave y más oneroso declararle incumplimientos. Están buscando alternativas técnicas que agilicen la ejecución de las obras retrasadas. Le seguiré contando cómo avanza el tema.
- Hay un problema con la licencia y con la ANLA, es importante que nos ayude invitando a la directora de la ANLA a que visite el proyecto. Estamos ad-portas de una sanción ambiental por unas actuaciones que hizo epm sin que estuvieran en la licencia y luego las informaron. Epm dice que ellos lo podían hacer porque generaba menor impacto ambiental pero la ANLA está molesta (creo que con razón) porque epm se los "saltó".

!!!

y yo voy a poner la cara por epm?

Regalías — GOBERNADOR

Se avanza en la presentación de proyectos al OCAD regional para la sesión programada el 28 de junio. El

En este sentido, de los graves atrasos, dan cuenta las actas del comité de seguimiento al BOOMT, los informes de interventoría del contrato 2012-000014 y las mismas actas de junta directiva. Estos atrasos tuvieron como consecuencia el hecho de que no pudiera desviarse el río Cauca a inicios del año 2013 y llevaron a que el cumplimiento de dicho hito se retrasara un año, pudiendo lograrse sólo hasta febrero de 2014. Así mismo, estos retrasos contribuyeron a que por la premura no se pudieran instalar las compuertas en los túneles de desviación izquierdo y derecho y, por lo tanto, debiera implementarse un plan de aceleración y debiera realizarse un tercer túnel de desviación, todo lo cual desencadenaría en la contingencia de 2018 y esto a su vez contribuyó a la destrucción del valor del proyecto.

Ahora bien, en lo que atañe a la posibilidad de imponer multas, lo primero que hay que anotar es que en el Auto de Imputación no se le cuestiona a los miembros de junta directiva de Hi, que EPM no impusiera multas al subcontratista CTIFS. Lo que se cuestiona es que Hidroituango no utilizara los mecanismos de apremio con los que contaba en virtud del contrato BOOMT.

Como se demostró líneas atrás no es cierto que la razón por la cual debieron modificarse las fechas de los hitos fuera exógena. Sino que obedeció en su mayor parte a situaciones que le eran atribuibles al subcontratista CTIFS y que revestían la mayor gravedad entre ellas no tener el personal suficiente ni la maquinaria, hacer

exigencias que estaban por fuera de lo pactado contractualmente como pedir que las vías estuvieran a nivel de afirmado, no contar por 1 año completo de desarrollo del proyecto con un geólogo, así como el hecho de que aun reconociéndosele los tiempos de las demoras en las entregas de las vías, el contratista presentara atrasos graves frente a ese nuevo cronograma, problemas constructivos entre otros.

En virtud de los principios de no coadministración y no control previo, la escogencia del subcontratista y la administración de dicho contrato, así como las órdenes impartidas eran responsabilidad exclusiva de EPM.

Sin embargo, las situaciones de gravedad que podían haber sido detectadas a tiempo por Hidroituango, dado que afectaban el proyecto, daban lugar a la imposición de apremios por parte de Hidroituango a EPM y no daban lugar a que, como se hizo en el caso concreto, avalar la modificación de la fecha del Hito 1.

Ahora bien, en todo momento este despacho se ha referido a la imposición de las multas y no al hecho de hacerlas efectivas. En efecto, Hidroituango, en virtud del contrato BOOMT podía imponerlas o iniciar los procedimientos necesarios para ello y sólo hacerlas efectivas (cobrarlas) si se incumplía (como terminó ocurriendo en el caso concreto) el Hito 9 que era la entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha programada.

Ahora bien, independientemente de que Hidroituango impusiera o no las multas -que se repite era lo que debió ocurrir en virtud de lo dispuesto contractualmente- **no debió avalar el cambio de la fecha del hito 1, pues no estaban dados los supuestos alegados por EPM y esto sí es algo que debió conocer Hidroituango** y su junta directiva, pues se recuerda, era obligación de los miembros de la junta tomar las decisiones conforme a su rol y de manera informada.

Frente a lo expuesto por el apoderado en el sentido de indicar que todos estos inconvenientes que generaron el atraso fueron casi superados en un ciento por ciento, como se puede constatar en el informe de Deloitte dos días antes de presentarse la contingencia, lo que demuestra que la estrategia de no chocar directamente a través de las medidas sancionatorias surtió total efecto en la recuperación del tiempo, es importante resaltar por el Despacho que así Deloitte en el informe para la creg afirmara que no existía conforme a la curva s un atraso insalvable, tal y como se explicó líneas atrás, estos nuevos atrasos se iban a acumular a los anteriores, obligando a que el proyecto se siguiera desarrollando bajo planes de aceleración, o recuperación de tiempos y en este caso llevando a que se concretara uno de los hechos más importantes que fue el hecho de por la premura para lograr la desviación del río en las estivas de 2014, se prescindiera de las compuertas en los túneles de desviación, lo que llevaría a tener que buscar en este punto una solución, calificada por el BOARD de expertos como riesgosa y no ortodoxa, cual fue la construcción de un tercer túnel de desviación, el cual por la premura a la que se había sometido el proyecto, por las razones indicadas desde

los hechos y en el auto de imputación, generaron la contingencia de 2018 y contribuyeron así de manera determinante a que se destruyera el valor presente neto del proyecto y a que se ocasionara un lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica.

Ahora, es necesario revisar lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dicho sobre la finalidad de los apremios y las multas, lo cual ha sido sostenido, tanto para los contratos estatales como para los contratos privados, como procederá a verse a continuación:

> *"El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*
> *En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de contratación de la administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas* ***con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones****"*[615] *(Negrilla y subrayado del Despacho)*
> *"A partir de estos artículos, el Consejo de Estado concluye que el poder de dirección y control en la ejecución del contrato otorga a la entidad contratante las prerrogativas de dar órdenes al contratista y* ***de asegurar su cumplimiento*** *a través de la imposición de sanciones coercitivas"*[616].
> *"Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo. (…) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial"*[617].

Es necesario precisar que aún de cara a contratos interadministrativos, el Consejo de Estado se ha referido a la posibilidad de imponer multas, en los siguientes términos:

> *"En este orden de ideas, por lo pronto, la Sala quiere enfatizar que un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.*

---

615 RAMOS ACEVEDO, Amparo y RAMOS ACEVEDO, Jairo "Contratación Estatal, Teoría General y Especial", Tercera Edición,2014, Editorial Ibañez p 156 y 157.
616 BENAVIDES, José Luis, "El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho privado" Segunda Edición, 2008, Editorial Universidad Externado de Colombia, p 415
617 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C
Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875).

De manera que debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y patrimoniales a ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.

(…)

De este modo los contratos interadministrativos comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para el caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los convenios interadministrativos que, como se puntualizará más adelante, son acuerdos que permite la autonomía de la voluntad celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses.

(…)

Concordante con lo anterior, en la contratación estatal, en aras de lograr la ejecución de los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones y, por ende, la realización y obtención de los fines de la contratación, las entidades estatales deben exigir del contratista la "ejecución idónea y oportuna del objeto contratado" (artículo 4, Ley 80 de 1993), esto es, su cumplimiento de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas y, por su parte, los contratistas deben colaborar con las "entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y éste sea de la mejor calidad" (artículo 5, num. 2, ibídem). Correlativamente, el contratista tiene, entre otros, principalmente el "derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato" y, en consecuencia, "a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida" (artículo 5, num. 1, ibídem)

(…)

Este supuesto puede darse cuando las partes de dicho contrato son una entidad estatal contratante y un particular contratista que actúa como colaborador de la Administración, posibilidad que no puede descartarse cuando las partes del contrato son entidades públicas, es decir, cuando se está en presencia de un contrato interadministrativo. Tampoco puede excluirse la posibilidad de que una de las partes de un convenio interadministrativos lo incumpla.

(…)

En síntesis, las multas son medidas sancionatorias de carácter económico o de tipo pecuniario que se imponen al contratista con la finalidad de constreñirlo, presionarlo o apremiarlo, en forma legítima, para que cumpla el contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra oportuno o al día en el desarrollo las obligaciones a su cargo y por ende, esté en mora o retardo conforme a los plazos convenidos o en incumplimiento parcial. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo72 , sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la

> ***tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual, pues las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión se le incita al cumplimiento por temor a la multa, de tal manera que adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir por resultarle harto gravosa"[618].***

Así mismo y tratándose de contratos sometidos al Derecho privado, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales', resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes* ***para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo*** *o para sancionar el incumplimiento de las mismas."[619]*

Visto lo anterior, resulta claro para este Despacho que la consagración de las multas en el contrato BOOMT, tuvo como objetivo que las mismas sirvieran para conminar al contratista a cumplir las obligaciones a su cargo, en efecto como se lee de las sentencias atrás referidas, las reglas de la experiencia demuestran que las mismas cumplen con dicha función pues generan un temor en el contratista quien, contrario a lo alegado por la apoderada, cuenta con incentivo suficiente para reconducir el desarrollo del contrato y lograr la meta perseguida.

Así mismo, resulta necesario recordar que en la interpretación de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 1620 del Código Civil, deben interpretarse en el sentido en el que las mismas generen efectos (efecto útil). En este sentido, resulta claro que si se dan los supuestos contemplados en la cláusula lo correcto es permitir y propender porque se den los efectos de la misma.

En el caso concreto y a pesar de estarse configurando las situaciones que daban lugar a las mismas, la junta prefirió desconocer el contenido del contrato y permitir la modificación de los hitos y de las características que contractualmente habían sido pactados como inmodificables.

---

618 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicación interna: 2257 Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00.

619 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicado: 25000232600019950169 9-01 (17.936)

Ahora bien, en lo que se refiere a la imposición de multas a CTIFS por parte de EPM, en primer lugar, es necesario precisar que dicha omisión no le fue atribuida en ningún momento a los miembros de la junta directiva de hidroituango pues es claro que no contaban con la potestad jurídica para lograrlo. De otro lado frente a las razones por las cuales CTIFS no desarrolló a cabalidad las prestaciones contratadas las cuales debieron ser finalizadas por el contratista de obras principales, desde el Auto de imputación[620], con un amplio análisis del material probatorio obrante en el plenario, se precisaron las diversas acciones y omisiones atribuibles a los miembros del consorcio CTIFS y los motivos que llevaron al Despacho a calificarlas a título de culpa grave. Por lo que se le sugiere a la apoderada realizar una lectura completa del auto de imputación. Pues contrario a lo planteado por ella, gran parte de los atrasos sí obedecieron a causas generadas por el contratista.

Frente a lo expuesto por el apoderado en el sentido que los miembros de la Junta Directiva no tienen la competencia para imponer multas, y que por lo tanto tal competencia solo recae en el representante legal de la entidad, esto es, el Gerente, es importante manifestar por este Despacho que de conformidad con lo establecido en el artículo 44 (numeral 3) de la Escritura 771 de fecha 19 de marzo de 2003, se establece como una de las funciones de la Junta Directiva, **cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales,** por lo que no era solamente al Gerente, sino que era a la Administración de Hidroituango, Gerente y Junta Directiva a quienes les correspondía la atribución de imponer las multas, pero contrario a ello y de manera injustificada los miembros de la junta directiva de hidroituango limitaron su acción excusándose en los principios de no coadministración y no control previo, a aceptar todo lo que les proponía EPM, incluyendo la modificación de la fecha de dichos hitos, sin ejercer en debida forma las funciones de vigilancia y control que les correspondían.

De otro lado, el apoderado indicó que es pertinente advertir que la recuperación del tiempo que se tenía a escasos días de presentarse la contingencia, permite inferir que las medidas adoptadas por Hidroituango **fueron eficientes** para recuperar el cronograma del proyecto Además, expresó que es necesario aclarar que al momento de que el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar llegó a la Junta Directiva de Hidroituango ya existían enormes atrasos, por tanto, no puede endilgarse responsabilidad alguna en ellos. Lo que procuró la Junta Directiva que llegó con él fue la recuperación de dicho tiempo a través del análisis juicioso y ponderado de todas las circunstancias que habían generado dicho retraso.

Ahora bien, respecto a que las medidas adoptadas fueron eficientes por la junta directiva y que llevaron a recuperar los atrasos. En primer término, resulta necesario precisar qué significa la palabra “efectivo”, de conformidad con el diccionario de la

[620] Carpeta principal 85. Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se archiva en favor de otros en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal UCC-PRF-014-2019 (fls.17.873 – 17.902).

real academia de la lengua, en su primera acepción es real y verdadero y en su segunda acepción eficaz.

A su vez la palabra eficacia, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

En este mismo sentido el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (el cual fue derogado por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020), consagraba lo siguiente:

> *ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, **la eficacia**, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; **que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas**. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*
> *La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración”.*

En el mismo sentido, cabe recordar que la eficacia está consagrada dentro de los principios de la vigilancia y control fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 403 de 2020, en los siguientes términos:

> ***b) Eficacia:** En virtud de este principio, **los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos***

Bajo esta definición, los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión del Apoderado del señor Iván Mauricio Pérez Salazar no obedece a la realidad, por cuanto, por definición, la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino en que dichas determinaciones permitan reconducir de manera oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación.**

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

Así mismo, es importante precisar que el reproche que realiza este Despacho en relación con dicho tema en el auto de imputación, es textualmente el siguiente:

> *"A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, no haber hecho uso de los mecanismos de presión que tenía el contrato BOOMT (imposición de multas por el no cumplimiento de hitos) y por el contrario, haber aceptado sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM".*

Era conocido por la junta directiva de Hidroituango y por EPM, e inclusive por el Gobernador de Antioquia, que la ruta crítica para los años 2012 a 2014 era precisamente la desviación del Río que debió hacerse en 2013. Era tan grave la situación que desde 2012 en atención a los retrasos presentados en este punto era claro para EPM que era improbable comenzar a generar energía con la hidroeléctrica en el año 2018.

A pesar de toda la información con la que contaban y debían haber tenido en cuenta los miembros de junta directiva, de manera negligente avalaron el cambio de la fecha del hito 1 aceptando las explicaciones que daba EPM sin asumir la postura crítica y que en defensa de los intereses de los socios de Hidroituango debieron mostrar.

De lo alegado por el Apoderado, en el sentido de indicar que la actuación del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en lo que atañe a la modificación de los hitos, como la de todos los demás miembros de la Junta, fue la acertada, este Despacho concluye que de los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión del Apoderado no obedece a la realidad, por cuanto, no fue acertada desde su rol como directivo del señor Iván Mauricio Pérez Salazar, la decisión adoptada en la modificación de los hitos, pues la efectividad de una decisión se mide porque dichas determinaciones permitan reconducir de manera oportuna y de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad conforme a los costos y condiciones previstos. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación.**

En el caso particular, y de cara a la responsabilidad de los miembros de junta directiva, la efectividad de sus decisiones está relacionada necesariamente con la obtención de un proyecto específico en las condiciones de costos y tiempos previstos, más si se tienen en cuenta que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única finalidad desde la fecha misma de su constitución, era la realización de un proyecto hidroeléctrico que sirviera para surtir, en la realidad, energía eléctrica tanto al Departamento de Antioquia como al País.

El apoderado indicó que frente a las modificaciones de las fechas del hito 1 con fundamento en lo expuesto por EPM, la decisión fue tomada después del análisis y el informe realizado por los técnicos de Hidorituango y EPM I. Como puede observarse en el acta 136 de la Junta Directiva de Hidrituango en la cual se presenta la propuesta de modificación de los hitos 1, 2 y 6 del contrato BOOMT, la decisión adoptada estuvo amparada en argumentos técnicos, verificados y analizados con el debido estudio y análisis ante la imposibilidad de desviación del Río Cauca en el mes de enero del año 2013. Así mismo indicó el apoderado que no otro comportamiento puede exigírsele, esto es, estudiar y asesorarse de las condiciones fácticas y técnicas por los expertos para tomar la decisión y eso fue lo que hizo, por tanto, el reproche que le hace la Contraloría es absolutamente injusto e infundado.

Sin embargo, en este punto cabe reiterar lo ya dicho líneas atrás y es que en últimas Hidroituango era una sociedad con objeto único; con un sólo propósito: la obtención de una hidroeléctrica que produjera energía a partir de una fecha determinada. Así mismo, como dueña del proyecto, a Hidroituango le asisten responsabilidades de cara al resultado del proyecto, **en esa medida sus funciones no pueden ser interpretadas, como una mera revisión y aceptación de lo que le presentaban los técnicos y especialistas**, pues el contrato en efecto le daba una función mucho más amplia a Hidroituango, reconociéndole la posibilidad de realizar alertas e imponer medidas de apremio cuando se dieran situaciones que pusieran el riesgo el cumplimiento del contrato por parte de EPM.

Cabe recordar además que el contrato no excluye la función de vigilancia y control cuando se trata de asuntos técnicos, de hecho el contrato no distingue ni circunscribe la vigilancia y control a temas específicos y se refiere de forma genérica al cumplimiento del contrato BOOMT. En este sentido no resulta válido el argumento del apoderado para excluir del ejercicio de la vigilancia y control los temas técnicos pues, como se dijo desde la imputación lo cierto es que las vicisitudes constructivas tienen efectos sobre el desarrollo del cronograma y sobre las resultas finales del proyecto (obtención de una hidroeléctrica que genere energía a partir de una fecha determinada en condiciones de costos planeadas).
Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.
Así mismo indicó:

> ***"3º. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse***

cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

La Contraloría sustenta el reproche en que el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar hizo parte de la Junta Directiva de Hidroituango durante el período en que el Comité de Seguimiento al contrato BOOMT y que a pesar de tener acceso a las actas no advirtió las irregularidades referidas en dichas actas ni dispuso de medidas que permitireran contrarrestarlas y por ello permitió la construcción de la GAD a pesar de no haber sido avalada por el BOARD de expertos.

La respuesta a este reproche tiene que iniciarse con una advertencia ineludible, que la última reunión de Junta Directiva en la que estuvo el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en calidad de miembro de la Junta Directiva, fue el 7 de noviembre de 2014, por tanto, no es posible endilgarle situaciones acaecidas después, como es el informe y formalización de la construcción de la Galería Auxiliar de Desviación "GAD", que consta en acta 42 del 24 de noviembre de 2015, esto es, un año después de que el doctor Pérez Salazar ya no fuera miembro de la Junta Directiva de Hidroituango.

Presentada la aclaración necesaria, es preciso seguir afirmando que solo el desconocimiento del principio de no administración, la negación de los roles en el proyecto hidroeléctrico yde las competencias de los miembros de la Junta de Hidroituango en virtud del contrato BOOMT, permiten elevar semejante reproche.

Como se puede observar en las actas de la Junta Directiva de Hidroituango, el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en su calidad de miembro de la Junta Directiva de Hidroituango, ejerció con dedicación, esmero y cuidado su rol en tal ente directivo, su actuación siempre estuvo orientada a tomar las decisiones más convenientes para la sociedad Hidroituango pero dentro de su competencia legal y estatutaria, pues, no puede soslayar la Contraloría que al funcionario público solo le está permitido realizar lo que expresamente está contemplado en la ley y, en el presente caso, además por la limitación propia que implicaba el contrato BOOMT.

En efecto, como es sabido por la Contraloría, pero extrañamente inadvertido en los análisis de los reproches, en virtud de la suscripción del contrato BOOMT la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., pasó de ser el responsable directo de la construcción, financiación y operación del proyecto, a actuar solo como propietario con competencia en la supervisión de la oportuna ejecución del contrato BOOMT.

En ese sentido, se estableció que la Junta Directiva de Hidroituango en relación con el proyecto, asumiera las funciones de verificación de el avance de obras para que se cumpliera el cronograma del proyecto; el seguimiento de la adquisición de predios y el seguimiento a la ejecución presupuestal.

Igualmente, se consagraron en los numerales 1.3.2. y 1.3.3. del anexo, los principios de no coadministración y no control previo.

Como no coadministración se pactó que la verificación de Hidroituango durante la ejecución del proyecto se realizará sin coadministración en ninguna de las etapas de proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y manteninimiento de la central hidroeléctrica y la comercialización de la misma. Lo anterior significa que a los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango no les es permitido interferir en las decisiones técnicas y administrativas que realice el constructor.

El no control previo se pactó de la siguiente manera: "Hidroituango no ejercerá acciones que constituyan control previo, entendiendo éste como intromisión o injerencia previa a las decisiones que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato".

Es decir, las actuaciones de la Junta Directiva de Hidroituango está limitada a la verificación del cumplimiento del cronograma para entrada en operación y para definir la ejecución presupuestal. Por su parte, Empresas Públicas de Medellín es un contratista con ***autonomía técnica, administrativa y financiera para tomar las decisiones.***

Establecida la competencia de la Junta Directiva de Hidroituango, es preciso detenerse en los mecanismos de seguimiento al contrato y la distribución de funciones o roles, para demostrar que el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar tomó determinaciones acertadas de acuerdo a su competencia y a la información que le fue entregada.

Es lógico que en todo proyecto, y con mayor razón en un proyecto como la construcción de la hidroeléctrica Hidroituango, se asignen funciones, actividades y roles que permitan la ejecución del mismo. Así, los miembros de la Junta de Hidroituango, bajo las limitaciones señaladas, se les impuso el deber de dirección y desición de asuntos estratégicos y de establecer controles con la información que le sea suministrada oportunamente.

Para la Junta Directiva de Hidroituango, en lo referente a la información de sus miembros, se estableció en la escritura pública No. 2193 del 28 de noviembre de 2000, mediante la cual se consagraron los estatutos de la sociedad, que el gerente debía presentar los informes a la Junta Directiva.

12. Informar mensualmente a la Junta Directiva acerca del cumplimiento y comportamiento de los indicadores en cuanto a la operación, ingresos, gastos, ejecución, nombramiento de personas y demás aspectos inherentes a su

gestión, así como a las metas a que se hubiere comprometido la empresa en sus planes de gestión y resultados o convenios con otras entidades públicas.

Esos informes mensuales tenían que ser presentados por el gerente a los miembros de la Junta Dirctiva como se desprende de la cláusula de la escritura pública citada. Además, con el fin de realizar la vigilancia y control en cabeza de la Junta Directiva, Hidroituango dispuso de un comité de seguimiento al BOOMT conformado por funcionarios idóneos. Obviamente, Iván Mauricio Pérez Salazar, ni los otros miembros de la Junta Directiva, no pertenecían a dicho comité, pues tenía los conocimientos necesarios para verificar las actuaciones de un proyecto tan complejo.

En ese sentido, el Gerente de la sociedad y el gerente técnico de la misma, eran los funcionarios encargados de conocer de primera mano las actividades de orden técnico desarrolladas por EPM. En su rol, por su experticia e idoneidad, eran los encargados de informar y analizar los pormenores de los asuntos técnicos que se presentaran en la construcción del proyecto que debían ser presentados a los miembros de la Junta Directiva.

Por ello es inaudito que la Contraloría exija a mi representado, y a los demás miembros de la Junta Directiva, actuaciones que no le competen, pues la división de roles, las restricciones impuestas por el contrato BOOMT (no coadminstración y no control previo), aunado al principio de confianza legítima, le impedían que fuese a buscar información que no se le había presentado. Tal exigencia, esto es, ir más allá de su rol de miembro de junta directiva, desdibuja de manera flagrante los principios de distribución de funciones, competencia y confianza legítima. Además, impone al miembro de la junta a realizar todo tipo de funciones y exige conocimiento pleno de todas las situaciones, en tanto que tendría que, por ejemplo, verificar documentos que no han puesto a su disposición y determinar si son acertadas o no las especificaciones consignadas allí.

Además, tal exigencia desconoce la competencia exclusiva que tenía EPM en la construcción del megaproyecto. Es decir, está claro que con la suscripción del contrato BOOMT, Hidroituango no tenía injerencia alguna en las decisiones técnicas de la construcción del proyecto. Por ello, ni siquiera los informes de la comisión de expertos (BOARD) les eran puestos a disposición de los miembros de Junta Directiva, solo recibían los informes de las discusiones e intenciones de EPM para realizar la construcción o reformas constructivas, como es el caso de la GAD.

Y es que, otra vez, porque parece no entenderlo la Contraloría, no era del resorte de la Junta Directiva de Hidroituango definir, aprobar, discutir o proponer alternativas constructivas al proyecto, en razón de que tal competencia estaba, única y exclusivamente, en cabeza de EPM, por ello no es válido reprocharle a los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango no haber rebuscado los informes que no le habían pasado para intervenir en el proceso constructivo.

Al margen de si existió o no ocultamiento de información a los miembros de la Junta por parte de los representantes de Hidroituango en el comité de seguimiento, porque consideramos que no fue así, resulta absolutamente reprochable que, si así lo considera la Contraloría, tal actuación no constituya un atenuante para los miembros de la Junta, sino una censura pasible de reparo fiscal.

Para terminar lo relacionado a la explicación al reproche del presente acápite, el doctor Iván Maurio Pérez Salazar, que se insiste, solo estuvo hasta la reunión de junta del 7 de noviembre de 2014 y solo conoció de la insinuación –sin detalles- de la construcción de la GAD, realizó su gestión de manera ejemplar respecto de todos los aspectos puestos a su consideración por los funcionarios que integraron el Comité de Seguimiento al contrato BOOMT. Es decir, previa información y análisis de las situaciones planteadas por el Gerente y los miembros del equipo técnico de este que hacían seguimiento al contrato BOOMT, el doctor Pérez Salazar, teniendo en cuenta las limitaciones legales y estatutarias actuó de conformidad con las exigencias presentadas.

En ese sentido, su colaboración fue eficiente y eficaz, en tanto que, como puede verificarse en los informes de Deloitte anteriores a la contingencia, la recuperación del plazo estaba casi en el 99%, es decir, solo había de retraso unos escasos días pese a que al momento de posesionars como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango existía un retraso de unaño.

Así las cosas, deberá desecharse el reproche que se responde y, en consecuencia, dictar fallo sin responsabilidad fiscal a favor del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar.

Rta: El apoderado, inicia su argumento expresando que *"la última reunión de junta directiva en la que estuvo el señor Iván Mauricio Pérez Salazar en calidad de miembro de la Junta Directiva, fue el 7 de noviembre de 2014, y por tanto, no es posible endilgarle situaciones acaecidas después, como es el informe y formalización de la construcción de la Galería Auxiliar de Desviación "GAD", que consta en acta 42 del 24 de noviembre de 2015, esto es, un año después de que el doctor Pérez Salazar ya no fuera miembro de la Junta Directiva de Hidroituango".*

Al respecto es importante indicar por este Despacho que la conducta que se endilgó al señor Iván Mauricio Pérez Salazar, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de Hi, en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, por medio del cual se imputó responsabilidad fiscal fue *"(…)* ***No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018****; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018.* ***Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto****.*(…)".

Por lo que es objeto de análisis en esta conducta que el señor Pérez durante el periodo en que, el comité de seguimiento al contrato Boomt hizo parte de la junta directiva de Hi como miembro principal, y dado que a pesar de tener acceso a estas actas no advirtió las irregularidades referidas en las mismas así como tampoco propuso en las reuniones de junta acción alguna que permitiera contrarrestarlas, por lo que este Despacho encuentra probado que incurrió en esta conducta omisiva, separándose, del modelo de conducta que le resultaba exigible en su calidad de miembro principal.

De otro lado, el Apoderado expresó en su escrito que el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar en su calidad de miembro de la Junta Directiva de Hidroituango, ejerció con dedicación, esmero y cuidado su rol en tal ente directivo, su actuación siempre estuvo orientada a tomar las decisiones más convenientes para la sociedad Hidroituango pero dentro de su competencia legal y estatutaria.

Aunado a ello indicó que la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., pasó de ser el responsable directo de la construcción, financiación y operación del proyecto, a actuar solo como propietario con competencia en la supervisión de la oportuna ejecución del contrato BOOMT. En ese sentido, se estableció que la Junta Directiva de Hidroituango en relación con el proyecto, asumiera las funciones de verificación de el avance de obras para que se cumpliera el cronograma del proyecto; el seguimiento de la adquisición de predios y el seguimiento a la ejecución presupuestal.

Hizo mención a los principios de no coadministración y no control previo, y concluye que la verificación de Hidroituango durante la ejecución del proyecto se realizará sin coadministración en ninguna de las etapas de proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central hidroeléctrica y la comercialización de la misma, así como no les es permitido a los miembros de la Junta Directiva interferir en las decisiones técnicas y administrativas que realice el constructor. Es decir, las actuaciones de la Junta Directiva de Hidroituango está limitada a la verificación del cumplimiento del cronograma para entrada en operación y para definir la ejecución presupuestal. Por su parte, Empresas Públicas de Medellín es un contratista con **autonomía técnica, administrativa y financiera para tomar las decisiones.**

Frente a lo expuesto en este argumento, el Despacho ha venido precisando a lo largo de este escrito los principios de no coadministración y no control previo, los cuales tienen unas definiciones precisas a saber:

> *"(…)*
> *NO CONTROL PREVIO: Hidroituango no ejercer acciones que constituyan control previo, entendido éste como* ***intromisión o injerencia previa en las decisiones*** *que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.*

> *NO COADMINISTRACIÓN: El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango* ***no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista*** *para la construcción y operación de la central. Cualquier* ***inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista****, no a sus Subcontratistas".*

De donde resulta claro que estos principios no se volvían y no podían ser entendidos como una limitación absoluta a las precisas competencias de Hidroituango, que debía ejercer la vigilancia, control y seguimiento de lo que hacía EPM como contratista ejecutor.

En este sentido, le correspondía a Hidroituango cruzar la información de las diferentes fuentes, mismas que la apoderada reconoce (Comité de seguimiento al contrato BOOMT, BOARD de expertos, comités de diseño, comités de construcción, informes de interventoría, entre otros para corroborar el correcto cumplimiento de las obligaciones en cabeza de EPM) pues no era simplemente una labor de seguimiento a la curva S, esa labor en efecto ya era cumplida por Deloitte; ni simplemente establecer un seguimiento financiero.

Pero contrario a ello y de manera injustificada los miembros de la junta directiva de Hidroituango limitaron su acción excusándose en dichos principios, a aceptar todo lo que les proponía EPM, incluyendo la modificación de la fecha de dichos hitos, sin ejercer en debida forma las funciones de vigilancia y control que les correspondían. En este punto cabe reiterar lo ya dicho líneas atrás y es que en últimas Hidroituango era una sociedad con objeto único; con un sólo propósito: la obtención de una hidroeléctrica que produjera energía a partir de una fecha determinada.

Así mismo, como dueña del proyecto, a Hidroituango le asisten responsabilidades de cara al resultado del proyecto, en esa medida sus funciones no pueden ser interpretadas, como una mera revisión y aceptación acrítica de todo lo que planteaba, reportaba y afirmaba EPM bajo la excusa de que EPM era quien contaba con los conocimientos técnicos. Pues el contrato en efecto le daba una función mucho más amplia a Hidroituango, reconociéndole la posibilidad de realizar alertas e imponer medidas de apremio cuando se dieran situaciones que pusieran el riesgo el cumplimiento del contrato por parte de EPM.

Ahora, frente a lo expuesto por el apoderado en el sentido de indicar que de conformidad con lo establecido con la escritura pública No. 2193 del 28 de noviembre de 2000, mediante la cual se consagraron los estatutos de la sociedad, el gerente debía presentar los informes a la Junta Directiva y que esos informes mensuales tenían que ser presentados por el gerente a los miembros de la Junta Directiva, este Despacho indica que los miembros de la junta directiva de hidroituango limitaron su acción excusándose en los principios antes expuestos y aceptar todo lo que les proponía EPM, incluyendo la modificación de la fecha de

dichos hitos, **sin ejercer en debida forma las funciones de vigilancia y control que les correspondían. De otro lado *.en el artículo 44 (numeral 3) de la Escritura 771 de fecha 19 de marzo de 2003 se establecen las funciones de la Junta Directiva, dentro de las que se indica que tiene la función de cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales.***

Ahora, de lo expuesto por el Apoderado en el sentido de indicar que Hidroituango dispuso de un comité de seguimiento al BOOMT conformado por funcionarios idóneos y que los miembros de la Junta Directiva, no pertenecían a dicho comité, pues tenía los conocimientos necesarios para verificar las actuaciones de un proyecto tan complejo y que era el Gerente de la sociedad y el gerente técnico de la misma, los funcionarios encargados de conocer de primera mano las actividades de orden técnico desarrolladas por EPM y en consecuencia los encargados de informar y analizar los pormenores de los asuntos técnicos que se presentaran en la construcción del proyecto que debían ser presentados a los miembros de la Junta Directiva.

Al respecto, esta Instancia le indica **que el hecho de que existiera un comité de seguimiento al contrato Boomt no le restaba responsabilidad a los miembros de junta directiva**, quienes, como es sabido son el organismo de dirección y decisión de la persona jurídica, y están revestidos de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad. En este sentido las funciones de vigilancia y control pactadas contractualmente en el BOOMT les competen directamente a ellos.

De lo anterior es claro que el comité de seguimiento es un mero instrumento de apoyo, tal y como se expresa en el Reglamento de Comité de Seguimiento del contrato de BOOMT en el numeral 3, el cual se explica que el objetivo de éste es el siguiente: *"El Comité es un espacio de comunicación y seguimiento del Contrato y estará vigente durante el desarrollo del proyecto, en sus etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de las obras del proyecto a Hidroituango".*

Por lo anterior, el Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT en el proyecto HI, **tiene como fin facilitarle a la junta directiva de HI sus labores <u>más no desplaza la competencia de sus miembros para la toma de las decisiones necesarias para que Hi cumpla con su objeto.</u>**

En este sentido, era responsabilidad de los miembros de junta directiva y por lo tanto de IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR, informarse de lo acontecido en las reuniones adelantadas por el comité de seguimiento al contrato BOOMT, lo cual se encontraba registrado en las actas que se levantaban de cada una de las sesiones, las cuales por demás quedaban a disposición de los miembros de la junta y de hecho reposan en los archivos de Hi y de EPM.

De otro lado, frente al argumento en el cual era la división de roles, las restricciones impuestas por el contrato BOOMT (no coadminstración y no control previo), aunado

al principio de confianza legítima, le impedían que fuese a buscar información que no se le había presentado y que por lo tanto tal exigencia, es, ir más allá de su rol de miembro de junta directiva, y desdibuja de manera flagrante los principios de distribución de funciones, competencia y confianza legítima, este Despacho considera necesario precisar que en el trámite de esta investigación no se ha desconocido nunca la existencia de la necesidad de dividir el trabajo en un proyecto de las dimensiones como el que ocupa esta causa fiscal. Así mismo tampoco el Despacho ha cuestionado a los profesionales de la construcción, diseño e interventoría contratados para el proyecto por parte de EPM, por el contrario ha reconocido su carácter de "especialistas".

Ahora bien, el hecho de que las decisiones técnicas hayan sido planteadas por los contratistas y EPM como "especialistas" no exime de responsabilidad a los miembros de junta directiva en el entendido de que a ellos dentro de la división del trabajo que aduce el apoderado también **les competía un rol preciso cual era el de realizar la vigilancia y control del contrato BOOMT para que con él se consiguiera el objetivo cual era obtener una hidroeléctrica que produjera energía**. Más si se tiene en cuenta que, como se analizó tanto en la imputación, como en líneas atrás la sociedad Hidroituango tiene objeto único -lograr la construcción y puesta en funcionamiento de la Hidroeléctrica- y como dueño del proyecto obtener unos réditos.

En este sentido, las responsabilidades que puedan llegar a configurarse en cabeza de otros de los vinculados a esta causa fiscal que tienen el carácter de "especialistas" no desvirtúa la responsabilidad debidamente probada de los miembros de la junta directiva de hidroituango vinculados a esta causa fiscal.

De otro lado, es muy importante precisar que solamente puede invocarse el principio de confianza si quien lo invoca actúa de manera diligente y cuidadosa en el desarrollo de sus propias funciones. Cabe recordar que sobre el particular, la Corte Suprema de justicia ha considerado lo siguiente:

> *"En orden a examinar la violación del deber de cuidado objetivo, rige la regla de la confianza, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la intersubjetividad permanente del ser humano, razón por la cual,* ***quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida en que actúa diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo*** *propio. Sería imposible el desenvolvimiento de un despacho judicial si, por razón de la complejidad de su actividad funcional, el funcionario director ni siquiera tuviera derecho a entregar desempeños materiales o jurídicos al personal subalterno o auxiliar, y a confiar en que ellos realizarán la tarea con el mismo criterio de delicadeza y probidad. Pero, se insiste en que el principio de confianza no otorga derechos sobre los demás, simplemente obedece a una regla de la experiencia que razonablemente rige la interacción humana, motivo por el cual* ***sólo el cumplimiento del individuo en lo que le obliga y es su aporte al trabajo mancomunado, lo habilitaría para confiar y no verse afectado por la malicia o despreocupación de los demás***

> ***partícipes****". (Sentencia del 9 de septiembre de 1997, MP: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Proceso No. 12655)*

Esta misma lógica ha sido adoptada por la Procuraduría General de la República en diferentes pronunciamientos entre ellos en el fallo de segunda instancia proferido en contra de la exalcaldesa encargada de San Gil Santander[621], en el cual se dijo:

> *"(…) el principio de confianza en los subalternos no desconoce el deber del superior jerárquico de cumplir diligentemente sus funciones y deberes constitucionales y legales", pues como lo señala la Constitución Política "(…) quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida que actúe diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo propio (…)".*

En el caso concreto, el principio de confianza no puede ser invocado por la defensa de quienes eran miembros de junta directiva en el periodo 2012-2015, pues para que este argumento tuviera vocación de prosperar tendría que encontrarse demostrado que obraron de manera diligente y cuidadosa en el ejercicio de sus propias funciones. Lo que como se demostró no ocurrió en el caso concreto.
En este punto además de lo sostenido en relación con el principio de confianza, este argumento de defensa conlleva un razonamiento que resulta contrario no solo a lo plasmado en el contrato BOOMT que impuso en cabeza de Hidroituango una obligación clara de vigilancia, supervisión y control del cumplimiento de las obligaciones del EPM, sino además de lo que la jurisprudencia ha entendido como la responsabilidad en cabeza del dueño del proyecto. Sobre el particular es necesario recordar lo sostenido por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> *"En cuanto a la imputación del daño, es pertinente poner de presente que la demanda fue dirigida contra el Municipio de Pereira, la Nación - Ministerio de Cultura y Ministerio de Salud y Protección Social, respecto de los cuales la parte actora consideró que era posible endilgarles responsabilidad, por cuanto el primero y el segundo de los mencionados fueron las entidades que suscribieron* el *contrato de obra para la restauración del Palacio Nacional, y el último fungía como propietario del mismo (...). En este orden de ideas, la responsabilidad de tales demandados debe analizarse debido a la ocurrencia de un daño vinculado con la ejecución de una obra, ya fuere porque la contrataron o porque eran los propietarios del bien sobre los cuales esta se desarrolló.* ***Se trata de un escenario que la jurisprudencia ha desarrollado bajo el principio de "ubi emolumentum ibi onus esse debet" (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o***

[621] https://www.procuraduria.gov.co/portal/En fallo_de_segunda_instancia__Procuraduria_suspendio_a_exalcaldesa_encargada_de_San_Gil__Santander__.news

> ***dominio de la obra,*** *al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista"*[622]

En este punto es muy importante precisar además que lo que reprocha el Despacho es el hecho de que los miembros de la junta directiva de Hidroituango, no se informaran, en ejercicio de su labor verificación, seguimiento y control de la información de todas las fuentes de control y seguimiento que tenía EPM (incluyendo entre otras, las apreciaciones del Board de expertos), así como lo consignado en las actas de su propio comité de seguimiento al contrato BOOMT, para establecer un criterio propio que le permitiera determinar su actuar frente a los múltiples problemas que se estaban presentando, y que no llevara a Hidroituango a aceptar todo lo que EPM estaba planteando aún en perjuicio del proyecto.

Lo que se le exigía a la junta Directiva de Hidroituango era que obrara conforme a su propio Rol de nuevo en este punto, cabe recordar que se trata de una sociedad de objeto único cuya única misión era obtener una hidroeléctrica que generara energía, y por supuesto como gestores fiscales se les exigía que la misma fuera obtenida en condiciones de costos y tiempos planeados.

Por lo anterior no resulta procedente el argumento expuesto por el versionante.

Ahora frente a lo expresado por el Apoderado en el sentido de indicar la competencia exclusiva que tenía EPM en la construcción del megaproyecto, teniendo en cuenta que con la suscripción del contrato BOOMT, Hidroituango no tenía injerencia alguna en las decisiones técnicas de la construcción del proyecto.

Aunado a ello, expresó *que "ni siquiera los informes de la comisión de expertos (BOARD) les eran puestos a disposición de los miembros de Junta Directiva, solo recibían los informes de las discusiones e intenciones de EPM para realizar la construcción o reformas constructivas, como es el caso de la GAD".*

Si bien de cara a las decisiones técnicas no tenía ingerencia, pues el Despacho ha sido claro al reconocer que le ejecutor del proyecto es EPM, como se explicó líneas atrás, ello no le restaba responsabilidad a los miembros de la junta directiva de cara a la vigilancia y control. Misma que debía realizarse confrontando la información entregada por EPM con la información a la que en virtud del libro abierto tenía acceso Hi.

Así mismo y contrario a lo que afirma el apoderado, no resulta cierto que respecto de los informes del BOARD no se tuviera acceso, no solo por cuanto se encontraban dentro de los documentos que en virtud de la política de Libro abierto podían ser consultados por Hi sino porque además, en particular, el Acta 3 del BOARD, en la cual **se hace referencia a la decisión sorpresiva** de la construcción de un tercer

[622] CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, 3 de abril de 2020, EXP 6601-23-31-000-2012-00147-02 (51846).

túnel y la opinión que sobre el particular plasmó el Board considerando: "*En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra".*

Por lo que el argumento no está llamado a prosperar.

De otro lado indicó:

> ***"4º. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto."***
>
> *Con todo respeto por la Contraloría General de la República, y en especial por la Delegada que suscribe el auto 1848 de 2020, este reproche debe ser retirado del pliego de cargos porque de su redacción no se desprende ningún reparo. Es decir, es una imputación incompleta y, por tnato, imposibilita el ejercicio de defensa. ¿Cuál es la acusación? ¿De qué nos defendemos? ¿Qué probamos?*
>
> *Como puede observarse en el texto citado solo existe un párrafo largo, lleno de incisos, los cuales solo describen algunas actuaciones sin referencia específica y sin el complemento que requiere para dar sentido a la oración. Por ello, se hace imposible responder de manera clara y precisa tal recriminación.*
>
> *En desarrollo de la justificación del supuesto reproche, la Contraloría sigue indicando situaciones sin definir el reproche concreto, hasta llegar al siguiente párrafo, que considero es el único reproche que existe en el apartado que se responde y, por ende, será lo que controvierta en este escrito al respecto. El párrafo es el siguiente, el mismo que se repite de manera exacta, solo cambia el nombre, para mis dos representados, a Iván Mauricio Pérez Salazar y a Alejandro Antonio Granda Zapata, valga decir que es el único que se le hace al doctor Granda Zapata, presentada esta particularidad, es preciso presentarlo para dar inicio a las explicaciones del mismo.*
>
> *El único reproche advertido es el siguiente para el doctor Alejandro Antonio Granda Zapata:*
>
> *Ahora es relevante destacar en el sub judice, que aún teniendo conocimiento de las anteriores circuntancias descritas, el señor ALEJANDRO ANTONIO*

GRANDA ZAPATA avaló los cambios en las fechas de los hitos y aprobó el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto. (Página 585 del Auto 1484 de 2020).

Por su parte, al doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, se le hace el mismo reproche 300 folios más adelante solo cambiando el nombre, a pesar de que el doctor Pérez Salazar fue miembro de la Junta Directiva de Hidroituango hasta el 7 de noviembre de 2014.

Ahora es relevante destacar en el sub judice, que aún teniendo conocimiento de las anteriores circuntancias descritas, la señora IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR avaló los cambios en las fechas de los hitos y aprobó el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto. (Página 800 del Auto 1484 de 2020).

Lo que se reprocha a los doctores Granda Zapata y Pérez Salazar es entonces que "aval[alaron] los cambios en las fechas de los hitos y aprob[aron] el plan de aceleramiento".

La redacción de los acápites en los que se desarrolla el reproche es idéntico para ambos imputados, ello sin tener en cuenta que el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar solo participó en las reuniones de Junta Directiva hasta el 7 de noviembre de 2014 y que solo existe evidencia de que solo conoció de la existencia de planes de medidas de aceleración como se verá más adelante.

En concreto, es preciso señalar que ninguno de los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, obviamente incluidos los doctores Alejandro Anonio Granda Zapata e Iván Mauricio Pérez Salazar, aprobaron el plan de aceleración, ello por cuanto Hidroituango no tenía competencia para decidir sobre aspectos técnicos constructivos y, en el caso del doctor Iván Mauricio Pérez Salazar, ni siquiera tuvo la oportunidad de conocer dicho "plan".

Como puede observarse en el Acta 147 de la Junta Directiva de Hidroituango, fechada el 16 de mayo de 2014, los miembros de la Junta Directiva son informados por el doctor Luis Javier Vélez de que la estrategia de aceleración está siendo revisada por los asesores de EPM para luego someterse a aprobación del contratista. Así se lee en dicha acta: "(...) Frente a la estrategia

de aceleración advierte el Dr. Luis Javier Vélez, que aún se encuentra en proceso de validación por los asesores y que luego debe someterse a la aprobación del contratista para lograr los acuerdos económicos."

Esa fue la única y última oportunidad que tuvo el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar para conocer acerca del denominado "plan de aceleramiento", por cuanto, se insiste, su última reunión de Junta Directiva de Hidroituango acaeció el 7 de noviembre de 2019. Como se observa, ni siquiera se planteó que medidas se estaban contemplando, por tanto, el reproche que se le hace al doctor Pérez Salazar es abiertamente infundado.

Ya en lo que respecta al doctor Granda Zapata, como puede observarse en el acta 158 del 30 de diciembre de 2015, lo que se pone a consideración de la Junta de Hidroituango son los costos del plan de aceleración, que en realidad es un plan de recuperación de tiempo. Decide la Junta que tales costos se cancelarán de acuerdo al la estimación de la matriz de de riesgos del proyecto, es decir, que ni siquiera al momento de la decisión de la Junta se puede señalar que los costos de dicha estrategia fueron aprobados por la Junta Directiva de Hidroituango.

Como está claramente demostrado y se observa en la misma acta 158 del 28 de diciembre de 2015 y en el informe presentado a la Junta por EPM, las obras que desarrollaron la estrategia de recuperación de tiempo se iniciaron en la segunda semana del mes de diciembre de 2015 y solo fue informada la Junta Hidroituango a finales de diciembre de ese mismo año. Tales estrategias fueron trazadas, ideadas y ejecutadas, única y exclusivamente, por EPM, quien tenía la competencia exclusiva para tomar determinaciones técnicas en desarrollo de la construcción de la hidroeléctrica en virtud de lo acordado en el BOOMT. Por ello la Junta de Hidroituango solo tenía derecho a ser informada sin tomar ingerancia alguna respecto d las obras en virtud de los principios de no coadministración y no control previo consagrados en el contrato boomt.

Por tanto, no es posible que en la Junta Directiva de Hidroituango se sometiera a aprobación las estrategias constructivas como el mal denominado plan de aceleramiento, en razón de que no existía competencia de Hidroituango para decidir acerca de tal asunto. Tan solo tenía el derecho para ser informado al respecto. En consecuencia, el único respondable por dichos actos es EPM.

Por otro lado, en lo relacionado con autorización al gerente de Hidroituango de la modfiicación bilateral en lo que correspondía a los Hitos, es preciso señalar que dicha autorización correspondía decidirla a la Junta Directiva en razón de que tales aspectos, pese a la competencia exclusiva de EPM en la construcción, estos solo podrían ser variados de manera consensuada, es decir, no de manera unilateral. La decisión fue adoptada por la Junta Directiva en razón de que existía plena información y valoración positiva por parte de los expertos técnicos de la sociedad, quienes indicaron la factibilidad y viablidad de tomar dicha medida para la recuperación del tiempo y buen desarrollo del proyecto, lo cual es normal en la ejecución y desarrollo de un megaproyecto como la construcción de la Hidroeléctrica Itugango.

No es cierto, como parece afirmarlo la Contraloría, que la Junta Directiva conoció antes el Plan de Aceleración y concedió un mayor costo, como puede verificarse en el acta 158 de 2015, la Junta autorizó al Gerente de la Sociedad a que realizara las verificaciones del caso de acuerdo a la matriz de riesgos del contato BOOMT y solo si estaban tipificadas allí se procediera a incorporar dichos costos al proyecto. Por tanto, no es cierto que los miembros de la Junta haya conocido previamente la estategia de aceleración y que se haya pagado de más por dicha estrategia.

Además, como pudo constatarse en la visita realizada a Hidroituango, según información o declaración juramentada del señor Diego Salas, para la fecha de esa visita, aún no se había determinado los costos de ese plan y, por tanto, no se había cancelado ninguna suma de dinero por dicho concepto. Por tanto, no puede hablarse de daño fiscal por tal actuación.

Rta/: El Apoderado indicó sobre esta conducta "*debe ser retirado del pliego de cargos porque de su redacción no se desprende ningún reparo. Es decir, es una imputación incompleta y, por tanto, imposibilita el ejercicio de defensa. ¿Cuál es la acusación? ¿De qué nos defendemos? ¿Qué probamos?. Como puede observarse en el texto citado solo existe un párrafo largo, lleno de incisos, los cuales solo describen algunas actuaciones sin referencia específica y sin el complemento que requiere para dar sentido a la oración. Por ello, se hace imposible responder de manera clara y precisa tal recriminación".*

Este Despacho teniendo en cuenta la conducta por la cual se le calificó al señor IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR y ALEJANDRO GRANDA ZAPATA, la cual consistió en "*Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto",* procede a describir lo expuesto en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, frente al señor Pérez Salazar, así:

- Teniendo en cuenta la conducta endilgada a la señora IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR, está plenamente demostrado en el plenario que tenía conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales y de la variación de las especificaciones técnicas tal y como se indicó en el acápite fundamentos de hecho, al describir que de acuerdo con los diseños originales, el Río Cauca se desviaría a través de dos túneles paralelos ubicados en el Cerro Capitán al lado derecho de la presa, los cuales permitían evacuar, entre ambos, un caudal de hasta 4.700 m3/s que estaría controlado mediante la instalación de las compuertas deslizantes de cierre de

los túneles de 7 metros de ancho por 14 metros de alto, las cuales finalmente no fueron instaladas.

- El contratista debía cerrar inicialmente el túnel izquierdo para construir la descarga de fondo que garantizara el caudal ecológico y, posteriormente una vez terminada la descarga de fondo, se instalarían las compuertas en el túnel derecho para poder poner el tapón definitivo de éste e iniciar el llenado del embalse. Así mismo, debía manejar el control de aguas y las filtraciones que se pudieran presentar en los tapones definitivos de estos túneles durante el llenado del embalse y hasta la entrega final de la obra a EPM.

- Una de las decisiones tomadas por EPM que mayor impacto causó al proyecto, fue la no construcción de las guías de las compuertas de cierre de los túneles de desviación. Dicho efecto se reflejó, no solamente en los costos del proyecto — los cuales aumentaron directamente en el costo del denominado tercer túnel - sino también en la entrada en operación y generación del proyecto como se presenta a continuación.

- El no desviar el Rio Cauca en el primer verano del 2013 como se había planeado originalmente en el Hito 1 del BOOMT y tener que instalar las guías de las compuertas, implicaba retrasar el desvío hasta 2015, por tanto, se empezaron a buscar diferentes alternativas para desviar el río en el primer verano de 2014. Por la variación de terreno encontrada se ajustaron los tiempos y se modificaron las especificaciones técnicas de construcción.

- EPM conocía de la situación de desviar el río Cauca sin las estructuras para la instalación de las compuertas de cierre; es decir, por recomendación de la Junta de Asesores, analizó las diversas opciones de desviar el río por los túneles izquierdo y derecho sin la instalación de los marcos y guías de las mencionadas compuertas de los túneles de desviación[623], sin embargo, para cumplir con los tiempos decidió ejecutar la obra prescindiendo de dichas estructuras, las cuales a 31 de diciembre de 2013 no se encontraban listas como consecuencia del hecho de que fueron contratadas tardíamente, tal y como da cuenta el Acta de seguimiento técnico con corte a esa fecha, en la cual se afirma lo siguiente:

  "Los equipos hidromecánicos, conformado por las compuertas de desviación, vertedero y descarga del embalse, presentan un atraso del 21% con relación al avance programado, ***fundamentalmente por la contratación tardía de las compuertas de cierre de los túneles de desviación, cuyo atraso,***

[623] Ver acta 144 de a Junta Directiva de HI.

con relación a la fecha de orden de inicio de los trabajos es del 91% en el diseño, fabricación y transporte"[624]*.*

- De igual manera, se hace referencia en el Informe mensual de seguimiento de **febrero de 2014**[625], en donde se explica que la desviación del río sin las obras civiles, es lo que dará lugar a la construcción de descarga de fondo en un futuro TERCER TÚNEL:

> **2.13.2 Obras de desvío**
>
> **Contrato No. CT-2012-000036 - Consorcio CCC Ituango:** Las actividades relacionadas con la finalización de las obras en los portales de entrada y salida de los túneles de desviación, lo mismo que las obras en los ramales fueron concluidas en la fecha prevista (16 de febrero de 2014), lo que permitió que la desviación del río Cauca se realizara el 17 del mismo mes, cumpliendo con el cronograma aprobado.
>
> La desviación del río se realizó sin las obras civiles, pórticos, guías, asientos y demás elementos estructurales para el montaje y operación de las compuertas, necesarios para la construcción de la descarga de fondo y los tapones de concreto en los túneles. Esta situación forzará la construcción de la descarga de fondo en un futuro tercer túnel.

- Para atender el riesgo de un posible incumplimiento de la fecha de entrada en operación de la Unidad 4, EPM con aprobación de la Sociedad, adelantó un plan de recuperación, denominado *"Plan de Aceleración*"* que consideraba la construcción de un Sistema Auxiliar de Desviación— SAD que independizaría las obras subterráneas de las obras exteriores permitiendo así apresurar la ejecución de los trabajos.

- El plan de aceleración permitía, no solamente cerrar los dos túneles iniciales de desviación, sino también conducir la totalidad del caudal del río por la galería auxiliar para el cierre final de las compuertas, reducir los tiempos de atraso del proyecto y generar energía dentro de los tiempos de los cronogramas aprobados.

- La Junta de Asesores[626] desde **agosto de 2013**, informó el retraso que presentaba la construcción de los túneles *y, en* consecuencia, que la demora en la terminación de estas obras afectaría los trabajos de CCCI de levantamiento de la presa y trabajos adicionales.

- Ahora es relevante destacar en el sub judice, que aún teniendo conocimiento de las anteriores circunstancias descritas, el señor IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR avaló los cambios en las fechas de los hitos y aprobó el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las

[624] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\INFORMES SEGUIMIENTO TÉCNICO\2013
[625] Obcit
[626] Informe No. 3 de la Junta de Asesores del BOOMT del 29 de noviembre de 2013.

circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

- **Las conductas descritas en el presente acápite** (atrasos presentados en la ejecución de obras principales, modificación de los hitos inmodificables, variación de especificaciones técnicas, no haber uso de los mecanismos de apremio, aprobar planes de aceleramiento), **se fundamentan en las actas de seguimeinto de BOOMT y de actas de Junta Directiva de HI, las cuales procederá el Despacho a su análisis, así:**

- En Acta de seguimiento de BOOMT de 21 del 15 de mayo de 2013, el Gerente de HI planteó que teniendo en cuenta los rendimiento bajos de los túneles de desviación, le inquietó si era viable desviar el río en la fecha indicada, lo anterior se expresó en los siguientes términos:

3.3 Avance del Proyecto

El Dr. Maya Salazar plantea que dado que en túneles de desviación los rendimientos son tan bajos le inquieta si se podrá desviar el río en la fecha prevista.

EPM manifiesta que con el consorcio CTIFS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer de las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originados por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resumen, el nuevo programa pactado mediante la AMB3, que sanea todas las situaciones no

- En **<u>Acta 24 del 10 de octubre de 2013</u>**, se indicó atrasos en las actividades de construcción de las galerías de la central subterránea, así

Obras principales:

Las excavaciones del vertedero avanzan de acuerdo con lo programado. Los frentes principales están localizados en la zona aguas arriba del canal y en la zona del cuenco amortiguador.

Se presentan algunos atrasos en las actividades de construcción de las galerías de la central subterránea, pero estos frentes no están en ruta crítica.

La galería de acceso a la descarga intermedia servirá de túnel vial para descongestionar la vía que va desde el puente Capitanes. Igual sucederá con la galería 313, también servirá como vía, cuando se esté excavando el estribo izquierdo de la presa.

- **<u>En el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013</u>**, <u>se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos</u>, así:

3. **Desarrollo Comité**

EPM expuso los temas tratados en la visita número 3 de la Junta de Asesores del proyecto Ituango. Esta junta está conformada por los especialistas Bayardo Materón, Nelson Pinto, Gabriel Fernández, Juan David Quintero y Helmut F. Miller.

A manera meramente enunciativa, se pone en conocimiento de Hidroituango los temas de la visita, se hizo énfasis en lo relacionado con la desviación, en especial al cumplimiento del hito N° 1 en la fecha prevista.

EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.

EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones. Asimismo, la Junta de Asesores planteó las siguientes tres alternativas para la segunda desviación:

1. Taponamiento del portal de los túneles colocando mallas
2. Construcción por voladura dirigida
3. Sistema combinado

- Cabe resaltar que no es cierto que la Junta de Asesores validara la construcción del tercer túnel, premisa que con una simple lectura tanto del acta, como del informe del Board de expertos que tiene como anexo, pudo haberse desmentido**, no obstante no obra constancia alguna de que IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR, manifestara inquetud alguna sobre el particular. Por el contrario, <u>en el mismo comité de seguimiento se solicitó formalizar la construcción del tercer túnel</u>**, así:

> HI solicitó a EPM notificar oficialmente la construcción del tercer túnel, dado que ya se han cumplido dos pasos que son la concepción del túnel y la consulta ante la Junta de Asesores, se debe informar oficialmente para que quede documentado este cambio y, una vez la ANLA apruebe la disminución del caudal ecológico, notificarlo igualmente a la sociedad HI. En la comunicación, se deben explicar los procedimientos que se han realizado y los próximos a realizar ante la ANLA; igualmente, oficializar en este comunicado el informe de la Junta de Asesores y los planos de la desviación.
>
> En este punto el Gerente de la Hidroeléctrica manifiesta que una vez oficializada la propuesta de construcción del tercer túnel, se debe considerar las responsabilidades, tanto de la contratante como del contratista respecto a los sobrecostos que representara esta alternativa, de conformidad con la matriz de riesgo definida.
>
> Con respecto al cronograma BOOMT que entrego EPM con la modificación de los hitos, HI advierte que este no es oficial hasta tanto no se apruebe con AMB la entrada de las unidades en el 2019, esto se considera solo una manifestación de EPM, igualmente HI solicita aclaración sobre las fechas que se reportan de entrada en operación; ya que la UPME informó en el Plan de Expansión de Referencia 2013 – 2027 que las dos primeras unidades entrarían en septiembre y diciembre de 2018

- Así las cosas, a través **de comunicación del 3 de enero de 2014** (documento anexo al acta de seguimiento en cuestión), **Epm informó formalmente a HI acerca de la alternativa de desviación planteada**, tras explicar el proceso constructivo la comunicación concluye:

> **Concepto de la Junta de Asesores de EPM:**
>
> Luego de presentada la alternativa a la Junta de Asesores, esta se concentró en estudiar las alternativas de cierre de los túneles de desviación originales. Dentro de estas se analizaron las siguientes: a) taponamiento de los ramales de los túneles originales mediante instalación de rejas de acero que generen un cierre gradual a medida que se lancen rocas en el cauce del río, b) construcción de una pre-ataguía mediante una voladura dirigida desde la margen derecha del rio, c) sistema combinado de las dos alternativas anteriores.
>
> Por último, la Junta de Asesores recomendó implementar un modelo hidráulico que permita simular las condiciones de cierre planteadas con el fin de definir la solución óptima para el proyecto (vera anexos).

- Como se mencionó, **una simple lectura del informe de la Junta de Asesores, hubiese permitido advertir las graves imprecisiones tanto del comunicado, como del entendimiento de la aprobación de la alternativa constructiva, dice el informe**[627]:

[627] Informe No. 3 de la Junta de Asesores del BOOMT del 29 de noviembre de 2013.

En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el Contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y complementar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta. Además, la alternativa de desviar el río sin las estructuras de cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío, para garantizar el mantenimiento de la fecha de enero 2014, no fue apoyada. La Junta, se manifestó a este respecto en las conclusiones de su informe como se transcribe abajo:

"La Junta de Asesores considera que los riesgos técnicos inherentes a la aceleración del desvío del río no son aceptables y recomienda ejecutar el diseño original optimizado con el contratista principal CCC.
El desvío del río debe ser efectuado después del término de las excavaciones y del concreto de las estructuras incluso la instalación de las guías de las compuertas".

Incluso se procuró demostrar que, en caso de retraso en el cierre mismo, las fechas finales de generación podrían ser mantenidas, con el desvío del río en el verano de julio-septiembre siguiente y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa, que en el cronograma estaba prevista con mucha holgura.

En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra.

- Lo anterior es prueba suficiente de que, en efecto la alternativa de desviación del río que contemplaba un tercer túnel de desviación (GAD), **nunca fue avalada por el Board de expertos, quienes plantearon las alternativas expresadas por EPM,** como respuesta a una decisión ya tomada, con miras a minimizar los riesgos en el proceso constructivo.

- A su vez, en el **Acta No.28 del 5 de mayo de 2014 se consignan de nuevo retrasos y modificaciones en los hitos y en el cronograma**:
-

3. Desarrollo del Comité

Hitos del contrato BOOM

HI informó que se está realizando en esta misma fecha, 5 de mayo, una Junta Directiva Virtual para aprobar el cambio del hito N° 2, "Terminación de la construcción de la Ataguía" que había sido modificada mediante el AMB 3 para el 6 de mayo de 2014, pero que debido a condiciones geológicas desfavorables, así como por la presencia de un coluvión desde la elevación 225 m, no fue posible adelantar las excavaciones tanto por margen derecha como por la margen izquierda, razón por la cual se trasladó para el 14 de diciembre de 2014.

Con respecto al hito N° 4, que corresponde al "Inicio de los concretos en la sala de montajes, concretos primarios unidades 4 a 1 y concretos para la viga grúa para las unidades 4 a 1", programado inicialmente para el 20 de julio de 2014 según el contrato BOOMT, no se incluyó en la presente JD virtual, éste se llevaría a aprobación a la JD del 26 de mayo de 2014.

HI informó que los los temas a tratar en la JD del 26 de mayo sería el referente al cronograma, donde se presentarían los argumentos que existen para los atrasos; además, se tratará el tema del tercer túnel.

- Por su parte, el Acta 42 del 24 de noviembre de 2015 da cuenta de los costos adicionales de la GAD:

La Galería Auxiliar de la Desviación "GAD" tiene dos componentes:

Canal de descarga 4: Obra adicional por cambio de método constructivo y ampliación de sección.

Las demás obras: que comprende toda la GAD, tendría un valor aproximado de $190.000 millones, incluyendo la descarga de fondo, el bye pass, los dos ramales y revestimientos, entre otros. EPM advierte que la GAD se podría independizar en dos o más frentes de obra que no presentarían interferencias.

Sobre la aceleración, EPM le hizo otra propuesta al contratista que consiste en reconocerle un bono, pero con la condición de entrar el 30 de noviembre de 2018; si no se entra en esta fecha, éste sería decreciente en los nueve (9) meses siguientes. El contratista solicitó un bono de USD 25 millones.

Los costos de la aceleración en el peor de los escenarios, serían alrededor de $380.000 millones, sin incluir el bono.

- En Acta 47 del 13 de julio de 2016, HI solicitó legalización del cambio de fecha de la entrada en operación para noviembre de 2018, así:

HI solicita que se realice la legalización del cambio de fecha de la entrada en operación para noviembre de 2018, debido a que en el contrato BOOMT, el hito aparece con fecha de septiembre 27 de 2018. Al mismo tiempo, HI sugiere que, en el AMB a realizar, se incluya el cambio de fecha para la entrada de las unidades 5 a 8, especialmente el hito 10, que indica la entrada en operación de la unidad 8 en junio de 2022.

Con respecto al cronograma, HI solicitó realizar reunión para revisar el cronograma, para que así se tenga la misma información.

- En Acta 48 del 17 de agosto de 2016, EPM presentó informe de avance del proyecto, y frente a obras civiles se indicó:

''Las obras civiles presentan un avance del 54%. Los llenos del núcleo se retomarían en octubre de 2016, una vez se tengan las excavaciones en las dos márgenes. El material del núcleo es traído desde la zona de préstamo El Palmar. Para suplir el balance de materiales para la construcción de la presa, fue necesario ampliar las excavaciones del cuenco amortiguador y considerar el material rocoso producto de la excavación del futuro canal de alivio de la GAD; de tal forma que se minimice la necesidad de una cantera adicional. HI comenta que se tiene proyectado colocar el 46% de los llenos de la presa al finalizar el presente año''.

- **<u>Acta 134 del 31 de octubre de 2012</u>, de junta directiva de Hi, que da cuenta del planteamiento de la necesidad de modificación de hitos, desencadenada por los graves atrasos presentados en el cronograma** del proyecto:

  - **Modificación del cronograma del proyecto**: HITOS

El Gerente de la sociedad hizo una presentación (se anexa) sobre los antecedentes de la solicitud de modificación de hitos planteada por el contratista, expuso sobre las diversas circunstancias que han afectado el desarrollo de la obra, y realizó una propuesta de modificación diferente a la presentada por la contratista.

Si bien hay consenso en la necesidad de la modificación de los hitos, los miembros de Junta que representan a la Gobernación y al IDEA, solicitan que la contratista con su matriz presenten una propuesta que reúna lo expuesto por las partes, que siga la curva CREG y que no comprometa el cargo por confiabilidad.

Juvenal Darío Espinal, Subgerente Desarrollo Proyectos Generación, aclara que si bien el año 2013 tiene para el mes de agosto un "veranillo", no es prudente, ni coherente con el desarrollo de las obras, comprometerse al hito del desvío del rio para esa época, que las obras se siguen adelantando y acelerando y que si se puede hacer en ese mes se haría, pero no se compromete. En la próxima reunión del Comité de Seguimiento del BOOMT las partes harán un nuevo análisis técnico de la situación y acordarán la forma de modificar los hitos

- **En acta No.136 de 13 de diciembre de 2012, de junta directiva de Hi, frente a la reconfiguración de hitos del contrato BOOMT, se expresó por el Gerente de HI que luego de comparar las curvas S de factibilidad, CREG y contrato BOOMT, se llegó a la conclusión de reconfigurar las fechas de los hitos 1, 2 y 6**, teniendo en cuenta la imposibilidad de desviación del Rio Cauca en el mes de enero del año 2013. Con fundamento en lo anterior, *"el Gerente de HI comunica que se ha proyectado una propuesta de modificación al contrato respecto al cambio de fechas de los hitos 1, 2 y 6, haciendo la salvedad que el contratista realizara todos los esfuerzos necesarios para la recuperación de tiempos y puesta en operación del proyecto en la fecha prevista para el año 2018".* La anterior propuesta se aprobó en los siguiente términos por la Junta Directiva, y se indicó que luego de leídas las consideraciones de la modificación son aceptadas y aprobadas por unanimidad.

- **El Acta 142 del 18 de octubre de 2013**, de junta directiva de Hi, evidencia que, en efecto los atrasos en las obras, fueron ampliamente discutidos en el seno de la Junta y que, **ante los incumplimientos y atrasos del contratista se plantearon diversas alternativas de construcción:**

Vía Puerto Valdivia – Presa, se ha ejecutado 6,4 km en trocha, un túnel de 116 m y el deposito Humagá, se han negociado 18.8 km de predios, se dio Inició a la construcción del puente sobre el río Cauca y el puente quebrada Pescadito.

Hay un atraso en el frente Puerto Valdivia, 8 km de trocha y 2 puentes, básicamente por la reubicación de las familias que se ven afectadas por la intervención. La propuesta es que todas las familias se trasladen definitivamente, pero se deben analizar las alternativas ya que las familias no están de acuerdo con viviendas en madera, teniendo en cuenta que sus viviendas actuales son en material a pesar de que la mayoría de ellas están en zonas declaradas de alto riesgo.

Teniendo en cuenta las diferencias porcentuales para cumplir el cronograma establecido a cargo de Consorcio CTIFS en octubre de 2013 y atendiendo a la obligación contractual de desviar el rio en el primer trimestre del año 2014, EPM viene analizando las siguientes alternativas con el fin de dar cumplimiento al hito No 1 en la fecha acordada:

-

Alternativa N° 1

- CTIFS sale en septiembre del frente aguas arriba y se concentra en túneles y frentes aguas abajo. No hay interferencias con CCCI
- CCCI ingresa al frente aguas arriba, termina obras que dejó pendientes CTIFS y ejecuta las que son suyas antes de desviar el rio.
- Respaldo de los asesores internacionales, la Interventoria y la Asesoria del proyecto.
- Con esta medida se viabiliza la desviación del rio en el segundo verano de 2014: aceptable, pero se requieren otras acciones para desviar en primer verano 2014.

-

Alternativa N° 2

Dado que el avance y los rendimientos de la obra de túneles de desviación y tratamiento de portales de salida y de entrada, ejecutadas por el Consorcio CTIFS, no garantizan que la desviación se pueda hacer en enero del año 2014, se llegó a un acuerdo con este contratista para que cediera parte de la obra que todavia tiene pendiente. Con este acuerdo el Consorcio CCC, se hace cargo de la adecuación de los portales de entrada y de salida. Adicionalmente se elimina el tratamiento del talud entre las cotas 230 y 260 con el fin de aprovechar un túnel de descarga de agua turbinada, se hace una galería de1 km y la descarga de fondo se corre para darle continuidad al nuevo túnel de desviación.

- Cabe mencionar que la **comunicación con Rad. E20140424 -77 de 24 de abril de 2014,[628] emitida por HI, como respuesta a la comunicación de formalización de construcción del tercer túnel de desviación de que trata el Acta No. 25 del Comité de seguimiento al BOOMT**, misma de la que se habló ampliamente en este acápite, señala:

En el ANEXO 1.02(3) - CARACTERÍSTICAS INMODIFICABLES del Contrato BOOMT, se estableció como Características Inmodificables aquellas que, con respecto a la concepción de los diseños detallados de las obras principales y las exigencias de la Licencia Ambiental del Proyecto, sólo podrán ser modificadas con la aprobación previa de Hidroituango.
Entre las Características Inmodificables, se encuentran las siguientes:

• Desviación: Actividad que corresponde a la desviación del río Cauca mediante la construcción de un ataguía en RCC con cota de la corona en la 265 msnm y una capacidad de los túneles sin sobrepasar la ataguía de 4.574 m^3/s.

Considerando que el río Cauca se desvió sin compuertas como dispositivo mecánico de control y que no se construirá en el túnel izquierdo actual la descarga de fondo para garantizar el caudal ecológico durante el llenado del embalse, es decir, apartándose de los parámetros técnicos que rigen el BOOMT, EPM tomó la decisión de construir dicha descarga en un tercer túnel. Para implementar esta solución, será necesario desviar nuevamente el río mediante algún sistema no convencional, hasta ahora en análisis por parte de EPM.

[628] carpeta 65 disco duro correspondencia recibida – respuesta 4 /anexo 2 y 3 actas comités SAD_ Hi).

> En total, para realizar otra desviación del río Cauca se debe cumplir con las condiciones y parámetros definidos en el contrato, razón por la cual, este nuevo evento se mantiene como una Característica Inmodificable.
>
> • Mínimo caudal aguas abajo de la Hidroeléctrica: El caudal mínimo que se debe conservar en todo momento aguas abajo de la Hidroeléctrica es de 450 m^3/s. Esta condición debe cumplirse particularmente durante el proceso de llenado del embalse.
>
> Recordamos, que el caudal de 450 m^3/s fue ratificado por el Ministerio en la Resolución No. 1034 del 4 de junio de 2009, ante un recurso de reposición en contra de la Resolución 155 del 30 de enero de 2009, presentado por la Hidroeléctrica.
>
> En este sentido la solicitud de la construcción del tercer túnel implica no solo una segunda desviación del rio Cauca, sino también la modificación a la Licencia Ambiental, razón por la cual deberá surtirse el procedimiento establecido en la cláusula 4.07 del contrato BOOMT - Procedimiento para cambios a las Características Inmodificables.
>
> No obstante, la solicitud de dar aplicación a lo establecido en la cláusula 4.07 del contrato BOOMT, se ha generado por parte de la Hidroeléctrica algunas inquietudes de carácter técnico, por lo que requiere la presentación completa del análisis de la alternativa de construcción del Tercer Túnel, con la participación de los profesionales encargados del tema.
>
> Finalmente, debe advertirse que los gastos y costos que impliquen la ejecución de la alternativa propuesta deberán ser asumidos según la matriz de riesgos del contrato BOOMT.

- Lo anterior, da cuenta de que, **además de no contar con la aprobación de la Junta de Asesores (como se vió), se conocía ampliamente la magnitud del cambio que implicaba dicha alternativa de construcción, la cual fue aceptada sin reparos ante la premura de cumplir con las fechas de entrada de la primera unidad**, que como ya se vió, **era cada vez más utopica, situación ampliamente conocida por IVÁN MAURICIO PÈREZ SALAZAR.**

- Siguiendo con los atrasos, posteriormente en acta 144 de 20 de marzo de 2014, se realiza modificación de la fecha de cumplimiento del hito 3 del contrato, la cual consistía en la terminación de excavaciones en la caverna de casa de máquinas, incluyendo galerías de control y de barras 1 a 4 la cual tenía como fecha original 16 de abril de 2014 y se modificó con fecha 6 de febrero de 2015. Así mismo mediante acta No.146 de 5 de mayo de 2014, se modifica la fecha de cumplimiento del hito 2 del contrato, la cual consistía en la terminación de la ataguía en Rolled Compact Concrete (RCC), teniendo

como fecha original el 6 de mayo de 2014 y se modificó para el 14 de diciembre de 2014.

- En el acta 144 de junta directiva de Hi, la señora María Eugenia Ramos, expresó:

"(…)

Sin embargo los siguientes miembros de Junta Directiva dejan expresa la siguiente solicitud:

Maria Eugenia Ramos Villa *"solicito que EPM en un documento anexo amplíe el detalle de lo propuesto en el documento que envió como complemento en el sentido de establecer fechas en las cuales tendrán las propuestas de acciones y recursos para cumplir los compromisos e hitos restantes del proyecto, en particular la entrada en operación en diciembre de 2018. Estas propuestas deberán ser presentadas y analizadas en Junta Directiva presencial".*

(…)".

- En sesión de **acta No.147 de 16 de mayo de 2014**, se realizó la presentación del estado actual del cronograma e hitos del BOOMT e implementación de estrategias para cumplir con la entrada en operación de la Central Hidroeléctrica en diciembre de 2018, en esta sesión la señora María Eugenia Ramos Villa, solicitó dar lectura a las salvedades contempladas en el contrato, y se transcribió en la presente acta el contenido de estas.

"SALVEDADES REALIZADAS POR EPM SOBRE EL CRONOGRAMA ACORDADO
PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO

Con respecto a la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín quien fue el interventor de los diseños definitivos del proyecto, la Interventoría acepta haciendo las siguientes salvedades:

• No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto.
• El programa calculado tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que faltan por ejecutar.

Todos estos compromisos actualmente los adelanta HI bajo su responsabilidad, por lo tanto todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por HI, no se clasificará como imputable a EPM.

Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando claras la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control."

- **En la sesión de Junta Directiva, EPM propone estrategias de aceleración para continuar con el cronograma** previsto para entrar en operación con la primera unidad en diciembre de 2018.

- Posteriormente en **acta 149 de 31 de julio de 2014, se siguen exponiendo estrategias de aceleración para ajustar el cronograma** y se expresa en la Junta que una vez se analicen todas las estrategias de aceleración y cuenten

con los vistos buenos de los asesores técnicos del proyecto, *"se establecerán las condiciones de negociación con el contratista y se dispondrá del cronograma ajustado de ejecución que en todo caso está orientado a la obligación contractual de entrar en operación con la primera unidad en el mes de noviembre de 2018"* y se compromete EPM a seguir presentando estrategias de aceleración.

- Es mas, en **acta 151 de 7 de noviembre de 2014**, el Gerente de la Sociedad en su informe expresa que a pesar de los retrasos en la vía Puerto Valdivia, estos serán recuperados con el plan de contingencia presentado por EPM. Así mismo, el señor Luis Javier Vélez Duque, presenta informe de estrategias de aceleración del contrato de BOOMT por parte de EPM, concretando que el objetivo es comenzar la operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018, sin embargo, se indicó que el ***el resultado de la implementación de las estrategias de aceleración, ha permitido obtener un programa de trabajo preliminar el cual permite viabilizar la entrada en operación comercial de la primera unidad de generación en noviembre de 2018, siempre y cuando, adicionalmente se implementen las siguientes estrategias":***
-

Caverna de casa de máquinas

- Inicio de los concretos de las unidades 1 a 4 (culata norte), sin terminar las excavaciones de la culata sur (unidades 5 a 8).
- Reducción de los tiempos de ejecución de concretos y montaje de las unidades 1 a 4 en aproximadamente un 20%.

Presa

- Mejorar los rendimientos de colocación de material
- Iniciar el llenado del embalse, una vez la construcción de la presa se encuentre en la elevación 420. Este nivel se alcanzaría a finales de junio de 2018.
- Terminar el lleno entre las elevaciones 420 y 435 a mediados de agosto de 2018.

- Adicionalmente; se presentaron las fechas estimadas de terminación, y se explicó que los tiempos indicados en la columna ***"Ahorro en tiempo" significan la reducción en cada frente. Las estrategias de aceleración permiten independizar cada frente, mitigando las actividades en ruta crítica (color rojo), con lo que se logra en conjunto, permitir la entrada de la primera unidad en noviembre de 2018"***

- Aunado a las diferentes alternativas que se planteaban en las sesiones de junta directiva, el gerente de Hi, indicó respecto a los atrasos lo siguiente:

Para finalizar el informe, el gerente se permite precisar que los atrasos evidenciados están siendo objeto de estrategias y alternativas de aceleración que serán presentadas a continuación por parte de EPM para información de los miembros de Junta Directiva y posteriores decisiones sin fueren del caso.

Del análisis efectuado por el Despacho del material probatorio referido anteriormente (**actas de seguimiento de BOOMT y de actas de Junta Directiva**

de HI), se encuentra demostrado que el señor IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR incurrió en la conducta descrita, separándose del modelo de conducta que le era exigible en calidad de miembro de la Junta Directiva de Hi.

Por lo anterior, no tiene fundamento lo expuesto por el Apoderado cuando expresó en sus argumentos que no entiende la conducta endilgada al señor Pérez Salazar, cuando de la descripción de la misma se observa que la situación era ampliamente conocida por él y por lo tanto no actuó de manera diligente en su calidad de miembro de junta directiva. Es más hasta la fecha que estuvo como miembro de la misma, se realizó una sesión de junta la cual correspondió al **acta 151 de 7 de noviembre de 2014**, se presentó informe de estrategias de aceleración del contrato de BOOMT por parte de EPM, por lo que no es dable argumentar por el Apoderado que de la redacción efectuada en el Auto de Imputación no se desprende ningún reparo y por lo tanto no es factible defensa alguna.

Visto lo anterior, el apoderado no puede realizar una lectura fragmentada d ela conducta endilgada, pues la misma tiene varias situaciones descritas. En esta conducta no solo se hace referencia como mal quiere hacerlo ver el apoderado a la Aprobaciòn del plan de aceleración entendida esta como la aprobación dada en el acta 158.

En esta conducta se reprocha lo siguiente:

Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas:

1. *haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y*
2. *haber aprobado el plan de aceleramiento,*

ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto",

Es claro que el señor Pérez avaló el cambio en la fecha de los hitos lo cual se dio en el acta No 136 con lo cual ratificó las actuaciones de EPM, aún cuando debió conocer las circunstancias que rodeaban el proyecto, descritas en dicha conducta. Lo que a su vez permitió que se aprobara el plan de aceleración. El cual también fue conocido por el señor Pérez, y respecto de este el imputado no se opuso no hizo acotación alguna sobre el contenido del mismo, aun cuando implicaba un cambio en las características inmodificables, permitiendo con su omisión que EPM siguiera adelante con el plan de aceleramiento.

Ahora, frente **al señor Alejandro Granda Zapata, se describió la conducta en el auto de imputación**, (atrasos presentados en la ejecución de obras principales, modificación de los hitos inmodificables, variación de especificaciones técnicas, no haber uso de los mecanismos de apremio, aprobar planes de aceleramiento), fundamentada en las actas de seguimiento de BOOMT y de actas de Junta Directiva de HI**, así mismo teniendo en cuenta que el señor Granda Zapata, actuó en varias sesiones en los años 2012, 2013 y 2014 como suplente y principal y 2015 como principal**, procederá el Despacho a su análisis, así:

- En **Acta 21 del 15 de mayo de 2013**, el Gerente de HI planteó que teniendo en cuenta los rendimiento bajos de los túneles de desviación, le inquietó si era viable desviar el río en la fecha indicada, lo anterior se expresó en los siguientes términos:

3.3 Avance del Proyecto

El Dr. Maya Salazar plantea que dado que en túneles de desviación los rendimientos son tan bajos le inquieta si se podrá desviar el río en la fecha prevista.

EPM manifiesta que con el consorcio CTIFS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer de las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originados por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resumen, el nuevo programa pactado mediante la AMB3, que sanea todas las situaciones no

- En Acta de seguimiento de BOOMT de 24 del 10 de octubre de 2013, se indicó atrasos en las actividades de construcción de las galerías de la central subterránea, así

Obras principales:

Las excavaciones del vertedero avanzan de acuerdo con lo programado. Los frentes principales están localizados en la zona aguas arriba del canal y en la zona del cuenco amortiguador.

Se presentan algunos atrasos en las actividades de construcción de las galerías de la central subterránea, pero estos frentes no están en ruta crítica.

La galería de acceso a la descarga intermedia servirá de túnel vial para descongestionar la vía que va desde el puente Capitanes. Igual sucederá con la galería 313, también servirá como vía, cuando se esté excavando el estribo izquierdo de la presa.

- En el Acta No. 25 del 3 de diciembre de 2013, se esboza por primera vez el plan de aceleración que contempla el SAD como una alternativa de recuperación de tiempos, así:

> 3. **Desarrollo Comité**
>
> EPM expuso los temas tratados en la visita número 3 de la Junta de Asesores del proyecto Ituango. Esta junta está conformada por los especialistas Bayardo Materón, Nelson Pinto, Gabriel Fernández, Juan David Quintero y Helmut F. Miller.
>
> A manera meramente enunciativa, se pone en conocimiento de Hidroituango los temas de la visita, se hizo énfasis en lo relacionado con la desviación, en especial al cumplimiento del hito N° 1 en la fecha prevista.
>
> EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.
>
> EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones. Asimismo, la Junta de Asesores planteó las siguientes tres alternativas para la segunda desviación:
>
> 1. Taponamiento del portal de los túneles colocando mallas
> 2. Construcción por voladura dirigida
> 3. Sistema combinado

Cabe resaltar que no es cierto que la Junta de Asesores validara la construcción del tercer túnel, premisa que con una simple lectura tanto del acta, como del informe del Board de expertos que tiene como anexo, pudo haberse desmentido, en el mismo comité de seguimiento se solicitó formalizar la construcción del tercer túnel, asi:

> HI solicitó a EPM notificar oficialmente la construcción del tercer túnel, dado que ya se han cumplido dos pasos que son la concepción del túnel y la consulta ante la Junta de Asesores, se debe informar oficialmente para que quede documentado este cambio y, una vez la ANLA apruebe la disminución del caudal ecológico, notificarlo igualmente a la sociedad HI. En la comunicación, se deben explicar los procedimientos que se han realizado y los próximos a realizar ante la ANLA; igualmente, oficializar en este comunicado el informe de la Junta de Asesores y los planos de la desviación.
>
> En este punto el Gerente de la Hidroeléctrica manifiesta que una vez oficializada la propuesta de construcción del tercer túnel, se debe considerar las responsabilidades, tanto de la contratante como del contratista respecto a los sobrecostos que representara esta alternativa, de conformidad con la matriz de riesgo definida.

> Con respecto al cronograma BOOMT que entrego EPM con la modificación de los hitos, HI advierte que este no es oficial hasta tanto no se apruebe con AMB la entrada de las unidades en el 2019, esto se considera solo una manifestación de EPM, igualmente HI solicita aclaración sobre las fechas que se reportan de entrada en operación; ya que la UPME informó en el Plan de Expansión de Referencia 2013 – 2027 que las dos primeras unidades entrarían en septiembre y diciembre de 2018

Así las cosas, a través de comunicación del 3 de enero de 2014 (documento anexo al acta de seguimiento en cuestión), Epm informó formalmente a HI acerca de la alternativa de desviación planteada, tras explicar el proceso constructivo la comunicación concluye:

> **Concepto de la Junta de Asesores de EPM:**
>
> Luego de presentada la alternativa a la Junta de Asesores, esta se concentró en estudiar las alternativas de cierre de los túneles de desviación originales. Dentro de estas se analizaron las siguientes: a) taponamiento de los ramales de los túneles originales mediante instalación de rejas de acero que generen un cierre gradual a medida que se lancen rocas en el cauce del río, b) construcción de una pre-ataguía mediante una voladura dirigida desde la margen derecha del rio, c) sistema combinado de las dos alternativas anteriores.
>
> Por último, la Junta de Asesores recomendó implementar un modelo hidráulico que permita simular las condiciones de cierre planteadas con el fin de definir la solución óptima para el proyecto (vera anexos).

Como se mencionó, una simple lectura del informe de la Junta de Asesores, hubiese permitido advertir las graves imprecisiones tanto del comunicado, como del entendimiento de la aprobación de la alternativa constructiva, dice el informe[629]:

> En la segunda reunión, en agosto de 2013, los trabajos en los túneles estaban retrasados y se estudiaban alternativas para acelerar las obras y alcanzar el desvío del río en enero de 2014. Fueron mantenidos contactos en la obra, incluso con el Contratista CCC, para estudiar medidas para acelerar la obra. La sugerencia de utilizar "stop-logs" provisionales para el desvío y complementar las guías de compuertas después del desvío no fue aceptada por la Junta. Además, la alternativa de desviar el río sin las estructuras de cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío, para garantizar el mantenimiento de la fecha de enero 2014, no fue apoyada. La Junta, se manifestó a este respecto en las conclusiones de su informe como se transcribe abajo:
>
> "La Junta de Asesores considera que los riesgos técnicos inherentes a la aceleración del desvío del río no son aceptables y recomienda ejecutar el diseño original optimizado con el contratista principal CCC.
> El desvío del río debe ser efectuado después del término de las excavaciones y del concreto de las estructuras incluso la instalación de las guías de las compuertas".

[629] Informe No. 3 de la Junta de Asesores del BOOMT del 29 de noviembre de 2013.

Incluso se procuró demostrar que, en caso de retraso en el cierre mismo, las fechas finales de generación podrían ser mantenidas, con el desvío del río en el verano de julio-septiembre siguiente y recuperación de los plazos con la aceleración de la construcción de la presa, que en el cronograma estaba prevista con mucha holgura.

En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra.

Lo anterior es prueba suficiente de que, en efecto la alternativa de desviación del río que contemplaba un tercer túnel de desviación (GAD), nunca fue avalada por el Board de expertos, quienes plantearon las alternativas expresadas por EPM, como respuesta a una decisión ya tomada, con miras a minimizar los riesgos en el proceso constructivo.

A su vez, en el Acta No.28 del 5 de mayo de 2014 se consignan de nuevo retrasos y modificaciones en los hitos y en el cronograma:

3. Desarrollo del Comité

Hitos del contrato BOOM

HI informó que se está realizando en esta misma fecha, 5 de mayo, una Junta Directiva Virtual para aprobar el cambio del hito N° 2, "Terminación de la construcción de la Ataguía" que había sido modificada mediante el AMB 3 para el 6 de mayo de 2014, pero que debido a condiciones geológicas desfavorables, así como por la presencia de un coluvión desde la elevación 225 m, no fue posible adelantar las excavaciones tanto por margen derecha como por la margen izquierda, razón por la cual se trasladó para el 14 de diciembre de 2014.

Con respecto al hito N° 4, que corresponde al "Inicio de los concretos en la sala de montajes, concretos primarios unidades 4 a 1 y concretos para la viga grúa para las unidades 4 a 1", programado inicialmente para el 20 de julio de 2014 según el contrato BOOMT, no se incluyó en la presente JD virtual, éste se llevaría a aprobación a la JD del 26 de mayo de 2014.

HI informó que los los temas a tratar en la JD del 26 de mayo sería el referente al cronograma, donde se presentarían los argumentos que existen para los atrasos; además, se tratará el tema del tercer túnel.

Por su parte, el Acta 42 del 24 de noviembre de 2015 da cuenta de los costos adicionales de la GAD:

La Galería Auxiliar de la Desviación "GAD" tiene dos componentes:

Canal de descarga 4: Obra adicional por cambio de método constructivo y ampliación de sección.

Las demás obras: que comprende toda la GAD, tendría un valor aproximado de $190.000 millones, incluyendo la descarga de fondo, el bye pass, los dos ramales y revestimientos, entre otros. EPM advierte que la GAD se podría independizar en dos o más frentes de obra que no presentarían interferencias.

Sobre la aceleración, EPM le hizo otra propuesta al contratista que consiste en reconocerle un bono, pero con la condición de entrar el 30 de noviembre de 2018; si no se entra en esta fecha, éste sería decreciente en los nueve (9) meses siguientes. El contratista solicitó un bono de USD 25 millones.

Los costos de la aceleración en el peor de los escenarios, serían alrededor de $380.000 millones, sin incluir el bono.

En Acta 47 del 13 de julio de 2016, HI solicitó legalización del cambio de fecha de la entrada en operación para noviembre de 2018, así:

HI solicita que se realice la legalización del cambio de fecha de la entrada en operación para noviembre de 2018, debido a que en el contrato BOOMT, el hito aparece con fecha de septiembre 27 de 2018. Al mismo tiempo, HI sugiere que, en el AMB a realizar, se incluya el cambio de fecha para la entrada de las unidades 5 a 8, especialmente el hito 10, que indica la entrada en operación de la unidad 8 en junio de 2022.

Con respecto al cronograma, HI solicitó realizar reunión para revisar el cronograma, para que así se tenga la misma información.

En Acta 48 de 2016, EPM presentó informe de avance del proyecto, y frente a obras civiles se indicó:

"Las obras civiles presentan un avance del 54%. Los llenos del núcleo se retomarían en octubre de 2016, una vez se tengan las excavaciones en las dos márgenes. El material del núcleo es traído desde la zona de préstamo El Palmar. Para suplir el balance de materiales para la construcción de la presa, fue necesario ampliar las excavaciones del cuenco amortiguador y considerar el material rocoso producto de la excavación del futuro canal de alivio de la GAD; de tal forma que se minimice la necesidad de una cantera adicional. HI comenta que se tiene proyectado colocar el 46% de los llenos de la presa al finalizar el presente año".

Acta 134 del 31 de octubre de 2012, de junta directiva de Hi da cuenta del planteamiento de la necesidad de modificación de hitos, desencadenada por los graves atrasos presentados en el cronograma del proyecto:

- **Modificación del cronograma del proyecto**: HITOS

El Gerente de la sociedad hizo una presentación (se anexa) sobre los antecedentes de la solicitud de modificación de hitos planteada por el contratista, expuso sobre las diversas circunstancias que han afectado el desarrollo de la obra, y realizó una propuesta de modificación diferente a la presentada por la contratista.

Si bien hay consenso en la necesidad de la modificación de los hitos, los miembros de Junta que representan a la Gobernación y al IDEA, solicitan que la contratista con su matriz presenten una propuesta que reúna lo expuesto por las partes, que siga la curva CREG y que no comprometa el cargo por confiabilidad.

Juvenal Darío Espinal, Subgerente Desarrollo Proyectos Generación, aclara que si bien el año 2013 tiene para el mes de agosto un "veranillo", no es prudente, ni coherente con el desarrollo de las obras, comprometerse al hito del desvío del rio para esa época, que las obras se siguen adelantando y acelerando y que si se puede hacer en ese mes se haría, pero no se compromete. En la próxima reunión del Comité de Seguimiento del BOOMT las partes harán un nuevo análisis técnico de la situación y acordarán la forma de modificar los hitos.

En acta No.136 de 13 de diciembre de 2012, de junta directiva de Hi, frente a la reconfiguración de hitos del contrato BOOMT, se expresó por el Gerente de HI que luego de comparar las curvas S de factibilidad, CREG y contrato BOOMT, se llegó a la conclusión de reconfigurar las fechas de los hitos 1, 2 y 6, teniendo en cuenta la imposibilidad de desviación del Rio Cauca en el mes de enero del año 2013. Con fundamento en lo anterior, *"el Gerente de HI comunica que se ha proyectado una propuesta de modificación al contrato respecto al cambio de fechas de los hitos 1, 2 y 6, haciendo la salvedad que el contratista realizara todos los esfuerzos necesarios para la recuperación de tiempos y puesta en operación del proyecto en la fecha prevista para el año 2018".* La anterior propuesta se aprobó en los siguiente términos por la Junta Directiva, y se indicó que luego de leídas las consideraciones de la modificación son aceptadas y aprobadas por unanimidad.

El Acta 142 del 18 de octubre de 2013, de junta directiva de Hi, evidencia que, en efecto los atrasos en las obras, fueron ampliamente discutidos en el seno de la Junta y que, ante los incumplimientos y atrasos del contratista se plantearon diversas alternativas de construcción:

Vía **Puerto Valdivia – Presa**, se ha ejecutado 6,4 km en trocha, un túnel de 116 m y el deposito Humagá, se han negociado 18.8 km de predios, se dio Inició a la construcción del puente sobre el río Cauca y el puente quebrada Pescadito.

Hay un atraso en el frente Puerto Valdivia, 8 km de trocha y 2 puentes, básicamente por la reubicación de las familias que se ven afectadas por la intervención. La propuesta es que todas las familias se trasladen definitivamente, pero se deben analizar las alternativas ya que las familias no están de acuerdo con viviendas en madera, teniendo en cuenta que sus viviendas actuales son en material a pesar de que la mayoría de ellas están en zonas declaradas de alto riesgo.

Teniendo en cuenta las diferencias porcentuales para cumplir el cronograma establecido a cargo de Consorcio CTIFS en octubre de 2013 y atendiendo a la obligación contractual de desviar el rio en el primer trimestre del año 2014, EPM viene analizando las siguientes alternativas con el fin de dar cumplimiento al hito No 1 en la fecha acordada:

Alternativa N° 1

- CTIFS sale en septiembre del frente aguas arriba y se concentra en túneles y frentes aguas abajo. No hay interferencias con CCCI
- CCCI ingresa al frente aguas arriba, termina obras que dejó pendientes CTIFS y ejecuta las que son suyas antes de desviar el rio.
- Respaldo de los asesores internacionales, la Interventoria y la Asesoria del proyecto.
- Con esta medida se viabiliza la desviación del rio en el segundo verano de 2014: aceptable, pero se requieren otras acciones para desviar en primer verano 2014.

Alternativa N° 2

Dado que el avance y los rendimientos de la obra de túneles de desviación y tratamiento de portales de salida y de entrada, ejecutadas por el Consorcio CTIFS, no garantizan que la desviación se pueda hacer en enero del año 2014, se llegó a un acuerdo con este contratista para que cediera parte de la obra que todavia tiene pendiente. Con este acuerdo el Consorcio CCC, se hace cargo de la adecuación de los portales de entrada y de salida. Adicionalmente se elimina el tratamiento del talud entre las cotas 230 y 260 con el fin de aprovechar un túnel de descarga de agua turbinada, se hace una galeria de1 km y la descarga de fondo se corre para darle continuidad al nuevo túnel de desviación.

Cabe mencionar que la comunicación con Rad. E20140424 -77 de 24 de abril de 2014,[630] emitida por HI, como respuesta a la comunicación de formalización de construcción del tercer túnel de desviación de que trata el Acta No. 25 del Comité de seguimiento al BOOMT, misma de la que se habló ampliamente en este acápite, señala:

En el ANEXO 1.02(3) - CARACTERÍSTICAS INMODIFICABLES del Contrato BOOMT, se estableció como Características Inmodificables aquellas que, con respecto a la concepción de los diseños detallados de las obras principales y las exigencias de la Licencia Ambiental del Proyecto, sólo podrán ser modificadas con la aprobación previa de Hidroituango.

[630] carpeta 65 disco duro correspondencia recibida – respuesta 4 /anexo 2 y 3 actas comités SAD_ Hi).

Entre las Características Inmodificables, se encuentran las siguientes:

• Desviación: Actividad que corresponde a la desviación del río Cauca mediante la construcción de un ataguía en RCC con cota de la corona en la 265 msnm y una capacidad de los túneles sin sobrepasar la ataguía de 4.574 m^3/s.

Considerando que el río Cauca se desvió sin compuertas como dispositivo mecánico de control y que no se construirá en el túnel izquierdo actual la descarga de fondo para garantizar el caudal ecológico durante el llenado del embalse, es decir, apartándose de los parámetros técnicos que rigen el BOOMT, EPM tomó la decisión de construir dicha descarga en un tercer túnel. Para implementar esta solución, será necesario desviar nuevamente el río mediante algún sistema no convencional, hasta ahora en análisis por parte de EPM.

En total, para realizar otra desviación del río Cauca se debe cumplir con las condiciones y parámetros definidos en el contrato, razón por la cual, este nuevo evento se mantiene como una Característica Inmodificable.

• Mínimo caudal aguas abajo de la Hidroeléctrica: El caudal mínimo que se debe conservar en todo momento aguas abajo de la Hidroeléctrica es de 450 m^3/s. Esta condición debe cumplirse particularmente durante el proceso de llenado del embalse.

Recordamos, que el caudal de 450 m^3/s fue ratificado por el Ministerio en la Resolución No. 1034 del 4 de junio de 2009, ante un recurso de reposición en contra de la Resolución 155 del 30 de enero de 2009, presentado por la Hidroeléctrica.

En este sentido la solicitud de la construcción del tercer túnel implica no solo una segunda desviación del rio Cauca, sino también la modificación a la Licencia Ambiental, razón por la cual deberá surtirse el procedimiento establecido en la cláusula 4.07 del contrato BOOMT - Procedimiento para cambios a las Características Inmodificables.

No obstante, la solicitud de dar aplicación a lo establecido en la cláusula 4.07 del contrato BOOMT, se ha generado por parte de la Hidroeléctrica algunas inquietudes de carácter técnico, por lo que requiere la presentación completa del análisis de la alternativa de construcción del Tercer Túnel, con la participación de los profesionales encargados del tema.

Finalmente, debe advertirse que los gastos y costos que impliquen la ejecución de la alternativa propuesta deberán ser asumidos según la matriz de riesgos del contrato BOOMT.

Lo anterior, da cuenta de que, además de no contar con la aprobación de la Junta de Asesores (como se vió), se conocía ampliamente la magnitud del cambio que implicaba dicha alternativa de construcción, la cual fue aceptada sin reparos ante la premura de cumplir con las fechas de entrada de la primera unidad.

En este punto, cabe recordar que de conformidad con lo sostenido en el Acta 26 de 28 de enero de 2014, que dado que CCCI no logró realizar la desviación del río Cauca en enero de 2014, Hi en aplicación de la cláusula 6.04, dio aplicación al periodo de cura de 60 días a EPM, y en dicho término EPM cumplió con el hito, por lo que no hubo lugar a la aplicación de la cláusula penal, es decir que solo se hizo una vez en 2014 y eso se debió haber hecho antes cuando se permitió que la desviación del río Cauca se atrasara un año.

Siguiendo con los atrasos, posteriormente en acta 144 de 20 de marzo de 2014, se realiza modificación de la fecha de cumplimiento del hito 3 del contrato, la cual consistía en la terminación de excavaciones en la caverna de casa de máquinas, incluyendo galerías de control y de barras 1 a 4 la cual tenía como fecha original 16 de abril de 2014 y se modificó con fecha 6 de febrero de 2015. Así mismo mediante acta No.146 de 5 de mayo de 2014, se modifica la fecha de cumplimiento del hito 2 del contrato, la cual consistía en la terminación de la ataguía en Rolled Compact Concrete (RCC), teniendo como fecha original el 6 de mayo de 2014 y se modificó para el 14 de diciembre de 2014.

En el acta 144 de la junta directiva de Hi, la señora María Eugenia Ramos, expresó:
"(...)

Sin embargo los siguientes miembros de Junta Directiva dejan expresa la siguiente solicitud:

Maria Eugenia Ramos Villa *"solicito que EPM en un documento anexo amplie el detalle de lo propuesto en el documento que envió como complemento en el sentido de establecer fechas en las cuales tendrán las propuestas de acciones y recursos para cumplir los compromisos e hitos restantes del proyecto, en particular la entrada en operación en diciembre de 2018. Estas propuestas deberán ser presentadas y analizadas en Junta Directiva presencial".*

(…)".

En sesión de acta No.147 de 16 de mayo de 2014, de junta directiva de Hi, se realizó la presentación del estado actual del cronograma e hitos del BOOMT e implementación de estrategias para cumplir con la entrada en operación de la Central Hidroeléctrica en diciembre de 2018, en esta sesión la señora María Eugenia Ramos Villa, solicitó dar lectura a las salvedades contempladas en el contrato, y se transcribió en la presente acta el contenido de estas.

"SALVEDADES REALIZADAS POR EPM SOBRE EL CRONOGRAMA ACORDADO
PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO

Con respecto a la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín quien fue el interventor de los diseños definitivos del proyecto, la Interventoría acepta haciendo las siguientes salvedades:

• No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto.
• El programa calculado tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que faltan por ejecutar.

Todos estos compromisos actualmente los adelanta HI bajo su responsabilidad, por lo tanto todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por HI, no se clasificará como imputable a EPM.

Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando claras la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control."

En la sesión de Junta Directiva, EPM propuso estrategias de aceleración para continuar con el cronograma previsto para entrar en operación con la primera unidad en diciembre de 2018.

Posteriormente en acta 149 de 31 de julio de 2014, de junta directiva de Hi, se siguen exponiendo estrategias de aceleración para ajustar el cronograma y se expresa en la Junta que una vez se analicen todas las estrategias de aceleración y cuenten con los vistos buenos de los asesores técnicos del proyecto, *"se establecerán las condiciones de negociación con el contratista y se dispondrá del cronograma ajustado de ejecución que en todo caso está orientado a la obligación contractual de entrar en operación con la primera unidad en el mes de noviembre de 2018"* y se compromete EPM a seguir presentando estrategias de aceleración.
Es mas, en acta 151 de 7 de noviembre de 2014, de junta directiva de Hi, el Gerente de la Sociedad en su informe expresa que a pesar de los retrasos en la vía Puerto Valdivia, estos serán recuperados con el plan de contingencia presentado por EPM.
Así mismo, el señor Luis Javier Vélez Duque, presenta informe de estrategias de aceleración del contrato de BOOMT por parte de EPM, concretando que el objetivo es comenzar la operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018, sin embargo, se indicó que el ***el resultado de la implementación de las estrategias de aceleración, ha permitido obtener un programa de trabajo preliminar el cual permite viabilizar la entrada en operación comercial de la primera unidad de generación en noviembre de 2018, siempre y cuando, adicionalmente se implementen las siguientes estrategias":***

Caverna de casa de máquinas

- Inicio de los concretos de las unidades 1 a 4 (culata norte), sin terminar las excavaciones de la culata sur (unidades 5 a 8).
- Reducción de los tiempos de ejecución de concretos y montaje de las unidades 1 a 4 en aproximadamente un 20%.

Presa

- Mejorar los rendimientos de colocación de material
- Iniciar el llenado del embalse, una vez la construcción de la presa se encuentre en la elevación 420. Este nivel se alcanzaría a finales de junio de 2018.
- Terminar el lleno entre las elevaciones 420 y 435 a mediados de agosto de 2018.

Adicionalmente; se presentaron las fechas estimadas de terminación, y se explicó que los tiempos indicados en la columna ***"Ahorro en tiempo" significan la reducción en cada frente. Las estrategias de aceleración permiten independizar cada frente, mitigando las actividades en ruta crítica (color rojo), con lo que se logra en conjunto, permitir la entrada de la primera unidad en noviembre de 2018"***

Aunado a las diferentes alternativas que se planteaban en las sesiones de junta directiva, el gerente de Hi, indicó respecto a los atrasos lo siguiente:

Para finalizar el informe, el gerente se permite precisar que los atrasos evidenciados están siendo objeto de estrategias y alternativas de aceleración que serán presentadas a continuación por parte de EPM para información de los miembros de Junta Directiva y posteriores decisiones sin fueren del caso.

Para septiembre de 2015, en acta No.156 de junta directiva de Hi, se informó que el avance del proyecto fue de 0.70% y que el desfase entre lo programado y lo ejecutado es del 10.6% (respecto del programa de EPM).

En Acta 157 de 26 de noviembre de 2015, de junta directiva de Hi, se siguen presentando avance de ejecución de obras del proyecto, así como estrategias de aceleración y su costo, y en la sesión EPM pone a consideración de los miembros de Junta Directiva el autorizar a GAE para que incorpore los siguientes costos de inversión para efectos del contrato BOOMT:

Finalizada la presentación, EPM pone a consideración de los miembros de Junta Directiva la siguiente aprobación:

"Autorizar a GAE para que incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT, los costos de las estrategias, obras, trabajos y utilidad escalonada y condicionada sobre el cumplimiento del plan de aceleración que se negocien con el Consorcio CCC tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018"

Aceptado el conflicto de interés por parte del Dr. Wilson Chinchilla, los demás miembros solicitan posponer la aprobación, hasta tanto EPM presente un informe que dé cuenta de las condiciones técnicas, económicas y legales que hacen necesario incluir el costo de las estrategias de aceleración como costos del proyecto.

A pesar de los grandes atrasos que venía presentando el proyecto, en esa misma sesión al deliberar la modificación de los hitos 4 y 6, EPM expresa que sigue reiterando el compromiso permanente de continuar analizando estrategias que permitan cumplir las metas finales de programación del proyecto Hidroeléctrico Ituango, y en este sentido, expresó *"se continúan concertando con el contratista alternativas que permitan mitigar los impactos que se tienen en los hitos intermedios del contrato BOOMT con el propósito de mantener vigentes las fechas pactadas para la entrada en operación de las unidades generadoras".*

En acta 158 de 28 de diciembre de 2015, de junta directiva de Hi, se colocó a consideración y decisión de la Junta Directiva sobre la petición de EPM de autorizar el reconocimiento de los costos del plan de aceleración de obras, considerando la "utilidad escalonada y condicionada". En consecuencia se autorizó al Gerente de Hidroituango, *"previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018".*
Si bien, la aprobación de la inclusión de los costos se supeditó a la verificación de la matriz de riesgos, se encuentra probado de los distintos correos electrónicos en los cuales se encuentra la votación a la decisión, así como del acta de No 53 de 7 de febrero de 2017 al comité de seguimiento del contrato BOOMT, que se dio una aprobación programática al plan de aceleración.

Así mismo, para dar esta aprobación tal y como consta en los anexos del acta 158, se encuentra demostrado que la Junta Directiva tuvo acceso a la información en la cual se describía el plan de aceleración lo que le permitió comprender, que incluía la construcción de galerías, accesos y obras adicionales, así como mano de obra adicional. Todo lo cual estaba enmarcado en el reconocimiento condicionado de mayores valores al contratista de obras principales. Lo que también incrementó las inversiones en el proyecto, incidiendo de esta forma en que se destruyera el valor presente neto del proyecto.

Cabe anotar que este plan de aceleración tuvo como origen, tal y como se muestra en la misma justificación la cadena de hechos irregulares e injustificados explicados en esta causa y que fueron producto de conductas que no atendieron ni siquiera a la prudencia que se le exige a una persona poco diligente con la gestión de sus propios negocios. En efecto, en dicha justificación, dentro de las causas de atraso se enuncian las siguientes: Retraso en las vías de acceso al proyecto, Adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación, adjudicación e inicio del contrato de obras civiles, problemas durante la ejecución de obras civiles principales lo que se concretó en al Acta de Modificación Bilateral No 16 al contrato con CCCI.

Por lo anterior, no tiene fundamento lo expuesto por el Apoderado cuando expresó en sus argumentos que no entiende la conducta endilgada al señor Granda Zapata, cuando de la descripción de la misma se observa que la situación era ampliamente conocida por él y por lo tanto no actuó de manera diligente en su calidad de miembro de junta directiva.

En efecto, en esta conducta se reprocha lo siguiente:

Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas:

1. *haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y*
2. *haber aprobado el plan de aceleramiento,*

ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto",

Como puede verse de lo atrás indicado está probado que avaló los cambios en las fechas de los hitos y así mismo aprobó el plan de aceleramiento, toda vez que en el acta 158 votó favorablemente la decisión del aval programàtico al plan de aceleración. En efecto, sobre el particular en su voto afirmó: **Alejandro Granda Zapata**: *"Cordial saludo. De acuerdo con los elementos y razones expuestas en el documento anexo, es preciso el desarrollo de acciones que permitan acelerar las obras requeridas para la operación de la Hidroeléctrica en los tiempos comprometidos. Por lo anterior voto positivo por el plan de aceleración y, como ha sido una constante en el trabajo de las entidades que acá participan, se deberán dejar las valoraciones jurídicas, técnicas y financieras que respalden cada una de las actuaciones que permitirán su efectiva concreción. Mil gracias a todos por su respaldo, apoyo y permanente enseñanza para permitirme hacer parte del desarrollo de un proyecto tan importante para la vida de muchas regiones de Antioquia y Colombia".*

Con lo anterior ratificó la actuación de EPM, sin valorar las circunstancias que rodearon el proyecto, las cuales debían ser de su conocimiento, tal y como se pudo observar en la amplia exposición traída del auto de imputación.

Así mismo argumentó el apoderado, que ninguno de los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, obviamente incluidos los doctores Alejandro Antonio Granda Zapata e Iván Mauricio Pérez Salazar, aprobaron el plan de aceleración, ello por cuanto Hidroituango no tenía competencia para decidir sobre aspectos técnicos constructivos.

En primer lugar, tal y como se explicó al momento de hacer referencia al plan de aceleración si bien, la aprobación de la inclusión de los costos se supeditó a la verificación de la matriz de riesgos[631], se encuentra probado de los distintos correos electrónicos en los cuales se encuentra la votación a la decisión, así como del acta de No 53 de 7 de febrero de 2017 al comité de seguimiento del contrato BOOMT, que se dio una **aprobación programática al plan de aceleración**[632]**.**

Ahora, frente a lo aprobado en el acta 158 de 28 de diciembre de 2015, y el cual es traído en los argumentos de la Apoderada, es importante traer a colación el *"informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM",* el cual fue puesto a disposición de los miembros de la Junta Directiva de HI para su posterior aprobación, en el cual se plasmó como **situaciones que han impactado el programa del proyecto, lo siguiente**:

> *"Desde el inicio del proyecto se han presentado diversas situaciones de carácter primordialmente técnico, de orden público y otras circunstancias que han afectado el cronograma de obras originalmente considerado, tanto para el contrato de construcción de obras de desviación como para el contrato de construcción de obras civiles principales, las cuales se describen a continuación:*
>
> - *Retraso en la entrega de las vías de acceso al proyecto.*
>
> *Diversas situaciones tales como dificultades con la obtención de predios, movilizaciones y bloqueos por parte de mineros que se consideraban afectados con las obras, tiempos necesarios para desarrollar e implementar concertaciones con la comunidad que se consideró afectada por el proyecto vial, y materialización de condiciones geológicas y geotécnicas más complejas que las estimadas en la etapas de exploración preliminar y diseño, ocasionaron que las vías de acceso a los principales frentes de obra no estuvieran disponibles con lo inicialmente planeado, situación ésta que a su vez, finalmente resultó impactando la adjudicación de los contratos de desviación y obras civiles principales, así como el cronograma del proyecto.*
>
> - *Adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación.*

---

631 En efecto, revisada el acta 196 de la Junta Directiva de Hidroituango de fecha 15 de noviembre de 2018 se encuentra lee textualmente que "Preguntan los asistentes sobre la inversión en el tercer túnel; **el Gerente informa que está *glosado porque desde un comienzo se dijo que quedaba para análisis de Hidroituango aceptarlo como Costo Base de Remuneración***."

632 Carpeta principal 48. Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia. Recibida. Respuesta 4. P1. Actas comité BOOMT. Acta Comité BOOMT No.53.*"(…) EPM indica que, la aceptación del cambio de los hitos, reconfirma la aprobación de JD del plan de aceleración, con lo cual HI está de acuerdo, **pero solo para efectos programáticos**. La auditoría revisaría en detalle la parte técnica, para verificar si se debe glosar obra ejecutada, o en su defecto, cargar todos los costos de la aceleración del proyecto. Con lo anterior, HI ordenará a la auditoría GAE revisar los costos de las obras de aceleración (…)".*

Para poder cumplir con la fecha de desviación del río Cauce originalmente considerada por HI, es decir, la primera quincena del año 2013, y teniendo en cuenta el tiempo considerado por el Diseñador (90 días calendario) para demoler los tabiques de protección contra el río, ubicados en los portales de entrada y salida de los túneles de desviación por parte del Contratista de obras civiles principales, la orden de inicio del contrato de construcción de obras de desviación debió haberse dado por tardar en el mes de febrero de 2011. Lo anterior, dado que el plazo considerado por HI para ejecutar dicho contrato era de 610 días calendario.

EPM Ituango al recibir el proyecto por parte de HI en el mes de abril de 2011, acelera la contratación de construcción de obras de desviación, pero en cumplimiento de la normatividad de contratación y a la matriz de riesgos del contrato BOOMT, informa a los oferentes sobre el cambio de entidad contratante, solicita refrendación de propuestas y, por último, entrega los informes de análisis y recomendación y realizar la respectiva audiencia pública para adjudicar el contrato.

Finalmente luego de suplir todas las etapas necesarias en EPM Ituango, se adjudica el contrato de construcción de obras de desviación, túnel de acceso y construcción de galería superior norte al Consorcio CTIFS y se imparte la orden de inicio anticipada del contrato 11 de agosto de 2011.

Así las cosas, considerando el plazo para la entrega de las obras de desviación (610 días calendario) el tiempo necesario para demoler los tabiques de protección (90 días calendario), la entrega de las vías de acceso a los portales de entrada y salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central y la no ocurrencia de ninguna contingencia, la desviación del río Cauca ya no era posibles antes del 11 de julio de 2013.

Debido a los atrasos en la entrega de la vía de acceso a los principales frentes de obra y situaciones de carácter geológico y geomorfológico, no era posible construir a tiempo ni en las condiciones originalmente consideradas en el diseño, el portal entrada de los túneles de desviación, situación esta que sumada a problemas geológicos encontrados en el portal de salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central, impactan el programa de construcción de obras inicialmente considerado.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Contratista de la desviación no logra entregar oportunamente el túnel de desviación y el túnel de acceso a la central, ***situaciones estas que impactan el programa de construcción de obras, tanto del contrato de desviación como del contrato de obras civiles principales****, retrasando el cronograma de obras del proyecto Ituango en 13 meses, dado que la desviación del río Cauca solo pudo realizarse el 14 de febrero de 2014.*

- *Adjudicación e inicio del contrato de construcción de obras civiles principales.*

Luego de recibido el proyecto, EPM Ituango acelera la revisión y ajuste de las especificaciones técnicas del contrato de construcción de obras civiles principales y acelera la elaboración del pliego de contratación, involucrando en los mismos la normatividad aplicable de EPM, tal como se pactó en el contrato BOOMT y considerando la situación real del contrato de construcción de las obras de desviación, dado que dos de los principales frentes de ejecución del futuro contrato dependían de la terminación de los túneles de desviación y del túnel de acceso a la central a cargo del contratista CTIFS.

No obstante lo anterior, y dados los atrasos por la reprogramación en la adjudicación del contrato de desviación, los problemas de la entrega de vías de acceso y la materialización de situaciones geológicas desfavorables, EPM Ituango decide proseguir con la contratación de obras civiles principales con el propósito de no afectar el programa de excavación del vertedero, dada la necesidad de acopiar preliminarmente 5 millones de m3 de enrocado en el depósito Ticuita 1, de tal forma que luego de desviado el río, construida la ataguía y limpiado el lecho del río, se alcanzaran las ratas de colocación necesarias para no afectar el programa de construcción de la presa.

- *Problemas presentados durante la ejecución del contrato de obras civiles principales.*

Luego de adjudicado el contrato de obras civiles principales del proyecto al Consorcio CCC Ituango e impartida la orden de inicio el 1º de octubre de 2012 se presentaron afectaciones de carácter geológico en el complejo de cavernas que impactaron el cronograma de construcción de obras principales en aproximadamente 7 meses adicionales".

Como **<u>estrategias, obras y trabajos para recuperación de plazo</u>**, se indicó en el documento, lo siguiente:

*"EPM, con el propósito de acelerar el programa de construcción de obras del proyecto, estableció con el Contratista de obras civiles principales **<u>unas estrategias enfocadas a viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018.</u>** A continuación se presentan las estrategias que fueron concertadas y que se ah implementado con el propósito de optimizar su efecto sobre el cronograma:*

- *Galerías, accesos y obras adicionales para desligar obras subterráneas de obras de superficie, impactando rutas críticas y accediendo más rápido a frentes de obra.*

Como resultado de esta estrategia se analizaron, optimizaron y finalmente se construyeron una serie de galerías que permitieron desligar las obras subterráneas de la conducción de actividades predecesoras asociadas a las excavaciones a cielo abierto. Con este enfoque, se recuperaron atrasos en el

inicio de la galería de compuertas, pozos de carga, excavación de túneles de conducción inferior y excavación de almenaras, entre otras.

Así mismo, algunas de estas galerías permitieron acceder aguas arriba y aguas debajo de la presa para optimizar los rendimientos de colocación de los enrocados de las etapas 1, 2 y 3, dada la dificultad (circunstancias de orden público y acciones de las comunidades) de construir vías a cielo abierto por la margen derecha y las interferencias asociadas con la excavación del vertedero.

- *Mano de obra y equipos adicionales para extender y optimizar los turnos de trabajo incrementando el número de horas laboradas y consecuentemente un aumento de producción".*

Teniendo en cuenta las situaciones que han impactado el programa del proyecto, así como las estrategias, obras y trabajo para recuperación de plazo, **se establecieron como premisas para negociar la aceleración de obras con el Consorcio CCCI lo siguiente**:

"EPM, con el propósito de recuperar o reducir los atrasos en el programa de construcción de obras del proyecto y sobre la base de alinear los intereses de EPM con los del proyecto y con los del contratista, ***considera imprescindible acometer un programa especial de aceleración que permita incrementar los rendimientos y productividad en las obras faltantes del proyecto****.* ***Considerando, que este programa implica para el contratista un esfuerzo adicional de gran magnitud no previsto contractualmente, le permitirá obtener el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que e resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada).***

Si bien las obras extras como galerías, accesos y obras adicionales permitieron el cumplimiento de etapas importantes del proyecto, estimamos que es indispensable acometer mecanismos constructivos que permitan corregir o mitigar el impacto negativo en el avance de las obras afectado por factores exógenos y ajenas a las partes. ***Por estas razones, y sobre la base de lo dispuesto en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, se presenta esta propuesta de mecanismo de aceleración de obras con el objetivo final de lograr la entrada en operación comercial de la primera unidad (U4) en la fecha matriculada en la CREG, esto es noviembre 30 de 2018.***

Las principales premisas tenidas en cuenta por EPM para negociar con el Consorcio CCCI la aceleración de obras del proyecto, son:

- *Negociación integral de todos los conceptos de recuperación*

La negociación ha sido abordada por EPM con un criterio de costo integral, en el cual se incluyen las estrategias implementadas, los costos no recuperables y el reconocimiento económico por el éxito de dicha aceleración. Dicho

esquema permite obtener beneficios con relación a un esquema de negociación individual de conceptos (personal, equipos comunes y especializados, utilidad escalonada y condicionada) dado que alguna manera se transfiere parte del riesgo al contratista por no alcanzar la meta de entrada en operación.

- *Alineación de intereses de EPM, HI, el Proyecto y el Contratista.*

EPM siempre ha manifestado dentro de las negociaciones que el logro de la meta está intrínsecamente asociado a que, tanto el contratista como el contratante, alcancen sus intereses de entrega de obras y puesta en operación oportuna, bajo un esquema en el cual le sean reconocidos al Contratista todos los costos en que este incurra y se logre poner en funcionamiento el proyecto en la fecha esperada.

- *Reconocimiento para el Consorcio CCC Ituango en función del tiempo real recuperado.*

En este aspecto, EPM luego de un análisis detallado de la relación costo/beneficio de los escenarios de no entrar oportunamente en operación vs incurrir en un plan de aceleramiento para alcanzar la meta inicial, concluyó, que si bien es cierto el programa general tiene un atraso de 20 meses, sino se logra recuperar como mínimo 9 meses no es procedente la entrega de ningún valor de reconocimiento al contratista. No obstante, si la recuperación de atrasos es entre 18 y 9 meses, se propuso un esquema de reconocimiento al contratista línea decreciente por un valor máximo de setenta mil millones de pesos ($70.000.000.000) si se recuperan 18 meses y un valor de cero (0) si se recuperan menos de 9 meses de atraso.

- *Reconocimiento de costos por mano de obra y equipos adicionales.*

EPM fue contundente en manifestar al contratista que no reconocería los conceptos de Imprevistos (I) y Utilidad (U) sobre los costos incursos para alcanzar el plan de aceleración, ello significa que no se afecta el concepto de Imprevistos y de Utilidad "normal" del contrato.

Sin embargo, dado que los atrasos del proyecto no son aún atribuibles al Contratista, y que sería necesario surtir un proceso que estableciera en forma definitiva su responsabilidad y, dado que bajo este escenario para el Contratista sería una opción viable solicitar más bien un plazo adicional para la terminación de las obras, alternativa a toda luz inconveniente para el proyecto. En su defecto, se encontró que la mejor alternativa es reconocer el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que el resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada)".

Como **beneficios por plazo recuperado**, se establecieron entre otros: - La entrada del Proyecto Ituango es indispensable para la atención del crecimiento de la demanda de energía eléctrica y potencia proyectada por la UPME a partir de diciembre de 2018, **- El aporte del proyecto es requerido en el año 2018 para que en el sistema interconectado nacional se alivien las restricciones, mejore la interconexión con la Costa Atlántica, atienda los Grandes Consumidores especiales (GCE) y las posibles ventas a Panamá**, - **El mercado de contratos a alargo plazo actualmente es deficitario y la entrada comercial de Ituango es necesaria para darle liquidez,** - El beneficio en Valor Presente Neto (VPN) del proyecto para diferentes escenarios de recuperación de atraso, incluyendo el esquema de reconocimiento considerado por EPM se mantiene, tal como se muestra en el siguiente gráfico y **Los costos proyectados para el pago del Plan de Aceleración, no modifican los costos de referencia del proyecto.**

Ahora como **implicaciones de No pactarse oportunamente esta propuesta de aceleración y en consecuencia no lograr la entrada de operación comercial en diciembre 1 de 2018**, se presentarían estas consecuencias, entre otras, las siguientes: - Dejar de recibir los ingresos por ventas de energía en el MEN, tanto por contratos como por bolsa de energía (estimado anual de 300 millones de USD), - Perder la asignación de obligaciones de energía firme por 1085 GWh por 20 años valoradas a un precio de 13,998 USD/MWh (dólares de 2008), Ejecución de la garantía de entrada en operación comercial de las cuatro unidades por un monto de 41.383.939 dólares, Ampliación del plazo de la garantía de conexión cuyo monto actual es de 272.370.987.024 pesos.

Como conclusión, se estableció, lo siguiente:

> *"Por todo lo anterior, EPM propone este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018**, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 mas $70.000.000.000 (máximo) por utilidad.***
>
> *Con base en lo expuesto, **se solicita a la Junta Directiva de Hidroituango autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerado la utilidad escalonada y condicionada**. En consecuencia, autorizar al Gerente del HI, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del proyeco, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018".*

Teniendo en cuenta lo expuesto en el documento, a través de los **correos de los miembros de la junta directiva de HI se aprobó el costo de aceleración de las obras del proyecto hidroeléctrico ituango, previa convocatoria por la secretaria general, para deliberar y decidir por comunicación a través de correo electrónico, lo cual se efectuó de la siguiente manera:**

✓ El señor **Jesús Aristizábal**, expresó: *"Por medio del presente correo electrónico doy mi aprobación al costo de aceleración de las obras del proyecto Hidroeléctrico ITUANGO. Tema puesto a consideración a través de la junta virtual de la Sociedad Hidroituango S.A. E.S.P.".*

✓ **Jorge Mario Pérez Gallón**: *"Buenos días, no tengo comentarios ni observaciones a la documentación presentada, por lo tanto doy mi voto afirmativo a los solicitado".*

✓ **Rafael Nanclares**: "Estoy de acuerdo y doy mi aprobación".

✓ **Alejandro Granda Zapata**: *"Cordial saludo. De acuerdo con los elementos y razones expuestas en el documento anexo, es preciso el desarrollo de acciones que permitan acelerar las obras requeridas para la operación de la Hidroeléctrica en los tiempos comprometidos. Por lo anterior voto positivo por el plan de aceleración y, como ha sido una constante en el trabajo de las entidades que acá participan, se deberán dejar las valoraciones jurídicas, técnicas y financieras que respalden cada una de las actuaciones que permitirán su efectiva concreción.*

Mil gracias a todos por su respaldo, apoyo y permanente enseñanza para permitirme hacer parte del desarrollo de un proyecto tan importante para la vida de muchas regiones de Antioquia y Colombia".

✓ **María Eugenia Ramos Villa**: "*Buenas tardes, de acuerdo con el concepto anexo, doy mi voto positivo para que se inicien los trámites tendientes a lograr con el contratista del proyecto, la implementación de las estrategias de aceleración requeridas para entrar en operación en diciembre/18 tal como está programado".*

Lo expresado en líneas anteriores, permite concluir para este Despacho, que en el Acta de Junta Directiva No.158 de diciembre de 2015, los miembros de la junta directiva de HI, autorizaron el reconocimiento de los costos de **del Plan de Aceleración de obras, considerando la utilidad escalonada y condicionada y en consecuencia se autorizaba al Gerente de HI** previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en

servicio del proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018, lo que no se puede entender como lo realiza la Apoderada en el sentido de indicar que las decisiones que se consideraron acertadas sobre el plan de aceleración y el reconocimiento de los costos fueron ejecutadas en el período posterior al de la señora María Eugenia Ramos y Rafael Nanclares, cuando se desempeñaron como miembros de la Junta Directiva de HI, teniendo en cuenta que en el Informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto de diciembre de 2015 (Grupo EPM – proyecto hidroeléctrico Ituango contrato CT-2012-000036- construcción de la presa, central y obras asociadas – contratista Consorcio CCC Ituango), se plasmó que era **imprescindible acometer un programa especial de aceleración que permita incrementar los rendimientos y productividad en las obras faltantes del proyecto**, **considerando, que este programa implica para el contratista un esfuerzo adicional de gran magnitud no previsto contractualmente, le permitirá obtener el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que e resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada), así mismo EPM proponía** este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018**, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 mas $70.000.000.000 (máximo) por utilidad.**

De otro lado, se observa en los correos electrónicos de cada uno de los miembros de la Junta Directiva de HI que para la aprobación del acta No.158 de diciembre de 2015, ninguno manifestó o cuestionó el informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM, teniendo en cuenta que se puso de presente antes de la votación, que el documento era necesario para analizar el tema que iba ser sometido a consideración de la aprobación por los miembros de la Junta Directiva de Hi.

Así mismo, para dar esta aprobación tal y como consta en los anexos del acta 158, se encuentra demostrado que la Junta Directiva tuvo acceso a la información en la cual se describía el plan de aceleración lo que le permitió comprender, que incluía la construcción de galerías, accesos y obras adicionales, así como mano de obra adicional. Todo lo cual estaba enmarcado en el reconocimiento condicionado de mayores valores al contratista de obras principales. Lo que también incrementó las inversiones en el proyecto, incidiendo de esta forma en que se destruyera el valor presente neto del mismo.

Así las cosas, el Despacho reitera lo expresado en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, cuando se dijo que este plan de aceleración tuvo como origen, tal y como se muestra en la misma justificación la cadena de hechos irregulares e

injustificados explicados en esta causa y que fueron producto de conductas que no atendieron ni siquiera a la prudencia que se le exige a una persona poco diligente con la gestión de sus propios negocios. En efecto, en dicha justificación, dentro de las causas de atraso se enuncian las siguientes: Retraso en las vías de acceso al proyecto, adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación, adjudicación e inicio del contrato de obras civiles, problemas durante la ejecución de obras civiles principales lo que se concretó en el Acta de Modificación Bilateral No.16 al contrato con CCCI.

Respecto del Doctor Granda Zapata, el Apoderado indicó que en el acta 158 del 30 de diciembre de 2015, lo que se pone a consideración de la Junta de Hidroituango son los costos del plan de aceleración, que en realidad es un plan de recuperación de tiempo y que tales costos se cancelarán de acuerdo al la estimación de la matriz de riesgos del proyecto, "*es decir, que ni siquiera al momento de la decisión de la Junta se puede señalar que los costos de dicha estrategia fueron aprobados por la Junta Directiva de Hidroituango"*.

En primer lugar, tal y como se explicó al momento de hacer referencia al plan de aceleración si bien, la aprobación de la inclusión de los costos se supeditó a la verificación de la matriz de riesgos[633], se encuentra probado de los distintos correos electrónicos en los cuales se encuentra la votación a la decisión, así como del acta de No 53 de 7 de febrero de 2017 al comité de seguimiento del contrato BOOMT, que se dio una **aprobación programática al plan de aceleración**[634]**.**

Ahora, frente a lo aprobado en el acta 158 de 28 de diciembre de 2015, es importante traer a colación el *"informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM",* el cual fue puesto a disposición de los miembros de la Junta Directiva de HI para su posterior aprobación, y plasmó como **situaciones que han impactado el programa del proyecto, lo siguiente**:

> *"Desde el inicio del proyecto se han presentado diversas situaciones de carácter primordialmente técnico, de orden público y otras circunstancias que han afectado el cronograma de obras originalmente considerado, tanto para el contrato de construcción de obras de desviación como para el contrato de*

[633] En efecto, revisada el acta 196 de la Junta Directiva de Hidroituango de fecha 15 de noviembre de 2018 se encuentra lee textualmente que "Preguntan los asistentes sobre la inversión en el tercer túnel; **el Gerente informa que está *glosado porque desde un comienzo se dijo que quedaba para análisis de Hidroituango aceptarlo como Costo Base de Remuneración***."

[634] Carpeta principal 48. Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia. Recibida. Respuesta 4. P1. Actas comité BOOMT. Acta Comité BOOMT No.53.*"(…) EPM indica que, la aceptación del cambio de los hitos, reconfirma la aprobación de JD del plan de aceleración, con lo cual HI está de acuerdo, **pero solo para efectos programáticos**. La auditoría revisaría en detalle la parte técnica, para verificar si se debe glosar obra ejecutada, o en su defecto, cargar todos los costos de la aceleración del proyecto. Con lo anterior, HI ordenará a la auditoría GAE revisar los costos de las obras de aceleración (…)".*

construcción de obras civiles principales, las cuales se describen a continuación:

- *Retraso en la entrega de las vías de acceso al proyecto.*

Diversas situaciones tales como dificultades con la obtención de predios, movilizaciones y bloqueos por parte de mineros que se consideraban afectados con las obras, tiempos necesarios para desarrollar e implementar concertaciones con la comunidad que se consideró afectada por el proyecto vial, y materialización de condiciones geológicas y geotécnicas más complejas que las estimadas en la etapas de exploración preliminar y diseño, ocasionaron que las vías de acceso a los principales frentes de obra no estuvieran disponibles con lo inicialmente planeado, situación ésta que a su vez, finalmente resultó impactando la adjudicación de los contratos de desviación y obras civiles principales, así como el cronograma del proyecto.

- *Adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación.*

Para poder cumplir con la fecha de desviación del río Cauce originalmente considerada por HI, es decir, la primera quincena del año 2013, y teniendo en cuenta el tiempo considerado por el Diseñador (90 días calendario) para demoler los tabiques de protección contra el río, ubicados en los portales de entrada y salida de los túneles de desviación por parte del Contratista de obras civiles principales, la orden de inicio del contrato de construcción de obras de desviación debió haberse dado por tardar en el mes de febrero de 2011. Lo anterior, dado que el plazo considerado por HI para ejecutar dicho contrato era de 610 días calendario.

EPM Ituango al recibir el proyecto por parte de HI en el mes de abril de 2011, acelera la contratación de construcción de obras de desviación, pero en cumplimiento de la normatividad de contratación y a la matriz de riesgos del contrato BOOMT, informa a los oferentes sobre el cambio de entidad contratante, solicita refrendación de propuestas y, por último, entrega los informes de análisis y recomendación y realizar la respectiva audiencia pública para adjudicar el contrato.

Finalmente luego de suplir todas las etapas necesarias en EPM Ituango, se adjudica el contrato de construcción de obras de desviación, túnel de acceso y construcción de galería superior norte al Consorcio CTIFS y se imparte la orden de inicio anticipada del contrato 11 de agosto de 2011.

Así las cosas, considerando el plazo para la entrega de las obras de desviación (610 días calendario) el tiempo necesario para demoler los tabiques de protección (90 días calendario), la entrega de las vías de acceso a los portales de entrada y salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central y la no ocurrencia de ninguna contingencia, la desviación del río Cauca ya no era posibles antes del 11 de julio de 2013.

Debido a los atrasos en la entrega de la vía de acceso a los principales frentes de obra y situaciones de carácter geológico y geomorfológico, no era posible construir a tiempo ni en las condiciones originalmente consideradas en el diseño, el portal entrada de los túneles de desviación, situación esta que sumada a problemas geológicos encontrados en el portal de salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central, impactan el programa de construcción de obras inicialmente considerado.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Contratista de la desviación no logra entregar oportunamente el túnel de desviación y el túnel de acceso a la central, ***situaciones estas que impactan el programa de construcción de obras, tanto del contrato de desviación como del contrato de obras civiles principales****, retrasando el cronograma de obras del proyecto Ituango en 13 meses, dado que la desviación del río Cauca solo pudo realizarse el 14 de febrero de 2014.*

- *Adjudicación e inicio del contrato de construcción de obras civiles principales.*

Luego de recibido el proyecto, EPM Ituango acelera la revisión y ajuste de las especificaciones técnicas del contrato de construcción de obras civiles principales y acelera la elaboración del pliego de contratación, involucrando en los mismos la normatividad aplicable de EPM, tal como se pactó en el contrato BOOMT y considerando la situación real del contrato de construcción de las obras de desviación, dado que dos de los principales frentes de ejecución del futuro contrato dependían de la terminación de los túneles de desviación y del túnel de acceso a la central a cargo del contratista CTIFS.

No obstante lo anterior, y dados los atrasos por la reprogramación en la adjudicación del contrato de desviación, los problemas de la entrega de vías de acceso y la materialización de situaciones geológicas desfavorables, EPM Ituango decide proseguir con la contratación de obras civiles principales con el propósito de no afectar el programa de excavación del vertedero, dada la necesidad de acopiar preliminarmente 5 millones de m3 de enrocado en el depósito Ticuita 1, de tal forma que luego de desviado el río, construida la ataguía y limpiado el lecho del río, se alcanzaran las ratas de colocación necesarias para no afectar el programa de construcción de la presa.

- *Problemas presentados durante la ejecución del contrato de obras civiles principales.*

Luego de adjudicado el contrato de obras civiles principales del proyecto al Consorcio CCC Ituango e impartida la orden de inicio el 1º de octubre de 2012 se presentaron afectaciones de carácter geológico en el complejo de cavernas que impactaron el cronograma de construcción de obras principales en aproximadamente 7 meses adicionales".

Como **estrategias, obras y trabajos para recuperación de plazo**, se indicó en el documento, lo siguiente:

> *"EPM, con el propósito de acelerar el programa de construcción de obras del proyecto, estableció con el Contratista de obras civiles principales **unas estrategias enfocadas a viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018.** A continuación se presentan las estrategias que fueron concertadas y que se ah implementado con el propósito de optimizar su efecto sobre el cronograma:*
>
> - *Galerías, accesos y obras adicionales para desligar obras subterráneas de obras de superficie, impactando rutas críticas y accediendo más rápido a frentes de obra.*
>
> *Como resultado de esta estrategia se analizaron, optimizaron y finalmente se construyeron una serie de galerías que permitieron desligar las obras subterráneas de la conducción de actividades predecesoras asociadas a las excavaciones a cielo abierto. Con este enfoque, se recuperaron atrasos en el inicio de la galería de compuertas, pozos de carga, excavación de túneles de conducción inferior y excavación de almenaras, entre otras.*
>
> *Así mismo, algunas de estas galerías permitieron acceder aguas arriba y aguas debajo de la presa para optimizar los rendimientos de colocación de los enrocados de las etapas 1, 2 y 3, dada la dificultad (circunstancias de orden público y acciones de las comunidades) de construir vías a cielo abierto por la margen derecha y las interferencias asociadas con la excavación del vertedero.*
>
> - *Mano de obra y equipos adicionales para extender y optimizar los turnos de trabajo incrementando el número de horas laboradas y consecuentemente un aumento de producción".*

Teniendo en cuenta las situaciones que han impactado el programa del proyecto, así como las estrategias, obras y trabajo para recuperación de plazo, **se establecieron como premisas para negociar la aceleración de obras con el Consorcio CCCI lo siguiente**:

> *"EPM, con el propósito de recuperar o reducir los atrasos en el programa de construcción de obras del proyecto y sobre la base de alinear los intereses de EPM con los del proyecto y con los del contratista, **considera imprescindible acometer un programa especial de aceleración que permita incrementar los rendimientos y productividad en las obras faltantes del proyecto**. **Considerando, que este programa implica para el contratista un esfuerzo adicional de gran magnitud no previsto contractualmente, le permitirá obtener el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que e resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada).***

Si bien las obras extras como galerías, accesos y obras adicionales permitieron el cumplimiento de etapas importantes del proyecto, estimamos que es indispensable acometer mecanismos constructivos que permitan corregir o mitigar el impacto negativo en el avance de las obras afectado por factores exógenos y ajenas a las partes. ***Por estas razones, y sobre la base de lo dispuesto en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, se presenta esta propuesta de mecanismo de aceleración de obras con el objetivo final de lograr la entrada en operación comercial de la primera unidad (U4) en la fecha matriculada en la CREG, esto es noviembre 30 de 2018.***

Las principales premisas tenidas en cuenta por EPM para negociar con el Consorcio CCCI la aceleración de obras del proyecto, son:

- *Negociación integral de todos los conceptos de recuperación*

La negociación ha sido abordada por EPM con un criterio de costo integral, en el cual se incluyen las estrategias implementadas, los costos no recuperables y el reconocimiento económico por el éxito de dicha aceleración. Dicho esquema permite obtener beneficios con relación a un esquema de negociación individual de conceptos (personal, equipos comunes y especializados, utilidad escalonada y condicionada) dado que alguna manera se transfiere parte del riesgo al contratista por no alcanzar la meta de entrada en operación.

- *Alineación de intereses de EPM, HI, el Proyecto y el Contratista.*

EPM siempre ha manifestado dentro de las negociaciones que el logro de la meta está intrínsecamente asociado a que, tanto el contratista como el contratante, alcancen sus intereses de entrega de obras y puesta en operación oportuna, bajo un esquema en el cual le sean reconocidos al Contratista todos los costos en que este incurra y se logre poner en funcionamiento el proyecto en la fecha esperada.

- *Reconocimiento para el Consorcio CCC Ituango en función del tiempo real recuperado.*

En este aspecto, EPM luego de un análisis detallado de la relación costo/beneficio de los escenarios de no entrar oportunamente en operación vs incurrir en un plan de aceleramiento para alcanzar la meta inicial, concluyó, que si bien es cierto el programa general tiene un atraso de 20 meses, sino se logra recuperar como mínimo 9 meses no es procedente la entrega de ningún valor de reconocimiento al contratista. No obstante, si la recuperación de atrasos es entre 18 y 9 meses, se propuso un esquema de reconocimiento al contratista línea decreciente por un valor máximo de setenta mil millones de pesos ($70.000.000.000) si se recuperan 18 meses y un valor de cero (0) si se recuperan menos de 9 meses de atraso.

- *Reconocimiento de costos por mano de obra y equipos adicionales.*

EPM fue contundente en manifestar al contratista que no reconocería los conceptos de Imprevistos (I) y Utilidad (U) sobre los costos incursos para alcanzar el plan de aceleración, ello significa que no se afecta el concepto de Imprevistos y de Utilidad "normal" del contrato.

Sin embargo, dado que los atrasos del proyecto no son aún atribuibles al Contratista, y que sería necesario surtir un proceso que estableciera en forma definitiva su responsabilidad y, dado que bajo este escenario para el Contratista sería una opción viable solicitar más bien un plazo adicional para la terminación de las obras, alternativa a toda luz inconveniente para el proyecto. En su defecto, se encontró que la mejor alternativa es reconocer el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan, en la medida que el resultado sea positivo para el proyecto (utilidad escalonada y condicionada)".

Como **beneficios por plazo recuperado**, se establecieron entre otros: - La entrada del Proyecto Ituango es indispensable para la atención del crecimiento de la demanda de energía eléctrica y potencia proyectada por la UPME a partir de diciembre de 2018, **- El aporte del proyecto es requerido en el año 2018 para que en el sistema interconectado nacional se alivien las restricciones, mejore la interconexión con la Costa Atlántica, atienda los Grandes Consumidores especiales (GCE) y las posibles ventas a Panamá**, - **El mercado de contratos a alargo plazo actualmente es deficitario y la entrada comercial de Ituango es necesaria para darle liquidez,** - El beneficio en Valor Presente Neto (VPN) del proyecto para diferentes escenarios de recuperación de atraso, incluyendo el esquema de reconocimiento considerado por EPM se mantiene, tal como se muestra en el siguiente gráfico y **Los costos proyectados para el pago del Plan de Aceleración, no modifican los costos de referencia del proyecto.**

Ahora como **implicaciones de No pactarse oportunamente esta propuesta de aceleración y en consecuencia no lograr la entrada de operación comercial en diciembre 1 de 2018**, se presentarían estas consecuencias, entre otras, las siguientes: - Dejar de recibir los ingresos por ventas de energía en el MEN, tanto por contratos como por bolsa de energía (estimado anual de 300 millones de USD), - Perder la asignación de obligaciones de energía firme por 1085 GWh por 20 años valoradas a un precio de 13,998 USD/MWh (dólares de 2008), Ejecución de la garantía de entrada en operación comercial de las cuatro unidades por un monto de 41.383.939 dólares, Ampliación del plazo de la garantía de conexión cuyo monto actual es de 272.370.987.024 pesos.

Como conclusión, se estableció, lo siguiente:

"Por todo lo anterior, EPM propone este Plan de Aceleración de Obras con el fin de viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad

*en noviembre de 2018**, bajo la premisa del reconocimiento de costos asociados a la aceleración al contratista y el porcentaje de utilidad de los costos requeridos por el plan (utilidad escalonada y condicionada), este plan se estima en un valor de $370.000.000.000 mas $70.000.000.000 (máximo) por utilidad.***

*Con base en lo expuesto, **se solicita a la Junta Directiva de Hidroituango autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considernado la utilidad escalonada y condicionada**. En consecuencia, autorizar al Gerente del HI, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del proyeco, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018".*

Teniendo en cuenta lo expuesto en el documento, a través de los **correos de los miembros de la junta directiva de HI se aprobó el costo de aceleración de las obras del proyecto hidroeléctrico ituango, previa convocatoria por la secretaria general, para deliberar y decidir por comunicación a través de correo electrónico, lo cual se efectuó de la siguiente manera:**

✓ El señor **Jesús Aristizábal**, expresó: *"Por medio del presente correo electrónico doy mi aprobación al costo de aceleración de las obras del proyecto Hidroeléctrico ITUANGO. Tema puesto a consideración a través de la junta virtual de la Sociedad Hidroituango S.A. E.S.P.".*

✓ **Jorge Mario Pérez Gallón**: *"Buenos días, no tengo comentarios ni observaciones a la documentación presentada, por lo tanto doy mi voto afirmativo a los solicitado".*

✓ **Rafael Nanclares**: "Estoy de acuerdo y doy mi aprobación".

✓ **Alejandro Granda Zapata**: *"Cordial saludo. De acuerdo con los elementos y razones expuestas en el documento anexo, es preciso el desarrollo de acciones que permitan acelerar las obras requeridas para la operación de la Hidroeléctrica en los tiempos comprometidos. Por lo anterior voto positivo por el plan de aceleración y, como ha sido una constante en el trabajo de las entidades que acá participan, se deberán dejar las valoraciones jurídicas, técnicas y financieras que respalden cada una de las actuaciones que permitirán su efectiva concreción.*

Mil gracias a todos por su respaldo, apoyo y permanente enseñanza para permitirme hacer parte del desarrollo de un proyecto tan importante para la vida de muchas regiones de Antioquia y Colombia".

✓ **María Eugenia Ramos Villa**: "*Buenas tardes, de acuerdo con el concepto anexo, doy mi voto positivo para que se inicien los trámites tendientes a lograr con el contratista del proyecto, la implementación de las estrategias de aceleración requeridas para entrar en operación en diciembre/18 tal como está programado".*

Lo expresado en líneas anteriores, permite concluir para este Despacho, que en el Acta de Junta Directiva No.158 de diciembre de 2015, los miembros de la junta directiva de HI, autorizaron el reconocimiento de los costos de **del Plan de Aceleración de obras, considernado la utilidad escalonada y condicionada y en consecuencia se autorizaba al Gerente de HI** previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018.

De otro lado, se observa en los correos electrónicos de cada uno de los miembros de la Junta Directiva de HI que para la aprobación del acta No.158 de diciembre de 2015, ninguno manifestó o cuestionó el informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto presentado por EPM, teniendo en cuenta que se puso de presente antes de la votación, que el documento era necesario para analizar el tema que iba ser sometido a consideración de la aprobación por los miembros de la Junta Directiva de Hi.

Así mismo, para dar esta aprobación tal y como consta en los anexos del acta 158, se encuentra demostrado que la Junta Directiva tuvo acceso a la información en la cual se describía el plan de aceleración lo que le permitió comprender, que incluía la construcción de galerías, accesos y obras adicionales, así como mano de obra adicional. Todo lo cual estaba enmarcado en el reconocimiento condicionado de mayores valores al contratista de obras principales. Lo que también incrementó las inversiones en el proyecto, incidiendo de esta forma en que se destruyera el valor presente neto del mismo.
Así las cosas, el Despacho reitera lo expresado en el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, cuando se dijo que este plan de aceleración tuvo como origen, tal y como se muestra en la misma justificación la cadena de hechos irregulares e injustificados explicados en esta causa y que fueron producto de conductas que no atendieron ni siquiera a la prudencia que se le exige a una persona poco diligente con la gestión de sus propios negocios. En efecto, en dicha justificación, dentro de las causas de atraso se enuncian las siguientes: Retraso en las vías de acceso al

proyecto, adjudicación y comienzo del contrato de obras de desviación, adjudicación e inicio del contrato de obras civiles, problemas durante la ejecución de obras civiles principales lo que se concretó en el Acta de Modificación Bilateral No.16 al contrato con CCCI.

Ahora bien, aun cuando EPM como ejecutor era quien debía instrumentalizar esta decisión en el contrato con CCCI, **ello no le resta responsabilidad a la aprobación que se dio en la junta directiva de Hi, puesto que la misma, le dio vía libre al ejecutor del proyecto para aumentar las inversiones.**
En este contexto, **cabe recordar que Hi es el dueño del proyecto y que en esa medida todas las acciones que hayan generado mayores inversiones o mayores tiempos y ocasionaron la pérdida del valor presente neto de la inversión y el lucro cesante, perjudican tanto a EPM como a Hidroituango.**
De otro lado, el apoderado indicó que *"de conformidad con la declaración juramentada del señor Diego Salas, para la fecha de esa visita, aún no se había determinado los costos de ese plan y, por tanto, no se había cancelado ninguna suma de dinero por dicho concepto. Por tanto, no puede hablarse de daño fiscal por tal actuación".* Al respecto este Despacho, recuerda que el daño en la presente causa fiscal no radica en la cancelación de costos del plan de aceleramiento sino en la destrucción del valor de la inversión como consecuencia de las mayores inversiones injustificadas, lo cual se explicó de manera amplia en el acápite de daño y por lo tanto se concluye que es un argumento impertinente para desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal en el caso concreto.

El apoderado igualmente aduce, que *"con la autorización al gerente de Hidroituango de la modfiicación bilateral en lo que correspondía a los Hitos, es preciso señalar que dicha autorización correspondía decidirla a la Junta Directiva en razón de que tales aspectos, pese a la competencia exclusiva de EPM en la construcción, estos solo podrían ser variados de manera consensuada, es decir, no de manera unilateral. La decisión fue adoptada por la Junta Directiva en razón de que existía plena información y valoración positiva por parte de los expertos técnicos de la sociedad, quienes indicaron la factibilidad y viablidad".* De lo expuesto por el Apoderado, además de lo sostenido en relación con el principio de confianza, este argumento de defensa conlleva un razonamiento que resulta contrario no solo a lo plasmado en el contrato BOOMT que **impuso en cabeza de Hidroituango una obligación clara de vigilancia, supervisión y control del cumplimiento de las obligaciones del EPM**, sino además de lo que la jurisprudencia ha entendido como la responsabilidad en cabeza del dueño del proyecto. Sobre el particular es necesario recordar lo sostenido por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> *"En cuanto a la imputación del daño, es pertinente poner de presente que la demanda fue dirigida contra el Municipio de Pereira, la Nación - Ministerio de Cultura y Ministerio de Salud y Protección Social, respecto de los cuales la parte actora consideró que era posible endilgarles responsabilidad, por cuanto el primero y el segundo de los mencionados fueron las entidades que suscribieron* el *contrato de obra para la restauración del Palacio Nacional, y el último fungía*

> *como propietario del mismo (...). En este orden de ideas, la responsabilidad de tales demandados debe analizarse debido a la ocurrencia de un daño vinculado con la ejecución de una obra, ya fuere porque la contrataron o porque eran los propietarios del bien sobre los cuales esta se desarrolló.* ***Se trata de un escenario que la jurisprudencia ha desarrollado bajo el principio de "ubi emolumentum ibi onus esse debet" (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra,*** *al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista"*[635]

En este punto es muy importante precisar que el Despacho reprocha es el hecho de que los miembros de la junta directiva de Hidroituango, no se informaran, en ejercicio de su labor verificación, seguimiento y control de la información de todas las fuentes de control y seguimiento que tenía EPM (incluyendo entre otras, las apreciaciones del Board de expertos), así como lo consignado en las actas de su propio comité de seguimiento al contrato BOOMT, para establecer un criterio propio que le permitiera determinar su actuar frente a los múltiples problemas que se estaban presentando, y que no llevara a Hidroituango a aceptar todo lo que EPM estaba planteando aún en perjuicio del proyecto.

Lo que se le exigía a la junta Directiva de Hidroituango era que obrara conforme a su propio Rol de nuevo en este punto, cabe recordar que se trata de una sociedad de objeto único cuya única misión era obtener una hidroeléctrica que generara energía, y por supuesto como gestores fiscales se les exigía que la misma fuera obtenida en condiciones de costos y tiempos planeados.
De conformidad con lo anterior, no prospera lo argumentado por el Apoderado.

De otro lado, alegó el apoderado, lo siguiente:

> ***"5º. Omitir informar al delegante, Sergio Fajardo, la actividad realizada como delegado en la Junta Directiva de Hi.***
>
> *Como lo ha señalado el propio doctor Sergio Fajardo Valderrama en su versión libre, el doctor Iván Mauricio Pérez Salazar informó suficiente y oportunamente toda su actuación en calidad de miembro de la Junta Directiva de Hidroituango. Por tanto, este reproche carece de prueba que lo corrobore. En la ampliación de versión libre que se solicita, se presentarán los documentos por los cuales se entregaba dicha información".*

Rta/: Se tiene probado en el plenario que el señor Iván Mauricio Pérez Salazar se desempeñó como Gerente del Idea entre el 26 de marzo de 2012 y el 22 de febrero de 2015 (fl 10618). Así mismo, del material probatorio allegado por la Apoderada

635 CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, 3 de abril de 2020, EXP 6601-23-31-000-2012-00147-02 (51846).

del señor SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, se tiene que en algunos de los informes semanales al Gobernador, **el IDEA reportaba lo relativo al proyecto Hidroituango, en los siguientes términos:**

- **Informe semanal de fecha 3 de Febrero de 2012**, se lee:

IDEA-PRIMERA JUNTA DE HIDROITUANGO: El día 3 de febrero se realizó la Asamblea Extraordinaria de Hidroituango, en la cual se nombró a la nueva Junta Directiva.
Nuestros socios EPM, presentaron los nombres de sus dos candidatos principales y suplentes, y por unanimidad se unificó en una sola plancha.

Es de anotar que para este primer informe aún no había sido nombrado como Gerente del Idea el Señor Iván Mauricio Pérez Salazar.

- **Informe Semanal del 27 de abril de 2012** se lee:

IDEA – JUNTAS DIRECTIVAS: HIDROITUANGO: El día miércoles 25 de abril se llevó a cabo la Junta Directiva de la empresa HIDROITUANGO, algunos temas importantes fue la revisión del contrato BOOMT. Se determinó que para la próxima Junta se nombrará nuevo gerente y se reestructurarán los estatutos.

En este informe ya se encontraba como Gerente del IDEA el señor IVAN MAURICIO PÉREZ SALAZAR.

- **Informe Semanal 9-13 de julio de 2012** se lee:

IDEA – VARIOS: Junta Directiva Hidroituango: Se llevó a cabo el día martes la Junta Directiva de Hidroituango, se trataron temas Informe de Avance del BOOMT, Informe de Zona Franca, Informe de Seguridad en la Zona del Proyecto, Consideración incremento salarial para HI, Definición de la Estructura Administrativa de HI, Nombramiento del gerente para HI.

- **Informe Semanal 31 de agosto de 2012**

IDEA – INVERSIONES- HIDROITUANGO: HIDROITUANGO
• John Maya empezará el 12 de septiembre.
• Nos reunimos con la Gerencia de EPM para clarificar las dudas frente a la adjudicación de las obras. Dadas las explicaciones, tenemos total tranquilidad

- **Informe Semanal 7 de septiembre de 2012**

IDEA – INVERSIONES- HIDROITUANGO: HIDROITUANGO
➢ Hubo Junta. John Maya fue nombrado gerente, empieza el 12 de septiembre.
➢ Se realizará sesión de todo un día el 26 de septiembre para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación a la luz de todos los eventos que se han presentado a la fecha (dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc.).

- **Informe Semanal 16 de noviembre de 2012**

IDEA-INVERSIONES PATRIMONIALES: HIDROITUANGO: Durante la semana se realizaron reuniones de entendimiento sobre el impacto de la sesión del contrato, para negociación de beneficios con Federico Restrepo y Juan Felipe Gaviria

- **Informe Semanal 7 de diciembre de 2012**

IDEA-INVERSIONES PATRIMONIALES: HIDROITUANGO: Estamos pendientes de hacer la presentación sobre los resultados que arrojó la negociación de cesión del contrato.

En los siguientes informes semanales que van hasta julio del año 2013**, no se encuentra reporte alguno realizado por el IDEA en relación con el Proyecto Hidroituango.**

Así mismo es preciso anotar que en ninguno de los informes semanales atrás referidos se encuentran anotaciones al margen realizadas por el entonces

Gobernador, ni siquiera en el informe de fecha 7 de septiembre de 2012, en el cual se observa que el IDEA reporta que se va a realizar una sesión de todo el día el 26 de septiembre **para evaluar el tiempo de construcción del proyecto y su entrada en operación** en razón de todos los eventos que se estaban presentando, entre los cuales textualmente se refiere a *"dificultades en licitaciones, ejecución del contrato de túneles, licencias, etc*".

Adicional a lo anterior, también la apoderada del señor Sergio Fajardo Valderrama aporta como prueba de su defensa dos (2) reportes mensuales de seguimiento a inversiones de la Gobernación y el IDEA de fecha 14 de junio de 2013 y de 5 de julio de 2013 en los cuales en relación con Hidroituango se reporta la siguiente información:

Reporte mensual de fecha 14 de junio de 2013: en el título *"Hechos relevantes del mes"* se lee: *"**El contratista de los túneles de desviación sigue presentando retprasos** (SIC) y se están analizando alternativas de obra para no afectar la entrada en operación del proyecto. Por ahora, vamos ajustados al cronograma CREG*". Y en el título "*Observaciones/Próximos Pasos*" se lee: "*Hacer seguimiento a las propuestas de obras alternativas. **Seguimiento al desempeño del contratista de los túneles*** ".

Reporte de 5 de julio de 2013, en el título "*Hechos relevantes del mes*" se lee:" *Se continúa con el cronograma de obras. **La desviación del Rio sigue siendo un punto crítico y aún se estudian posibles alternativas para acometer la obra**"*; en el título "Observaciones/Próximos Pasos" se lee: *"Destacar más las obras de impacto positivo para la comunidad (vías). Apoyar al ejército en su solicitud de un Batallón de combate terrestre ante la nación"*.

En los anteriores documentos se trata de 2 reportes correspondientes a junio y julio de 2013, en los cuales nuevamente se le ponen de presente situaciones importantes como es el retraso en la ruta crítica del proyecto para ese entonces cual era la desviación del Río Cauca pero en las observaciones únicamente se realiza una observación genérica dirigida a "hacer seguimiento al desempeño del contratista de los túneles" pero no se encuentran instrucciones sobre una determinada postura a asumir frente a la administración de Hidroituango y tampoco se denota un afán del señor Gobernador de asistir a la junta de Hidroituango y tomar las posturas requeridas para intentar conjurar las graves situaciones que se estaban presentando, a pesar de tener la potestad jurídica para hacerlo al ostentar la calidad de miembro principal de la junta directiva.

De donde se concluye que tal y como se dijo en el Auto de Imputación*, "del abundante material probatorio valorado por el Despacho en el acápite en el que se describieron los hechos generadores de daño, resulta probado que el proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango, no tenía solamente una importancia predominante desde el punto de vista de la sostenibilidad energética de Antioquia y de todo el país, sino que además de lo atrás transcrito es evidente que se trataba de un proyecto de suma importancia para el Departamento de Antioquia, en especial para el desarrollo de los 12 Municipios de influencia del proyecto".*

En este sentido, se trataba de una megaobra que constituía sin lugar a dudas uno de los pilares del desarrollo del Departamento de Antioquia y que en consecuencia debía haber sido prioritario para el Gobernador como director de la entidad territorial. Cabe recordar que si bien el señor Gobernador delegó la representación de la junta directiva en cabeza del señor Ivan Mauricio Pérez Salazar, tal delegación no exime de responsabilidad a ninguno de los dos[636].

---

[636] El Consejo de Estado, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR, treinta (30) de mayo de dos mil (2000), Radicación número: AC-9877, al tratar los requisitos de procedencia en materia administrativa / DELEGACION ADMINISTRATIVA — Concepto), indicó:*"Como se sabe, en materia administrativa la delegación consiste en el traslado de funciones de una autoridad a otra de igual o inferior jerarquía, previa autorización legal para hacerlo, cuya decisión se materializa o concreta en un determinado acto administrativo, en el cual se deben precisar las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren, para que sean desarrolladas o ejercidas por ese otro funcionario con la autonomía de su titular, aunque,* ***éste último conserva las facultad de reasumir en cualquier momento la función delegada, lo mismo que las de revisar y revocar los actos del delegatario"****. (El resaltado no es original).*

De igual forma, la Corte Constitucional en sentencia C-693 de 2008, ha expresado frente a la delegación lo siguiente: *"****El artículo 211 de la Constitución no puede ser interpretado el sentido según el cual la delegación exime absolutamente de responsabilidad al delegante. Esta interpretación proviene de una lectura aislada y descontextualizada de dicha disposición superior, que es descartada por la Corte****. Tampoco se deriva de su texto que la delegación signifique que delegante responde siempre por las actuaciones del delegatario. Esta interpretación desconoce el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos. Además del artículo 211 superior, existen en el texto de lá Carta otras normas constitucionales "que imponen deberes de dirección, orientación, seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular" contenidas especialmente en los artículos 1°, 2°, 6°, 123, 124 y 209 superiores. e. Una lectura sistemática de estas normas constitucionales, junto con lo prescrito en el artículo 211 de la Carta,* ***lleva a concluir que la delegación implica la permanencia de un vínculo entre el delegante y el delegatario, que se manifiesta en las atribuciones de orientación vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo. El delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de este tipo de atribuciones****... Así las cosas, se pregunta ahora la Corte si cuando el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 dispone que "(e)n ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual"23, vulnera el artículo 211 de la Constitución. Al respecto, encuentra que dicha disposición no sólo no desconoce los postulados de dicha norma superior, sino que al contrario los desarrolla plenamente. Ciertamente, como se acaba de ver, la interpretación armónica del artículo 211 de la Carta, junto con otros principios constitucionales recogidos en los artículos 1°, 2°, 6°, 123, 124 y 209 superiores, especialmente con el principio de coordinación de la actividad administrativa contenido en el artículo 209[24] de la Constitución y la regla general de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos consagrada en el 124 ibídem[25],* ***lleva a concluir que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedará exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática, expuesta por esta Corporación en la tantas veces mencionada Sentencia C-372 de 2002***[26]*. En efecto, el principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior sea siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos.[27] En el caso de la norma bajo examen, la función de vigilancia,*

En este sentido, este Despacho, procedió a indagar, en relación con la Delegación realizada al Señor Pérez Salazar, si existían o no comunicaciones cruzadas entre delegante y delegatario, en las cuales se encontrara, un ejercicio efectivo de supervisión y control respecto de la misma. Sin embargo, en respuesta dada por el IDEA de 23 de septiembre de 2020, con radicado No 2020ER0098292 (fl. 14.161) se allegaron 49 comunicaciones cruzadas, dentro de las cuales no se encuentra ninguna en la cual se haga siquiera referencia al proyecto Hidroituango.

Del análisis efectuado por el Despacho del material probatorio referido anteriormente, se encuentra demostrado que el señor IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR incurrió en la conducta descrita, separándose como se explicará más adelante del modelo de conducta que le era exigible en calidad de miembro de la Junta Directiva de Hi

Por lo anterior no prospera el argumento del apoderado.

Así mismo, argumentó el apoderado:

> ***"INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DE LOS DOCTORES IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR Y ALEJANDRO GRANDA ZAPATA Y EL DAÑO QUE SE LES IMPUTA***
>
> *Ha quedado demostrado plenamente que la actuación de los doctores Iván Mauricio Pérez Salazar y Alejandro Granda Zapata, en ejercicio de sus obligaciones que le imponía el cargo de miembro de la Junta Directiva de Hidroituango, ha sido acorde a las exigencias establecidas en al ley y el reglamento, planeadas, estudiadas y analizadas, no puede predicarse nexo de causalidad alguno con el daño que se les imputa.*
>
> *Vale decir que mis representados actuaron acorde con lo establecido en el contrato BOOMT, que dicho sea de paso, no fue suscrito por ninguno de ellos, por tanto no puede reprochársele las condiciones pactadas en él. Además, siempre actuaron de conformidad con sus competencias, en las cuales no estaba la facultad de imponer multas, sanciones o solicitar la imposición de las mismas en virtud de la competencia reglada de los funcionarios públicos y las limitaciones del BOOMT. De la modificación de fechas de los hitos, per se, en la que actuaron mis representados, no implican daño y tal actuación se fundó debidamente en necesidades técnicas debidamente demostradas y estudiadas*

---

orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva, como justamente lo prevé la disposición acusada. De otro lado, el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores, a que se refiere el artículo 124 de la Carta[28], conlleva que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones y no por las de otros; principio que resulta contrario al de responsabilidad objetiva de dichos servidores, que implicaría que éstos respondieran independientemente del grado de culpa o dolo de su actuar, y que ha sido rechazado por esta Corporación en materia de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal de dichos funcionarios".(Se destaca).

y analizadas. Igualmente, nunca descuidaron el seguimiento al contrato boomt de acuerdo a la información otorgada por el Gerente y los funcionarios encargados de la vigilancia técnica del mismo.

Ninguna de las conductas endilgadas a mis representados tiene relación alguna con el daño ocasionado, ello por dos razones, en primer término por cuanto la actución de los doctores Peérz Salazar y Granda Zapata no ingringieron ninguna norma ni realizaron las acciones y omisiones que les imputó la Contraloría. En segundo lugar, porque como puede desprenderse de las consideraciones del auto de imputación, la úncia causa de la que habla la Contraloría con alguna propiedad, según algunos informes técnicos, es de "fallas constructivas en el plan de aceleramiento", las cuales se desarrollaron cuando mis representados no hacían parte de la Junta Directiva de Hidroituango.

Por tanto es imposible la existencia de nexo de responsabilidad fiscal, que implique una relación determinante y condicionante de efecto y causa que no deje duda de que el daño provenga de dicha acción u omisión, como pacífica y reiteradamente, se ha sostenido por la jurisprudencia y la doctriana y lo ha reconocido el propio ente de control.

Ante la inexistencia del elemento de causalidad como necesario para determinar responsabilidad fiscal, deberá dictarse fallo sin responsabilidad a favor de los doctores Iván Mauricio Pérez Salazar y Alejandro Granda Zapata".

Rta/: En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **<u>destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.</u>**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho* ***eficiente y determinante*** *para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que* ***resulte idóneo para su configuración****. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la* ***causa idónea y eficiente para la producción del daño***"[637].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[638].*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo***

[637] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[638] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

> ***incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[639]*:*
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*
>
> *Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"*[640]*. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de*

639 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

640 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[641] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[642], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año

[641] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[642] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.
Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos - producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se

concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada "contingencia de 2018".

De conformidad con lo anterior, el argumento del Apoderado no prospera.

El Apoderado argumentó igualmente:

"INEXISTENCIA DE DOLO Y CULPA GRAVE EN LA ACTUACIÓN REPROCHADA A IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR Y ALEJANDRO GRANDA ZAPATA

No cabe duda alguna de que los doctores Iván Maurico Pérez Salazar y Alejandro Antonio Granda Zapata actuaron de la manera más diligente posible, superando, incluso al buen hombre de negocios como lo establece el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En tal actuación utilizaron todos los mecanismos y comités que permitieron analizar y sopesar las situaciones encomentadas. Siempre actuaron dentro de la norma y perviniendo todas las desfavorables que pudieran ser previsibles.

En eses sentido, como miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, hicieron seguimiento y control a sus obligaciones a través de los comités conformados por funcionarios expertos e idóneos para el análisis de las diversas situaciones que se presentaron. Obviamente, siempre fueron respetuosos de los principios y limitciones impuestos en la ley y el reglamento y en los acuerdos que regían su actuación. Así, se apoyaron en los diferentes comités consagrados en la sociedad Hidroituango para garantizar la buena ejecución de sus funciones.

Las actuaciones de mis representados siempre estuvieron apoyadas de manera técnica por el personal que conformaba los comités de verificación y control del contrato BOOMT, conformados así:

A. Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT entre EPM e HIDROITUANGO:

Atendiendo el anexo 6.12 del contrato BOOMT, sólo en este comité y sus subcomités hace parte HIDROITUANGO, respetando los principios de no coadministración y el principio de no control previo, establecidos expresamente en el contrato.

Como Comité se creó en el contrato BOOMT como un mecanismo de comunicación, información y seguimiento entre las partes (HI – EPM Ituango), para el desarrollo del contrato, principalmente en temas de oportunidad, calidad y costos del proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango. Este Comité debe operar en las etapas de contratación, construcción, montaje, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento, operación y restitución de las obras del

proyecto a Hidroituango. El Comité está conformado por 4 miembros, dos designados por cada parte que los representan, con invitación de otros asistentes según la necesidad del tema. Las reuniones del Comité se hacen cada mes o según la necesidad y el lugar de reunión es rotativo entre las sedes de las partes.

A su vez el Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT conformó otros subcomités que tienen como funciones asesorar en las diferentes temáticas especializadas al Comité de Seguimiento, los cuales tendrían representación por cada parte, y se reúnen mensualmente antes de la celebración del Comité de Seguimiento o cuando se presentara la necesidad.

1. Comité Técnico y predial: Encargado principalmente del seguimiento a la infraestructura vial, construcciones, túneles en la adquisición de predios necesarios para la ejecución de la obra.

2. Comité Físico Biótico: Encargado del estudio ambiental y su impacto social, del proyecto.

3. Comité Social: Encargado de manera general de la gestión interinstitucional del proyecto en las relaciones con la comunidad.

4. Comité Financiero: Encargado en términos generales de la ejecución presupuestal, administración de riesgos del proyecto, asignación de costos, análisis de las glosas del auditor de costos del proyecto, etc.

B. Comité de Diseño y Construcción:

Este Comité se conforma por el Diseñador del Proyecto (Integral), la Interventoría de la obra (Ingetec y Sedic S.A., y el Contratista CCC - Construcciones y Comercio Camargo Correa S.A, Conconcreto y Coninsa Ramón H. SA-, y EPM desde el componente técnico.

Este Comité nace de la celebración del contrato de construcción de las obras principales, como requisito establecido en el pliego de condiciones y se reúne en forma semanal. Como se indica en su nombre, en este Comité se analizan los asuntos propios del diseño y construcción del proyecto.

C. Comité de Obra:

Este Comité se conforma por la Interventoría del Proyecto con el contratista y se encarga de hacer seguimiento a la obra en temas de construcción y problemas generados en la obra.

La interventoría da instrucciones al contratista, se elevan solicitudes recíprocas, etc. Es el mecanismo de excelencia de comunicación entre la Interventoría y el Contratista.

D. Comité Socio-Ambiental

Conforman este Comité la Interventoría del proyecto, el Diseñador, el contratista y el equipo socio-ambiental de EPM.

Se reúne semanalmente en la obra y se encarga de los asuntos y obligaciones ambientales y sociales durante la construcción del proyecto Hidroituango.

E. BOARD de Asesores

Es un Comité técnico altamente especializado, conformado por expertos internacionales de reconocida reputación y reconocimiento en el mundo, que se reúnen necesariamente dos veces al año por una semana completa en el proyecto o cuando EPM, por temas considerados urgentes los convoque.

En las reuniones semestrales, el Diseñador del Proyecto informa a los asesores un contexto general de los avances del proyecto y un detalle especializado y relevante de las dificultades, hallazgos geológicos, hidrológicos, estructurales, etc., presentados en los meses previos a la reunión, así como las soluciones técnicas planteadas y los ajustes de diseño consecuencialmente requeridos. Por su parte, la Interventoría, para contexto de los especialistas del BOARD, presenta un informe detallado de avance del cronograma de las obras.

El BOARD presenta de forma unilateral un informe de sugerencias, conclusiones y recomendaciones del proyecto. Estas recomendaciones son sometidas al análisis del Diseñador del Proyecto, sobre quien recae, de manera exclusiva, la responsabilidad por el diseño del proyecto y es, por lo tanto, quien tiene la facultad y la obligación de definir si las sugerencias y soluciones técnicas propuestas por el BOARD se acogen y se implementan, o si se acogen con ajustes, o si no se acogen. En la mayoría de las veces el diseñador acoge las recomendaciones o, si se aparta, entrega las debidas sustentaciones y las expone en el próximo encuentro.

El Diseñador del Proyecto (Integral) dispone, a su vez, de un Board de Asesores propio, cuyos costos son pagados por EPM bajo el contrato de diseño, conformado igualmente, por expertos internacionales de reconocida reputación y reconocimiento en el mundo. Las decisiones tomadas por el Diseñador del Proyecto, no solo en cuanto se refieren a aceptar o no las recomendaciones del BOARD de asesores de EPM, sino todas las demás relacionadas con soluciones técnicas y ajustes necesarios de diseño para acomodar las obras a los hallazgos geológicos y de otros ordenes encontrados en terreno a medida que avanzan las excavaciones y construcción, son el resultado del análisis y cálculos de ingeniería detallados hechos por una multiplicidad de expertos de la firma diseñadora, incluidos los expertos de su Board de asesores.

Adicional a los comités mencionados anteriormente, la empresa Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., para realizar el seguimiento y control al contrato BOOMT, conformó un equipo de trabajo con un representante de cada una de las áreas de la empresa, quienes eran responsables de la verificación del cumplimiento de las obligaciones del contrato BOOMT, conforme a la competencia asignada.

Como puede observarse en las diferentes actas, mis representados siempre verificaban la información, estudiaban y analizaban la situación planteada antes de decidir. No se advierte en ninguna acta que la decisión haya sido apresurada o inconsulta con dichos comités o expertos, siempre fueron sustentadas en verificaciones y exposiciones funadas en el análisis de todas las circunstancias y escenarios posibles, seleccionando siempre el más conveniente para la entidad.

Igualmente, su obrar, el de ambos representados, en la realimentación de la información ha sido casi inmediata, pues los informes que le corresponde no han superado el término de dos días para ser remitido a las instancias que lo han requerido.

Ninguna actuación de mis representados ha podido ser tachada de desleal, ilegal, negligente, por el contrario, siempre se advierte la necesidad de análisis, estudio, ponderación bajo el criterio de responsbilidad propia, social, legal, disciplinaria y fiscal.

No obstante la magnitud del proyecto de la hidroeléctrica que se construye, la actuación de los doctores Pérez Salazar y Granda Zapata es criteriosa, fundada en razonamientos lógicos y coherentes, producto del análisis y la asesoría idónea y oportuna. Por tanto, no es posible endilgarle culpa grave, menos dolo, por la actuación, que de manera tranquila y serena, hay que decir que fue ajustada a las normas y a la necesidad de la empresa, pues, no puede dejarse de lado que al momento en que ellos llegaron a la Junta Directiva de Hidroituango, ya el contrato BOOMT estaba suscrito, ya existían atrasos, ya estba en ejecución la obra con inmensos retrasos y, como se desprende del informe de DELOITTE, se había recuperado casi todo el tiempo perdido. Ello puede verificarse en la estimación que hizo el doctor Nigel Legge, representante de sociedad Nigel Legge Associates Ltd –Zurich (Londres), el 26 de abril de 2018:

*"Un progreso considerable se ha logrado en los últimos 12 meses con ambos**, las obras civiles y los trabajos electromecánicos, y la gerencia y el desarrollo del proyecto se consideran buenos y generalmente consistentes con las mejores prácticas internacionales.** El asegurado continúa comprometido positivamente con el proceso de aseguramiento de riesgos del asegurador, atendiendo las recomendaciones y suministrando la información."*

Ningún reparo puede hacerse entonces a la conducta desplegada por mis representados en el ejercicio de sus funciones como miembros de la Junta Directiva de Hidroituango".

Rta/: En este sentido, es importante recordar que le correspondía a Hidroituango cruzar la información de las diferentes fuentes, mismas que el apoderado reconoce (Comité de seguimiento al contrato BOOMT, BOARD de expertos, comités de diseño, comités de construcción, , entre otros para corroborar el correcto

cumplimiento de las obligaciones en cabeza de EPM) pues no era simplemente una labor de seguimiento a la curva S, esa labor en efecto ya era cumplida por Deloitte; ni simplemente establecer un seguimiento financiero. **Era una labor mucho más compleja por cuanto implicaba revisar la información con la que se contaba al momento de tomar las decisiones.**

En este punto cabe reiterar lo ya dicho líneas atrás y es que en últimas Hidroituango era una sociedad con objeto único; con un sólo propósito: la obtención de una hidroeléctrica que produjera energía a partir de una fecha determinada.
Así mismo, como dueña del proyecto, a Hidroituango le asisten responsabilidades de cara al resultado del proyecto, en esa medida sus funciones no pueden ser interpretadas, como mal lo hace la apoderada, como una mera revisión y aceptación acrítica de todo lo que planteaba, reportaba y afirmaba EPM bajo la excusa de que EPM era quien contaba con los conocimientos técnicos. Pues el contrato en efecto le daba una función mucho más amplia a Hidroituango, reconociéndole la posibilidad de realizar alertas e imponer medidas de apremio cuando se dieran situaciones que pusieran el riesgo el cumplimiento del contrato por parte de EPM.
Llama la atención en este punto que la apoderada pretenda descontextualizar las afirmaciones del Despacho para hacer parecer que la conducta de su mandante es apenas una culpa leve de la cual no puede derivarse responsabilidad fiscal.
De otro lado este Despacho fue claro en precisar que, por ser miembro de junta directiva, se esperaría que hubiera actuado con el estándar de conducta un buen hombre de negocios pero **que ni siquiera actuó con la diligencia exigible a una persona negligente en el ejercicio de sus propios negocios**.
En efecto, de manera textual en el auto de imputación se dijo:

> *"Como se explicó anteriormente, dada la importancia de este proyecto para el país, pero en especial para el Departamento,* ***es posible calificar estas omisiones a título de culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil****, pues las mismas denotan negligencia en el desarrollo de las funciones del señor Fajardo en su calidad de Gobernador y miembro principal de la junta directiva de Hidroituango, al no atender al modelo de conducta de buen hombre de negocios que le era exigible (ad 23 de la Ley 222 de 1995).*
> *En efecto, teniendo en cuenta su alta preparación académica así como la experiencia laboral tanto en el sector público como privado que ostentaba, no resulta excusable que en vez de poner sus altas capacidades para contribuir con el logro de los objetivos de Hidroituango, decidiera no asistir a ninguna de las sesiones de junta directiva del proyecto más importante que se estaba ejecutando en el Departamento y a pesar de haber sido informado en varias oportunidades de las múltiples irregularidades y graves atrasos, no haber dado ninguna instrucción para contrarrestar o mitigar los efectos nocivos de dichas situaciones.*
> *Por lo que para una persona que ostenta dicho perfil, entrar en el terreno del descuido que sobrepasa de forma irrazonable y significativa una imprudencia socialmente tolerable la culpa excesivamente imprudente que arrastra peligros, y que le es insoportable al ordenamiento jurídico, en lo que atañe a la responsabilidad fiscal, es aquella consciente. En ella, " (...) el gestor fiscal conoce el detrimento patrimonial que puede ocasionar con su conducta*

> *antieconómica que no se aviene a los fines esenciales del Estado y, aun así,* ***confía imprudentemente en que el resultado perjudicial al erario no se produzca; cuando ni siquiera la exigua templanza, cautela, moderación, sensatez y buen juicio con que actúan los gestores fiscales negligentes*** *se comportarían de esa forma, entre otras cosas, porque el daño fiscal endilgado, provino de una gestión no aplicada al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado"[643]. particularizados en este caso en la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Ituango".*

En este sentido, como puede verse del aparte citado, el Despacho acudió al contenido del artículo 63 del código civil, para estructurar la responsabilidad fiscal, demostrando **que las conductas de los señores IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR y ALEJANDRO GRANDA ZAPATA**, no atendían a la prudencia mínima con que debía actuar una persona negligente en desarrollo de sus propios negocios. De donde resulta evidente que este argumento no encuentra fundamento alguno y por lo tanto no está llamado a prosperar.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad los señores **IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR y ALEJANDRO GRANDA ZAPATA,** no cumplieron con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en ellos, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de sus cargos, lo que los encasillan en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR, con cédula de ciudadanía 71.712.530, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) , a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

> "(…) se reprocha fiscalmente al señor **IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR**, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

[643] Consejo de Estado, Sección Quinta, 2007-00815 de 05 de julio de 2018, Sentencia 2007-00815 de julio 5 de 2018; Rad.: 13001 3331 003 2007 00815 01; Consejera Ponente: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

1. Desechar el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.

2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió promover hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

5. Omitir informar al delegante, Sergio Fajardo, la actividad realizada como delegado en la Junta Directiva de Hi.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este

Despacho fallará con responsabilidad fiscal en contra del señor **IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR**, en calidad de gestor fiscal, de manera solidaria y a título de culpa grave, en cuantía indexada de ($4.330.831.615.227,34)M/Cte.

ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a ALEJANDRO GRANDA ZAPATA, con cédula de ciudadanía 98.575.296, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) , a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

> *"(…) se reprocha fiscalmente al señor ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:*
>
> *1. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto".*

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal en contra del **ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA**, en calidad de gestor fiscal, de manera solidaria y a título de culpa grave, en cuantía indexada de ($4.330.831.615.227,34)M/Cte.

ANA CRISTINA MORENO PALACIOS
C.C. 32.255.581

Mediante el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a ANA CRISTINA MORENO PALACIOS en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA

MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) m/cte sin indexar, a título de culpa grave y por su gestión fiscal al haberse desempeñado como miembro de la Junta Directiva de Hidrotuango S.A. E.S.P. entre el febrero de 2008 y noviembre de 2011, considerando que:

> "(…) **se reprocha fiscalmente a la señora ANA CRISTINA MORENO PALACIOS, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:**

1. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.
2. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.
3. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.
4. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.
5. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado en contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto

en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales

6. A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

(…)"

A continuación, se analizarán los argumentos de defensa presentados por la imputada[644], así como su consecuente valoración probatoria.

ARGUMENTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN A LA CONDUCTA DE ANA CRISTINA MORENO PALACIOS

1. Configuración de la caducidad

El escrito de descargos indica:

> "Es claro, que todos los supuestos hechos o actos, que le señala la Contraloría a mi defendida, como supuestamente generadores del daño al patrimonio público, ocurrieron entre los años 2008 y 2011, periodo durante el cual participó como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango. Es decir, frente a los hechos del último año -2011-, la Contraloría contaba con un término de cinco (5) años para ordenarle apertura de investigación, el cual venció el 31 de diciembre de 2016, y dado que el Auto de Apertura se expidió el 8 de noviembre de 2019, ya se había configurado para entonces la caducidad, institución que por ser imperativa y de orden público, debería incluso decretarse de manera oficiosa. Con mayor razón, operó el fenómeno de la caducidad para los hechos y actos de los años 2010, 2009 y 2008".

Sobre el particular, el artículo 9º de la Ley 610 del 2000, en su redacción original, aplicable a la fecha de apertura de este proceso de responsabilidad fiscal, prevé que:

> "La acción fiscal **caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal**. Este término **empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto**.

[644] La imputada presentó dos escritos de descargos mediante los radicados No. 2020ER0139851 (fl. 19851 – 19881) y 2021ER0043013 (fl. 23212 – 23274)

> La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.
>
> El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública*".* (Negrilla no es original del texto)

De la norma precitada se observa con claridad que (i) la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal está relacionada al hecho generador del daño al patrimonio público y no el momento en el que el presunto responsable haya realizado la conducta que se reprocha para acreditar su culpa grave, (ii) el término de caducidad aplicable es de cinco (5) años y (iii) el computo de dicho término depende de la naturaleza del hecho, pues si es de ejecución instantánea contará desde su realización, pero si es de ejecución sucesiva o continuada, se contará desde el último hecho o acto.

En tales términos, conviene recordar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015, reiterada por el Consejo de Estado:

> "…esta Corporación se pronunció **sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales**, al declarar exequible un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará "una vez liquidados o terminados los contratos". La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución; (ii) **el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes**.
>
> La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales "se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, **y después de su liquidación o terminación**". Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: "1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, **se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato**, y 2. **una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero**, de gestión y de resultados, fundado en la

> eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales"[645].

Con ocasión de ello, el Consejo de Estado ha indicado que incluso cuando se desconozcan las fechas de terminación, liquidación o entrega resulta *"i*nnecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas*"*[646]*.*

Con base en lo anterior, este Despacho mediante el Auto 946 del 09 de septiembre de 2020, al decidir una solicitud de cesación de la acción fiscal, indicó que como los hechos referidos en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, es evidente que se trata de hechos de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto, por lo que no esta llamado a prosperar el argumento bajo estudio, que desconoce el contexto de los hechos investigados en esta causa fiscal y en su lugar entiende que las conductas que acreditan la culpa grave de la imputada Ana Cristina Moreno Palacios son independientes de aquellos.

En síntesis, el argumento formulado confunde los elementos de la responsabilidad fiscal pues las conductas reprochadas a la señora Moreno Palacios hacen referencia a la culpa grave demostrada en la calificación de su conducta, estructurada en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, mientras que son los hechos generadores del daño a los que se refiere el artículo 9 de la Ley 610 del 2000 los que resultan relevantes para el cómputo del término de caducidad y ellos fueron establecidos desde el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 conforme se ha explicado anteriormente, es decir, como una serie de hechos concatenados que pusieron en situación de vulnerabilidad al proyecto, lo que desembocaría en el colapso de la Galería Auxiliar de Desviación (GAD) en abril de 2018, aumentando injustificadamente las inversiones e incidiendo en su no entrada en operación, todo lo cual generó la destrucción del valor de la inversión y el lucro cesante determinados como daño en la presente causa fiscal.

a) SOBRE LA PRIMERA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías".*

---

[645] Corte Constitucional. Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa reiterada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

[646] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

El escrito de descargos solicita que se exonere a la imputada Ana Cristina Moreno Palacios de este reproche pues indica que según el Acta 93 de 14 de enero de 2009 de la Junta Directiva de Hidroituango[647] "lo que consagraba el estatuto contractual era el deber del Gerente de informar a la Junta (…) La función-actividad contractual corresponde es a la administración y no a las juntas directivas".

Al respecto se destaca que de conformidad con el artículo 44 de la Escritura Pública 771 del 13 de marzo de 2003 entre las funciones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. se indica que:

> "La Junta Directiva estará revestida de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la Sociedad, ordenar la firma de cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objeto. Reunida la Junta Directiva con el quórum correspondiente que señalen estos Estatutos de acuerdo con la ley, sus funciones serán las siguientes:
>
> (…)
>
> 3- Cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales.
>
> (…)
>
> 11- Aprobar el plan de acción de la sociedad y los criterios necesarios para su evaluación y velar por su estricto cumplimiento. (…)"

Sobre **el alcance de la responsabilidad de las juntas directivas**, la doctrina nacional también ha enfatizado que:

> *«37. La Junta o Consejo Directivo (en adelante "Junta') es el máximo responsable del desempeño de una entidad. Aunque legalmente los directores son "administradores", la Junta más que un órgano de gestión (gerencia del día a día) propiamente dicho, es un órgano de supervisión que orienta la política general de la entidad,* ***controla a los representantes*** *legales y sirve de enlace con los accionistas. Sus actuaciones deben buscar el mejor interés de la sociedad y de todos sus accionistas (i.e., incluidos los accionistas minoritarios).*
>
> *«38. En general, la Junta es responsable de la estrategia, desempeño y control interno de una entidad. En este sentido, la Junta debe ser la encargada de (i) fijar las estrategias generales de la compañía y aprobar las decisiones de mayor importancia y hacer seguimiento a su ejecución,*

[647] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P53, 56 y 57_HI/Actas de Junta Directiva/Acta No. 93 -01-14-2009.tif

> *(ii) fijar la política de selección y remuneración de los cargos más importantes de la sociedad, (iv**) evaluar y controlar la gestión de la entidad y de sus representantes legales,** y (v) identificar los principales riesgos de la empresa y de la estrategia y liderar la definición e implementación de los sistemas internos de control e información apropiados"*[648].

Bajo tal entendido, si bien la actividad contractual corresponde a la administración de la sociedad, el Gerente de Hidroituango solicitó la autorización para iniciar el proceso de contratación para la construcción de obras que conllevaban al desarrollo del Plan de acción, teniendo en cuenta que el objeto social es "la promoción, diseño, **construcción**, **operación**, mantenimiento y **comercialización** de la energía a nivel nacional e internacional de la Central Hidroeléctrica Pescadero – Ituango". En efecto, tal como lo destaca el escrito de Descargos, el Acta No. 93 en comento indica:

> En consecuencia, reitera a la Junta su solicitud de autorización para iniciar el proceso de contratación. Recuerda que si se demoran un día para la entrada en operación del proyecto, esto puede costar dos millones de dólares diarios que se dejarían de recibir, independientemente de las multas.

Así mismo, conviene resaltar que las precisiones respecto a la competencia para adelantar la actividad contractual fueron igualmente documentadas en tal sesión de Junta Directiva a raíz de una pregunta del señor Hugo Mora, quien indagó sobre el alcance de la misma.

Continúan indicando los descargos que "(…)una cosa es autorizar el trámite. Otra muy distinta cuando deba iniciarse el mismo y los requisitos que debía cumplir la administración para ello. No se le puede exigir a una Junta Directiva el cumplimiento y verificación de la existencia o no de los requisitos legales para el inicio de la apertura de una licitación, ello es un asunto del resorte de la oficina jurídica de la Empresa".

Al respecto se destaca que dadas las funciones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P., y las amplias facultades con que contaban sus miembros, a estos sí les era exigible intervenir en la actividad administrativa, concretamente en la dirección de los negocios sociales pues se encontraba a su cargo velar por el cumplimiento del Plan de acción de la sociedad para el cumplimiento de su objeto social.

---

[648] 305 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, DELEGATURA PARA RIESGOS DE
CONGLOMERADOS Y GOBIERNO CORPORATIVO SUBDIRECCIÓN DE METODOLOGÍAS DE SUPERVISIÓN Y ANÁLISIS DE RIESGOS (agosto 2010), Manual Documento Conceptual de Gobierno
Corporativo, Bogotá D.C., pp. 9.

Puntualiza el apoderado de la imputada que el reproche realizado no dimensiona "las consecuencias técnicas y legales que acarrearían al proyecto" (SIC) si no se hubiese autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de "infraestructura" (SIC), añadiendo que "se conoce que para el momento de las contrataciones específicas se disponía de lo requerido".

Sin embargo, se observa que la argumentación formulada nuevamente es objeto de serias imprecisiones pues las funciones de cooperación, aprobación y seguimiento que se trajeron a colación implicaban determinar con precisión las consecuencias para el proyecto de las aprobaciones otorgadas, más allá de la manifestación del Gerente de la sociedad, quien realizó la solicitud de aprobación, evaluando y conociendo las condiciones del proyecto para el momento.

Cabe destacar que la imputada se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango desde febrero de 2008 y noviembre de 2011[649], entonces, como en enero de 2018 se abrió la licitación para el diseño de las vías del proyecto y la diligencia mínima que le era exigida a la señora Moreno Palacios suponía que se informara de la situación en que se encontraba la sociedad al momento de su entrada a la Junta Directiva, pues se esperaba que tales diseños estuvieran terminados en septiembre del mismo año.

Ahora bien, en todo caso, el contrato de diseño de las vías inició su ejecución hasta 23 de junio de 2008, es decir, con 3 meses de atraso y como lo destacan los descargos fue adjudicado a INTEGRAL.

Cabe destacar que la demora en el inicio del contrato de diseño de las vías obedeció a problemas administrativos que se manifestaron al momento de realizarse las capitalizaciones pues el gerente de la sociedad ni siquiera tenía claridad sobre la composición accionaria de la sociedad.

Tanto de los problemas administrativos, como de las demoras en la contratación de los diseños de las vías, da cuenta el Acta 81 de 16 de junio de 2008 de Junta Directiva de Hi, en los siguientes términos:

> Informe de capitalizaciones
>
> *"El doctor Alvaro Vásquez manifiesta que se siente sorprendido por los informes anteriores y que le parece muy delicado que algunos de los accionistas aparezcan capitalizando menos de lo que les corresponde por errores de la misma sociedad, esto implica un gran riesgo y que se debe implementar el plan de emergencia para arrancar desde ahora mismo".*

De otro lado en la misma sesión se indicó:

[649] Ver certificación obrante a folio 11012 del expediente.

> Pregunta el presidente de la Junta, doctor José Fernando Villegas por el trámite de los contratos que se informaron en la pasada reunión de Junta.
>
> El doctor Alejandro Estrada informa que ya le fue notificado a integral, se les remitió el contrato, están legalizándolo y comenzarán el 10 de julio.
>
> Y cómo vamos con este contrato en el desarrollo del cronograma, pregunta el doctor José Fernando Villegas? Responde el doctor Alejandro Estrada que va hasta septiembre para tener terminado el diseño.
>
> Agrega el doctor Luis Carlos Rubiano que la contratación debería haber terminado el primer trimestre del 2008. En consecuencia llevamos tres meses de retraso.

Como consecuencia de lo anterior, se presenta la necesidad de aplicar un primer plan de contingencia para recuperar los términos que se han atrasado (Acta 81).

> Sugiere el doctor José Fernando Villegas un plan de contingencia para recuperar los términos que se han atrasado. Pregunta si este plan se puede contratar o hacer con las EEPPM.

En el acta No.89 de fecha 12 de noviembre de 2008, de junta directiva de Hi, frente a los compromisos adquiridos y los tiempos para su cumplimiento se indicó por la Junta Directiva lo siguiente:

> *"Interviene el doctor Alvaro Vásquez y afirma que, retomando el análisis de la ruta crítica y el compromiso económico recuerda a todos los miembros de junta que la adjudicación a Integral para los diseños de ingeniería tenían veinte (20) meses dentro del presupuesto original y se adjudicó en doce (12), lo que da una ventaja inicial. Cualquier decisión que se tome debe hacerse a la luz de lo que contenga y de acuerdo con la responsabilidad que tienen los miembros de la Junta.*
>
> *El doctor Luis Carlos Rubiano, confirma lo dicho por el doctor Vásquez en el sentido que la propuesta presentada por Integral redujo los tiempos de 480 días a 365 días, pero que igualmente, el contrato en mención presenta un retraso considerable dado que debió iniciar el 1 de septiembre y a la fecha no ha inciado lo que implica que la holgura ganada en la contratación se ha perdido pues hay una demora cercana a los 90 días en la ejecución del contrato".*

Visto lo anterior, este despacho encuentra demostrado que si bien, la junta directiva había dado la orden de iniciar con el desarrollo del contrato a la mayor brevedad posible, el Gerente de la sociedad no realizó la suscripción del contrato en tiempo, situación evidenciada en la Junta Directiva No. 89, en la que en todo caso y aun si la imputada no hubiese tenido la diligencia de informarse sobre el estado actual del contrato de diseño de las vías, que configuraba el medio para que la sociedad Hidroituango desarrollara las actividades para el cumplimiento de su objeto, allí fue informada sobre las condiciones particulares de tal contrato.

Sin embargo, ni ella ni ningún otro miembro de la junta directiva desplegó acciones, en ejercicio de sus funciones estatutarias, dirigidas a conminar al gerente a adelantar en tiempo los trámites de suscripción del contrato, y por el contrario, entre el momento en que se abrió la licitación y la fecha en la que efectivamente se dio orden de inicio al contrato de construcción de tales vías se permitió que transcurrieran 11 meses, valga recordar que la orden de inicio de dicho contrato solo se dio hasta el 15 de diciembre de 2008. En tal medida, es claro a cuáles diseños se refirió el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020.

Lo anterior generó serios atrasos y la consecuente necesidad de implementar planes de aceleración que generaron costos adicionales y que repercutieron en todo el proyecto, lo cual se traduce en la falta de observancia del principio de planeación y por tanto en la falta de cumplimiento de los fines del Estado. En términos del Consejo de Estado:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[650]

Del análisis efectuado por el Despacho del material probatorio referido anteriormente, se encuentra demostrado que la señora Moreno Palacios incurrió en la conducta descrita, separándose del modelo de conducta que le era exigible en calidad de miembro de la Junta Directiva de HI, lo anterior agravado por cuanto no realizó acciones dirigidas a requerir al Gerente para los trámites de la firma del contrato, lo que generó un impactó el desarrollo del proyecto pues generó atrasos de los tiempos y costos adicionales en el proyecto.

En síntesis, contrario a lo afirmado en los descargos al decir que "el solo hecho de recibir un informe sobre la apertura de una licitación, o incluso autorizar el inicio de la misma, nada tuvo que ver con lo que sucedió después en el proyecto y que es objeto de esta investigación", en realidad el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 deja claro en la

[650] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

presentación cronológica de los hechos que enmarcan la causa fiscal que "**El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos" es una de las irregularidades que** colocó **al proyecto en un estado de alta vulnerabilidad lo que terminó desencadenando en la contingencia del año 2018,** y en consecuencia cual generó no solo la imposibilidad de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 con consecuencias para la estabilidad energética del país, sino también implicó la realización de inversiones adicionales a los ya cuantiosos gastos realizados, para atender los gastos que ocasionó esa situación. Al respecto, esta Instancia, indicó:

> *"(…) En este acápite, tal y como se verá a continuación, se procederá a demostrar que a pesar de que el proyecto de la hidroeléctrica de Ituango comenzó a concebirse desde 1962 y a planearse desde los años 70 s lo que continuó desarrollándose hasta 1999 cuando se dio inicio a los trámites de obtención de la licencia ambiental.*
>
> *Sin embargo, a partir de dicha fecha, el proyecto no siguió desarrollándose a la misma velocidad y solo a partir del año 2008, se le dio un impulso significativo lo que llevó a que se realizaran tanto los diseños como la construcción de las obras de infraestructura y de las obras principales de la hidroeléctrica objeto de esta causa fiscal.*
>
> ***En efecto, en 2008, se comienzan a presentar una serie de irregularidades como consecuencia de problemas de planeación**, decisiones inoportunas e insuficientes de administración, dirección y control, falta de diligencia de los contratistas y ejecución defectuosa de las prestaciones necesarias para el desarrollo del proyecto, como son entre otras, las siguientes:*
>
> *• Como, consecuencia de problemas administrativos al interior de Hidroituango y del hecho de que los miembros de la junta no hacían seguimiento a las órdenes que se le impartían al Gerente de Hi se atrasó la suscripción de los contratos de diseños de las vías.*
>
> *• **El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos.***
>
> *• La modificación del trazado de las vías cuando las mismas ya se encontraban en ejecución, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto para el desarrollo de las mismas, que en últimas no cumplieron con la finalidad de lograr que el proyecto entrara en operación en oportunidad.*
>
> *• Modificación de la altura de la presa, originalmente diseñada y autorizada en la licencia ambiental, lo que generó demoras en el inicio de la construcción por haberse tenido que modificar la licencia ambiental consecuentes demoras en la entrega de los diseños de detalle de las obras principales por los cambios en las especificaciones técnicas tanto de la altura como de la cola del embalse.*

• Consagrar salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido a EPM, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango.

• Hidroituango permitió que se Diluyera su capacidad de seguimiento al contrato BOOMT como consecuencia de omisiones en la estructuración administrativa y operativa necesaria para asumir el rol que tenía dentro de un contrato de dicha magnitud, lo anterior agravado por las falencias en el control al mecanismo de seguimiento contractualmente pactado (comité de seguimiento).

• El inicio de las obras de construcción de los túneles de desviación sin contar con las vías de acceso necesarias, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto destinado para tal fin.
• A pesar de los graves atrasos acumulados, insistieron en participar en una segunda subasta de energía en firme, que les fue adjudicada e implicaba entregar 9.540.821,91 KWh-día de energía en firme para el periodo comprendido entre 01/12/2021 a 31/11/2038.

• El desarrollo por parte del contratista de los túneles de desviación sin tener adecuado planeación y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de que a pesar de conocer las circunstancias de orden público así como las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones, acumulando atrasos significativos, generando la necesidad de aplicar nuevos planes de recuperación de tiempos y aumentando los costos a pesar de lo cual no se logró cumplir con uno de los hitos fundamentales del proyecto, el cual era la desviación del Río Cauca.

• A pesar de que como consecuencia de la no desviación del río Cauca en la fecha programada, desde 2012 se hizo evidente una alta probabilidad de que el proyecto no entrara en operación en noviembre de 2018, no haber tomado las decisiones necesarias para evitar que los gastos del proyecto se elevaran de forma tal que llevaran a destruir el Valor Presente Neto del proyecto.

• La necesidad de ceder el contrato de construcción de los túneles de desviación del río Cauca al contratista de obras principales, para lograr cumplir con el cronograma de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018. Lo que llevó a implementar un plan de aceleración para lograr la desviación del río a principios de 2014, hecho que por la premura y por el atraso de 333 días en la contratación de las mismas y del 91% en la ejecución de este mecanismo hidromecánico, llevó a prescindir de la instalación de las compuertas en los dos túneles de desviación, lo que indujo a modificar las características catalogadas contractualmente como "inmodificables" del proyecto como fue la construcción del tercer túnel de desviación (GAD).

Este último túnel, a la postre durante la desviación del río cauca, necesaria para el cierre con tapones de concreto de los túneles de desviación derecho e izquierdo, requisito para iniciar el lleno de la presa, colapsó como consecuencia de no contar con diseños específicos para la realización del mismo y errores constructivos y de especificaciones técnicos.

Como se explicará en detalle más adelante, ***pusieron al proyecto en un estado de alta vulnerabilidad lo que terminó desencadenando en la contingencia del año 2018,*** *la cual generó no solo la imposibilidad de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 con consecuencias para la estabilidad energética del país, sino también implicó la realización de inversiones adicionales a los ya cuantiosos gastos realizados, para atender los gastos que ocasionó esa situación.*

Este aumento vertiginoso de las inversiones, puede ser calificado como injustificado, pues excedió significativamente lo presupuestado en el modelo que sirvió como cierre financiero del proyecto y obedeció a conductas*, (…) que* ***fueron negligentes ya que responden a problemas de planeación, improvisación, errores constructivos y de seguimiento y control, que llevaron a que se causara un daño al patrimonio del Estado como consecuencia de la pérdida del valor presente neto del proyecto.***

Así mismo, como consecuencia de estos hechos se concretó ***el riesgo de no entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 y por lo tanto se generó un lucro cesante****, el cual como se verá en el acápite correspondiente también ocasionó un daño al patrimonio del Estado (…)".*

Por lo anterior, las irregularidades antes mencionadas, entre ellas, **el inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos,** claramente contribuyeron a destruir las holguras temporales con las que contaba el proyecto, poniéndolo en una situación de vulnerabilidad que desembocaría en la mal llamada la contingencia sucedida en el año 2018, todo lo cual generó unas mayores inversiones injustificadas e impidió la entrada en operación del proyecto en la fecha programada, destruyendo el valor de la inversión y generando un lucro cesante. De donde resulta clara la connotación de tipo de fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

De lo ampliamente explicado en los fundamentos de hecho, resulta probado para este Despacho que como consecuencia de problemas en la planeación, desde el inicio del contrato se presentaran atrasos que condujeron a que para intentar generar energía a toda consta en noviembre de 2018, -aun cuando desde finales del año 2012 ya se sabía que no era posible cumplir-, llevaron a idear e implementar planes consecutivos de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos.

La implementación de dichos planes, generó mayores inversiones y llevó a que las obras no se realizaran conforme a los diseños inicialmente programados y a que se cometieran errores constructivos y de seguimiento, poniendo en estado de

vulnerabilidad al proyecto, lo que desencadenó en que se diera la contingencia de 2018.

Esas inversiones adicionales aunadas a las que supuso la atención de la contingencia, como se demostrará a continuación, terminaron destruyendo el valor presente neto del proyecto. De igual manera, tanto los atrasos acumulados como la imposibilidad definitiva generada por la contingencia del 2018, impidieron además que el proyecto comenzara a generar energía en la fecha programada lo que ocasionó también un lucro cesante.

b) SOBRE LA SEGUNDA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto".*

Dadas las características de la responsabilidad de los miembros de Junta Directiva de HI, es claro por qué el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 estructuró las conductas de la imputada Ana Cristina Moreno Palacios con fundamento en la información que recibía en el contexto de dicho cuerpo, en tal medida no es de recibo que se indique que "la decisión sobre la construcción de vías o adiciones a las mismas no es un tema que requiera la aprobación de la Junta Directiva".

Según los descargos, la aprobación reprochada no contempla que:

> "se trató de unas obras necesarias, que a la Junta se las justificaron dado el riesgo que tenía la vía existente por ser una zona de seguridad precaria y un posible aislamiento en el proceso de construcción hubiera sido muy grave, para lo cual la Administración llevó una presentación por parte del Asesor Técnico de Integral, Darío Ceballos Berrío. ¿Acaso era opción válida para la Junta oponerse a lo presentado? ¿Con qué argumentos? ¿Con qué elementos? ¿Con qué otra alternativa en ese momento?"

Al respecto se destaca que de lo documentado en Acta No. 94 de la Junta Directiva de HI, la necesidad en que el argumento bajo análisis fundamenta la inclusión de nuevas vías en la exposición que el asesor de INTEGRAL realizó sobre el particular, sin embargo, llama la atención de este órgano de control que el estado actual del proyecto no fuera si quiera considerado por ninguno de los miembros de la Junta Directiva y por el contrario, sin cooperar con la administración como era su obligación, asumiera como una verdad irrefutable lo que allí se les presentó.

De lo argumentado por el Apoderado, este Despacho se remite a lo expresado por la sentencia del Tribunal de Cundinamarca bajo radicado No. 25000-23-41-000-

2013-01700-00, frente a los informes presentados a la Junta Directiva de Hidroituango, a lo cual consideró:

> *"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.*
>
> (...)
>
> *Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.*
>
> *Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.*
>
> *Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"*

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre la misma cuestión sostuvo que:

> *"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.*
>
> (...)
>
> *De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.*

> *Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle".*

En efecto, la Junta omitió considerar que para el 28 de enero de 2009 ya se llevaba un año de ejecución del contrato de diseños, que ello implicaba una modificación al mismo y sobretodo que tenía clara incidencia en la licencia ambiental cuyo trámite para tal momento tenia un atraso considerable, pues fue solicitada en 1999 y solo hasta 2008 se había reunido la documentación necesaria para que el Ministerio de Ambiente se pronunciara respecto de su expedición.

Por otro lado, en lo relativo a la Vía San Andrés de Cuerquía el apoderado de la imputada en la formulación de los descargos expresó:

> "(…) Como se detalla en el Acta, se propuso y se autorizó al Gerente a buscar un acuerdo Interinstitucional con el INVIAS, quien ya tenía en ejecución una intervención en esta vía a través de un contratista. HI presupuesta sumarse a esta invervención con 6.000 millones de pesos para mejorar las especificaciones de la vía.
> Esas obras a través del contrato que ya venía ejecutando INVIAS no significó, ni represento cambios, modificaciones, afectaciones a la licencia ambiental del proyecto, y mucho menos con ellas se generaron afectaciones al cronograma general del proyecto para entrada en operación.
> Resulta de especial relevancia, precisar, contrario a lo que afirma el Despacho, que el cronograma general del proyecto antes de la fecha de suscripción del contrato BOOMT y durante su primer año de ejecución, NO PRESENTABA retrasos significativos que pudieran poner en riesgo la ejecución del proyecto y su entrada en operación en las fechas establecidas para cumplir con el cargo por confiabilidad.
> **5.- INFORME DE GERENCIA (Continuación)**
>
> Terminado el punto anterior, el doctor Luis Guillermo Gómez continúa con el informe de la Administración. Comunica a la Junta la visita hecha por miembros
> Tal y como se consignó en el Acta No 104 del 28 de octubre de 2009 de la Junta Directiva de Hidroituango, la modificación de la licencia ambiental y el inicio de las obras de construcción de las vías de acceso al proyecto, representó un retraso en el cronograma del proyecto de tan sólo un mes y en el Acta No 107 del 27 de junio de 2010, se presentó propuesta de cronograma que daría una holgura de un año y garantizaría el cumplimiento con los compromisos en la subasta de energía.
> En los informes mensuales de avance general del proyecto etapa de construcción BOOMT -HI 007 de diciembre de 2011 y HI 015 de junio de 2012- presentados por EPM-Ituango a la sociedad Hidroituango, se afirma que el proyecto no presentaba atrasos considerables en el cronograma director acordado por las partes para la firma del contrato BOOMT, con lo que se

> demuestra que las modificaciones que se pudieron presentar en los diseños de las vías principales y las supuestas demoras en la suscripción en la orden de inicio de construcción de las vías, no modificó la ruta crítica y por ende las fechas de entrada en operación de las primeras cuatro unidades, por lo que es conclusivo que tales eventos no impactaron el cronograma del proyecto".

Frente a este punto, es necesario reiterar que como la aprobación del Acta No. 95 implicó una modificación de los diseños del proyecto y de la licencia ambiental, este Despacho se remite a lo expresado anteriormente.

Finalmente, en lo referente al argumento según el cual en la sesión 103 de la Junta Directiva de Hidroituango la señora imputada no asistió a dicha sesión, es importante destacar que es de la diligencia esperada de la señora Moreno Palacios que en cumplimiento de sus funciones en tal organismo se informe de las decisiones que se adopten en dicho cuerpo, pues no se tratan de funciones cuyo cumplimiento se demostrara con la simple asistencia a las sesiones convocadas, máxime cuando lo argumentado en el Auto 1484 de 2020 no surge de una aprobación en tal sesión No. 103, sino de lo informado y documentado en tal acta.

c) SOBRE LA TERCERA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma".*

Al respecto, el escrito de descargos indica:

> "En este punto, dice la Contraloría que desde el Acta de Junta Directiva No. 99, "los miembros de la Junta conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación". A qué situación se refieren? En toda el Acta No. 99 no se encuentran evidencias de ninguna situación problemática frente al trazado o proceso constructivo de las vías. Sólo se menciona en el informe de la Gerencia, lo referente a el proceso de adjudicación de las mismas. Además, dice el Auto en la pg. 732 que sólo hasta enero de 2010, "se plantearon alternativas que pudiesen mitigar el impacto de las irregularidades que se documentaron en el Acta No. 99 de la Junta Directiva". Respetuosamente insistimos, revisada en su integralidad el Acta 99, no encontramos ninguna anotación de irregularidades sobre el trazado o proceso constructivo de las vías. Así las cosas, aquí queda claro que en el marco de la sesión de Junta del Acta 99 no se tomó ninguna decisión que generara mayores costos y mayores

tiempos que afectaron el cronograma, y es que además, no se tomó ninguna decisión de ningún tipo".

Sobre el particular se destaca que el reproche realizado no indica que en Acta No. 99 de la Junta Directiva se hubiese documentado la aprobación de ninguna decisión, lo que allí se indicó fue que en tal sesión, en efecto, se reitera lo expuesto en el Auto de imputación donde se indicó:

"En sesión de acta 99 de fecha 24 de junio de 2009, en el informe de Gerencia el señor Luis Guillermo Gómez, Gerente de la Sociedad informó respecto a la construcción de las vías lo siguiente:

Cuando se solicitó a la junta el presupuesto para las construcción de las vías no se incluyeron aquellas que se deberían construir en el año 2010; sin embargo, cuando en enero de este año se proyectó la licitación, se consideró que era conveniente contratar todas las vías en un solo proceso, con un valor de 120 millones de dólares y de esa forma lo presentó el doctor Luis Guillermo Gómez a la junta del 14 de enero. La Administración expidió para este contrato un CDP por valor de doscientos cuarenta y tres mil setecientos ochenta y cuatro millones de pesos ($243.784'000.000). Ahora bien, el costo total del contrato para la construcción de las vías es de doscientos sesenta y cinco mil millones de pesos ($265.000'000.000). Se anexa el cuadro presentado por el doctor Jairo Hernán Ramírez.

(...)

A continuación el doctor Luis Guillermo Gómez expresa que, habida consideración de los traslados presupuestales y disponibilidad de vigencias futuras que se acaban de aprobar, pasa a realizar la adjudicación de los contratos de los procesos licitatorios iniciados para la construcción de las vías y para la Interventoría de las obras de infraestructura.

En primer término procede a informar sobre el proceso realizado en la adjudicación de la licitación para la construcción de las vías. Explica la forma como se consideraron las posibilidades en la licitación de obras de infraestructura en tres grupos, a saber: un grupo que implica básicamente movimiento de tierras y algunos puentes menores, otro en el que además hay la construcción de un túnel de un kilómetros y dos puentes de gran extensión y un tercer escenario, que requiere mayores exigencias, y es el de los dos grupos hechos por un solo contratista.

(…)"

En tal medida, de la lectura del acta transcrita es clara la situación a la que se refiere el reproche realizado, que además, está allí plenamente señalada y es que se conoció el trazado de las vías y por tanto se conoció que la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo, situación que sorpresivamente no fue analizada en ese momento pero que no por ello dejó de ser una problemática para el proyecto.

En efecto, con posterioridad se verifico que el trazado de las vías era problemático en la sesión No. 107 de la Junta Directiva en la que se plantearon alternativas que pudiesen mitigar el impactos de las irregularidades señaladas, tal como se destacó en el mismo Auto de imputación, sin embargo, el escrito de descargos malentendió

que allí se hubiese hecho referencia a tal acta y afirmó que tal providencia "a pesar de reconocer que la Dra. Ana Cristina no participó, y no lo hizo por la sencilla razón de que no asistió, de todas maneras le endilga responsabilidad por lo sucedido en dicha reunión", cuando claramente el reproche no que se analiza no consistió en aprobación alguna en esta sesión.

El escrito de descargos continúa indicando que:

> *"Sin piso en las Actas 99 de 2009 y 107 de 2010, también hay que decir que en los informes mensuales de avance general del proyecto etapa de construcción BOOMT -HI 007 de diciembre de 2011 y HI 015 de junio de 2012- presentados por EPM- Ituango a la sociedad Hidroituango, se afirma que el proyecto no presentaba atrasos considerables en el cronograma director acordado por las partes para la firma del contrato BOOMT, con lo que se demuestra que la orden de contratación y la construcción de las vías alternas por la margen izquierda, no modificaron la ruta crítica y por ende las fechas de entrada en operación de las primeras cuatro unidades, por lo que es conclusivo que la decisión de contratación y la ejecución del respectivo contrato, no impactaron el cronograma del proyecto y por ende no asiste la generación de ningún daño fiscal.*
> *Debe señalarse que la contratación de las obras de infraestructura adelantada por la sociedad Hidroeléctrica Ituango en el mes de noviembre de 2009, no guardan ninguna relación de proximidad o conexidad con el contrato BOOMT y la misma no le generó detrimento patrimonial alguno a la sociedad Hidroeléctrica, toda vez que de acuerdo con el informe de la Universidad Nacional, la línea base o punto de base para establecer los cambios ocurridos en el proyecto se toman a partir del año 2011, fecha de celebración del contrato BOOMT considerando el horizonte de 50 años que es el plazo de ejecución del referido contrato".*

Sobre este punto se destaca que el impacto en el cronograma que llama la atención a este organismo de control fiscal tiene su causa en las deficiencias de planeación que fueron desarrolladas por el Auto 1484 del 2020 y retomadas por esta providencia, por tanto, es claro que las modificaciones que impactaron los tiempos en mayor o menor medida no surgieron como sugerencias para optimizar el proyecto sino como propuestas para corregir errores de las etapas iniciales del mismo, que no fueron destacadas por la imputada ni por ninguno de los miembros de Junta Directiva de Hidroituango que se encontraban en capacidad de llamar la atención al respecto.

Ahora bien, es necesario destacar que como este proceso se encarga de la investigación de una serie de hechos concatenados que pusieron en estado de vulnerabilidad el proyecto como consecuencia de serios y reiterados errores de planeación que destruyeron las holguras del cronograma y llevaron a realizar mayores inversiones injustificadas que derivaron en la destrucción de la inversión, no es dable, como lo pretende el apoderado de la imputada, interpretar aisladamente si cada una de las situaciones que impactaron el cronograma o que

ocasionaron una mayor inversión tiene la virtualidad por sí misma de ocasionar el daño fiscal que acá se investiga.

Finalmente, el escrito de descargos considera que de lo indicado en las actas 108 y 109 de la Junta Directiva debería exonerar de responsabilidad a la imputada Moreno Palacios, pues las dificultades que allí se advirtieron tienen relación con la conformación geológica de la zona y la compra de predios, puntos que indaga si se encontraban en manos de la Junta Directiva, a cuyos miembros se les indicó que con la alternativa que allí se les presentaba “se tendría la seguridad de llegar oportunamente a la fecha que se requiere para la desviación del río”.

Sobre este punto es necesario aclarar que la lectura de las actas a las que hace referencia el argumento expuesto no contempla que como se ha insistido en este análisis, desde el acta No. 107 con la aprobación de una vía alterna a raíz de las deficiencias de planeación previsibles cuando menos desde la sesión No. 99 de la Junta Directiva se incurrió en una mayor inversión que además de que hizo incurrir en una mayor inversión injustificada, que no se hizo efectiva con la prontitud esperada, pues en el acta No. 109 se indicó que no se había iniciado su construcción.

Para efectos de la construcción de esta vía por la margen Izquierda, solo a través de AMB 2 al contrato CT-015-2009 de 29 de junio de 2010[651], es decir 6 meses después de haberse aprobado su construcción, se incluye esta modificación, con base en las siguientes consideraciones:

[651] Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-015-2009 CPI\Contractual\Modificaciones HI

e) Que es fundamental para el proyecto garantizar la desviación del río Cauca en el verano de principios del año 2013 y por lo tanto se debe acceder por la margen izquierda del río al sitio de las obras principales a comienzos del año 2011.

f) Que se hace necesario garantizar el acceso a la zona del proyecto, por lo tanto, debe intervenirse la vía: partidas a San José de la Montaña – San Andrés de Cuerquia.

g) Que la Junta Directiva aprobó la construcción de la vía industrial margen izquierda en sesión del 27 de enero de 2010, acta No. 07 y en la sesión de 27 de abril de 2009, acta No. 97 aprobó la celebración del convenio No. 1843 con la Gobernación de Antioquia y el Instituto Nacional de Vías – Invias para el mejoramiento de las condiciones técnicas de la vía San Jose de la Montaña – San Andrés de Cuerquia en el cual se estableció que la Hidroeléctrica con sus propios recursos construiría el tramo faltante hasta San Andrés de Cuerquia

h) Que entre las partes se acuerda la ejecución de obras adicionales y, como consecuencia de ello, la adición al valor del contrato y el ajuste de los plazos máximos inicialmente consagrados en el numeral 2.2.3.5 – Anexo Técnico – Programa de Trabajo, del pliego de condiciones.

De lo anterior, resulta evidente que la inclusión de esta vía, no solo supuso unos tiempos adicionales sino que además generó mayores erogaciones para la sociedad injustificadamente y contribuyendo a la destrucción de las holguras temporales previstas, ocasionando la destrucción del valor de la inversión que se acreditó en el acápite del daño.

Entonces conforme a lo expresado líneas atrás, no fue observada la prudencia exigible a los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, que supone una actividad más allá de aprobar lo que diferentes personas allí les presentan, máxime cuando como se ha demostrado en este proceso, contaban con los elementos de juicio para indagar sobre lo que se les proponía y evidenciar si la información era congruente con el desarrollo esperado del proyecto, tal como lo haría una persona negligente con sus propios asuntos.

d) SOBRE LA CUARTA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto".*

Los descargos presentados señalan que:

> " (…) la subasta pública no se suspendió, pues la misma nunca se inició formalmente, tampoco es cierto que desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, además de que no se trató de una adjudicación, y menos puede imputársele a Ana Cristina el tema de programa de recuperación".

Argumentos que desarrolla el apoderado de la imputada así:

> "-Frente a la afirmación de que la subasta pública fue una decisión sin la debida planeación: no tiene ningún sustento, soporte, prueba. Todo lo contrario, fue un proceso que se planeó y diseñó durante meses, se contó con una Banca de Inversión, con el acompañamiento de prestigiosas firmas de abogados, se tenía cronograma presentado incluso a la Junta en el mes de enero de 2009, con actividades desde 2009 hasta 2011, lo cual refuta y desvirtua que no tuvo la debida planeación. Ver anexo Acta 94 (…)

Al respecto se destaca que el sentido del reproche realizado por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 no fue que la subasta pública fuera una decisión sin la debida planeación, lo que allí se indicó es que como consecuencia de la falta de planeación se generó un desgaste administrativo innecesario por adelantar las gestiones de lo que sería tal subasta, que a la postre se tradujeron en costos en tiempo y dinero que no se vieron materializados en una subasta efectiva, tal como se deriva de la explicación de la conducta que en dicha providencia se incluyó.
Continúa el apoderado de la imputada señalando:

> "-Frente a la afirmación de que la subasta se suspendió: tampoco es cierto. Técnicamente, no se puede suspender lo que formalmente no se ha iniciado. La subasta como tal no se inició. Solamente se llegó hasta la etapa de "Invitación pública internacional a precalificar", que era una etapa previa al inicio de la subasta como tal. Lo que se suspendió fue precisamente eso: se suspendió el inicio de la subasta.
> Pero incluso, en la misma Invitación Pública Internacional a Precalificar, se lee en la primera página, párrafo 4, de la misma con el título de "ADVERTENCIA", lo siguiente:
> «Hidroituango se reserva el derecho de suspender o terminar el Proceso en cualquier momento sin que, por ello, las Partes Excluidas tengan que reconocer o pagar una indemnización por daño emergente o lucro cesante por causa de responsabilidad precontractual o cualquiera otra».
> Y en el penúltimo párrafo de dicha "ADVERTENCIA", se lee:
> «A pesar de que Hidroituango reciba los Sobres, no se entenderá que está obligado a adelantar el Proceso o a adjudicar el Proyecto»".

Sobre este punto conviene recordar que la diferenciación traída por los descargos sobre la diferenciación entre lo afirmado por el Auto de imputación, es decir, que la subasta fue suspendida, y que lo suspendido fuese el inicio de la subasta, no es un argumento relevante cuando se tiene en cuenta que la invitación pública internacional a precalificar tenía un único sentido y es que se realizara la subasta

que finalmente no se realizó, siendo este asunto el verdaderamente relevante y es que a consecuencia de las decisiones adoptadas en la Junta Directiva de Hidroituango no se realizó una subasta para la que se habían destinado una serie de esfuerzos temporales y económicos que no se tradujeron en el cumplimiento de los fines del Estado.

Ahora bien, es claro que la advertencia incluida en la invitación pública internacional a precalificar tenía una finalidad y es garantizar que la propuesta adjudicada efectivamente garantice el cumplimiento de los estándares de calidad y confiabilidad necesarios que la subasta busca asegurar, sin embargo, lo sucedido en el caso bajo estudio es que independientemente de esos otros factores, no se encuentra justificado que los recursos invertidos en tal proceso de subasta se hubiesen traducido en la satisfacción del interés general de cara a los objetivos del proyecto Hidroituango, sino que por el contrario impacto la fecha de suscripción de la construcción de los túneles de desviación del Río Cauca, del que dependía el cumplimiento del primer hito del proyecto.

Continúa señalando los descargos:

> "-Frente a la afirmación de que desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM: de un lado es una afirmación que hace la Contraloría sin sustento alguno en la realidad. La idea de la subasta como la misma Contraloría lo reseña se explicó a la Junta en enero de 2009, la invitación a precalificar fue en noviembre de 2009, y los acuerdos de voluntades entre EPM y HI, entre IDEA y EPM, fueron el 4 de julio de 2010, 11 de agosto de 2010, 10 de septiembre de 2010, y un otrosí del 18 de septiembre de 2010.
> De otro lado, no se trató de ninguna licitación. Aquí se hace énfasis en lo siguiente y que la Contraloría nunca ha valorado: se trató de un acuerdo entre socios, un acuerdo entre los dueños del proyecto para que uno de ellos ejecutará el proyecto, por ello es equivocado hablar de adjudicación. Además por tratarse de un Acuerdo entre dos empresas de servicios públicos domiciliarios, el mismo no estaba regido por la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, sino por la Ley 142 y Ley 143 de 1994, es decir, por derecho privado.
> Y un argumento adicional para refutar a la Contraloría: incluso, bajo el régimen más estricto de Ley 80 y Ley 1150 de 2007, el hecho de publicar unos prepliegos, incluso habiendo publicado convocatoria, apertura y pliegos de condiciones, ello no obliga a la entidad estatal a tener que seguir adelantando el proceso de selección de un contratista.
> En cuanto a los "retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación" y las presuntas consecuencias, también es preciso señalar, que dicha adjudicación y suscripción de acta de inicio, le correspondió a la Sociedad EPM ITUANGO, en la que no tuvo ninguna participación la Dra. Ana Cristina, es un asunto de la administración y áreas de la entidad, no de una Junta Directiva".

Respecto al argumento expuesto por el Apoderado en el sentido de indicar que el Despacho manifestó la intención de que EPM fuera quien desarrollara el proyecto,

esta Instancia procede a relacionar las actas de EPM, en las que se demuestra el propósito de EPM de desarrollar el proyecto así:

- Acta 1484, Marzo 3 de 2008: La junta analiza en extenso la situación de la Sociedad Hidroituango y del proyecto hidroeléctrico. (Extractos del acta).

" para desarrollar conjuntamente Porce III, Porce IV e Ituango (asumiendo el 100% de la inversión), bastaría la caja del Grupo Generación Energía, y se conservaría el cumplimiento de la transferencia de los excedentes al Municipio de Medellín, los indicadores financieros y los compromisos con la banca multilateral

Se anunció además que para desarrollar simultáneamente los proyectos Porce III, Bonyic, Porce IV e Ituango se requiere ampliar la planta de personal de la Subgerencia Proyectos de la Unidad Estratégica de Negocios – UEN Generación.

Por último el doctor Pérez manifestó como conclusiones y recomendaciones las siguientes

- El cargo por Confiabilidad constituye el nuevo mecanismo competitivo mediante el cual se realiza la expansión en Colombia.

- Los dos proyectos con los que EE PP.M E.S.P podría participar en la subasta de 2008 son Ituango y Porce IV.

(…)

- Es importante lograr la obtención del régimen de zonas francas para los nuevos proyectos de generación EE.PP.M E.S P.

(…)

El óptimo económico para el desarrollo del proyecto Ituango implica desarrollar el proyecto en EE.PP.M E.S.P y en dos etapas, o en su defecto aumentar la participación en la sociedad hasta donde sea posible.

- Acta 1490, Agosto 4 de 2008 (Extractos)

"realizar una evaluación de externalidades de EE.PP.M. E.S.P en el proyecto como por ejemplo tasar el valor Know How de EE.PP.M. E S.P, por su conocimiento y experiencia en la construcción de proyectos hidroeléctricos".

- Acta 1506, agosto 4 de 2009.

Se tiene previsto la presentación de las propuestas en el primer trimestre del año 2010. EPM tiene interés en participar en dicho proceso. Indica que, si el proceso no es exitoso, la sociedad empezará a requerir recursos importantes de capital. Acta 151, diciembre 1 de 2009.

EPM trabajaba en la elaboración de una oferta competitiva, con la posible constitución de una sociedad en zona franca con participación de un constructor, una entidad financiera, y una empresa de aluminio Informa que la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A E.P.S. citó a una asamblea en la que los asambleístas acordaron por unanimidad que, antes de votar la proposición de la Junta Directiva en el sentido de crear una sociedad filial de propósito específico, se les diera la oportunidad de discutir y evaluar, entre otros aspectos, el tipo de sociedad que se crearía, aporte de la Hidroeléctrica Pescadero,

estatutos, órganos de dirección y acuerdo de accionistas. Dicha asamblea se programó para el 1o de diciembre de 2009

- Acta 1513, febrero 2 de 2010

En el proyecto Ituango se cerró la convocatoria pública internacional para la precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto. Se presentaron once (u) interesados, entre ellos EPM, quien actualmente a través de un grupo interdisciplinario, trabaja en la elaboración de la propuesta. Al respecto detalla algunas de las opciones analizadas de manera preliminar. Resuelve inquietudes planteadas por los asistentes

- Acta 1517, abril 13 de 2010

Proyecto Ituango. Con la información disponible a la fecha ya que no se han suministrado los diseños definitivos, EPM avanza en la elaboración de una propuesta para la posible participación en la subasta del proyecto, la cual es coordinada por el doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez,

- Acta 1518, mayo 4 de 2010

"El Gerente General informa sobre los siguientes temas:
- Proyecto Ituango: Comunica que en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquía, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia — IDEA— y EPM a fin de analizar la posibilidad que sea EPM quien desarrolle el proyecto. En dicha reunión EPM manifestó su interés, pero puso de presente que en el evento de llegar a un acuerdo, la determinación tanto del valor de desarrollo del proyecto como del monto de una prima, deberá estar precedida de una valoración por una banca de inversión. De ello, puede resultar que se llegue a un acuerdo para que EPM desarrolle el proyecto, o continuar el proceso de subasta en el cual participaría EPM; o que el proyecto se desarrolle directamente por la sociedad".

- Acta 1519, de junio 1 de 2010.

Proyecto Ituango: en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquia, el IDEA y EPM en la Casa de Nariño, con la participación de la Ministra Consejera, doctora Claudia Jiménez, a fin de buscar un posible acercamiento entre las partes, para el desarrollo del proyecto.
En dicha reunión, los representantes de las partes, manifestaron su voluntad de un posible acuerdo, y coincidieron en la necesidad de buscar una metodología de valoración del proyecto, así como la validación de la misma.
Se presentaron propuestas para abordar los temas planteados por las partes Los asistentes estudian la pertinencia de hacer pública esta información, siempre y cuando no se vulnere la obligación de confidencialidad que ha protegido EPM, en todo lo relacionado con el Proyecto Hidroeléctrico de Pescadero Ituango

- Acta 1520, julio 6 de 2010

El gerente general informa sobre los siguientes temas.
Proyecto Ituango: el 4 de julio de zoio EPM y la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A firmaron un acuerdo de voluntades, con el fin de que EPM se encargue de la construcción y puesta en marcha de las obras de la Central Hidroeléctrica Ituango, el cual contempla unos principios generales, estructura del negocio, metodología del trabajo y cronograma. El presidente Álvaro Uribe Vélez, actuó como testigo de honor de la firma del acuerdo

- Acta 1521, Agosto 2 de 2010.
  El Gerente General informa sobre el Proyecto Ituango lo siguiente:
  Firma del Acuerdo: Se avanza en la definición de los puntos básicos del acuerdo que permita que EPM sea el concesionario para construir, poseer, operar, mantener y posteriormente transferir (BOOMT) el proyecto Hidroituango. Se están afinando los detalles de las cifras y los parámetros generales de la negociación, los cuales serán informados a los miembros de Junta.

En ese orden de ideas, no tiene asidero lo expresado por el Apoderado, teniendo en cuenta que con las actas de EPM antes descritas se prueba la intención que tenía EPM de desarrollar el proyecto, desde el año de 2008, por lo que no prospera dicho argumento, pues independientemente de que se tratara de una licitación o un acuerdo entre socios, la consecuencia de la perdida de los recursos que se ha venido explicando no se ve alterada, pues pese a que la adjudicación y suscripción del contrato de los túneles de desviación estuvo a cargo de EPM Ituango, desconociendo que la decisión de que se creara la sociedad EPM Ituango surgió con posterioridad al acuerdo entre Hidroituango y EPM para que esta última se encargara de ejecutar el proyecto.

Adicionalmente, el apoderado de la señora Moreno Palacios indicó:

> "-Y frente a la afirmación sobre el programa de recuperación: al respecto debe señalarse-recordarse que este fue un tema abordado por la Junta Directiva en los años 2014 y 2015, y la Dra. Ana Cristina estuvo en la Junta Directiva de HI hasta diciembre de 2011. Para esta época jamás se planteó un "programa de recuperación de tiempo". No tiene sentido que se le quiera señalar-endilgar ahora temas, asuntos, ocurridos 4 años después de su retiro".

Al respecto debe considerarse que la conducta reprochada es clara en señalar que la demora en la suscripción del contrato de construcción de los túneles de desviación incidió en las demoras que llevó dar cumplimiento al mismo en los términos del cronograma del proyecto, de lo cual dependía realizar la desviación del río Cauca en 2013, por lo que tal contrato debió ejecutarse bajo programas de recuperación de tiempos, en tal medida, como la imputada y en general los miembros de junta directiva de Hidroituango no observaron el impacto directo que tendría en el cronograma del proyecto el haber perdido tiempo y recursos en la estructuración de una subasta que finalmente no se realizaría pues lo que tendría lugar sería un acuerdo entre EPM e Hidroituango, se puso en situación de

vulnerabilidad al proyecto a través de decisiones administrativas que destruyeron las holguras temporales que se tenían previstas, lo cual generó el daño acreditado en esta causa fiscal.

Finalmente, el escrito de descargos hace referencia a la interpretación del apoderado de las actas No. 94, 97,105, 108, 109, 110, 111, 114, 116 y 117 de la Junta Directiva de Hidroituango, por lo que en todo caso este Despacho tendrá en cuenta su tenor literal que confirma las conclusiones anteriormente expuestas.

e) SOBRE LA QUINTA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado en contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales".*

En primer lugar el escrito de descargos señala:

> "Los temas que aparecen reseñados en el Auto de Imputación, y que se abordaban en la Junta, era porque los llevaba y presentaba la administración de la Empresa a través de sus funcionarios, asesores, o personal de las firmas de diseño o de interventoría".

Al respecto este Despacho se remite a los argumentos desarrollados por el Tribunal de Cundinamarca en la sentencia del proceso traído a colación con anterioridad sobre las funciones de los miembros de las juntas directivas, para concluir que contrario a la interpretación que formula el apoderado de la imputada, tales organismos no consisten en meras instancias de ratificación automática de las decisiones administrativas.

Continúa el escrito de descargos señalando la interpretación de diferentes actas de la junta directiva de Hidroituango, frente a lo cual se reitera que este Despacho se remite a su tenor literal y su interpretación se realiza en el contexto de lo que sistemáticamente está allí documentado.

Continúan los descargos indicando que:

> "También refuta la supuesta improvisación de la que habla la Contraloría, la explicación que en dicha sesión, presentó el Gerente de la Empresa:

> El señor Gerente manifiesta que de tiempo atrás se han presentado inquietudes por parte de personas conocedoras del tema de Centrales Hidroeléctricas, en el sentido de incrementar la altura de la presa para logra un mejor aprovechamiento del potencial hidroeléctrico que ofrece el Rio Cauca. Bajo esa consideración han solicitado al consorcio diseñador que en el proceso de refinamiento del diseño maximice esta posibilidad, cuyos resultados vienen analizando tanto con el consorcio como con la interventoría del mismo ejercida por EPM y por los ingenieros al servicio de Hidroituango. Se analizaron las implicaciones que estas modificaciones traerían en los aspectos técnicos, ambientales y financieros al igual que en el cronograma de construcción del proyecto. La propuesta de la firma diseñadora se basa fundamentalmente en 3 elementos sobre los que el consorcio plantea, las posibles modificaciones a saber:
>
> Resalto, lo afirmado por el Gerente: «de tiempo atrás se han presentado inquietudes por parte de personas conocedoras del tema de Centrales Hidroeléctricas, en el sentido de incrementar la altura de la presa para lograr un mejor aprovechamiento del potencial hidroeléctrico que ofrece el Río Cauca».
>
> Y luego el experto, Darío Ceballos señala que:
>
> El doctor Darío Ceballos expresa que desde los estudios de factibilidad del dos mil seis (2006) y dos mil siete (2007) tenían claro que la Central sería más económica y rentable mientras más alta fuera la presa. La altura de la presa se definió desde el punto de vista ambiental, esperando no perturbar la zona cercana al Puente de Occidente. Pero desde esa época se propusieron unos estudios adicionales con relación a la altura de la presa.
>
> ¿Cómo hablar de improvisación, cuando se nos dice en la Junta que era un tema que se había contemplado desde los estudios de factibilidad en los años 2006- 2007?"

Sobre el particular es necesario señalar que la improvisación a la que se hace referencia en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 se encuentra acreditada porque en 2007 se presentó el estudio de complementación a la factibilidad que priorizó los intereses que la Junta Directiva de Hidroituango sobre la mayor rentabilidad que se pudiera obtener.

Al respecto se destaca que justamente la improvisación surge de un cambio repentino de las condiciones del proyecto en cuanto a la altura de la presa en 2009, cuando desde años atrás, es decir, desde la factibilidad y su complementación se habían estudiado las características que esta tendría, que se vieron reflejadas en la licencia ambiental, obtenida solo meses antes a que se aprobara la modificación de la altura de la presa en el Acta No. 100 de la Junta Directiva de Hidroituango.

Respecto de las demoras en la ejecución del proyecto hidroeléctrico es necesario precisar que como la propuesta aprobada en la Junta Directiva No. 100 implicaba una modificación de la licencia ambiental, un comportamiento mínimamente prudente de su parte haría necesario tener en cuenta que el proyecto ya presentaba retrasos que impactaban el cumplimiento de los plazos inicialmente previstos. En

efecto, de la revisión de los antecedentes contenidos en la misma licencia ambiental se encuentra:

> "Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3110-1-21381 de **29 de diciembre de 1999**, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., solicitó Licencia Ambiental para el proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango.
> Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3111-1-2153 de 11 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto enunciado.
> Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3111-1-2896 de 22 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto.
> (…)
> Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-127638 de **3 de diciembre de 2007**, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto citado y anexó copia de la certificación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en donde consta que en el área de influencia del proyecto no existen comunidades ni parcialidades indígenas; copia de la certificación de la Gerencia de Negritudes del departamento de Antioquia en la que consta que en el área del proyecto no existen organizaciones de base o consejos comunitarios; certificación de la Dirección General para comunidades negras minorías étnicas y culturales del Ministerio del Interior en la que consta que si existen comunidades negras en el área del proyecto; y certificación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER en la que se establece que en los municipios de Buriticá, Peque, Ituango, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Valdivia no se ha detectado la presencia de comunidades afro descendientes.
> Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-15485 de 14 de febrero de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia del pago realizado por concepto del servicio de evaluación del proyecto.
> (…)
> Que mediante Auto 1917 de **16 de junio de 2008**, este Ministerio solicitó a la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P. información adicional, y suspendió el trámite del proceso de licenciamiento tratado.
> Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-92192 de **15 de agosto de 2008**, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió la información complementaria al Estudio de Impacto Ambiental solicitada en el Auto 1917 de 2008.
> (…)" (Negrilla fuera de texto)

En tales términos, para un proyecto concebido desde 1962, del que se presentó la solicitud de licencia ambiental en 1999, que en adelante fue varias veces

adicionada, para cuya decisión solo se presentó el Estudio de Impacto Ambiental elaborado por INTEGRAL en 2007 y respecto del cual en 2008 fue necesario solicitar información complementaria -situación que ocasionó la suspensión de la actuación administrativa a cargo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial por cerca de dos meses-, la licencia ambiental solo fue expedida en enero 2009, siendo considerablemente extenso el tiempo que tal trámite tomó, lo cual da lugar a que si tan solo seis meses después de haber logrado obtener la licencia ambiental se planteaba en la Junta Directiva de Hidroituango una propuesta que implicaba su modificación o la alteración de los presupuestos que sirvieron de fundamento para su expedición, los beneficios reportados al adoptar esa propuesta deberían ser indiscutiblemente muy superiores a los obtenidos al continuar en las condiciones previstas hasta entonces, situación que no fue verificada por la imputada y en tal sentido actuó negligentemente.

De conformidad con lo anterior, carece de todo sustento que se indique que:

> "Existían además razones, estudios, soportes técnicos y financieros que respaldaban tales ajustes al proyecto. En efecto en el Informe C0043 del 30 de abril de 2009, denominado Modificación altura de la presa/Memorando técnico (…)".

Tal afirmación no tiene ningún fundamento pues si precisamente se hubiese analizado tal informe de abril de 2009, la Junta habría observado que las modificaciones propuestas no obedecían a una optimización del proyecto como se quería hacer ver, sino a la corrección de errores de planeación que incidirían directamente en las holguras previstas en el cronograma al afectar la licencia ambiental, cuyo trámite de expedición ya había tomado largo tiempo, y los diseños detallados del proyecto.

Respecto de la modificación de los diseños de detalle del proyecto es necesario destacar que para agosto de 2009 INTEGRAL solicitó ampliar hasta marzo de 2010 el plazo para la terminación de los estudios que fundamentarían tales diseños[652].

f) SOBRE LA SEXTA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme".*

Del análisis del Acta 122 de la Junta Directiva de Hidroituango el apoderado de la imputada señala que:

[652] Vease la comunicación D-PHI-CCE-ADM-1.1-C0125 del 26 de agosto de 2009

> "Llama poderosamente la atención, la manera como la Contraloría cambia, distorsiona la presentación del Dr. Umaña. Nunca el Dr. Umaña manifestó, ni mucho menos "dejó" claro, que el contrato BOOMT como estaba siendo estructurado era desventajoso para HI. Simplemente lo que hizo el Dr Umaña fue explicar el modelo de contrato, señalando que tenía unos aspectos y características propias de un BOOMT y que tenía otros elementos y características que no eran propias de un BOOMT, pero se trató de una descripción, explicación, nunca hizo una valoración subjetiva, sobre si el mismo era favorable, o desfavorable para alguna de las partes. Esa conclusión es una simple valoración que hace la Contraloría y pretende ponerla en boca del Abogado Umaña.
> La Contraloría debe entender que en contratos como los BOOMT hay variables, matices, combinaciones. Son modelos, que no siempre so idénticos, son ante todo modelos atípicos, y poco comunes en la contratación tradicional colombiana".

Al respecto se precisa que el acta 122 fue referenciada por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 para indicar que allí se expuso a la Junta Directiva las características del contrato BOOMT, en las que textualmente se documento que "existían provisiones que se salen del esquema BOOMT", entre las que se dijo:

> "La distribución de riesgos del Contrato que pone en cabeza de HI muchos de los riesgos que normalmente corresponden al Contratista BOOMT".

En tal medida, y teniendo en cuenta la naturaleza pública de los recursos destinados al proyecto, la conducta de los miembros de junta directiva como gestores fiscales no fue ni siquiera la prudencia que una persona negligente con sus propios negocios tendría, pues suponiendo que la exposición provenía de un experto externo entendió erradamente que no podría oponerse o cuestionar lo que le era expuesto, tal concepción limitada del ejercicio de sus funciones se encuentra además confirmada por las afirmaciones del escrito de descargos que desconocen que dadas las amplias facultades con las que contaban los miembros de Junta Directiva, no es posible acoger la tesis según la cual los miembros de junta directiva se encontraban allí para ratificar decisiones estratégicas exclusivamente con base en lo que se les presentaba por los empleados de la sociedad o por los invitados a tal organismo.

Ahora bien, pasa el escrito de descargos a indicar que la aprobación del la suscripción del contrato BOOMT "era una decisión tomada y por el órgano superior de la Empresa. La Junta Directiva no tenía competencia para controvertir o ir en contra de la decisión adoptada ya por la Asamblea de Accionistas", sin embargo, nuevamente hay que señalar que lo indicado por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 fue que en dicha sesión el Gerente solicitó a la Junta Directiva la ratificación de la aprobación dada por la Asamblea General, así:

> "Así mismo, en el acta No. 123 se encontró que al tratar la consideración aprobación contratos BOOMT y Usufructo a suscribir entre HI y EPM Ituango y la aceptación de la garantía otorgada por EPM, se expresó que:
> «Comenta el doctor Luis Guillermo Gómez que se trata en este punto que la Junta ratifique su aprobación al contrato BOOMT, presentado en la reunión del pasado 9 de marzo y que más tarde se firmará entre Hidroituango S.A. E.S.P. y EPM Ituango S.A. E.S.P., en el Auditorio del IDEA, con la presencia de los doctores Alonso Salazar, Alcalde de Medellín y Luis Alfredo Ramos, Gobernador de Antioquia. Igualmente al contrato de usufructo que se firmará entre ambas entidades, y que se le dé la aceptación a la grantía otorgada por EPM como casa matriz de EPM Ituango»".

En tal medida, si bien se trataba de una decisión que se encontraba aprobada por la Asamblea General de Accionistas, en la sesión No. 123 se solicitó a la Junta revisar el tema y ratificarlo, teniendo en cuenta que desde el 09 de marzo anterior se tenía conocimiento de su presentación y de las salvedades incluidas en el anexo 1.02 (7) que como se explicó en el Auto de imputación, modificaron la distribución de riesgos del contrato, transformando las obligaciones de un contrato de obra que por su naturaleza son de resultado, en obligaciones de medios a cargo del contratista EPM, de lo cual la imputada no llamó la atención aun estando en capacidad de hacerlo, punto concreto sobre el que el escrito de descargos no formula ningún argumento que desvirtúe el reproche realizado.

Así las cosas, cuando al tratar el nexo de causalidad el apoderado de la imputada indica que "*Las decisiones que incidieron o tuvieron algo que ver con la contingencia de abril de 2018 (no determinantes necesariamente), fueron decisiones de los años 2013- a abril de 2018, Ana Cristina Moreno no participó en ninguna de ellas, pues su permanencia en la Junta Directiva de HI fue hasta diciembre de 2011*", desconoce que la conducta claramente negligente de la señora Moreno Palacios que se concretó en una concepción de sus funciones en la Junta Directiva de Hidroituango limitada a la asistencia a las sesiones que fue convocada, sin percatarse de las múltiples decisiones que contribuyeron a destruir las holguras temporales del proyecto y además implicaron decisiones administrativas que se tradujeron en inversiones injustificadas, todo lo cual generó la destrucción del valor de la inversión y el lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica de Ituango.

Finalmente, el apoderado del imputado destaca que no se ha acreditado el nexo de causalidad para el caso en concreto desconociendo que las siguientes situaciones conllevaron a que se realizaran mayores inversiones injustificadas que determinaron la destrucción de las holguras temporales del proyecto y en todo caso desembocaron la mal llamada contingencia de abril de 2018, ocasionando la perdida de valor de la inversión que se probó en el acápite del daño.

Sobre este punto, los descargos contextualizan y señalan que a efectos de explicar el nexo de causalidad en este proceso debe hacerse uso de la teoría de la causalidad adecuada, En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"[L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"*[653].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que **no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción**. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[654].
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que **los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo***

[653] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[654] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

> ***incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[655]*:*
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*
>
> Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[656]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de*

[655] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.
[656] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI-CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS,**

CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[657] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[658], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación;

---

657 *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

658 Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

En ese orden de ideas, ha existido concurrencia de conductas en la concreción del daño señalado en esta providencia.

Finalmente, los descargos señalan que la señora Moreno Palacios no obro con dolo o culpa grave, frente a lo cual es necesario precisar que la imputación formulada en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 no fue a título de dolo sino que como se indicó al inicio de este análisis fue a título de culpa grave.
Ahora bien, desarrolla en el escrito de descargos el criterio exigido a los administradores por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 para indicar que la señora Moreno Palacios actuó conforme al principio de buen fe, observando la diligencia que tendría un buen hombre de negocios a favor del interés de la sociedad, sin embargo, en el Auto 1484 de 2020 se demostró que no fue así, tal como se reiterará a continuación.

En cuanto al principio de buena fe es necesario destacar que el alcance que proponen dichos postulados suponen que la imputada actuó respetando los deberes de fidelidad, lealtad y corrección en los actos, tratos o conversaciones que se adelantaban en el proyecto, cuando claramente la actuación de la señora Moreno Palacios se limitó a ratificar las decisiones estratégicas que se ponían en consideración de la Junta Directiva asumiendo su idoneidad por las personas que las solicitaban y no por el contenido de las propuestas, lo cual claramente atenta contra el interés general que persigue la adecuada gestión fiscal que le era exigible.

Frente a este punto, si bien los descargos señalan que par el años 2012 a 2018 el proyecto contaba con un sinnúmero de instancias técnicas y especializadas, como los diferentes comités de seguimiento del contrato BOOMT, diseño y construcción, obra, socioambiental y BOARD de asesores, tal como se ha insistido por el apoderado de la imputada, la señora Moreno Palacios solo se desempeñó como miembro de Junta Directiva entre 2008 y 2011, por lo que no se explica la causalidad entre la existencia de estos comités y las conductas que acreditan la culpa grave de la imputada.

La conducta de la señora Ana Cristina Moreno Palacios, se adecúa a la definición de gestión fiscal que contiene el artículo 3 de la Ley 610, toda vez que las acciones y omisiones imputadas dada su condición de miembro principal de la junta directiva de Hidroituango corresponden al contenido de los verbos rectores de la adecuada y correcta planeación, administración, inversión en un proyecto de infraestructura dirigido a cumplir un fin público de satisfacción del interés general, más si se tiene en cuenta que para la época en que las mismas se desarrollaron, Hidroituango era el ejecutor del proyecto.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Con fundamento en lo anterior, en la parte resolutiva de este proveído se fallará con responsabilidad fiscal, de forma solidaría, a título de culpa grave por la gestión fiscal directa en contra de ANA CRISTINA MORENO PALACIOS, en cuantía de CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.

ÁLVARO JULIÁN VILLEGAS MORENO

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a ÁLVARO JULIÁN VILLEGAS MORENO, con cédula de ciudadanía 533.186, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) , a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

> **“(…) se reprocha fiscalmente a ÁLVARO JULIÁN VILLEGAS MORENO, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de**

Hidroituango S.A. por su actuar negligente en el ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna, manifestado en las siguientes acciones y omisiones en el proyecto hidroeléctrico Ituango:

1. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.

2. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.

3. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

4. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado en contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.

5. A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme".

A continuación se analizarán los argumentos de defensa presentados por el defensor de oficio del imputado[659], así como su consecuente valoración probatoria.

ARGUMENTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN A LA CONDUCTA DE ALVARO JULIÁN VILLEGAS MORENO Y VALORACIÓN PROBATORIA

Inicia el escrito de descargos afirmando que:

> "Al revisar detenidamente las funciones asignadas a la junta Directiva, de la que hace parte el aquí imputado Sr, Álvaro Julián Villegas Moreno, se observa que no encajan dentro del concepto de gestor fiscal, por no estar referidas a la ordenación, control, dirección, administración y manejo de los bienes o recursos de la entidad, o por no implicar poder decisorio sobre dichos bienes o fondos, pues no es una decisión única, y que dependa exclusivamente del Sr Villegas, pues como se evidencia, en el documento denominado Estructura organizacional y funciones de Hidroeléctrica Ituando SA ESP (SIC), es el Gerente, quien no solo es el representante legal de la Sociedad, si no el encargado de desarrollar la gestión comercial y **financiera**; **supervisión general de la empresa para asegurar el cumplimiento de la misión; responsabilidad por la correcta ejecución del contrato BOOMT"**.

Al respecto se destaca que de conformidad con el artículo 44 de la Escritura Pública 771 del 13 de marzo de 2003 entre las funciones de la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. se indica que:

> "La Junta Directiva estará revestida de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la Sociedad, ordenar la firma de cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objeto. Reunida la Junta Directiva con el quórum correspondiente que señalen estos Estatutos de acuerdo con la ley, sus funciones serán las siguientes:
>
> (…)
>
> 3- Cooperar con el gerente en la administración y dirección de los negocios sociales.
>
> (…)
>
> 11- Aprobar el plan de acción de la sociedad y los criterios necesarios para su evaluación y velar por su estricto cumplimiento. (…)"

Sobre **el alcance de la responsabilidad de las juntas directivas**, la doctrina nacional también ha enfatizado que:

[659] El escrito de descargos se presentó mediante el radicado No. 2021ER0034694 (fl. 21696 – 21699).

> «37. La Junta o Consejo Directivo (en adelante "Junta') es el máximo responsable del desempeño de una entidad. Aunque legalmente los directores son "administradores", la Junta más que un órgano de gestión (gerencia del día a día) propiamente dicho, es un órgano de supervisión que orienta la política general de la entidad, **controla a los representantes** legales y sirve de enlace con los accionistas. Sus actuaciones deben buscar el mejor interés de la sociedad y de todos sus accionistas (i.e., incluidos los accionistas minoritarios).
>
> «38. En general, la Junta es responsable de la estrategia, desempeño y control interno de una entidad. En este sentido, la Junta debe ser la encargada de (i) fijar las estrategias generales de la compañía y aprobar las decisiones de mayor importancia y hacer seguimiento a su ejecución, (ii) fijar la política de selección y remuneración de los cargos más importantes de la sociedad, (iv**) evaluar y controlar la gestión de la entidad y de sus representantes legales,** y (v) identificar los principales riesgos de la empresa y de la estrategia y liderar la definición e implementación de los sistemas internos de control e información apropiados"[660].

Bajo tal entendido, si bien la actividad contractual corresponde a la administración de la sociedad, el Gerente de Hidroituango solicitó la autorización para iniciar el proceso de contratación para la construcción de obras que conllevaban al desarrollo del Plan de acción, teniendo en cuenta que el objeto social es "la promoción, diseño, **construcción**, **operación**, mantenimiento y **comercialización** de la energía a nivel nacional e internacional de la Central Hidroeléctrica Pescadero – Ituango".

Así mismo, es pertinente traer a colación lo expresado por el Tribunal Administrativo en fallo de primera instancia, confirmado luego por el Consejo de Estado[661], aseveró:

> "Es decir, la Contraloría General de la República encontró que debido al incumplimiento de las funciones legalmente atribuidas al señor (...) referidas al control y aprobación de planes y programas de inversión y operación de la licorera en beneficio de la misma y en atención a los principios de eficacia administrativa y de contratación estatal, al haber autorizado la implementación de un plan promocional nocivo para los intereses de esa misma entidad y del departamento se había generado el detrimento patrimonial cuestionado.
>
> Según lo acepta el mismo actor, dentro de las funciones que le fueron asignadas en su calidad de miembro de junta directiva de la Industria de Licores del Valle, de conformidad con lo establecido en el acuerdo número

[660] 305 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, DELEGATURA PARA RIESGOS DE CONGLOMERADOS Y GOBIERNO CORPORATIVO SUBDIRECCIÓN DE METODOLOGÍAS DE SUPERVISIÓN Y ANÁLISIS DE RIESGOS (agosto 2010), Manual Documento Conceptual de Gobierno Corporativo, Bogotá D.C., pp. 9.
[661] Sentencia del Tribunal de Cundinamarca bajo radicado No. 25000-23-41-000-2013-01700-00

> 026 de octubre tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) de esa misma entidad, se encontraban las siguientes:
>
> "Artículo 17.- Son funciones de la Junta Directiva:
> (…)
> e. Controlar el funcionamiento de la empresa y verificar su conformidad con la política adoptada.
> f. Aprobar las inversiones y operaciones que debe realizar la empresa.
> (…)
> k. Aprobar los acuerdos, traslados, adiciones que se originen con cargo a los recursos propios de la industria de conformidad con las disposiciones legales emitidas por la Secretaría de Hacienda..."
>
> Conforme a lo expuesto, es claro que a la Junta Directiva de la 1.L.V., a quien (sic) pertenecía el señor (...), le correspondía aprobar los planes y programas para el desarrollo de la industria licorera del departamento (...), por lo que para el efecto debía emplear toda su diligencia con el fin de verificar que los mismos se ajustaran a las políticas y fines de la misma, para lo que debía ejercer el control respectivo. (….)".

La conducta del señor Álvaro Julián Villegas Moreno se adecúa a la definición de gestión fiscal que contiene el artículo 3 de la Ley 610, toda vez que las acciones y omisiones imputadas dada su condición de miembro principal de la junta directiva de Hidroituango corresponden al contenido de los verbos rectores de la adecuada y correcta planeación, administración, inversión en un proyecto de infraestructura dirigido a cumplir un fin público de satisfacción del interés general, más si se tiene en cuenta que para la época en que las mismas se desarrollaron, Hidroituango era el ejecutor del proyecto.

Continúan los descargos señalando que:

> "Además, debe señalarse que el denominado poder decisorio con el que contaba el Sr Villegas, es **limitado, solidario y compartido, ya que está en cabeza de toda la Junta Directiva, y no en cabeza exclusiva de del Sr, Villegas como lo pretende señalar la Contraloría, en el presente asunto.**
> Reiterando que el actuar del Sr Villegas siempre se ha desarrollado en virtud de la buena fe y en el correcto y sano proceder de sus acciones para el cumplimiento adecuado de su encargo como miembro de la junta directiva, y es por esto que en ningún momento se ha determinado de manera clara por parte de la contraloría que el Sr, Villegas actuara buscando un detrimento patrimonial.
> Así mismo, el "artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en los LIT. a. LIT. b. LIT. c y LIT. d. determina que se ha obrado con culpa grave por errores en la elaboración de los pliegos, cuando se dejan de elaborar los estudios de mercado o se acepten oferentes que superen dichos estudios, ante la omisión de los deberes de interventoría o supervisión y cuando se ha incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o hacer exigibles las pólizas frente al acaecimiento de los siniestros".
> Para el caso que nos ocupa el implicado el Sr Villegas actuó con diligencia y cuidado al aprobar las decisiones planteadas en las diferentes reuniones de la

> Junta Directiva, pues como se ha evidenciado en el plenario, existieron estudios de factibilidad expuestos por el Doctor Ceballos".

Frente al punto expuesto, este Despacho encuentra que la misma argumentación del escrito de descargos presentado reafirma las afirmaciones del Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 en el sentido que como el señor Álvaro Julián Villegas Moreno se desempeñó como gestor fiscal, su responsabilidad es de naturaleza solidaria, como se expuso en dicha providencia.

Ahora bien, esta Contraloría ha imputado responsabilidad fiscal al señor Villegas Moreno a título de culpa grave y no de dolo, por lo que no se comprende por qué el defensor del imputado destaca que *"en ningún momento se ha determinado de manera clara (…) que el Sr. Villegas actuara buscando un detrimento patrimonial",* pues ello desconoce el título de imputación, realizado de conformidad con el artículo 63 del Código Civil que indica:

> "Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".

De acuerdo con lo anterior, en todo caso resulta claro que de lo expuesto en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, los argumentos traídos por el escrito de descargos no atienden a su contexto ni a lo que insistentemente se señala en esta providencia en el sentido que la diligencia exigible a los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango no se observó por el simple hecho de que para las modificaciones que se les proponía ratificar o aprobar se les hubiese informado que existían estudios de prefactibilidad y factibilidad pues en el fondo se trató de decisiones que pretendían corregir errores de planeación, pues quedó demostrado que dicho principio no fue observado por el imputado, transgrediendo el fin último de la adecuada gestión fiscal que es el cumplimiento de los fines del Estado.

Conviene en este punto traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado sobre el principio de planeación en el que indicó:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir*

*el bien o servicio objeto de licitación; **así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande**n"*[662]

Ahora bien, pasa el escrito bajo estudio a pronunciarse respecto de los hechos generadores del daño para afirmar que no se encuentran probados, sin embargo, en este punto este Despacho se remite a la valoración probatoria respecto del daño y en general a los fundamentos fácticos base de este proceso de responsabilidad fiscal, ampliamente explicados y referidos anteriormente.

Finalmente, se encuentra conveniente desvirtuar algunos comentarios formulados por el defensor de oficio del imputado a saber:

a) SOBRE LA PRIMERA CONDUCTA REPROCHADA:

"Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías".

Sobre este asunto el defensor de oficio indicó:

"Si bien pudo existir voto de autorización para la construcción de las obras de infraestructura, es preciso aclarar que el voto es una porción o parte de la junta directiva, más el señor Villegas no autorizo directamente como se plantea, sino voto a favor ante una propuesta planteada y expuesta en la junta directiva, planteamiento que fue detallado y argumentado técnicamente por el gerente Luis Guillermo Gómez, pues cabe aclarar que quien contrata es la gerencia y no la junta y este último era quien debió realizar los estudios técnicos y la viabilidad de la propuesta que está proponiendo.

Aunado a lo anterior es fundamental traer lo establecido por el abogado Wilson Vélez **«informando que en el estatuto contractual se consagra que el gerente debe informar a la junta directiva el desarrollo del proceso y la decisión tomada como se hizo con el contrato de diseño detallado de las obras principales y este reitera que quien adjudica es el gerente y no está sujeto a aprobación por parte de la junta»".**

Al respecto, este Despacho debe apartarse de la interpretación del defensor de oficio en el sentido que la concurrencia del imputado Villegas Moreno a las decisiones de la junta directiva es suficiente para que sus funciones como miembro de junta y la diligencia esperada como gestor fiscal no fueron observadas, conforme se ha señalado anteriormente.

b) SOBRE LA SEGUNDA CONDUCTA REPROCHADA:

[662] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

> *"Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma".*

El siguiente comentario que se analizará es:

> 2. "Se plantea que existe una demora de seis meses en la aprobación del contrato de construcción de la vía mencionada pero no se indica las condiciones del nexo causal de dicha demora como el tiempo que tardo el gerente en plantear e informar el problema de planeación que presentaba la vía ni tampoco se habla de manera clara sobre los demás requerimientos tanto técnicos como legales que requiere una autorización o modificación para la construcción de esta vía.
>
> Además, el señor Villegas **NO SE ENCONTRABA PRESENTE** en la sesión No. 97 de la Junta Directiva de Hidroituango, en la que se aprobó la celebración del convenido No. 1843 con la Gobernación de Antioquia y el Invias. Y es temerario asegurar «que tenía conocimiento de la situación que se presentaba en dicha reunión si no estaba presente».
>
> **Como se evidencia en las pruebas aportadas por la contraloría en el auto número 1484 del 02 de diciembre de 2020 en la página 624, el señor Villegas no estuvo presente ni voto ni manifestó su intención en la mencionada sesión No. 97 de la Junta Directiva de Hidroituango".**

Sobre este punto, este Despacho reitera la exposición del nexo de causalidad contenida en el Auto 1484 del 2020, a saber:

> "en relación con el **nexo causal** entre el daño ocasionado al erario y la conducta desplegada por el señor **Álvaro Villegas Moreno**, en su calidad miembro principal de la Junta Directiva de HI para la época de los hechos el Despacho considera, que las conductas anteriormente descritas, fueron determinantes **para que se incrementaran injustificadamente las inversiones y que en consecuencia, tal y como se demostró en el acápite de daño, se terminara destruyendo el valor presente neto del proyecto, así mismo, que el contrato no pudiera entrar en operación en la fecha programada, generando una merma patrimonial al Estado como consecuencia del Lucro cesante.**
> En efecto, autorizar la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías; aprobar la

inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en las suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto; como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, como adelantar una subasta pública que genero costos e tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto y haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado en contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales y finalmente haber aprobado la celebración del contrato BOOMT con las salvedades formuladas por EPM, incidieron en la ocurrencia de los siguientes hechos generadores de daño: **1)** atraso en los diseños y la construcción de las vías de acceso al proyecto, así como en los diseños de las obras principales, que llevaron desde el principio a que se idearan e implementaran planes de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos, lo anterior como consecuencia de falta de planeación, de desordenes administrativos de hidroituango, del hecho de que la junta directiva no conminara al gerente a cumplir en tiempo las decisiones que se adoptaban, y de decisiones improvisadas que introdujeron modificaciones sustanciales a las características del proyecto, **2)** inclusión de salvedades en el contrato BOOMT que operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio -aminorando de esta forma una responsabilidad de EPM-, y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de Hidroituango y **3)** atraso en la suscripción del contrato de construcción de los túneles de desviación como consecuencia de problemas de planeación que se manifestaron en decisiones administrativas y presupuestales inoportunas

Tal y como se explicó en el acápite en el que se describieron los hechos generadores, esta secuencia de hechos concatenados puso en estado de vulnerabilidad el proyecto lo que condujo a que se diera la contingencia

> **de 2018 y generaron un incremento de las inversiones que generó la pérdida del valor presente neto del proyecto e impidió que el proyecto entrara en operación en la fecha programada ocasionando también un lucro cesante".**

En tal medida, el argumento formulado por el defensor de oficio descontextualiza que cuando en la imputación se refirió el acta No. 97 al desarrollar el segundo reproche, se indicó que si bien en tal junta no se encontraba presente el señor Villegas Moreno, sí tenía conocimiento de la incongruencia de situaciones expresadas en el Acta No. 99 y las actas 108 y 109 de la dicho organismo, por lo que la negligencia en la conducta del señor Villegas Moreno se concretó entre dicho periodo, por lo que carece de cualquier justificación que se afirme de temeraria dicha afirmación, cuando el imputado sí asistió a las sesiones No. 99, 108 y 109, y en todo caso se encontraba en la obligación de informarse sobre lo ocurrido y decidido en dicho organismo dada su calidad de miembro de Junta Directiva, que no puede ser entendida como un trabajo ocasional o que se limite a la simple asistencia a las sesiones convocadas.

c) SOBRE LA TERCERA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto".*

Al respecto el escrito de descargos indicó:

> "3. Es incongruente indicar que **«era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM».** Puesto que existieron más candidatos como se evidencia en el auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 en la página 633 y pagina 634 **«Para finales de febrero de 2010, ya habían 7 precalificados, como resultado de la presentación al proceso de subasta, entre los cuales se encontraba EPM».** Adicional cabe resaltar que mi representado no tenía la facultad plena y única de seleccionar y adjudicar el contrato y fue el doctor Luis Guillermo Gómez quien manifestó ante la junta **«que desde la reunión anterior de la junta se consideró la posibilidad de comunicar tanto a los participantes en la subasta como a la opinión pública la suspensión del proceso de subasta considerando la posibilidad un proceso de negociación directa con EPM»"**.

Sobre el particular es necesario destacar que el argumento incurre en serias imprecisiones que denotan la falta de interpretación sistemática del auto de imputación pues desconoce que el proceso de invitación pública internacional para

precalificar fue suspendido y que el contrato BOOMT fue celebrado entre EPM e HI como consecuencia de un acuerdo privado de socios, que como se indica en la conducta transcrita era algo previsible desde mucho antes de la suspensión del proceso de subasta, que impactó las holguras del proyecto y a la postre afectó los tiempos previstos para la suscripción y ejecución del contrato de construcción de los túneles de desviación.

Respecto al argumento expuesto por el apoderado en el sentido de indicar que el Despacho manifestó la intención de que EPM fuera quien desarrollara el proyecto, esta Instancia procede a relacionar las actas de EPM, en las que se demuestra el propósito de EPM de desarrollar el proyecto así:

- Acta 1484, Marzo 3 de 2008: La junta analiza en extenso la situación de la Sociedad Hidroituango y del proyecto hidroeléctrico. (Extractos del acta).

  " para desarrollar conjuntamente Porce III, Porce IV e Ituango (asumiendo el 100% de la inversión), bastaría la caja del Grupo Generación Energía, y se conservaría el cumplimiento de la transferencia de los excedentes al Municipio de Medellín, los indicadores financieros y los compromisos con la banca multilateral
  Se anunció además que para desarrollar simultáneamente los proyectos Porce III, Bonyic, Porce IV e Ituango se requiere ampliar la planta de personal de la Subgerencia Proyectos de la Unidad Estratégica de Negocios – UEN Generación.
  Por último el doctor Pérez manifestó como conclusiones y recomendaciones las siguientes
  - El cargo por Confiabilidad constituye el nuevo mecanismo competitivo mediante el cual se realiza la expansión en Colombia.
  - Los dos proyectos con los que EE PP.M E.S.P podría participar en la subasta de 2008 son Ituango y Porce IV.
  (…)
  - Es importante lograr la obtención del régimen de zonas francas para los nuevos proyectos de generación EE.PP.M E.S P.
  (…)
  El óptimo económico para el desarrollo del proyecto Ituango implica desarrollar el proyecto en EE.PP.M E.S.P y en dos etapas, o en su defecto aumentar la participación en la sociedad hasta donde sea posible.

- Acta 1490, Agosto 4 de 2008 (Extractos)

  "realizar una evaluación de externalidades de EE.PP.M. E.S.P en el proyecto como por ejemplo tasar el valor Know How de EE.PP.M. E S.P, por su conocimiento y experiencia en la construcción de proyectos hidroeléctricos".

- Acta 1506, agosto 4 de 2009.

  Se tiene previsto la presentación de las propuestas en el primer trimestre del año 2010. EPM tiene interés en participar en dicho proceso. Indica

que, si el proceso no es exitoso, la sociedad empezará a requerir recursos importantes de capital. Acta 151, diciembre 1 de 2009.

EPM trabajaba en la elaboración de una oferta competitiva, con la posible constitución de una sociedad en zona franca con participación de un constructor, una entidad financiera, y una empresa de aluminio Informa que la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A E.P.S. citó a una asamblea en la que los asambleístas acordaron por unanimidad que, antes de votar la proposición de la Junta Directiva en el sentido de crear una sociedad filial de propósito específico, se les diera la oportunidad de discutir y evaluar, entre otros aspectos, el tipo de sociedad que se crearía, aporte de la Hidroeléctrica Pescadero, estatutos, órganos de dirección y acuerdo de accionistas. Dicha asamblea se programó para el 1o de diciembre de 2009

- Acta 1513, febrero 2 de 2010

En el proyecto Ituango se cerró la convocatoria pública internacional para la precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto. Se presentaron once (u) interesados, entre ellos EPM, quien actualmente a través de un grupo interdisciplinario, trabaja en la elaboración de la propuesta. Al respecto detalla algunas de las opciones analizadas de manera preliminar. Resuelve inquietudes planteadas por los asistentes

- Acta 1517, abril 13 de 2010

Proyecto Ituango. Con la información disponible a la fecha ya que no se han suministrado los diseños definitivos, EPM avanza en la elaboración de una propuesta para la posible participación en la subasta del proyecto, la cual es coordinada por el doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez,

- Acta 1518, mayo 4 de 2010

"El Gerente General informa sobre los siguientes temas:
- Proyecto Ituango: Comunica que en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquía, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia — IDEA— y EPM a fin de analizar la posibilidad que sea EPM quien desarrolle el proyecto. En dicha reunión EPM manifestó su interés, pero puso de presente que en el evento de llegar a un acuerdo, la determinación tanto del valor de desarrollo del proyecto como del monto de una prima, deberá estar precedida de una valoración por una banca de inversión. De ello, puede resultar que se llegue a un acuerdo para que EPM desarrolle el proyecto, o continuar el proceso de subasta en el cual participaría EPM; o que el proyecto se desarrolle directamente por la sociedad".

- Acta 1519, de junio 1 de 2010.

Proyecto Ituango: en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquia, el IDEA y EPM en la Casa de Nariño, con la participación de la Ministra Consejera, doctora Claudia Jiménez,

a fin de buscar un posible acercamiento entre las partes, para el desarrollo del proyecto.
En dicha reunión, los representantes de las partes, manifestaron su voluntad de un posible acuerdo, y coincidieron en la necesidad de buscar una metodología de valoración del proyecto, así como la validación de la misma.
Se presentaron propuestas para abordar los temas planteados por las partes Los asistentes estudian la pertinencia de hacer pública esta información, siempre y cuando no se vulnere la obligación de confidencialidad que ha protegido EPM, en todo lo relacionado con el Proyecto Hidroeléctrico de Pescadero Ituango

- Acta 1520, julio 6 de 2010

El gerente general informa sobre los siguientes temas.
Proyecto Ituango: el 4 de julio de zoio EPM y la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A firmaron un acuerdo de voluntades, con el fin de que EPM se encargue de la construcción y puesta en marcha de las obras de la Central Hidroeléctrica Ituango, el cual contempla unos principios generales, estructura del negocio, metodología del trabajo y cronograma. El presidente Álvaro Uribe Vélez, actuó como testigo de honor de la firma del acuerdo

- Acta 1521, Agosto 2 de 2010.

El Gerente General informa sobre el Proyecto Ituango lo siguiente:
Firma del Acuerdo: Se avanza en la definición de los puntos básicos del acuerdo que permita que EPM sea el concesionario para construir, poseer, operar, mantener y posteriormente transferir (BOOMT) el proyecto Hidroituango. Se están afinando los detalles de las cifras y los parámetros generales de la negociación, los cuales serán informados a los miembros de Junta.

En tal medida carece de fundamento el argumento bajo estudio.

d) SOBRE LA CUARTA CONDUCTA REPROCHADA:

"Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado en contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales".

Sobre este punto el escrito de descargos indicó:

"todas las modificaciones que se autorizaron por la junta directiva correspondieron a los imprevistos y el desarrollo normal de la obra situaciones adversas e imprevisibles que requerían de soluciones inmediatas que buscaran evitar un peor daño o detrimento económico.

Pues no fue el señor Villegas quien planteo dichas modificaciones sino, se respondía a una necesidad puntual y urgente.

> El señor Villegas siempre actuó como hombre honesto y cumplidor de sus deberes actuando de buena fe, pues en su preocupación por evitar una mayor demora en la licencia ambiental solicito que se pidiera respaldo por parte de presidencia esto con el fin de que no surgieran contratiempos. Es por esta recomendación del señor Villegas que **«el doctor Jesús Alfonso Jaramillo informa que el señor gobernador se entrevistara con el presidente de la republica próximamente en una reunión de gobernadores y le pide al doctor Gómez que le remita un memorando para presentarlo al presidente»".**

Al respecto, este Despacho reitera que la interpretación que los descargos hacen del auto de imputación resulta contextualizada y no contempla el alcance de las obligaciones del imputado como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango, que claramente excedía asistir y aprobar sin mayor análisis las propuestas concretas que se destacaron en tal providencia, tal como se ha señalado anteriormente.

e) SOBRE LA QUINTA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme"*

El apoderado de oficio del imputado indicó:

> "Frente a este hecho es fundamental resaltar que en el documento denominado Estructura organizacional y funciones de Hidroeléctrica Ituango SA ESP, es el Gerente, quien no solo es el representante legal de la Sociedad, si no el encargado de desarrollar la gestión comercial y financiera; supervisión general de la empresa para asegurar el cumplimiento de la misión; responsabilidad por la correcta ejecución del contrato BOOMT.
>
> Es así como el señor Villegas por lo expuesto por el gerente y en virtud del principio de confianza legitima pudo a ver votado en la junta directiva de buena fe amparado en "El principio de la confianza legítima se ha aplicado cuando al administrado se le ha generado una expectativa seria y fundada de que las actuaciones posteriores de la administración, y en casos excepcionales de los particulares, serán consecuentes con sus actos precedentes, lo cual generan una convicción de estabilidad en sus acciones" según Sentencia T-715 de 2014 Corte Constitucional".

Frente a este punto nuevamente este Despacho se remite a los argumentos antes expuestos sobre las funciones y alcance de las obligaciones de los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango, sin embargo, en todo caso es necesario destacar que teniendo en cuenta la naturaleza pública de los recursos destinados al proyecto, la conducta de los miembros de junta directiva como gestores fiscales no fue ni siquiera la prudencia que una persona negligente con sus propios negocios

tendría, pues suponiendo que la exposición provenía de un experto externo entendió erradamente que no podría oponerse o cuestionar lo que le era expuesto, tal concepción limitada del ejercicio de sus funciones se encuentra además confirmada por las afirmaciones del escrito de descargos que desconocen que dadas las amplias facultades con las que contaban los miembros de Junta Directiva, no es posible acoger la tesis según la cual los miembros de junta directiva se encontraban allí para ratificar decisiones estratégicas exclusivamente con base en lo que se les presentaba por los empleados de la sociedad o por los invitados a tal organismo.

Finalmente, respecto del principio de confianza legítima, es necesario recordar que la misma ha sido definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> "*un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático*"[663]

De tal definición, es posible identificar una serie de elementos, a saber:

7. Es corolario de la buena fe, es decir que encuentra fundamento en dicho principio.
8. Supone una decisión de la administración que altere súbitamente las reglas de juego que regulaban las relaciones particulares.
9. Ampara unas expectativas válidas creadas a los particulares en razón de conductas activas u omisivas de la Administración.
10. No es un principio absoluto, sino que el mismo, en cada caso concreto debe ser ponderado con otros como son el Interés General y el principio democrático entre otros.

Los elementos atrás indicados son suficientes para establecer el alcance y los límites de dicho principio, así como la posibilidad que tienen los particulares en ciertas circunstancias, recordando siempre que, *"no podrá el particular acomodar caprichosamente el contenido del principio institucionalizado a sus conveniencias particulares, sino que el contenido del mismo se restringirá a los alcances del acuerdo que le institucionalizó. Es intolerable toda ductibilidad del contenido de los principios constitucionales orientada a satisfacer convicciones o intereses particulares"*[664] .

---

[663] Sentencia C-131 de 2004.

[664] VIANA CLEVES, María José. El principio de Confianza Legítima en el derecho Administrativo Colombiano, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 43.

Establecer que se trata de un corolario de la buena fe (positivizado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia[665]) nos lleva a tener que precisar una relación de Género- Especie entre los dos conceptos, la buena fe será el Género y la Especie el principio de confianza legítima. Dicha relación obliga a afirmar sin lugar a dudas que la ausencia de buena fe impide hablar de confianza legítima.

Por lo anterior, debe analizarse en cada caso concreto, la existencia de dicha buena fe, la cual además deberá ser evaluada de manera subjetiva, teniendo en cuenta las características de quien la alega y como en este caso el defensor de oficio del imputado fundamenta que dicho principio fue violado con fundamento en el deficiente cumplimiento de las funciones del miembro de junta directiva, en realidad se está invocando la culpa del imputado para exculpar su responsabilidad, argumento que por tanto no está llamado a prosperar.

Entonces, la conducta del señor Villegas Moreno, se adecúa a la definición de gestión fiscal que contiene el artículo 3 de la Ley 610, toda vez que las acciones y omisiones imputadas dada su condición de miembro principal de la junta directiva de Hidroituango corresponden al contenido de los verbos rectores de la adecuada y correcta planeación, administración, inversión en un proyecto de infraestructura dirigido a cumplir un fin público de satisfacción del interés general, más si se tiene en cuenta que para la época en que las mismas se desarrollaron, Hidroituango era el ejecutor del proyecto.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Con fundamento en lo anterior, en la parte resolutiva de este proveído se fallara con responsabilidad fiscal, de forma solidaría, a título de culpa grave y por la gestión fiscal directa en contra de ALVARO JULIÁN VILLEGAS MORENO, en cuantía de CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.

[665] ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas

JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA
C.C. 8.318.646

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA, con cédula de ciudadanía 8.318.646, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) , a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa como miembro de Junta Directiva de Hidroituango entre 2008 y 2018, considerando que:

> "(…) se reprocha fiscalmente al señor **JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA**, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna de las inversiones en el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:
>
> 1. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.
>
> 2. A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.
>
> 3. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió hacer uso de los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
>
> 4. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

> 5. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

A continuación se analizarán los argumentos de defensa presentados por el imputado[666], así como su consecuente valoración probatoria.

ARGUMENTOS EN RELACIÓN A LA CONDUCTA Y VALORACIÓN PROBATORIA:

2. Configuración de la caducidad

El escrito de descargos indica:

> "Es claro, que todos los supuestos hechos o actos, que le señala la Contraloría a mi defendido, como supuestamente generadores del daño al patrimonio público, ocurrieron entre los años 2008 y noviembre 7 de 2014, ya no podían, ni pueden ser investigados. La Contraloría contaba con un término de cinco (5) años para ordenarle apertura de investigación, y dado que el Auto de Apertura se expidió el 8 de noviembre de 2019, ya se había configurado para entonces la caducidad para los hechos y actos anteriores al 8 de noviembre de 2014, institución que por ser imperativa y de orden público, debería incluso decretarse de manera oficiosa".

Sobre el particular, el artículo 9º de la Ley 610 del 2000, en su redacción original, aplicable a la fecha de apertura de este proceso de responsabilidad fiscal, prevé que:

> "La acción fiscal **caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal**. Este término **empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto**.
>
> La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.
>
> El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la

[666] El imputado presentó dos escritos de descargos mediante los radicados No. 2020ER0139838 (fl. 19648-19704) y 2021ER0043493 (fl. 23329-23395)

> totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública*".* (Negrilla no es original del texto)

De la norma precitada se observa con claridad que (i) la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal esta relacionada al hecho generador del daño al patrimonio público y no el momento en el que el presunto responsable haya realizado la conducta que se reprocha para acreditar su culpa grave, (ii) el término de caducidad aplicable es de cinco (5) años y (iii) el computo de dicho término depende de la naturaleza del hecho, pues si es de ejecución instantánea contará desde su realización, pero si es de ejecución sucesiva o continuada, se contará desde el último hecho o acto.

En tales términos, conviene recordar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015, reiterada por el Consejo de Estado:

> "…esta Corporación se pronunció **sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales**, al declarar exequible un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará "una vez liquidados o terminados los contratos". La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución; (ii) **el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes**.
>
> La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales "se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, **y después de su liquidación o terminación**". Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: "1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, **se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato**, y 2. **una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero**, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales"[667].

[667] Corte Constitucional. Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa reiterada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Con ocasión de ello, el Consejo de Estado ha indicado que incluso cuando se desconozcan las fechas de terminación, liquidación o entrega resulta *"i*nnecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas*"*[668]*.*

Con base en lo anterior, este Despacho mediante el Auto 946 del 09 de septiembre de 2020, al decidir una solicitud de cesación de la acción fiscal, indicó que como los hechos referidos en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, es evidente que se trata de hechos de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto, por lo que no esta llamado a prosperar el argumento bajo estudio, que desconoce el contexto de los hechos investigados en esta causa fiscal y en su lugar entiende que las conductas que acreditan la culpa grave del imputado Jesús Arturo Aristizábal Guevara son independientes de aquellos.

En síntesis, el argumento formulado confunde los elementos de la responsabilidad fiscal pues las conductas reprochadas al señor Aristizábal Guevara hacen referencia a la culpa grave demostrada en la calificación de su conducta, estructurada en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, mientras que son los hechos generadores del daño a los que se refiere el artículo 9 de la Ley 610 del 2000 los que resultan relevantes para el cómputo del término de caducidad y ellos fueron establecidos desde el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 conforme se ha explicado anteriormente, es decir, como una serie de hechos concatenados que pusieron en situación de vulnerabilidad al proyecto, lo que desembocaría en el colapso de la Galería Auxiliar de Desviación (GAD) en abril de 2018, aumentando injustificadamente las inversiones e incidiendo en su no entrada en operación, todo lo cual generó la destrucción del valor de la inversión y el lucro cesante determinados como daño en la presente causa fiscal.

a) SOBRE LA PRIMERA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto".*

[668] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

En primer lugar, el escrito de descargos señala que como para la descripción de esta conducta el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 contextualizó lo documentado en las actas No. 94, 97, 105, 108, 110, 114 y 116 de la Junta Directiva de Hidroituango, es necesario señalar dos aspectos:

> "Por un lado, el que dichas actas y otras que se enunciarán mas adelante, no hubieran sido siquiera mencionadas en el Auto N° 0945 del 08 de noviembre de 2019 "Por medio del cual se abre el proceso ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2019-01104 UCC-PRF-014-2019" en relación con la actuación de mi defendido, lo cual constituye una vulneración del principio de congruencia y afectando el derecho de defensa al no haberse podido rendir versión libre sobre estos asuntos, tal y como se señaló anteriormente.
> En segundo lugar, el que frente a estas "nuevas" Actas se disponga por la Delegada en el Auto de Imputación que a pesar de reconocer la condición de suplente de mi defendido se afirme que "estuvo presente y conoció del asunto" a manera de indicio sobre algún tipo de responsabilidad. A este respecto, debe advertirse con absoluta contundencia la improcedencia de dicha premisa atendiendo, por un lado, a la evidente razón de que el doctor Aristizabal Guevara para estas ocasiones carecía de derecho al voto como ya se ha sostenido y reconocido y, por tanto, no podía ni apoyar ni oponerse y menos responsabilizarse de lo allí decidido.
> Es claro entonces, que frente a las Actas 94, 97, 105, 108, 110, 114 y 116, no se le puede hacer reproche alguno al Dr. Aristizabal, y en tal sentido frente a las mismas debe ser exonerado de toda responsabilidad, por cuanto asistió pero en calidad de suplente SIN derecho a voto, NI decisión".

Entonces, respecto de la congruencia, es necesario reiterar lo expuesto en el Auto 617 del 06 de abril de 2021 al decidir una solicitud de nulidad formulada por el mismo apoderado del imputado, en el sentido que en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 este Despacho se encontraba llamado a indicar los indicios serios que permitieron identificar al señor Jesús Aristizábal como presunto responsable fiscal mientras que en el Auto 1484 del 02 de diciembre, donde se estructuraron los elementos de la responsabilidad fiscal y por tanto sí fue necesario detallar las conductas que acreditaron la culpa grave del imputado. En tal Auto 617 del 06 de abril de 2021 se explicó que:

> "la solicitud de nulidad se fundamenta en una grave confusión entre los hechos que dan origen a esta actuación, los indicios serios que dieron lugar a la vinculación de cada uno de los presuntos responsables, ambos elementos conocidos desdeel Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 y la imputación de responsabilidad fiscal realizada enel Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020.
>
> Los hechos del proceso de responsabilidad fiscal No. UCC-PRF-014-2019, han guardado identidad entre la apertura y la imputación, los indicios serios requeridos para la apertura del proceso no constituyen en sí mismos conductas reprochables, pues la etapa procesal oportuna para realizar tal reproche en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal es la imputación, y la decisión definitiva del proceso es el fallo con o sin responsabilidad, según corresponda.

En tal sentido, los fundamentos de hecho del proceso de responsabilidad fiscal han respetadola congruencia necesaria entre el auto de apertura y el de imputación; respecto de la *congruencia se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar que:*

"de tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una [atadura irreductible]. Con lo cual, en la sentencia el juez puede, dentro de ciertos límites, [degradar la responsabilidad sin desconocer la consonancia]"[5]*.*

De lo anterior resulta claro que la congruencia entre el auto de apertura y el de imputación se predica de los hechos y no de las conductas, las cuales como se pasará a explicar en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal se desarrollan de manera diferente en la apertura y la imputación, pues en la primera únicamente se exige la determinación de indiciosserios mientras que en la segunda se exige determinar de manera precisa las acciones y omisiones que se le atribuyen a un sujeto, así como la calificación de las mismas a título de culpa grave o dolo y el nexo de causalidad entre estas y el daño.

Dicha claridad conduce a establecer las diferentes etapas procesales de apertura e imputaciónen el proceso de responsabilidad fiscal. En este punto, conviene recordar los elementos que para cada una de estas decisiones exige la ley:

«***Artículo 40.*** *Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un dañopatrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno.*

Parágrafo. *Si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojaren dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal.*

(…)

Artículo 48. *Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competenteproferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté*

demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener:

4. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y dela compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.

5. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.

6. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y ladeterminación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado».

(…)

Respecto del **concepto de indicios serios**, la Auditoría General de la República en elConcepto No. 20181100033261 del 30 de octubre del 2018 estableció:

En consecuencia, la diferencia entre los indicios serios de que trata el artículo 40 y los indicios graves del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, es que los primeros apuntan a identificar los posibles autores del daño patrimonial, en tanto los segundos apuntan a comprometer la responsabilidad fiscal de los implicados previamente identificados, todo ello dentro de la sana lógica de evolución y avance del proceso.

Es claro entonces que la diferencia no se enmarca necesariamente en el calificativo de serios o graves, sino que se trata primordialmente de indicios e inferencias diferentes en tanto su finalidad es claramente distinta.

El calificativo de indicio serio o grave, tal como se explicó anteriormente, tendrá que ver con el grado de vehemencia del indicio que la norma reclama para el momento procesal y finalidad correspondiente, con el propósito de ir afianzando el acervo probatorio que conduzca a un óptimo grado de certeza en las conclusiones y decisiones que fundadamente se deban tomar dentro del proceso.

En tales términos resulta claro que el reproche a la conducta de los presuntos responsables enel proceso de responsabilidad fiscal se realiza en el acto de imputación, con base en todo el material probatorio recaudado y no exclusivamente en los indicios serios que permiten su vinculación a la causa fiscal, sin que tal situación implique una vulneración al debido proceso administrativo, pues se trata de la naturaleza de las etapas que la ley ha previsto para esta clasede procesos.

Como se indicó en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019, la determinación de los presuntos responsables “no implica que se esté circunscribiendo su conducta únicamente a lo evidenciado en las piezas procesales que se refieren en este escrito”, pues exigir una determinación y calificación concreta de la conducta de los presuntos responsables del daño fiscal en el auto deapertura sería tanto como trasladar los requisitos para la expedición de dicha

> providencia en elproceso verbal de responsabilidad fiscal al proceso ordinario de responsabilidad fiscal, cuandoes claro que este no es uno de aquellos y en estos, la calificación de la conducta ocurre en la providencia de imputación, mientras que la decisión definitiva se adopta en el fallo".

En tal medida, la falta de congruencia alegada en el escrito de descargos no está llamada a prosperar.

Por otro lado, en cuanto a la calidad de miembro suplente de Junta Directiva del señor Aristizábal Guevara se observa que según se estructuró en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 en las sesiones No. 94, 97, 105, 108, 110, 114 y 116 de la Junta Directiva de Hidroituango el señor Jesús Aristizabal se encontraba presente pero el miembro principal, respecto de quien eventualmente haría efectiva la suplencia siempre se encontró presente, por lo que a efectos de determinar la culpa grave del imputado, no es viable tener en cuenta este reproche.

b) SOBRE LA SEGUNDA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme".*

Sobre este punto, el escrito de descargos igualmente plantea que:

> "si bien mi apoderado conoció los términos del contrato BOOMT este no lo aprobó ni suscribió por lo que no puede hacérsele responsable de la conveniencia y efecto generados por este, máxime cuando sobre ello no existe certeza probatoria en el proceso".

Al respecto es necesario destacar que si bien existe certeza probatoria de la conducta enunciada, según fue desarrollado en el Auto de imputación, este Despacho observa que respecto del señor Jesús Arturo Aristizábal la misma no se encuentra configurada pues en la sesión No. 123 donde se aprobaron los términos del contrato BOOMT el imputado no ejerció la suplencia pues se encontraba presente el miembro principal Federico Restrepo Posada, por lo que la misma no será tenida en cuenta para acreditar la culpa grave del imputado.

c) SOBRE LA TERCERA CONDUCTA REPROCHADA:

> *A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió hacer uso de los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.*

Al respecto el escrito de descargos manifiesta que:

> "se demostrará que mi defendido como miembro de la Junta Directiva de HI no tuvo dentro de sus responsabilidades la imposición de multas u otras medidas conminatorias por la ejecución de contrato alguno y la modificación de fechas de los hitos que se aprobaron se basaron en razones técnicas aportadas por la administración de HI".

Sobre este punto lo primero que hay que anotar es que en el Auto de Imputación no se le cuestiona a los miembros de junta directiva de Hi, que EPM no impusiera multas al subcontratista CTIFS. Lo que se cuestiona es que Hidroituango no utilizara los mecanismos de apremio con los que contaba en virtud del contrato BOOMT, pues cabe destacar que dentro de las funciones de los miembros de junta directiva de Hidroituango se encuentra la de cooperar con la actividad administrativa.

Continúa el apoderado del imputado señalando que:

> "En cuanto a este punto, lo primero que debe establecerse con absoluta claridad es que mi defendido, el doctor Jesús Arturo Aristizabal Guevara, en ningún momento hizo parte de los Comités de Seguimiento al BOOMT ya que es el mismo contrato BOOMT quién establece sus asistentes y entre estos no se encuentra el doctor Aristizabal Guevara. De igual forma, tampoco se tuvo conocimiento de los informes de interventoría a los contratos que allí se mencionan, ya que como es bien sabido, estos informes deberán ser remitidos a la supervisión que estos dispongan y esta comunicárselo a la entidad contratante, en este caso, EPM. De esta manera no es función de la Junta de HI hacer seguimiento y supervisión de los contratos celebrados por EPM, en tanto ello corresponde a la administración bajo el principio de "No coadministración" que rige el contrato BOOMT según el Anexo 6.12.
> Ante esta situación, da a entender la Delegada en el Auto de Imputación que toda esta información se encontraba a disposición de los miembros de la Junta Directiva de HI a través del mecanismo de "libro abierto" que para este respecto debía disponer EPM. Esta suposición no es correcta por dos aspectos. El primero se refiere a que dicho sistema no estuvo operativo durante gran parte del tiempo, tal y como consta en informes por ejemplo entre septiembre de 2012 y marzo de 2013, en el cual se advierten los problemas que se tienen para el acceso al sistema. El segundo, ya que resulta absolutamente imposible para cualquier ser humano, por más diligente que pretenda ser, el revisar toda la información relativa a los contratos, informes de seguimiento, soportes, constancias y demás relativos a un proyecto de la magnitud de la Hidroeléctrica Ituango".

Al respecto este Despacho encuentra necesario recordar que el reproche bajo estudio no indica que el señor Jesús Arturo Aristizábal fuese miembro del Comité de Seguimiento al Contrato BOOMT, por el contrario, en concordancia con la imputación de responsabilidad fiscal formulada, se expuso que en su rol de miembro de Junta Directiva de Hidroituango omitió hacer uso de los mecanismos

de presión contemplados en el Contrato BOOMT. Ahora bien, no es de recibo que se indique que no se tenía conocimiento de los informes de interventoría pues como se ha insistido en esta providencia, los miembros de Junta Directiva de Hidroituango contaban con el mecanismo de libro abierto, en el cual, entre otros aspectos tenían acceso a todas las plataformas tecnológicas de EPM como mecanismo para hacer efectivas sus funciones de seguimiento y supervisión.

Respecto de este punto, es necesario recordar qué se entiende por seguimiento y control. Como se ha venido precisando a lo largo de este escrito los principios de no coadministración y no control previo tienen unas definiciones precisas a saber:

> *"*(...)
>
> *NO CONTROL PREVIO: Hidroituango no ejercer acciones que constituyan control previo, entendido éste como* ***intromisión o injerencia previa en las decisiones*** *que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.*
>
> *NO COADMINISTRACIÓN: El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango* ***no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista*** *para la construcción y operación de la central. Cualquier* ***inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista****, no a sus Subcontratistas".*

De lo anterior, resulta claro que estos principios no se volvían y no podían ser entendidos como una limitación absoluta a las precisas competencias de Hidroituango, que debía ejercer la vigilancia, control y seguimiento de lo que hacía EPM como contratista ejecutor.

En este sentido, le correspondía a Hidroituango cruzar la información de las diferentes fuentes, como el Comité de seguimiento al contrato BOOMT y la obtenida de la utilización del mecanismo de libro abierto, pues era una labor compleja que implicaba revisar la información con la que se contaba al momento de tomar las decisiones, es por eso que este Despacho critica el hecho de que la junta tomara decisiones sin tener en cuenta las condiciones específicas de manera particular las señaladas en esta conducta, que en cumplimiento de sus funciones como miembro de Junta Directiva eran conocidas de antemano.

En este punto, resulta necesario resaltar que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la buena administración de los recursos públicos, es un derecho de los administrados y un principio que debe ser cumplido por los administradores de los recursos públicos, siendo parte esencial de la conducta que puede y debe exigírsele a quien toma decisiones relativas a la satisfacción del interés general, más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse, **el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano**, **de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados**"*[669].

De lo anterior, resulta claro que se trata de una conducta que no obedece al Estándar exigido de un buen hombre de negocios y de un buen administrador público, pero peor aún ni siquiera atiende a lo que se esperaría de una persona poco diligente con el desarrollo de sus propios negocios, por lo que se trata de una conducta que tanto desde la Ley 222 de 1995 como desde el artículo 63 del Código Civil puede ser calificado como Culpa grave.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar, destacando que en todo caso la interpretación que el apoderado realizó de las piezas procesales referenciadas al desarrollar la conducta que se analiza resulta la manifestación de opiniones que contrario a los deberes que como gestor fiscal le eran exigibles al señor Aristizábal Guevara buscan eximirlo de la responsabilidad derivada de su incumplimiento so pretexto de la responsabilidad del Gerente de la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P.

Cabe destacar que cuando se indica que el auto de imputación no tiene en cuenta que las modificaciones a las fechas de los hitos del proyecto surgen de la justificación de EPM en situaciones como problemas geológicos, problemas de orden público, problemas en la adquisición de predios, inviernos, etc., hay que recordar que ellas son situaciones previsibles en la matriz de riesgos y en todo caso, la conducta desplegada por el imputado no atendió ni siquiera a la que adelantaría una persona negligente con sus propios asuntos pues entendió que su asistencia a la Junta Directiva de Hidroituango consistía en una actividad de simple ratificación estratégica de las decisiones administrativas sin consultar los instrumentos que se habían dispuesto para el correcto ejercicio de sus funciones.

Sobre el cumplimiento de las funciones de las Juntas Directivas este Despacho destaca lo expresado por la sentencia del Tribunal de Cundinamarca bajo radicado No. 25000-23-41-000-2013-01700-00, frente a los informes presentados a la Junta Directiva de Hidroituango, a lo cual consideró:

---

[669] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

"Además, el hecho de que los referidos informes hubieran sido presentados por el gerente de la entidad no eximía a los demás miembros de la junta directiva de su responsabilidad frente al análisis de los mismos.

(...)

Esto es, el hecho de que haya confiado en los informes presentados por el gerente de la entidad para obtener la aprobación del plan promocional ahora cuestionado no lo releva de la responsabilidad que le corresponde por los efectos de la ejecución de dicho programa, toda vez que conforme a sus funciones debía examinar, indagar y confrontar los referidos informes y conceptos.

Así como tampoco traslada de forma exclusiva la responsabilidad al referido gerente.

Es decir, los argumentos esgrimidos por el actor en la demanda, dirigidos no demostrar el cumplimiento de sus funciones legales sino a justificar su incumplimiento de los mismos en su actuación de buena fe, no tienen vocación de prosperidad"

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre la misma cuestión sostuvo que:

"Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo-beneficio no explica suficientemente la persistencia de una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.

(...)

De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, "en un plan estratégico de marketing" sin hacer análisis alguno de las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatara su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar planes en los años subsiguientes.

Conforme a lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta

de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización No 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle".

Finalmente, como varios de los argumentos del escrito de descargos, formulados al analizar esta y las otras conductas reprochadas, resultan reiterativos con los presentados por los apoderados de otros presuntos responsables, este Despacho se remite a lo que allí se expuso en lo pertinente.

d) SOBRE LA CUARTA CONDUCTA REPROCHADA:

"No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto."

Sobre este punto el escrito de descargos se fundamenta en que:

"el actuar de mi cliente como miembro de la Junta Directiva de HI fue siempre diligente y fundamentado en la información que para su labor se le brindó por parte de la Gerencia de HI".

Al respecto es necesario precisar que el reproche bajo estudio no se encuentra relacionado con la información que era suministrada por la Gerencia de HI a los miembros de la Junta Directiva sino con el control que debía tener del mecanismo de seguimiento al contrato BOOMT, en otros términos, de estar informado sobre lo que en el Comité de Seguimiento al Contrato BOOTM se discutía, advertía y consideraba a las que tenía acceso dadas las amplias facultades con las que estaba revestido como miembro de Junta Directiva de Hidroituango, para cuyo pleno ejercicio contaba con herramientas como el libro abierto.

En tal medida la conclusión del escrito de descargos según la cual "si bien ya quedó explicado que mi defendido no interactuaba ni era informado de las sesiones de los expertos (BOARD), ya está acreditado en el expediente, que el BOARD en actas e informes posteriores, terminó aceptando los cambios y modificaciones adoptados por los técnicos de EPM y de los contratistas-interventoría, en materia de túneles y compuertas. Basta revisar de manera integral y no parcial, ni algunas de ellas de manera aislada, sino en su integridad las Actas del Comité de Expertos de los años 2014-2015", no obedece a la verdad pues la insinuación según la cual las actas del

BOARD de expertos fueron valoradas desde una lectura parcial es una apreciación subjetiva que como pasará a demostrarse resulta un argumento retórico.

De la revisión de las actas del BOARD de expertos se observa que desde la segunda reunión de tal junta se exponían preocupaciones en cuanto a la variación sustancial de los diseños originales para lograr el desvío de río Cauca en enero de 2014, pues en el acta de tal reunión se documentó que:

> "El diseño original del desvío contempla la excavación de una plataforma a la cota 260m, para la instalación y operación de las compuertas de los pozos, llevando a cabo una excavación sistemática del talud de roca, descendiendo desde la plataforma de la cota 340m. De igual manera, se llevarían a cabo las excavaciones para el emboquillado de los túneles cuya solera está a la cota de 213m. El cronograma de la obra, desafortunadamente no se pudo mantener, especialmente por el retraso en la excavación del talud superficial, y el progreso actual de la obra no permite realizar el programa anticipado para desviar el rio en Enero del 2014. En vista de esta situación, Integral esbozo un diseño conceptual de una alternativa, que permitiría el desvio del rio para la fecha de Enero del 2014, instalando unos pozos adicionales en los ramales del túnel de aguas abajo (izquierdo), postergando las excavaciones superficiales, reduciendo los requerimientos de tratamientos en los túneles de desvio y ejecutando una serie de tareas complejas en un tiempo reducido.
>
> La Junta tuvo la oportunidad de evaluar la alternativa conceptual para acelerar las obras de desvío, incluyendo una reunión con el contratista, CCC, para investigar la viabilidad de estas obras y su posible cronograma. Como resultado de esta evaluación, la Junta considera que los riesgos técnicos asociados con la aceleración no son aceptables para un proyecto de esta envergadura, y además, es de la opinión que existe aún incertidumbre de que las múltiples y delicadas tareas restantes para lograr el desvío se ejecuten oportunamente. En opinión de la Junta, el mayor riesgo técnico es el postergamiento de las excavaciones y adecuado tratamiento de los taludes marginalmente estables de roca encima de los pozos, lo cual genera un alto riesgo de comprometer el cierre de los túneles. Por consiguiente la Junta recomienda ejecutar el diseño original, con el contratista CCC optimizando el soporte y la secuencia de excavación del talud encima de los pozos y en la zona de emboquille de los túneles para tratar de lograr el desvío en el primer trimestre del 2014. En caso de no lograr esta meta, se ejecutaría el desvío a mediados del 2014 y se tomarían las medidas necesarias para recuperar el cronograma inicial agilizando la construcción de la presa, lo cual en nuestra opinión se puede lograr más favorablemente y con un riesgo mucho menor que la aceleración del desvío. Se sugiere además, eliminar la descarga de fondo actual sustituyéndola por una descarga intermedia modificada a la cota 240m, lo cual reduce sustancialmente el riesgo de esta operación. Esta opción requeriría el uso de cuatro compuertas en lugar de dos como se contempla en el esquema actual. El soporte técnico para esta sugerencia se presenta a continuación, junto con una evaluación de los aspectos geotécnicos del desvió".

En dicho contexto, el BOARD manifestó desde el primer momento su preferencia por seguir los diseños originales, adoptando una posición conservadora frente a la implementación de alguna estrategia de aceleración del desvío del río, aunque esto conllevara no desviarlo en enero de 2014, prefiriendo recuperar el cronograma agilizando la construcción de la presa. Sin embargo, en los meses siguientes se continuó buscando alternativas para lograr la desviación en enero 2014, tal como lo manifestó el testigo Juan Luis Cadavid Restrepo, en declaración rendida el 12 de julio de 2021, en la que indicó:

> "Antes de la reunión con los asesores [refiriéndose a la tercera reunión del BOARD de expertos], EPM nos había solicitado a nosotros estudiar la alternativa de un tercer túnel que le había propuesto CCCI, la firma constructora, y para esta reunión nosotros habíamos hecho un estudio conceptual que se lo presentamos a la junta de asesores. Nosotros llegamos a la reunión con los asesores un lunes, que es lo que habitualmente se estila, presentamos todos los estudios en que estamos enterando al Board de los avances de los estudios nuestros y el avance del proyecto (…)"[670].

En efecto, para la tercera reunión del BOARD de expertos, realizada en noviembre de 2013, el tema particular del SAD fue tratado en la junta de asesores, y allí se expuso que:

> En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la misma junta de asesores indicó que:

> Reconociendo que la decisión de desviar el río por los túneles sin dispositivos mecánicos de cierre colocó el proyecto en una situación inusual, la Junta de Asesores dedicó gran parte de su atención al tema de procurar alternativas físicamente viables para cerrar temporalmente los túneles T1 y T2, para construcción de sus tapones definitivos, con el desvío del río por el túnel T3.

En tal sentido, lo ocurrido no fue que los estudios sobre el sistema auxiliar de desviación fueran una posibilidad libremente considerada por el BOARD de expertos sino que al ser una decisión unilateral de EPM, se planteó como la única alternativa posible desde la tercera junta de asesores, por tanto, en adelante los comentarios que sobre el particular realizara la junta deben ser leídos en tal contexto, sin que ello desconozca que tal cuerpo se manifestó escéptico a una

[670] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 132/FOLIO 27293/ UCC-PRF-014-2019 TESTIMONIO JUAN LUIS CADAVID RESTREPO-20210712_140115-Grabación de la reunión.mp4 Minuto 31:30

modificación de los diseños originales para el desvío del río Cauca, lo cual se corrobora en que en el informe de la junta de asesores No. 4 se documentó la situación así:

> "El desvío del río en febrero último se hizo por los dos túneles sin las estructuras para la instalación de las compuertas de cierre. Para su cierre, está prevista la construcción de una galería auxiliar de 14 m de diámetro (inicialmente denominado túnel T3) y la construcción de una ataguía que permita cerrar los dos túneles (cuatro bocas de entrada) y conducir la totalidad del caudal del río (800 a 1.000 m^3/s) por la misma galería auxiliar, para el cierre final por compuertas.
> **La Junta discutió en detalle este problema en la 3a reunión de noviembre de 2013 y había recomendado postergar el desvío del río por los túneles T1 y T2, hasta que se definiera en detalles la fase de desvío por la galería auxiliar, que es una operación poco ortodoxa sin precedentes. El acto está consumado, y ahora resta estudiar el problema en detalle para definir una alternativa factible para realización del desvío final.**
> La Junta recomendó que EPM entre en contacto con un consultor, con experiencia en obras del género, que pueda reforzar el equipo del Diseñador y auxiliarlo a llegar a buen término en esta tarea poco común. Las diligencias están en proceso en este sentido y la Junta aguardará la oportunidad para contribuir de su parte para el éxito del diseño y materialización del cierre final de los túneles de desvío y relleno del embalse" (negrilla fuera de texto).

Así las cosas, las recomendaciones acogidas por el BOARD de expertos y los conceptos emitidos por tal cuerpo en adelante deben ser leídos bajo el contexto de una decisión impuesta.

De conformidad con lo anterior el argumento analizado no está llamado a prosperar.

e) SOBRE LA QUINTA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto".*

Sobre este punto el escrito de descargos destaca:

> "mi defendido como miembro de Junta de HI hizo seguimiento y verificación del proceso de ejecución del contrato BOOMT a partir de la información compartida por el Gerente de HI, sin que en ningún momento se haya aprobado el plan de

> aceleración o variación de especificaciones de la obra, ya que estas decisiones correspondían exclusivamente a EPM en el marco de sus obligaciones contractuales con HI".

Así, sobre las modificaciones que implicó la aprobación del Plan de Aceleración el escrito de descargos realizó una contextualización sobre la mutabilidad de los contratos y concluye que la decisión del Plan de Aceleración correspondía a EPM, sin que en todo caso se hayan incorporado los costos a la inversión del proyecto.

Sobre estos puntos este Despacho destaca que como se ha explicado insistentemente en este proveído, la efectividad del plan de aceleración no se puede medir exclusivamente desde el avance en los diferentes cronogramas, pues_ los hechos ocurridos y debidamente probados en este causa, demuestran de manera fehaciente que la conclusión de la apoderada no obedece a la realidad, por cuanto la efectividad de una decisión no se mide por el simple hecho de que se refleje en documentos un avance porcentual de un proyecto sino cuando dichas determinaciones permiten reconducir de manera efectiva de forma tal que se puedan obtener las metas planteadas en la realidad. En este caso solo podría haberse hablado de efectividad si el proyecto hidroeléctrico produjera siquiera 1kw de energía, lo que **a la fecha, 3 años después de la fecha esperada, no ocurre y no existe certeza de su entrada en operación**.

Frente a que la única causa de la contingencia son los errores constructivos, el Despacho se remite a lo explicado líneas atrás en relación con el nexo de causalidad y reitera que no fue el único hecho generador sino que se trató de hechos concatenados y sucesivos producto de conductas concurrentes que fueron idóneas y determinantes para que se produjera el daño al patrimonio del Estado descrito en esta causa fiscal.

De otro lado, la apoderada se remite a la comunicación CI-03857 de 12 de mayo de 2015, en la cual el contratista presenta la valoración de costos asociados a la estrategia de recuperación y al informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración del proyecto", preparado por EPM.

Así mismo alega que después de haberse firmado la AMB 16 de 23 de diciembre de 2015, fue que la Junta Directiva de Hidroituango mediante acta 158 de 28 de diciembre de 2015, en palabras de la apoderada**,** ***"aprobó la autorización al Gerente de HI para que, previa la verificación de la matriz de riesgos del contrato BOOMT, tramitara el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración, atendiendo a los beneficios que EPM planteó en el documento en el cual justificó la elaboración de la estrategia tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar al sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018"***.

Sobre este punto es necesario precisar que nuevamente la apoderada acepta que las decisiones tomadas por la junta directiva se fundaron en explicaciones dadas por EPM. En este sentido, se recuerda que el reproche que realiza el Despacho a la Junta de Hidroituango radica en el hecho de que no haya verificado la información de las distintas fuentes con las que contaba, a efectos de establecer si lo sostenido por EPM obedecía o no a la realidad del proyecto y establecer cuál era la opción más conveniente si avalar lo hecho por EPM o elevar una alerta sobre el particular o inclusive, iniciar el procedimiento de apremio.

Alega además la apoderada que el plan de recuperación de atrasos se implementó durante 2016-2018, en donde se refiere nuevamente a las actas 171 y 172, asunto que ya fue respondido en este escrito, por lo cual el Despacho se remite a lo allí concluido, en el sentido que revisadas el acta 171, la misma se refiere específicamente a los costos de mano de obra y respecto del Acta 172, la misma se refiere de manera genérica a las distintas Glosas realizadas por GAE las cuales no necesariamente están asociadas a costos referidos a la SAD.

Alega por último la apoderada que “a la fecha no se han cancelado los rubros que fueron pactados en el plan de recuperación de atrasos al contratista, y por siendo de esta manera, mal podría por este concreto aspecto determinarse un detrimento patrimonial para la entidad”.

Es irrelevante que de cara al plan de aceleración no se hayan cancelado rubros, cabe recordar que el Daño en el presente proceso radica en la destrucción del valor presente neto, como consecuencia de la realización de inversiones injustificadas. En este contexto, es claro que la aprobación programática del plan de aceleración, que, como se encuentra probado incluía la GAD, permitió que EPM avanzara modificando las características inmodificables del proyecto, como se explicó líneas atrás, en contravía de la opinión experta del BOARD, en las específicas circunstancias del proyecto el cual no contaba con las holguras necesarias para que las obras fueran desarrolladas lo que desencadenó en la llamada “contingencia de 2018” que generó gran parte de esas inversiones injustificadas que destruyeron el valor presente neto del proyecto.

Por lo anterior este argumento no está llamado a prosperar.

Finalmente, el apoderado del imputado destaca que no se ha acreditado el nexo de causalidad para el caso en concreto desconociendo que las siguientes situaciones, que permitieron acreditar la culpa grave del imputado, conllevaron a que se realizaran mayores inversiones injustificadas que determinaron la destrucción de las holguras temporales del proyecto y en todo caso desembocaron la mal llamada contingencia de abril de 2018, ocasionando la perdida de valor de la inversión que se probó en el acápite del daño:

1. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió hacer uso de los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.

2. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.

3. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Sobre este punto, los descargos contextualizan y señalan que a efectos de explicar el nexo de causalidad en este proceso debe hacerse uso de la teoría de la causalidad adecuada. En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"[L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"*[671].

[671] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[672].
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[673]*:*
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"****Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño****. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad.* ***Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño****".*

---

[672] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[673] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[674]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE**

[674] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI-CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[675] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

En ese orden de ideas, ha existido concurrencia de conductas en la concreción del daño señalado en esta providencia.

Finalmente, los descargos señalan que el señor Aristizabal no obro con dolo o culpa grave, frente a lo cual es necesario precisar que la imputación formulada en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 no fue a título de dolo sino que como se indicó al inicio de este análisis fue a título de culpa grave.

Ahora bien, desarrolla en el escrito de descargos el criterio exigido a los administradores por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 para indicar que el señor Aristizabal actuó conforme al principio de buen fe, observando la diligencia que tendría un buen hombre de negocios a favor del interés de la sociedad, sin

675 *“La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos “sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso””* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

embargo, en el Auto 1484 de 2020 se demostró que no fue así, tal como se reiterará a continuación.

En cuanto al principio de buena fe es necesario destacar que el alcance que proponen dichos postulados suponen que el imputado actuó respetando los deberes de fidelidad, lealtad y corrección en los actos, tratos o conversaciones que se adelantaban en el proyecto, cuando claramente la actuación del imputado se limitó a ratificar las decisiones estratégicas que se ponían en consideración de la Junta Directiva asumiendo su idoneidad por las personas que las solicitaban y no por el contenido de las propuestas, lo cual claramente atenta contra el interés general que persigue la adecuada gestión fiscal que le era exigible.

La conducta del señor Jesús Aristizábal, se adecúa a la definición de gestión fiscal que contiene el artículo 3 de la Ley 610, toda vez que las acciones y omisiones imputadas dada su condición de miembro principal de la junta directiva de Hidroituango corresponden al contenido de los verbos rectores de la adecuada y correcta planeación, administración, inversión en un proyecto de infraestructura dirigido a cumplir un fin público de satisfacción del interés general, más si se tiene en cuenta que para la época en que las mismas se desarrollaron, Hidroituango era el ejecutor del proyecto.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Con fundamento en lo anterior, en la parte resolutiva de este proveído se fallara con responsabilidad fiscal, de forma solidaría, a título de culpa grave y por la gestión fiscal directa en contra de JESUS ARTURO ARISTIZABAL GUEVARA, en cuantía de CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.

LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA:

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA, con cédula de ciudadanía 3.331.900, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), a título de culpa grave en ejercicio de la gestión fiscal directa, considerando que:

Se reprocha fiscalmente al señor LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA, en su calidad de Gerente de HI, por las siguientes acciones y omisiones en ejercicio de la gestión fiscal directa antieconómica, ineficiente, inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango:

1. A pesar de conocer la naturaleza de las obligaciones que el contrato BOOMT acarrearía para la entidad que representaba, LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA suscribió el Contrato BOOMT aún con las salvedades hechas al mismo por EPM, salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaron la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango y se establecieron en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

ARGUMENTOS EN RELACIÓN A LA CONDUCTA Y VALORACIÓN PROBATORIA:

A través de escrito con radicado No.2020ER0139853 del 12 de diciembre de 2020 (FL. 9956-19965), el apoderado Santiago Sierra Angulo, allegó escrito de descargos de su prohijado LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA, procede el Despacho a contestar los argumentos en este expuestos, posteriormente se referirá a la acción de cesación de la acción fiscal con radicado 2020ER0053405 del 8 de junio del 2020.

Indica el apoderado en su escrito de descargos:

> *Refiere el Auto de Imputación, al identificar los hechos generadores del daño (Pág. 107), en el numeral segundo, la "inclusión de salvedades en el Contrato BOOMT que operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio -aminorando de esta forma la responsabilidad de EPM, y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de Hidroituango"; hecho desarrollado en las páginas 64 a 66. En el acápite dedicado exclusivamente al señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa (Pág. 996 a 1014), refiere que, en su calidad de miembro de la Junta Directiva, participó activamente en las mismas, y que si bien tenía voz pero no voto, sus aportes fueron determinantes en la toma de decisiones. Así mismo refiere que faltó a las obligaciones consagradas en los Estatutos de Hidroituango, por cuanto ostentaba mayor responsabilidad y supervisión general de la Empresa, y en consecuencia, debía velar por la adecuada gestión comercial y financiera de la misma, así como verificar que su razón social y obligaciones se cumplieran, asegurándose de suscribir un contrato que le permitiera a la sociedad cumplir su único objeto social, la construcción, operación y mantenimiento del Proyecto Hidroeléctrico Ituango. Indicando que a pesar de conocer la naturaleza de las obligaciones que el contrato BOOMT acarrearía para la entidad que representaba, Luis Guillermo Gómez suscribió el Contrato BOOMT, aún con las salvedades hechas al mismo por EPM, salvedades que a criterio del Despacho son sustanciales, en defecto del proyecto, que afectaron la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango y se establecieron en desmedro del*

cronograma realizado para la producción de la energía en firme. Resultando reprochable el hecho de haber aprobado la suscripción de un contrato en un "escenario ideal", que es aquel en el que no se contemplan contingencias de ninguna índole. Argumentos de Defensa Debe determinarse conforme la imputación realizada por la Contraloría, si el señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa, es responsable fiscalmente de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de una conducta gravemente culposa en su gestión fiscal realizada en calidad de gerente de la Sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. El fundamento fáctico central de la imputación, es el haber celebrado el contrato BOOMT con la Sociedad EPM Ituango (filial de EPM), sin considerarse ninguna contingencia para la construcción del proyecto, escenario ideal, que generó según la Contraloría, la inclusión de salvedades por parte del contratista, la cuales mutaron la relación contractual con EPM Ituango, de una obligación de resultado a una de medio. Imputación que procederemos a desentrañar detenidamente, con miras a demostrar que la misma carece totalmente de fundamento: - La existencia de una nota en la última hoja del anexo 1.02 (7) correspondiente al Cronograma Director del Proyecto, donde se establece: "Salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado Proyecto Hidroeléctrico Ituango" en la que se indica lo siguiente: "Con respecto a la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín quien fue el interventor de los diseños definitivos del proyecto, la Interventoría acepta haciendo las siguientes salvedades: • No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto. • El programa calculado tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son el proceso de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que faltan por ejecutar. ***Todos estos compromisos actualmente los adelanta HI bajo su responsabilidad, por lo tanto, todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por HI, no se clasificará como imputable a EPM****. Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando claras la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control." De la existencia de la presente nota,* ***la Contraloría sin especificar los argumentos que le permiten arribar a tal conclusión, afirma inopinadamente que "(...) operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio -aminorando de esta forma la responsabilidad de EPM-, y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de Hidroituango****", conclusión que implica el desconocimiento de la naturaleza del contrato BOOMT y las cláusulas que lo rigen****. Con relación a la naturaleza del contrato BOOMT, el mismo fue consecuencia de la búsqueda de alternativas de estructuración financiera para la consecución de los recursos de capital y de financiamiento, en razón de la magnitud del costo total de inversión que requería, por lo cual, se analizaron las diferentes alternativas para su estructura y se decidió la contratación de una banca de inversión, con las más altas calidades y experiencia en procesos de*

estructuración financiera de proyectos de infraestructura, BNP PARIBAS, para que acompañara a la Sociedad Hidroituango en la búsqueda de diferentes soluciones de financiación, que fueran puestas en consideración de la Junta Directiva, para garantizar el cumplimiento del objeto de la sociedad. Una de las premisas asumidas en la Junta Directiva de Hidroituango, fue la tercerización de la ejecución del proyecto, es decir, la vinculación de una compañía inversionista con solvencia técnica y financiera, que asumiera la carga financiera total del proyecto y su desarrollo; limitándose así sustancialmente los riesgos de la Sociedad Hidroituango.

La figura recomendada por la Banca de Inversión BNP PARIBAS, con el acompañamiento de dos reconocidas firmas de abogados: Prieto & Carrizosa y Brigard & Urrutia, acogida por la Junta Directiva de Hidroituango fue el BOOMT, cuyas siglas en ingles son "build, own, operate, maintain and transfer" y en español se traducen a construir, poseer, operar, mantener y transferir el proyecto. Mecanismo de financiación de proyectos, que permite satisfacer los objetivos propuestos. Bajo la figura del BOOMT, el Promotor del proyecto, para el caso la Sociedad Hidroituango S.A E.S.P, contrataría con un tercero la construcción de la obra, ejerciendo el contratista la tenencia y control tanto de lo construido, como de los activos adquiridos en ejecución del objeto del contrato, con la obligación de operar y mantener la obra, y transfiriendo al contratante la propiedad de lo construido y adquirido al vencimiento del plazo del contrato. El contratista, además, se encargaría de financiar la construcción de la obra con recursos propios y/o acudiendo al sistema financiero. Este tipo de contrato, obliga al inversionista (en este caso la Sociedad EPM Ituango inicialmente y luego EPM) a que al momento de evaluar la viabilidad, el negocio tenga la capacidad de generar los recursos suficientes para recuperar la inversión y obtener la rentabilidad esperada. El esquema proyectado en un BOOMT de construir, financiar, operar, mantener y posteriormente restituir a la Sociedad Hidroituango la Central Hidroeléctrica, implica para EPM, que para recuperar todos los montos invertidos y obtener posteriormente utilidades, debe cumplir con las obligaciones contractuales que permitan el inicio de la operación de la Central Hidroeléctrica, en consecuencia, las obligaciones no pueden ser de medios si no de resultados, pues en caso de incumplimiento la parte directamente afectada es el Contratista. ***En atención a estas consideraciones, puede concluirse que la interpretación realizada por el Despacho es equivocada, pues desconoce la naturaleza propia del contrato BOOMT, el cual, para generar retorno de la inversión y rentabilidad al inversionista, requiere necesariamente la entrada en operación****. Por lo que no puede concluirse que la inclusión de salvedades en el Contrato BOOMT "operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado como es la construcción de una obra en una obligación de medio -aminorando de esta forma la responsabilidad de EPM-", y que "modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de Hidroituango". En concordancia con lo anterior, de acuerdo con el Contrato mismo, las Clausulas establecen con suma claridad la responsabilidad de las partes y en particular de EPM en calidad de Contratista, las cuales están enmarcadas necesariamente en una obligación de resultado: En cuanto a la naturaleza del contrato y la necesaria operación de la Hidroeléctrica para la amortización de la inversión y la distribución de una tasa de retorno para la Sociedad Hidroituango*

como propietaria del proyecto, se establece "En los términos del presente Contrato, el Contratista amortizara la totalidad de la inversión que realice para la construcción, operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica con la explotación económica que Hidroituango le otorga a través del presente Contrato y sus Anexos" (Pág. 8) En cuando a las obligaciones del Contratista, el capítulo II, en el que se relaciona el Objeto, Remuneración y Plazo, establece "2.01. Objeto. En virtud de lo establecido en el presente Contrato y conforme a los términos y condiciones previsto en el mismo, el Contratista se obliga para con Hidroituango a (i) efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la Construcción y Montaje y para la operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por terceros (...) (iii) realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada uno de las Unidades y la Hidroelectrica como un todo entren en Operación Comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el Cronograma Director" (Pág. 32). El Contrato establece como obligación del Contratista, en la cláusula 6.01 "Obligaciones de hacer del Contratista Comunes a todas las Etapas (...) (xlviii) Asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones que correspondan por la materialización de los riesgos que bajo la matriz de riesgos que aparecen como Anexo 6.14 de este Contrato tiene bajo su cargo" (Pág. 55). Así mismo, se estableció en el Contrato BOOMT, en la cláusula 6.10. los Derechos del Contratista, entre los cuales se encuentra "(iv) Manejar autónomamente en los términos del presente Contrato y las Disposiciones Aplicables, el desarrollo y la ejecución del Proyecto para lo cual podrá celebrar los Contratos de Construcción, los Contratos O&M y cualesquiera otros que considere útiles y apropiados para la ejecución del Proyecto". (Pág. 64)

En la Cláusula 6.12 se establece el Derecho de Inspección, indicando que "Con arreglo al Anexo 6.12 durante la Etapa de Construcción y la Etapa de O&M, el Representante de Hidroituango ejercerá el Derecho de Inspección con el objeto de verificar el cumplimiento del Contrato, el avance de las Obras en general, la operación y el mantenimiento, para lo cual Contratista deberá darle las oportunidades para realizar estas actividades, coordinando el acceso necesario y aportando ayudas, permisos y equipos de seguridad. Ninguna de estas actividades eximirá al Contratista de sus obligaciones o de su responsabilidad bajo este Contrato, ni implica la asunción de riesgo alguno por parte de Hidroituando, diferente de los ya asignados a éste en la matriz de riesgos contenida en el Anexo 6.14 de este Contrato" (Pág. 65). La subcontratación se establece más ampliamente en la cláusula 9.12 (Pág. 84), se resalta la siguiente "(v) Ninguna subcontratación que realice el Contratista se entenderá como una liberación de las obligaciones del Contratista quien, en todo momento, continuará siendo el directamente responsable de los actos e incumplimientos de cualquiera de sus Subcontratistas y de los de los agentes y empleados de éste último si fueran actos e incumplimientos suyos". Con relación a la aseveración unilateral que hace EPM no en calidad de parte del contrato BOOMT, sino como interventor de las obras ejecutadas por la Sociedad Hidroituango antes de la celebración del contrato, con relación a las salvedades contenidas en el Anexo 1.02 (7), la misma carece de fundamento, de conformidad con lo previsto en el mismo contrato: Basta con verificar en el contrato la Matriz de Riesgos, que corresponde al Anexo 6.14, a través de la

cual se delimitaron las responsabilidades de Hidroituango y de EPM ltuango, en tanto, se distribuyen y asignan los riesgos inherentes a las distintas etapas de ejecución del Contrato. A través de la Matriz, se puede identificar que los riesgos del proyecto se definieron conforme a tres etapas: 1. Riesgos en la Etapa de Construcción 2. Riesgos Comunes a la Construcción y a la Operación y 3. Riesgos en la Etapa de Operación; identificando en total 15 áreas de riesgo y 31 riesgos, debidamente asignados a las partes. Así mismo, la Contraloría debió tener en cuenta las Especificaciones Técnicas, que hace parte del Anexo Técnico 1.02 (2), el cual contiene todos los documentos técnicos de referencia correspondientes a la ingeniería básica y de detalle, como: los manuales de características de las obras y equipos, los memorandos de diseño, las especificaciones técnicas, los planos y estudios requeridos para la construcción del Proyecto aprobados por la interventoría del contrato de diseño. Las especificaciones técnicas se establecen para los equipos (eléctrico, mecánico e hidromecánico) y para las obras civiles, estableciendo los lineamientos técnicos que debía seguir el Contratista, con miras a reducir las contingencias que pudieran presentarse en la ejecución del contrato. El Contrato BOOMT estableció la posibilidad de que se materializaran riesgos y las responsabilidades que se asumían; dentro de las declaraciones del Contratista (Clausula 3.01) en la (vii) se establece: "Ha obtenido, directamente o a través de sus Accionistas (y estos le han comunicado o transferido), toda la información necesaria o apropiada en relación con los riesgos, contingencias y otras circunstancias que puedan influir o afectar el Proyecto o el cumplimiento de sus obligaciones bajo los Contratos del Proyecto y, directamente o a través de sus Accionistas, está en capacidad técnica y financiera para asumirlos" (Pág. 39-40). En la cláusula 6.14. denominada Asignación de Riesgos se establece "Las Partes acuerdan que la distribución y asignación de los riegos inherentes a la ejecución del Contrato son los establecidos en el Anexo 6.14 ("Matriz de Riesgos"). Los efectos económicos que ocasione cualquier riesgo no identificado a la Fecha de Firma del Contrato, no asignado en la Matriz de Riesgos y que se materialice durante la Etapa de Construcción, serán cargados como un mayor valor del Proyecto, para efectos del cálculo de Remuneración establecido en la cláusula 2.04 (i), salvo que en este Contrato el riesgo haya sido asumido de manera expresa por el Contratista. Cualquier riesgo no identificado a la Fecha e Firma del Contrato, no asignado en la Matriz de Riesgos y que se materialice durante la Etapa de O&M será asumido por el Contratista, salvo que en este Contrato haya asumido de manera expresa por Hidroituango" (Pág. 67). Se prescribe además en la cláusula 6.15, Principios de mitigación y efectos de materialización de riesgos, indicando que "(i) El Contratista deberá hacer todos los esfuerzos razonables, incluyendo erogaciones razonables para mitigar los riesgos a él asignados. (II) En el caso de los riesgo asignados a Hídroituango o a ambas Partes, pero que el Contratista este en mejor posición de controlar, éste deberá hacer todos los esfuerzos razonables, incluyendo las erogaciones razonables para su reparación o mitigación, y en el caso de su materialización, podrá trasladar a Hidroituango, en la proporción que le corresponda los costos razonables en que haya incurrido bajo esta cláusula" (Pág. 67) Por su parte el Anexo 1.02 (10) denominado Pólizas de Seguros, establece que en cumplimiento de la obligación de mitigar los efectos de la materialización de los riesgos propios del

Proyecto contemplados en el Anexo 6.14 (Matriz de Riesgos), el Contratista deberá en la Etapa de Construcción y de O&M (operación y mantenimiento) contratar los seguros, describiéndose de manera amplia y detallada cada una de las pólizas requeridas, estableciéndose las condiciones mínimas para su aseguramiento. Resulta contraevidente entonces, la manifestación realizada por EPM, en cuanto a que no se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto, no solo se consideraron, sino que además se distribuyeron al detalle las responsabilidades sobre dichas contingencias, teniendo el deber el contratista de asegurar cada uno de los riesgos que pudieran generarse en cada una de las etapas del contrato. ***No siendo jurídicamente posible, que la manifestación realizada por el gerente de la Sociedad EPM Ituango, en una junta directiva de la Sociedad Hidroituango, reunión 133 de Junta Directiva de Hidroituango del 4 de septiembre de 2012, en la que expresaba su opinión con relación a la responsabilidad de la empresa contratista por él gerenciada, derivada del contrato BOOMT, de ser de medio y no de resultado, tenga incidencia en el contrato mismo y su distribución de obligaciones entre las partes que lo suscriben****. Conforme consta en el Acta de Junta Directiva 133 del 4 de septiembre de 2012, en la reunión de Junta se trató en el orden del día un informe del Gerente, para ese momento era el señor Oscar Jaramillo, quien se refiere en un punto a la modificación del cronograma del proyecto, indicando que EPM I remitió una solicitud de aplazamiento del cumplimiento del Hito 1 (túneles de desviación y acceso a casa de máquinas) por un año, y modificación de la entrada de operación de la central por nueve meses; refiriendo además que no encuentra viable las modificaciones solicitadas, expresando las razones que lo motivaban. Cuando se discute el tema, el doctor Luis Javier Vélez Duque, quien asistía a la Junta Directiva de Hidroituango en calidad de invitado y no como miembro de la misma, hace la siguiente manifestación: "la argumentación que ha planteado EPM 1 para modificar la entrada en operación del proyecto, se refiere a hechos que son anteriores a la escisión que dio origen a EPM I (...) que cuando en la cadena del Project se mueve un hito, se mueven los demás en cascada. Ha nivel contractual han planteado que se deben modificar todos los hitos, y eso no quiere decir que no se pueda asumir un compromiso "de medios" para que se mantengan las fechas del Boomt pero, en cuanto a los resultados, eso es lo que está por definir". Frente a lo cual, el señor Iván Mauricio Pérez, miembro suplente del Gobernador de Antioquia, doctor Sergio Fajardo Valderrama, indica que "considera que el análisis se debe asumir con la mejor disposición y responsabilidad de todos, ya que desde el principio sabían las circunstancias en las que estaban". A su turno la señora María Eugenia Ramos, miembro principal de la Junta refiere que "no considera conveniente el argumento de las preexistencias, cuando desde su inicio EPM I aceptó el cronograma, ya que con ello se aceptaría que desde el principio estaban equivocados. Se debe buscar algo más proactivo y espera que en la reunión propuesta se tenga un panorama claro, sin partir del supuesto que el proyecto se recibió atrasado". Es claro entonces, que lo que se discutía la posibilidad de modificar el cronograma y el doctor Luis Javier Vélez, en calidad de invitado y no como miembro de Junta, refiere que EPM Ituango podría asumir un compromiso de medios y no de resultado en las fechas del BOOMT, manifestación que no fuera aceptada por los miembros de Junta. quienes en seguida presentaron sus razones. La opinión*

del gerente EPM Ituango planteada en una Junta Directiva, no tiene entonces la vocación de modificar el contrato, más cuando no se está refiriendo a las obligaciones del contrato, si no a las fechas del Cronograma. Es de conocimiento de la Contraloría el principio contractual que establece: que lo convenido solo puede ser modificado por las partes que intervienen en el convenio, principio que se expresa en diferentes cláusulas del contrato BOOMT: "4.02. Obligaciones del Contratista. (...) (x) (...) Se entenderá que para la modificación de las fechas de cumplimiento de los Hitos, originada en una revisión y actualización del Cronograma Director, es necesaria la celebración de un otrosí a este Contrato" (Pág. 42). "4.07 Procedimiento para cambios a las Características Inmodificables" (Pág. 46) "6.02. Obligaciones de no hacer del Contratista comunes a todas las Etapas. (...) (iii) Implementar cambios en las Características Inmodificables sin surtir el procedimiento establecida en la cláusula 4.07 del presente Contrato" (Pág. 55). En la Cláusula 9.17. referida a las Modificaciones, establece a su vez que "las modificaciones, adiciones, enmiendas y aclaraciones que se realicen a este Contrato, incluyendo pero no limitado al Cronograma Director, solo serán válidas cuando consten por escrito y estén debidamente _firmadas por los representantes legales de las partes" (Pág. 86) Se establece finalmente en la Cláusula 9.03, denominada Prioridad de los Documentos, que "El Contrato y sus Anexos se consideraran mutuamente explicativos. En caso de conflicto entre el cuerpo principal de este Contratos y sus Anexos, primará el cuerpo principal de este Contrato" (Pág. 81) Todo lo anterior evidencia la inexistencia de una conducta gravemente culposa de parte del señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa, en el ejercicio de la gestión fiscal de suscripción del contrato BOOMT, en tanto, se actuó con el deber objetivo de cuidado en representación de la Sociedad Hidroituango, contando con la asesoría de una entidad internacional como es la Banca BNP Paribas, para la arquitectura financiera del contrato, así como la asesoría de dos de las más prestigiosas firmas de abogados de Colombia para la distribución legal de los deberes y derechos para las partes en el contrato, además de realizarse éste con una filial de Empresas Públicas de Medellín, teniendo esta última la suficiente experiencia en obras hidroeléctricas y la solvencia financiera para ejecutarlas. Como se concluye de todo lo anteriormente relacionado, hubo especial cuidado en determinar a partir de una cuidadosa matriz de riesgo las contingencias que pudieran surgir en este tipo de obras, su distribución de responsabilidades y el aseguramiento de las mismas a partir de las pólizas relacionadas, siendo todo debidamente convenido con el contratista, quien asumió conforme la naturaleza de contrato BOOMT, por su cuenta y riesgo la construcción y operación de la hidroeléctrica, alcanzando solo el equilibrio económico del contrato cuando se llegare al punto de la comercialización de la energía producida, por lo que desde la estructuración del contrato, la Sociedad Hidroituango no asumió ningún riesgo financiero relevante que generara una daño patrimonial para la Sociedad y sus socios. Como dueña de los terrenos donde se realizaría la obra y dueña de la licencia ambiental, determinó un negocio comercial que generara seguridad energética para el país y un ingreso patrimonial para la Sociedad muy representativo basado en una tasa de retorno por la energía comercializada, todo lo anterior, sin comprometer los recursos del Estado, correspondiendo de tal manera con los principios de economía, eficiencia y eficacia como elementos de una correcta gestión fiscal.

R/: Como puede observarse, el argumento del apoderado, se limita a hacer un recuento de los hechos que llevaron a la suscripción del Contrato BOOMT para luego exponer ampliamente las implicaciones de un contrato de dicha naturaleza, que, cabe aclarar, en ningún momento han sido motivo de controversia o reproche alguno por este Despacho.

Como máximo representante de los intereses de la sociedad de objeto único, correspondía al señor Gómez Atehortúa, asegurarse de que el negocio a celebrar serviría para lograr los fines de esta, por supuesto propendiendo por el mayor interés de los socios de esta, pero sin olvidar la magna importancia que la misma representaba para el país. Con esto sobre la mesa y con total conocimiento del estado de las obras- retrasos en la contratación, pocos avances en el contrato de vías, etc., atribuibles a la sociedad que dirigía- y del proyecto en general, lo consignado en las salvedades fue la base para que el contratista atribuyera cada uno de los obstáculos a surtir, en lo consignado en el reprochado anexo. Aunado a lo anterior, se encuentra probado que el anexo contentivo de las salvedades, alteraba el esquema de riesgos en perjuicio de Hi, y atendiendo a sus obligaciones como gerente de la sociedad, el señor Gómez, debía obrar conforme al mejor interés de la misma, adicionalmente, las reprochadas salvedades generaron un incentivo negativo para que EPM convirtiera la obligación de la obra, naturalmente de resultado, en una obligación de medio. Más aun teniendo en cuenta que la misión de Hi, no es otra que *"Diseñar y construir la central hidroeléctrica, garantizar su entrada en operación y comercializar su energía, todo ello con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental"* , proyecto hidroeléctrico, que debía entrar a operar en 2018.

Es claro, que el referido Anexo 6.12 al BOOMT, dibujó un contrato en un escenario ideal, en el cual EPM.-I cumpliría con lo establecido si, y solo si no se presentaban contingencia de ninguna índole que atentaran en contra del cronograma de obra, lo cual resulta por demás utópico y contrario al principio de planeación en un proyecto de semejante envergadura. A propósito de lo anterior, vale la pena traer a colación las salvedades[676] realizadas por EPM, sobre el cronograma acordado:

[676] Carpeta 48/Información DD95/2. Contrato BOOMT y actas de modifiación bilateral/BOOMT con anexos

SALVEDADES REALIZADAS POR EPM SOBRE EL CRONOGRAMA ACORDADO

PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO

Con respecto a la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín quien fue el interventor de los diseños definitivos del proyecto, la Interventoría acepta haciendo las siguientes salvedades:

- No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto.

- El programa calculado tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la Interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que faltan por ejecutar.

  Todos estos compromisos actualmente los adelanta HI bajo su responsabilidad, por lo tanto todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por HI, no se clasificará como imputable a EPM.

  Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando claras la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control.

La inclusión de la premisa: "No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto", obedece- claramente- a un atentado a la lógica constructiva, máxime en proyectos de semejante calibre, premisa esta, que desde luego puso a HI, en una posición de "observador y doliente", pues estaba claro que con dicha consigna, el contratista del proyecto se eximía de cualquier tipo de responsabilidad. No se trata entonces del simple "desconocimiento de la autonomía de la voluntad privada", por parte del Despacho, sino de los límites de esta en tratándose de proyectos financiados con recursos públicos, en donde claramente alguna de las entidades debía asumir las consecuencias monetarias de los retrasos, pero en el que la lógica obliga a pensar más allá, en llevar el proyecto a un feliz término, y como se demostró en la imputación, dichas consignas si resultaron siendo perjudiciales para el proyecto. La finalidad del recurso público es la satisfacción del interés general, y no versa únicamente- como pretende hacerlo ver el apoderado- sobre las disposiciones contractuales establecidas entre las entidades.

Sobre el particular, se ha pronunciado la Corte Constitucional, así:

> "*Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y "en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho."*[677]
>
> *El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares"*[678]

Contrario a lo afirmado por el apoderado, EPM si se valió de las salvedades expuestas, para justificar lo que para ellos dejó de ser una obligación de resultados, y se transformó en una de medios, esto independientemente de la rareza, o atipicidad de un contrato como el BOOMT, lo cual nunca ha sido cuestionado por este Despacho.

Prueba de lo anterior, obra en el Acta de Seguimiento 18 al BOOMT, del 21 de noviembre de 2012, evidencia como al plantear el desplazamiento de la entrada en operación de la central, se parte de la base de que el cronograma original del proyecto quedó con "*condicionamientos que se materializaron*":

677 Sentencia C-088 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz). Reiterada en la sentencia C-372 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño).
678 Sentencia C-932 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

EPM recuerda que, tal como quedó pactado el cronograma del proyecto en el contrato BOOMT, en el 2018 no entrarían en servicio las cuatro unidades. Esta situación, de hecho, ya incumple con el compromiso adquirido con la CREG en la OEF que le fue adjudicada a HI en la primera subasta, porque la regulación actual supone que, aunque con una máquina se cumpla con entregar los 1.085 GWh asignados, la obligación incluye también que las cuatro primeras unidades entren en operación en 2018. La idea es, entonces, hacer un trabajo de estudio con la CREG para que acepten que con una unidad se cumple. Si esto se logra, el cambio de fechas en los hitos del BOOMT implicaría que la primera unidad estaría operando en el 2019, con lo cual estaríamos cumpliendo con la OEF dentro del año de gracia que permite la regulación (lógicamente, incrementando la garantía como la norma lo exige).

HI llevaría esta propuesta a la Junta, explicando la realidad del proyecto, y con una propuesta incluyendo los compromisos con la UPME y la CREG. De todos modos, manifiesta que el compromiso de puesta en servicio de operación comercial de la unidad 4 debe mantenerse tal como está en el contrato BOOMT.

EPM dice que el cronograma estuvo bien realizado, solo que quedó con unos condicionamientos que se materializaron. Se propuso sacar entre EPM e HI una lista de estos condicionamientos con los eventos ocurridos, para llevarlos a la reunión con la Junta

Resulta de mayor relevancia indicar, que Luis Javier Vélez Duque, en reunión 133 de junta directiva de Hi del 4 de septiembre de 2012, expuso la mutación de la obligación, al transformar una prestación de obra, la cual es típicamente de resultado, en una obligación de medio, esto en atención a la modificación de los hitos y los desfases del cronograma, así:

> ***"la argumentación que ha planteado EPM I para modificar la entrada en operación del proyecto, se refiere a hechos que son anteriores a la escisión que dio origen a EPM-I , y los problemas que se tienen actualmente en la obra con el contratista chileno, no entran en los desfases. Agrega que cuanto en la cadena del Project se mueve un hito, se mueven los demás en cascada. Ha nivel contractual han planteado que se deben modificar todos los hitos y eso no quiere decir que no se pueda asumir un compromiso "de medios" para que se mantengan las fechas del Boomt pero, en cuanto a los resultados, eso es lo que está por definir".***

En suma, las salvedades incluidas al cronograma del contrato BOOMT, si resultaron nocivas para el desarrollo del proyecto, a la vez que permitieron a EPM, alegar súbita transformación de la naturaleza prestacional de las obligaciones adquiridas en virtud del referido documento.

En este punto, resulta necesario precisar que la culpa grave que se estructuró en cabeza del señor Gómez Atehortúa, parte del hecho de haber suscrito el contrato BOOMT, conociendo las salvedades en este contenidas respecto de las cuales este Despacho se pronunció, en el sentido de explicar los motivos por las cuales las mismas alteraban el esquema de riesgos en perjuicio de Hidroituango y del proyecto mismo, dando espacio para que una obligación que debe ser de resultado, se convirtiera en una obligación de medio en la que el contratista iba a "intentar" lograr el cometido y entrar en operación en la fecha programada.

Lo anterior se erigió como un incentivo negativo en favor de EPM como ejecutor y en perjuicio de la obtención del cometido perseguido con ocasión de la inversión de los recursos públicos, cual era el de satisfacer el interés de los administrados proveyéndole al país una hidroeléctrica funcional.

Así las cosas, los argumentos de defensa planteados no logran demostrar que el señor Gómez haya obrado de manera prudente de cara a los recursos públicos que como máximo representante de la sociedad dueña del proyecto le correspondían, pues el objetivo tanto de Hi como de EPM era que los recursos que estaban invirtiendo sirvieran para satisfacer el interés general al proveer una hidroeléctrica funcional que le entregara el 17% de la energía al país. Lo que demuestran es que en las decisiones de administración que le competían les preocupaba única y exclusivamente si en la matriz de riesgo establecida pagaba una entidad o la otra y no, como debió ser, por acometer una obra de las dimensiones planteadas y con el impacto regional y nacional de la misma en las condiciones de costos inicialmente concebida, pues independientemente de quien deba pagar conforme a la matriz de riesgos, se trata de recursos públicos respecto de los cuales se exige el manejo probo y cuidadoso para satisfacer los intereses de la comunidad. Objetivo que a hoy y después de las cuantiosas inversiones injustificadas probadas en esta causa fiscal no se ha logrado terminar, pues la Hidroeléctrica no produce 1 solo KW.

En este punto, resulta necesario resaltar que, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la buena administración de los recursos públicos, es un derecho de los administrados y un principio que debe ser cumplido por los administradores de los recursos públicos, siendo parte esencial de la conducta que puede y debe exigírsele a quien toma decisiones relativas a la satisfacción del interés general, más en un proyecto de la envergadura del que nos ocupa:

> *"A los principios anteriores debe agregarse el de **la buena administración**, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993, constituye un criterio o estándar de conducta para las*

> *autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones […]. […] Como puede observarse,* ***el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano****,* ***de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados****"*[679]*.*

Por lo anteriormente expuesto, este argumento no es de recibo.

A renglón seguido, cuestiona el apoderado el nexo de causalidad en los siguientes términos:

> *"Respecto al Nexo Causal como elemento integrante de la Responsabilidad Fiscal Siendo consecuentes con nuestra argumentación, la ausencia de una conducta gravemente imprudente en el señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa, nos revelaría de referirnos a una nexo causal con el daño patrimonial establecido por la Contraloría, sin embargo, con la finalidad de ahondar en razones que permitan concluir a este ente de control la ausencia de responsabilidad fiscal del investigado, nos referiremos a la presunta atribución del resultado, circunscrito al incremento en la inversión por parte del contratista que deteriora el valor presente del proyecto, así como el lucro cesante por la no operación del proyecto en la fecha establecida en el contrato. Sobre la presunta existencia de nexo causal entre el presunto daño y la celebración del contrato BOOMT, suscrito por el señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa, manifiesta la Contraloría lo siguiente:*
> *"Se encuentra probado, que con anterioridad a la suscripción del contrato con el consorcio CTIFS ya existían retrasos importantes en el proyecto, retrasos atribuibles tal como se explicó en el acápite en el que se describieron los hechos generadores, a una secuencia de hechos concatenados que puso en estado de vulnerabilidad el proyecto, lo que se corrobora en el hecho de que fue necesario emitir orden anticipada de inicio al referido contratista" (Pag. 1014 Auto de Imputación) Al referirse la Contraloría a la existencia de hechos concatenados que generaron un estado de vulnerabilidad al proyecto, como causa de su no culminación en la fecha contractualmente pactada, se esta asumiendo implícita o explícitamente, lo que en la teoría del derecho se denomina entorno a la relación de casualidad a la "equivalencia de las condiciones", donde se sostiene que es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción, con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia, en tanto, toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, por lo que se habla de equivalencia de las condiciones necesarias para que se de un resultado. Para lo cual, se acude a una fórmula de carácter hipotético: la conditio sine qua non, por medio de la cual se considera que una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando, suprimiéndola mentalmente, es decir, imaginado hipotéticamente que la conducta no se hubiere realizado,*

[679] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 28 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2017-00042-00(2331)

> *desaparece necesariamente el resultado, situación que por si sola conduce a una determinación excesivamente amplia de causalidad que se retrotrae de manera indefinida (la causa de la causa del mal causado). Razón por la cual, hay que acudir a construcciones normativas limitadoras de esta teoría para evitar la aplicación de una causalidad ciega ab infinito. Al respecto, cuando ocurre, como lo plantea la Contraloría, una presunta secuencia de hechos concatenados que atribuidos a diferentes personas determinan el resultado, se requiere establecer cual condición resultó suficiente por si sola para producir el resultado. Para el caso entonces, debería preguntarse si el presunto atraso que existía en la obra antes de que EPM subcontratara al consorcio CTIFS, habría impedido por sí solo que no se culminara el proyecto en el tiempo previsto, la respuesta evidentemente es que no, en tanto si el tercer túnel (GAD) hubiera cumplido su propósito, el proyecto se habría culminado dentro del tiempo previsto en el contrato. Por lo que la causa determinante se concentra en este hecho, debiéndose por tanto la Contraloría concentrar en el análisis de la circunstancia por la cuales se acudió a la construcción de un tercer túnel y las razones de su colapso, como causa determinante para la no culminación del proyecto a término, y el incremento de las inversiones que generó la pérdida del valor presente neto del proyecto.*
>
> *En consecuencia, debe descartarse la suscripción del contrato BOOMT como causa del daño patrimonial, puesto que, al hacer uso de la causalidad hipotética, el resultado - la no culminación del proyecto en el plazo estipulado-, no se hubiera producido, si suprimimos mentalmente la conducta concreta del colapso del tercer túnel. Son estas consideraciones de orden jurídico y fáctico, soportadas en los medios de prueba que a continuación se aportan y solicitan su práctica, las que permiten afirmar la ausencia de responsabilidad fiscal del señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa en el ejercicio de su gestión fiscal como Gerente de Hidroituango.*

R/: En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> "L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un

> resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"[680].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> "Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que **no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción**. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[681].
>
> Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que **los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo**[682]:
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como***

---

[680] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[681] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[682] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> ***causa del daño****. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad.* ***Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño****".*
>
> Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[683]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN,**

683 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO**

ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[684] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[685], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; **a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en**

684 *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A-Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

685 Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual puso al proyecto en una situación de vulnerabilidad que desembocó en la mal llamada “contingencia de 2018”.
En ese orden de ideas, ha existido concurrencia de conductas en la concreción del daño señalado en esta providencia.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

DE LA SOLICITUD DE CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL:

A través de memorial con radicado No. 2020ER0053405 del 8 de junio del 2020, el señor Luis Guillermo Gómez Atehortúa solicita la cesación de la acción fiscal por considerar que operó el fenómeno jurídico de la caducidad en los siguientes términos:

> *"De conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000: "La acción fiscal caducará si transcurridos 5 años desde la ocurrencia del hecho generador no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Al respecto en el análisis de constitucionalidad de dicha norma, la Corte Constitucional manifestó en torno a su exequibilidad lo siguiente: (…) La caducidad es un límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declarada oficiosamente"*
> *De tal manera, la facultad legal para el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría atribuidos a mi gestión como Gerente y Representante Legal de la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P, durante el periodo que va del 16 de septiembre de 2008 al 23 de enero de 2012, ha fenecido como consecuencia del fenómeno jurídico de la caducidad.*
> *En consecuencia, solicito comedidamente la cesación de la acción fiscal, en tanto, se establece objetivamente que la acción no podía iniciarse por los hechos a mí atribuidos, en el Auto 0945 del 8 de noviembre de 2019, toda vez que han transcurrido más de 5 años desde la fecha en que cesaron mis funciones en calidad de gerente de la mencionada sociedad y el auto de apertura del proceso de responsabilidad Fiscal"*

R/: Tal y como se le indicó en Auto 879 del 21 de mayo de 2021 por lo que, al tratarse de un argumento de fondo, hay lugar a resolverlo en este punto así:

Sobre la configuración de la caducidad es preciso desatacar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015, reiterada por el Consejo de Estado:

> "*Esta Corporación se pronunció sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales, al declarar exequible un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará "una vez liquidados o terminados los contratos". La Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución, (u) el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes*."

La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales "se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación" Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión

fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales"[686]

Con ocasión de ello, el Consejo de Estado ha indicado que incluso cuando se desconozcan las fechas de terminación, liquidación o entrega resulta "innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no **existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas**"[687]

Con base en lo anterior, este Despacho ha decidido solicitudes de cesación de la acción fiscal presentadas por otros presuntos responsables bajo el mismo fundamento que el Dr. Gómez Atehortúa, indicando que como los hechos reprochados mediante el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, es evidente que se trata de hechos de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto, de conformidad con las anteriores consideraciones. Al respecto, es necesario destacar que, los argumentos expuestos atacan la conexidad de los hechos generadores de daño con lo cual se pretendía indicar que el término de caducidad no debía ser computado como se hizo en los Autos 945 del 08 de noviembre de 2019 y 1484 del 02 de diciembre de 2020, no obstante, como se demostró se trata de hechos de tracto sucesivo relacionados con el proyecto, que inclusive hoy no se ha terminado.

Por lo anterior, el argumento no está llamado a prosperar.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

---

[686] Corte Constitucional Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015 M P María Victoria Calle Correa reiterada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C P Carlos Enrique Moreno Rubio.

[687] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C P Carlos Enrique Moreno Rubio

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal, de forma solidaria, a título de culpa grave y como gestor fiscal en contra del señor LUIS GUILERMO GÓMEZ ATEHORTÚA; en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.**

FABIO ALONSO SALAZAR JARAMILLO

Al señor Salazar Jaramillo se le imputó responsabilidad fiscal, mediante Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, en los siguientes términos[688]:

> "de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), como gestor fiscal y a título de culpa grave en contra de FABIO ALONSO SALAZAR JARAMILLO".

Como consecuencia de las siguientes conductas:

> *"En este Contexto, le son atribuibles las siguientes omisiones en el ejercicio tanto del control de tutela como de las facultades propias en su calidad de miembro de la Junta Directiva:*
> *1. A pesar de ser miembro principal de junta directiva y dado que se trataba del proyecto más importante para la región omitió su deber de informarse sobre los pormenores del mismo, así como haber tenido una actitud pasiva que contribuyó a que el daño al patrimonio del Estado se consolidara.*
> *2. A pesar de conocer sobre las salvedades consagradas por EPM en el cronograma del contrato, no haberse asesorado para comprender el alcance de las mismas y haber mantuvo(sic) una posición pasiva al ni siquiera asistir a las sesiones de junta directiva.*
> *De lo anterior, resulta evidente el impacto que tuvieron las omisiones del señor Salazar en la producción del daño, pues a pesar de que tenía la competencia para ello, por ser miembro principal de la junta directiva no tomó acciones para apersonarse de estas situaciones y contribuir de manera activa a evitar la pérdida del valor presente neto del proyecto y el logro de la entrada en operación de la hidroeléctrica, dentro de las fechas programadas".*

Lo que se motivó en resumen así:

[688] Ver folio 18062 y ss, que corresponde a la página 611 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

En este sentido, el señor Fabio Alonso Salazar en calidad de alcalde de Medellín fungía para la época de los hechos como "jefe superior de la Administración", es decir como cabeza de un sector administrativo, como superior jerárquico de un ente territorial.

En dicha calidad, es posible exigir responsabilidad fiscal a tales jefes superiores de la Administración, cuando el daño fiscal ha sido generado por servidores y en el ámbito de organizaciones que están bajo sujeción de tales jefes, bien por jerarquía y/o por tutela. Es decir, la posibilidad de la responsabilidad fiscal derivada del control jerárquico y del control de tutela.

La dirección de la actividad administrativa que se les otorga a los jefes superiores de la Administración Pública en todos sus niveles y órdenes, no implica una delimitación ni separación tajante con respecto al cumplimiento y concreción de resultados atribuidos a las dependencias y funcionarios encargados de ejecutar las políticas públicas y los planes adoptados y conocidos por la alta dirección.

Los jefes superiores de la Administración tienen a su cargo varios mecanismos para impulsar la creación y promoción de directrices, políticas y proyectos en garantía de su material ejecución; y si bien dicha materialización se realizan por los distintos niveles de la entidad, órgano o sector estatal, los jefes superiores tienen atribuidas mecanismos de impulsión y de control y vigilancia activos, impuestos por la Constitución y desarrollados por la Ley normalmente en los ámbitos del ejercicio de un control jerárquico y/o control de tutela sobre las gestiones que cumplen sus subalternos y/o las dependencias que gozan de autonomía administrativa, pero en cuya acción intervienen de manera directa.

Si bien es cierto que los jefes superiores de un sector administrativo no tienen a su cargo los deberes de ejecución directa de todos los proyectos y programas a cargo de las organizaciones que dirigen o tutelan, sí ostentan precisos deberes de vigilancia.

Así las cosas, si por virtud de los deberes de control de tutela, control jerárquico y de la delegación el Jefe Superior, por acción u omisión, interviene o se involucra directamente en las decisiones de las dependencias y funcionarios ejecutores que la postre puedan conducir a la generación de un daño fiscal, y existe prueba no solo de la acción u omisión de dicho Jefe Superior sino, adicional y esencialmente, prueba de que **el mismo estuvo en capacidad de conocer** lo que sucedía, es posible, según la calidad de dichas pruebas verificables en cada caso concreto y la calidad de la conducta funcional, que dicho Jefe Superior pueda ser concebido causante, si es gestor fiscal según el caso; o como contribuyente al daño, siempre y cuando, claro está, su intervención por activa o pasiva tenga ocurrencia en la dinámica, real, material y concreta de las relaciones de dirección, instrucción, información, vigilancia, avocación, corrección de la actividad administrativa que le corresponde liderar conforme a la Constitución, a la Ley, decretos reglamentarios, ordenanzas y acuerdos, según el nivel al que corresponda

(…)

Esto evidencia la falta de diligencia del señor Salazar quien no atendió al modelo de conducta establecido en el artículo 63 del Código Civil ni mucho menos al estándar de buen hombre de negocios que le era exigible como miembro de junta directiva".

Por este motivo, el Despacho calificará las acciones desplegadas por el señor Salazar a título de culpa grave.

Dentro del término, presentó descargos mediante escritos con radicado 2021ER0042962 de 12 de abril de 2021 (fl. 23089 y ss) y 2021ER0042970 de 12 de abril de 2021 (fl. 23150 y ss) los cuales tienen idéntico contenido, por lo que el Despacho pasará a pronunciarse sobre los mismos:

El apoderado del señor Salazar, inicia su exposición, elevando una constancia procesal, en los siguientes términos:

"En esta actuación se viene configurando un conjunto de irregularidades sustanciales que producen una lesión al debido proceso y al derecho de defensa. Una de ellas, que ahora es importante resaltar, originó la violación del derecho al debido proceso en las formas propias de la actuación y el derecho a la defensa. Veamos en qué consistió
El pasado 2 de diciembre se dictó el auto de imputación 1484, que en el artículo primero dice: "Imputar responsabilidad fiscal solidaria, a título de culpa grave..." en contra de 28 personas y entidades vinculadas a la actuación. Además se ordenó "Archivar el proceso" en favor de 6 personas y entidades, que también habían sido vinculadas desde el auto de apertura. Ahora bien, en el artículo octavo dice lo siguiente: "Informar a los aquí imputados que de conformidad con el artículo 139 del Decreto Ley 403 de 2020, disponen de un término de diez días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o por aviso o en la página web de la entidad, según corresponda, para resentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer. ".
En esta decisión tenemos que a algunos de los investigados se les imputó cargos y a otros se les archivó, de manera que el trámite de la actuación debió ser el siguiente: primero surtir el grado de consulta, y una vez resuelto se contabiliza los 10 días de plazo para presentar los descargos y solicitar las pruebas.
Así lo enseña incluso el manual de responsabilidad fiscal de la CGR (REG-EJE-0030- 2017) cuando indica que en el curso del proceso de responsabilidad fiscal se puede imputar responsabilidad fiscal frente a algunas de las personas vinculadas al proceso y decidir el archivo frente a otras, esta decisión denominada archivo parcial o desvinculación, también es consultable. Si la providencia es mixta, es decir, contiene una decisión de Imputación y Archivo Parcial, en la parte resolutiva se ordenará primero el trámite del grado de Consulta del archivo parcial ante el superior jerárquico competente (Artículo 18 de la ley 610 de 2000). Una vez resuelta la Consulta, y en el evento que sea confirmada y en firme la desvinculación parcial, iniciará a correr el traslado de los diez (10) días hábiles de la Imputación a los demás sujetos procesales. (Pág. 263).
Esta manera de adelantar la actuación cuenta con precedente en la Contraloría, basta citar el PRF- 2016-00241, Auto 914 del 3 de septiembre de 2020 y el FRE-2017- 00309_IICC-PRF-005- 2017 y el Auto 773, de junio 5 de 2018.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, en este proceso la Contraloría se negó a aclarar y modificar lo señalado en el Artículo octavo del Auto de Imputación y, por lo tanto, a suspender el término para presentar los descargos. La Delegada rechazó todas las solicitudes que en este sentido se presentaron.

Disponer que el término para presentar los descargos empieza a correr antes de desatar el grado de consulta, atenta contra el derecho al debido proceso administrativo en lo que hace relación a las formas propias del mismo, el derecho de defensa técnica y a la igualdad de trato.

Se olvida, de igual manera, la finalidad que la legislación le otorga al grado de consulta, al establecerlo en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, que se deriva de una estrecha relación con los principios de derecho de defensa y el debido proceso.

En esta línea, la sentencia T-076 de 2o11, retomando la jurisprudencia constitucional sobre el debido proceso administrativo, enseña que el mismo se concreta en —(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal El objeto de esta garantía superior es (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, (ii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados".

En fin, hasta último momento se le reclamó a la Contralora Delegada que respetara estas garantías, el debido proceso y la defensa, pero nunca lo aceptó Solo por vía de tutela se logró que se garantizaran estos derechos fundamentales.

Los argumentos expuestos por el Dr. Nicolás Yepes Puerta, Juez 5 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, en el fallo de tutela emitido el 31 de diciembre de 2020, sirve de ejemplo para Ilustrar lo que se viene presentando en este caso:

"De entrada, se advierte que se aplican reglan disonantes o no coherentes con el ordenamiento jurídico, pues no puede admitirse que para unos casos resulten aplicables unas reglas que favorecen las actuaciones de los implicados en cuanto son mayormente garantes para el ejercicio del derecho de defensa, mientras que para otros se restrinja injustificadamente; esas exclusiones constituyen una forma de discriminación odiosa, repulsiva para cualquier sistema de reglas o procedimiento aplicable a una actuación administrativa, las que sólo despiertan suspicacias respecto del funcionario de turno frente al investigado. Si algo deja claro el Manual de Responsabilidad Fiscal de la CGR (REG-EJE 3o de 2017), al establecer respecto de las providencias mixtas que sólo una vez resuelta la Consulta y en el evento que sea confirmada y en firme la desvinculación parcial, inicia el traslado de los diez (10) días hábiles de traslado de la imputación a los cargos, es que existe un vacío legal o en la ley de responsabilidad fiscal que no ha sido reglamentado debidamente"

"Y si esa situación no ha sido reglamentada legalmente, no puede ampararse el funcionario de turno, en las contradicciones que le surgen ahora, por la expedición de una resolución al interior del órgano de Control, que precisa, que el Manual de Responsabilidad es únicamente una "herramienta de consulta" para todos los servidores públicos (.), para no afectar la independencia de que

goza cada operador fiscal para la toma de decisiones en el curso de los procesos con estricto apego a las normas que lo rigen", para aplicar en unos casos, de manera indebida reglas garantes del procedimiento, pero frente a otros caso similares, restringir su aplicación sin explicación alguna, pues tal independencia puede aceptarse, como allí también se dice, frente a las evaluaciones que pueden o no hacer para adoptar una decisión, pero no para interpretar procedimientos de orden público, para lo cual no se ha previsto la potestad de interpretación o modificación según las normas a las que remite el artículo 66 de la ley 6w de 2000, en tanto que expresamente el artículo 13 del Código general del proceso prohíbe su modificación o sustitución por los funcionarios o los particulares".

Esta decisión de tutela fue confirmada el 25 de febrero de 2021, en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín (M.P. Dr. Santiago Apráez Villuta), y este fallo recuerda que: "La falta de aplicación uniforme en las reglas que rigen las actuaciones fiscales en los efectos de la consulta por el vacío normativo no puede atribuírsele a los investigados, por el contrario, cuando un proceso fiscal contenga los mismos supuestos facticos y jurídicos se debe proceder conforme a los criterios adoptados por la entidad en casos similares. Ya que la igualdad no sólo es un derecho fundamental de todas las personas, sino que constituye un principio constitucional que garantiza el ejercicio de los demás derechos fundamentales, para garantizar que los demás derechos no queden a merced de la arbitrariedad del Estado".

Ahora bien, a pesar de la claridad y contundencia del fallo de tutela, en primera y segunda instancia, no resultó fácil ni pacifica la aceptación de la decisión, pues incluso fue necesario requerir a la Contralora delegada -después de que se confirmara el fallo para que acatara la decisión de los jueces constitucionales, y solo en ese momento se consigue que se corrija el auto de imputación en lo que hace relación al término para presentar los descargos, que en definitiva se contabiliza una vez resuelto el grado de consulta, que ya se desató y dispuso mantener vinculada a la actuación a la Compañía MAPFRE SEGUROS GENERALES SA, sociedad frente a la cual en un principio, se había dispuesto el archivo.

No deja de llamar la atención que luego de negarse la recusación que se presentó en contra de la funcionaria que instruye y decide este proceso, y por lo tanto se dispone reactivar la actuación, la Contralora delegada no actúa conforme a la decisión de los jueces que por vía de tutela ordenaron que el término de traslado para presentar descargos correría luego de resolverse el grado de consulta, razón por la cual se le tuvo que requerir por la defensa del Dr. Sergio Fajardo Valderrama y otros vinculados a la actuación, para que la acatara

Obviar la orden del juez de tutela, y solo acatarla cuando se reclama a la Contralora Delegada por un posible desacato, no puede dejar de resaltarse y por ello esta constancia en el escrito de descargos. Además porque las enseñanzas impartidas por los jueces que resolvieron esta tutela, deben iluminar el camino pendiente de recorrer en esta actuación.

R/: En primer término, de cara lo anotado por el apoderado es necesario precisar que dicha situación tal y como él mismo lo reconoce fue resuelta vía acción de tutela, por lo que no hay lugar a pronunciarse sobre el particular.

Ahora bien, de otro lado, alega el apoderado que la decisión de dicha acción de tutela fue cumplida por esta Delegada solo en virtud del requerimiento realizado por algunos apoderados, lo cual no obedece a la realidad procesal.

Cabe recordar que la tutela interpuesta en relación con la contabilización del término de traslado para presentar los descargos después de la imputación, fue notificada a este Despacho el día martes 15 de diciembre de 2020 (ver folios 20.301 y ss), de manera concomitante y antes de que la misma fuera decidida – Es necesario precisar que el juzgado 5 penal profirió fallo en la referida acción de tutela, el día 31 de diciembre de 2020- algunos apoderados presentaron recusación en contra de la suscrita funcionaria, los funcionarios de la Sala fiscal y Sancionatoria y el Contralor General, por lo que el Despacho debió proferir el auto 1580 de 17 de diciembre de 2020 (fl. 19.206) y en virtud del artículo 13 de la Ley 610 de 2000, suspender el proceso durante el trámite de la recusación.

Así mismo, cabe anotar que la recusación fue ampliada por los solicitantes el día 21 de enero de 2021, tal y como consta a folio 20.725 del expediente.

Es necesario precisar que por haber sido recusado el señor Contralor General, la misma debió ser enviada a la Procuraduría General de la Nación. Esta entidad se pronunció hasta el día 15 de febrero de 2021 (fl.21.269 y ss), después de lo cual el Contralor General se pronunció sobre la recusación en contra de los funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria mediante Auto ORD-80112-0004-2021 el día 4 de marzo de 2021 y finalmente el día viernes 5 de marzo de 2021 se pronunció la sala fiscal y sancionatoria mediante Auto ORD-801119-049-2021 sobre la recusación en contra de esta Delegada.

Dado que el cumplimiento de la acción de tutela implicaba una actuación procesal del Despacho, la misma únicamente podía proferirse después de resuelta la recusación y una vez reanudados los términos del mismo. Como puede verse, este Despacho solo pudo reanudar términos una vez readquirió la competencia mediante Auto ORD-801119-049-2021 proferido el día viernes 5 de marzo de los corrientes. Por lo que solo hasta el día lunes 8 de marzo de 2021, esta Delegada pudo mediante Auto 384 reanudar los términos del proceso. Auto que fue notificado el día 9 de marzo.

Es por ello que mediante auto 388 del mismo 9 de marzo de 2021, el Despacho cumplió con lo ordenado en la acción de tutela y así se le hizo saber al Despacho del señor Juez 5 penal de Medellín, tal y como se observa a fl. 21275 del expediente. Si bien de lo anterior resulta evidente que el Despacho cumplió con la acción de tutela motu proprio sin necesidad de que ninguno de los apoderados insistiera en el cumplimiento.

Lo que desvirtúa la afirmación del apoderado conforme a la cual: "*luego de negarse la recusación que se presentó en contra de la funcionaria que instruye y decide este proceso, y por lo tanto se dispone reactivar la actuación,* ***la Contralora delegada no actúa conforme a la decisión de los jueces que por vía de tutela ordenaron que el término de traslado para presentar descargos correría luego de resolverse el grado de consulta, razón por la cual se le tuvo que requerir por la defensa del Dr. Sergio Fajardo Valderrama y otros vinculados a la actuación, para que la acatara"***

En este punto resulta relevante revisar las comunicaciones, diferentes a la radicación de descargos y solicitudes de pruebas, que fueron allegadas al Despacho en particular por la apoderada del señor Fajardo y otros desde que se notificó la acción de tutela (15 de diciembre de 2020) y hasta cuando se profirió el Auto 388 de 9 de marzo de 2021, así:

FECHA	REMITENTE	CONTENIDO	FOLIO
24 de diciembre de 2020	Gustavo Quintero Navas	Autorización en favor de una abogada	20422 y ss
24 de diciembre de 2020	Gustavo Quintero Navas	Autorización en favor de una abogada	20426 y ss
28 de diciembre de 2020	ARACELLY TAMAYO RESTREPO	Solicitud información sobre el trámite dado a la recusación presentada	20505 y ss
29 de diciembre de 2020	Ana Milena Lopera R	Solicita que se le comparta el link para acceso al expediente	20507 y ss
18 de enero de 2021	FERNANDO AUGUSTO GARCIA MATAMORO	Solicitud de acceso al expediente	20695 y ss
19 de enero de 2021	CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO	Solicita información: si desde el 17 de diciembre de 2020 se ha producido algún movimiento en el proceso de la referencia, así como cualquier novedad en relación con el trámite de la recusación	20720 y ss
21 de enero de 2021	Aracelly Tamayo Restrepo	Solicita ampliación de la recusación	20.725 y ss
25 de enero de 2021	Carolina Deik Acostamadiedo	Solicita copias de piezas procesales	20904 y ss
28 de enero de 2021	Aracelly Tamayo Restrepo	solicito al Despacho se me informe el estado actual del trámite de la recusación que presenté el 16 de diciembre de 2020 contra la Contralora Intersectorial Nro. 09 (Juliana Velasco), la Sala Fiscal y Sancionatoria y el Contralor General de la República, y que amplié el 21 de enero de 2021.	20906 y ss
28 de enero de 2021	Aracelly Tamayo Restrepo	solicito al Despacho se me indique cuál es el sentido del oficio de asignación Nro. 77, suscrito por CLAUDIA CRISTINA SERRANO EVERS (Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción), dirigido a	20908 y ss

		JULIANA VELASCO GREGOY (Contralora Delegada Intersectorial N. 9), SIGEDOC radicado 20211E0001414 del 12 de enero de 2021, visible a folio 20.521 del expediente, conforme al memorial adjunto	
3 de febrero de 2021	Liliana Colorado	Solicitud de Copias	21076
3 de febrero de 2021	Zamir Bayter	Solicitud de Copias	21097
8 de marzo de 2021	Aracelly Tamayo Restrepo	Solicitud de aclaración y complementación del Auto de 8 de marzo de 2020	21483 y ss.

Visto lo anterior, resulta claro que no existieron comunicaciones de los demás apoderados instando a este Delegada a cumplir con la acción de tutela. Simplemente un memorial presentado por la Dra Tamayo, quien de manera apresurada asumió que en el mismo auto en el cual se reanudaban términos debía darse cumplimiento a la sentencia de Tutela. Cuando realmente primero debía reiniciarse la actuación y posteriormente tomar las determinaciones tal y como este Despacho lo hizo.

Por lo que mal hace el apoderado al inferir de tal situación una intención de este Despacho de desatender la orden del Juez de Tutela. Lo que en el caso concreto no ocurrió, pues se modificó el auto de imputación en lo referente, se dio trámite al grado de consulta y solo después de que éste fue decidido y tal decisión notificada se contabilizaron los 10 días para la presentación de los Descargos, por lo que entre el momento en que se profirió el auto de apertura y el momento en el cual se venció el término para presentar descargos, transcurrieron en el caso concreto más de 4 meses.

Por todo lo anterior, la constancia procesal que desea dejar el apoderado es realmente una tergiversación de lo ocurrido en el proceso y una percepción subjetiva e infundada del profesional del Derecho en relación con la postura de este organismo de control frente al cumplimiento de la Acción de Tutela, aun cuando como se demostró líneas atrás este Despacho siempre estuvo en la disposición de dar cumplimiento a la misma y así lo hizo una vez el trámite procesal lo permitió.

De otro lado el apoderado, ataca el auto de imputación con los siguientes argumentos:

Acerca de la caducidad

En el presente caso se configuró la caducidad de la acción para adelantar cualquier actuación fiscal en contra del Dr. Alonso Salazar Jaramillo.
La Ley 610 de 2000, enseña en relación con la caducidad de la acción fiscal, que: "La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto". (Art. 9).

De conformidad con la disposición antes citada, se tiene que ninguna de las omisiones o actos investigados en el presente proceso de responsabilidad fiscal son hechos o actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, en tanto, cada uno de ellos se concretan en un determinado momento y con consecuencias específicas, razón por la cual, los términos de caducidad de la acción se cuentan, para fectos de la caducidad de la acción, desde el día de su ocurrencia.

En el proceso no es aplicable el artículo 127 del Decreto 403 de 2020, que modificó el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, porque, como lo establece el artículo 166 de esa misma codificación, "...el presente decreto rige a partir de su publicación", es decir el 16 de marzo de 202o, momento en el cual este proceso había iniciado con auto de apertura.

Ahora bien, en el auto de imputación se indica que "en esta causa fiscal el objeto de la misma es un proceso, más no un contrato en particular. Se dice que el daño se ha producido como consecuencia de hechos concatenados y sucesivos cuyos efectos, a la fecha, no han finalizado, pues a hoy la hidroeléctrica no ha entrado en operación", y de esta manera se concluye que por tratarse de hechos de tracto sucesivo o continuados cuyos efectos no han finalizado, no ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal.

Dice la Contraloría que los hechos reprochados mediante el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, por lo que resulta, en sus palabras, "evidente que se trata de hechos de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto".

No podemos compartir esta manifestación por lo siguiente.

No acredita la Contraloría que se trate de hechos conexos generadores del daño, ni tampoco que son hechos de trato sucesivo. Solo lo dice, pero no lo demuestra. No expone las pruebas y los argumentos que permitan sustentar que estamos en presencia de hechos de tracto sucesivo, y esta situación imposibilita por completo ejercer la contradicción.

Los hechos que se reprochan en contra de mi poderdante no son de tracto sucesivo, y mucho menos se continúan ejecutando a través del tiempo.

Podemos además señalar, frente a los hechos recriminados a mi poderdante, que no son conexos, ni existe unidad de propósito en las diferentes actuaciones que se reprochan a los demás sujetos vinculados, y tampoco existe unidad de autor. Tampoco existe homogeneidad.

Para que exista un hecho continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto legal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible una sola intención y voluntad. No hay propósito, ni ningún otro tipo de componente subjetivo unitario. Por el contrario lo que se tiene es una pluralidad de supuestos comportamientos de acción u omisión que no son similares, ni fueron cometidos por el mismo actor o por actores coordinados, razón además que permite señalar que no estamos en presencia de una conducta de "tracto sucesivo" con efectos fiscales.

Insistimos entonces que la Contraloría no ha acreditado que en este caso se trate de actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, solo se limita a decir que sus efectos, que constituyen el daño identificado, se han extendido en el tiempo hasta el día de hoy, con lo cual no

alcanza a demostrar que efectivamente se trate de actos de carácter permanente.
No tiene soporte legal, ni probatorio, suponer que una omisión en el año 2008-2011, como las reprochadas a mi poderdante, por ejemplo no estar al tanto del proyecto, puso en estado de vulnerabilidad el proyecto hidroeléctrico y desencadenaron la emergencia en 2018
Tampoco se puede sustentar jurídica y probatoriamente hablando, que en este caso todas las conductas reprochadas conllevaron a la generación del daño al patrimonio del Estado.
Mucho menos es sustentable que en este caso no es posible tener como hechos independientes cada una de las conductas reprochadas, cuando el nexo de causalidad con los hechos generadores de daño no se encuentra acreditado en el plenario. Esta carga es de la Contraloría, y no la puede trasladar al investigado.
Un "hecho generador", no es lo mismo que el DAÑO en sí mismo El hecho generador es aquel hecho que produce el daño. Así las cosas, no son lo mismo el daño y la conducta (acción u omisión, dolosa o gravemente culposa) que produce el daño El daño continuado o de tracto sucesivo no implica la prolongación en el tiempo de los perjuicios causados, ni puede conducir a volver de "tracto sucesivo" cualquier hecho cuyos efectos se prolongan en el tiempo.
La conducta es una forma de hecho: un hecho humano voluntario; a su vez, cuando se habla de un acto equivale en sentido jurídico a una variedad de hecho, esto es, el hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho.
En este caso, no se trata de hechos de "tracto sucesivo", sino de hechos instantáneos enunciados en el auto de apertura, sobre los cuales ha operado ya la caducidad.
Los conceptos de hecho generador de daño y daño en sí mismo son diferentes, aunque guardan una relación de causa-efecto. El hecho generador de daño puede definirse como el suceso que da lugar al daño, y la conducta es aquella acción u omisión desplegada por el presunto responsable y en el caso de mi poderdante, la omisión que se le endilga no desencadena el hecho generador del daño
El daño patrimonial consistente en la destrucción del valor neto del proyecto y el lucro cesante, no se generó por los hechos imputados a mi poderdante. Las omisiones reprochadas a mi poderdante, entre estas, unos supuestos atrasos al inicio de la obra, la aprobación de tramitar modificaciones a los diseños de la vía, nuevas vías, cambios en la altura de la presa, inclusión de salvedades en el Contrato BOOMT, no son los hechos que generaron el daño patrimonial.
Así las cosas, las omisiones que se imputan no corresponden a actos o hechos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, por el contrario, son instantáneos, pero además no tienen relación causal que los vincule con el daño patrimonial del Estado que se reclama, y no tiene cómo soportarse que, debido a que la hidroeléctrica aún no ha entrado en operación, los efectos de los hechos concatenados y sucesivos no han cesado.
Por lo tanto, no es posible reclamar responsabilidad fiscal a mi poderdante por la supuestas omisiones, cuando estas tuvieron lugar más de cinco años atrás de la fecha en la cual se profirió el auto de apertura dentro del proceso de la referencia, las cuales pretende enlazar con el colapso de la GAD Incluso si se

revisan las omisiones reprochadas a mi poderdante en ejercicio del control de tutela y como integrante de la Junta de HI, es verificable que estas tienen ocurrencia en un momento determinado.

Para soportar lo que venimos señalando debemos recordar que el Consejo de Estado al realizar consideraciones encaminadas a identificar cómo se aplica la caducidad frente a los distintos hechos, instantáneos o complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, ha destacado que será instantáneo cuando resulta susceptible identificarlo en un momento, como es el presente caso:

"Debe recordarse que el daño patrimonial, por lo general en la administración pública, reviste el carácter de complejo dado que las decisiones se componen de actos, operaciones o hechos administrativos, los cuales son realizados por varias personas en desarrollo de los procesos misionales y de apoyo; además pueden converger varias acciones u omisiones en la producción de un daño patrimonial al Estado. La Sección ha destacado la relación existente entre el tonteo del término de caducidad, la naturaleza del daño y el momento en que el mismo se configura, a partir de lo cual ha señalado: "El término de caducidad que se contabiliza a partir de la ocurrencia del daño ("fecha en que se causó el daño"). La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como, por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños. En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (t) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce (...)".

Ahora bien, la caducidad hace parte del debido proceso y su interpretación debe ser exegética y restrictiva, conforme se desprende de los principios propios del estado social y democrático de derecho. Igual, la caducidad es una figura de orden público, irrenunciable y debe ser declarada de oficio (Sentencia C-227/09).

En virtud de las consideraciones anteriores, en el presente caso, en lo que se refiere a mi poderdante, no estamos frente a hechos de tracto sucesivo o continuado como lo pretende la Contraloría, tampoco resulta complejo o difícil identificar el momento exacto donde sucedió el hecho, circunstancia que es diferente al momento en el cual se producen sus efectos Por lo anterior, se debe contabilizar el término de caducidad de la acción frente al instante en que ocurrió cada una de las múltiples causas generadoras del daño que se señalan en el auto de imputación.

De conformidad con lo anterior, si la serie de circunstancias que dieron lugar al supuesto detrimento patrimonial no resultan complejas, ni continuas como

tampoco de tracto sucesivo, y por el contrario son instantáneas, en esta medida, frente a los mismos operó la caducidad de la acción fiscal, en los términos del artículo 9 de la Ley 610 del 2000.
Así las cosas, con todo respeto se solicita decretar que en este caso operó la caducidad, y en consecuencia disponer en lo que hace relación a mi poderdante, finalizar la actuación del órgano de control fiscal.

R/: En primer término, se tiene que el apoderado invoca nuevamente la ocurrencia de caducidad de la acción fiscal, para lo cual toca distintos temas. De un lado considera que los hechos de la presente causa fiscal no son de tracto sucesivo. De otro lado argumenta que las conductas son hechos y que es claro el momento en el cual se da cada uno de ellos, de igual forma considera que los hechos descritos en la causa fiscal no son generadores del daño. Por lo que concluye que en el caso concreto operó el fenómeno de la caducidad.

Si bien este tema ha sido resuelto al interior del proceso en diferentes autos como por ejemplo el Auto 474 de 2021 vale la pena pronunciarse nuevamente sobre el particular, desde la óptica planteada por el apoderado así:

En primer término, resulta necesario precisar qué se entiende por "hecho", para lo cual es necesario acudir a la Real Academia de la Lengua. Si bien la palabra hecho tiene muchas acepciones, una de ellas es: "Una cosa que sucede"[689].
En el caso concreto el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, cuando se utiliza la palabra hecho, implica esa acepción, se trata de algo que sucede y como producto de ello se genera un daño al patrimonio del Estado.

Distinto es que eso que sucede pueda ser producto o no de una "conducta"[690] imputable, es decir, atribuible jurídicamente a una persona u otra.

En este sentido los hechos no se circunscriben a las conductas sino que existen al margen de estas.

En el caso concreto los hechos generadores del daño fueron resumidos en el Auto de Imputación así:

1. ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO

[689] https://dle.rae.es/hecho
[690] La palabra conducta significa *"Manera con que las personas se comportan en su vida y acciones*" https://dle.rae.es/conducta?m=form.

DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.
2. INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.
3. ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.
4. ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.
5. TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

En el acápite de Hechos, éstos fueron descritos en la línea de tiempo, dado que se trató de hechos consecutivos los cuales llevaron a que el Proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango se hicieran unas mayores inversiones no justificadas que llevaron a que se destruyera el valor presente neto del Proyecto e igualmente que

el proyecto no pudiera entrar en operación en la fecha establecida y generara un lucro cesante.

Ahora bien, estos hechos son producto de múltiples conductas atribuidas a las diferentes personas naturales y jurídicas vinculadas en esta causa fiscal, de conformidad con lo descrito y probado para cada una de ellas en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

Por lo que no es cierto como mal pretende el apoderado simplemente identificar los hechos de esta causa fiscal con las conductas atribuidas a los diferentes vinculados. Ahora bien, establecido lo anterior, este Despacho sostuvo que se trata de hechos de tracto sucesivo y que a la fecha la afectación no ha cesado pues el proyecto sigue sin entrar en operación, por lo que a la fecha no produce 1 solo kwh de energía e igualmente, se continúan realizado inversiones que tal y como se explicó en el auto de imputación pueden ser calificadas como injustificadas, toda vez que *"**excedió significativamente lo presupuestado en el modelo que sirvió como cierre financiero del proyecto y obedeció a conductas, que** tal y como se explicará en el acápite de "CONDUCTA Y NEXO DE CAUSALIDAD", **fueron negligentes ya que responden a problemas de planeación, improvisación, errores constructivos y de seguimiento y control, que llevaron a que se causara un daño al patrimonio del Estado** como consecuencia de la pérdida del valor presente neto del proyecto.*
Así mismo, como consecuencia de estos hechos se concretó el riesgo de no entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018 y por lo tanto se generó un lucro cesante, el cual como se verá en el acápite correspondiente también ocasionó un daño al patrimonio del Estado"[691]*.* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original*)*

En este contexto, es importante poner de presente que el apoderado al citar la Sentencia del Consejo de Estado que se refiere a los hechos de tracto sucesivo, olvida transcribir una parte que resulta fundamental en el caso concreto en la cual se lee lo siguiente:

> *"En consonancia con lo anterior, la Sala ha estimado que el conteo del término de caducidad en la acción de reparación directa debe hacerse en consideración a si el hecho generador del daño produce efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables o, por el contrario, dichos efectos son mediatos, prolongados en el tiempo, posición a la que acudió el recurrente como apoyo de su argumentación. Respecto a los hechos que generan efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables -aquellos cuyas consecuencias se vislumbran al instante, con rapidez y dejan secuelas permanentes-, la contabilización del término de caducidad de la acción se inicia desde el día siguiente al acaecimiento del hecho, al tenor del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. **Por el contrario, al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, esta***

[691] Ver folio 17.782 vto, que corresponde a la página 32 del auto 1484 de 2 de diciembre de 2021.

> ***circunstancia impone en aras de la justicia que se deba contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño****".*

En igual sentido, de manera específica en lo que atañe al Proceso de responsabilidad fiscal se pronunció la sección quinta del Consejo de Estado, en desarrollo de las funciones de descongestión, en donde expresamente sostuvo que:

> *"En criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, incluso resultaba innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió,* ***bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas****"*[692]*.*

En este entendido, resulta claro para el Despacho que la mal llamada "contingencia de 2018", simplemente hizo evidentes los hechos sucesivos y complejos que venían presentándose, al desencadenarse como producto de la vulnerabilidad en que había sido puesto el proyecto, se trata de un caso en el que el daño solo se hizo evidente con el paso del tiempo y con posterioridad a haberse verificado el hecho generador.

Ahora bien, lo que en últimas alega el apoderado se refiere al hecho de que, desde su percepción subjetiva no existe un nexo de causalidad entre los hechos y el daño, pero realmente, por la confusión que sobre este tema demuestra el apoderado en su escrito al comprender que los hechos se limitan a las conductas, este tema será resuelto más adelante al abordar el argumento del apoderado frente a la inexistencia de un nexo de causalidad.

En este punto, el Despacho considera que los argumentos esgrimidos por el apoderado no desvirtúan lo sostenido en el auto de imputación en relación con la caducidad de la acción fiscal, por lo que se niega la declaración de caducidad solicitada y se prosigue resolviendo los demás argumentos que plantea el apoderado.

Después de los argumentos enunciados, se refiere el apoderado a una "PETICIÓN INICIAL", la cual se refiere a una nulidad, la cual fue negada mediante Auto 709 de 19 de abril de 2021, decisión que fue confirmado por la sala fiscal, mediante auto RD-801119-157-2021

Ahora bien, prosigue el apoderado con la exposición de los argumentos de defensa con una introducción relativa a la formación y el perfil profesional del señor Salazar Jaramillo en los siguientes términos:

---

[692] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00195-01

El doctor Alonso Jaramillo Salazar, es Comunicador Social egresado de la Universidad de Antioquia, con un conocimiento profundo de la realidad social de Medellín, afianzado a partir de diferentes investigaciones que se han divulgado en libros públicamente conocidos, y además porque trabajó largos años en programas de desarrollo social en sus comunas.
Ha publicado los siguientes libros sobre el tema del narcotráfico y violencia en Medellín: No nacimos pa' semilla, la cultura de las bandas juveniles en Medellín, Editonal CINEP, 1990; Subculturas del narcotráfico, Editorial CINEP, 1992; Drogas y narcotráfico en Colombia, Planeta 2001; La Parábola de Pablo, editorial Planeta, 2001. Y sobre el proceso de poblamiento en Medellín: La génesis de los invisibles Historias de la segunda fundación de Medellín, Antropos, 1996.
Es también el autor de los siguientes libros. Mujeres de fuego (1993); Profeta en el desierto, vida y muerte de Luis Carlos Galán, editorial Planeta, 2003; No hubo fiesta, crónicas de la revolución y la contrarrevolución, Aguilar editorial, Penguin — Random House, 2017.
En el año 2004 asumió por primera vez un cargo público, cuando el doctor Sergio Fajardo Valderrama, lo designó Secretario de Gobierno de Medellín, cargo en el que se desempeñó desde el 1 de enero de 2004 hasta final del año 2006. Luego fue elegido Alcalde de Medellín, en octubre de 2007, por lo que inició funciones el i de enero de 2008 y terminó el 31 de diciembre de 2011.

Continúa la exposición haciendo referencia a las conductas reprochadas a su mandante en los siguientes términos:

2.1. Acerca de lo que dice el auto de imputación, frente a la responsabilidad fiscal endilgada al Dr. Alonso Salazar Jaramillo.
La Contraloría, al formular la imputación a mi poderdante, procede a señalar las supuestas omisiones que en su parecer incidieron de manera determinante en la destrucción del valor del proyecto y la consolidación de un lucro cesante. Se parte de la conclusión, lo cual deja la sensación que no hay margen de defensa, porque la Contralora delegada tiene una idea preconcebida del tema. Además como lo manifiesta directamente, el ente de control se subroga en la posición de la entidad afectada para recuperar el patrimonio del estado, y de esta manera consideramos que se convierte en "juez y parte". Por esto, entre otras razones, siempre se ha reclamado que el funcionario que se encarga de la etapa final del proceso, una vez se dicte imputación, sea diferente al responsable de abrir y adelantar la investigación. Es una garantía básica del debido proceso administrativo
Continuando con lo que señala el auto de imputación, debemos decir que en el caso de mi poderdante se considerarán omisiones en una doble calidad: a) Alcalde de Medellín y b) Miembro de junta directiva de Hidroduango (en adelante, HI) Al resaltar la doble calidad en la que se formula el reproche a mi poderdante, se dice lo siguiente:

a) *En calidad de Alcalde: "...de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario (fl. 10883 y ss), se encuentra probado que el señor Salazar se desempeñó como alcalde de la ciudad de Medellín en el*

periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2012" (Págs. 611-612) Al respecto debemos precisar que mi poderdante ejerció como Alcalde solo hasta el 31 de diciembre de 2011, no hasta diciembre de 2012, como equivocadamente lo refiere la Contraloría.

b) En calidad de integrante de la junta de HI: ".. en este punto resulta pertinente precisar que al señor SALAZAR se le imputará responsabilidad fiscal por el hecho de ser miembro principal de la junta directiva de Hidroituango... durante un periodo de 4 años " Al respecto debemos señalar que mi poderdante fue designado como integrante de la junta de HI, en la asamblea general de accionistas que se llevó a cabo el 6 de octubre de 2008 (acta 19), es decir que durante los primero 9 meses del año 2008, el Dr. Alonso Salazar no fue miembro de esta junta. Esta designación la mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2011.

Seguimos con lo que dice el auto de imputación, base y marco límite de la defensa y de la contradicción. Se indica por la Contraloría que mi poderdante. "En calidad de miembro de junta directiva contaba con la capacidad para incidir sobre las decisiones y en calidad de alcalde ejercía un control de tutela sobre el gerente de E.P.M con lo que contribuyó de manera determinante en la generación del daño y ampliamente valorado en el capítulo del daño de este proveído".

Se concretan las omisiones endilgadas a mi poderdante (que reiteramos en términos de congruencia son el marco límite de la defensa) a página 615 de la imputación, cuando se advierte que "...le son atribuibles las siguientes omisiones en el ejercicio tanto del control de tutela como de las facultades propias en su calidad de miembro de la Junta Directiva:

1. A pesar de ser miembro principal de junta directiva y dado que se trataba del proyecto más importante para la región omitió su deber de informarse sobre los pormenores del mismo, así como haber tenido una actitud pasiva que contribuyó a que el daño al patrimonio del Estado se consolidara.

2.A pesar de conocer sobre las salvedades consagradas por EPM en el cronograma del contrato, no haberse asesorado para comprender el alcance de las mismas y haber mantuvo (sic) una posición pasiva al ni siquiera asistir a las sesiones de junta directiva.

R/: Sobre estas precisiones temporal le asiste razón al apoderado, sin embargo las mismas no desvirtúa los elementos de la responsabilidad fiscal estructurados en cabeza del señor Salazar Jaramillo.

Continua el apoderado su defesa así:

Así las cosas, pasamos a discriminar cada una de las omisiones endilgadas y a exponer los argumentos de la defensa:

2.1.1. Las supuestas omisiones como miembro de la junta de HL

Para precisar frente a este reproche, y en aras de ejercer la defensa, dice la Contraloría, que mi poderdante " a pesar de haber tenido la calidad de miembro principal de la Junta directiva revisadas tanto las actas de junta directiva como la certificación expedida por Hidroituanqo, se encuentra probado que no asistió a ninguna de las reuniones de la junta directiva. Revisado el acervo probatorio,

se tiene que como suplente del mismo obraba el señor Juan Felipe Gaviria" (Página 613 del Auto 1484 de 2020).

Se agrega en el Auto lo siguiente: "Dado que el señor Salazar no asistió a ninguna de las sesiones de junta directiva, lo cual no resulta excusable si se tiene en cuenta que tal y como se explicó en la primera parte al referirse a la responsabilidad de los miembros de juntas directivas, se trataba del proyecto más importante para Antioquia en la época de los hechos, por lo que sin duda era es (sic) un proyecto que también impacta al Municipio de Medellín, este Despacho procedió a indagar si existían comunicaciones cruzadas entre el municipio y EPM y entre el Municipio e Hidroituango, en las cuales se demostrara que el señor Salazar se había informado y/o había realizado alguna manifestación en relación con el desarrollo de la hidroeléctrica".

"Si bien, en respuesta a dicha solicitud, el Municipio allegó un copioso material de comunicaciones recibidas y enviadas tanto con EPM como con Hidroituanqo, en ninguna de ellas se encuentra que el señor Salazar haya realizado ninguna actuación dirigida siquiera a informarse sobre el estado del proyecto".

"A pesar de lo anterior, es importante precisar que el señor Salazar suscribió en calidad de Testigo el Contrato BOOMT, lo que aunado al hecho de que en la presentación sobre dicho contrato a los miembros de la junta se informó que la minuta había sido enviada a todos con antelación así:

Descargo de Responsabilidad.

Esta presentación solamente hace referencia a las generalidades del contrato BOOMT y fue elaborado con propósitos ilustrativos El detalle del clausulado con la redacción exacta fue distribuido a todos los miembros de Junta con anterioridad para su análisis previo

Al respecto es necesario reseñar lo siguiente: si lo que la Contraloría está recriminando es la omisión en la que supuestamente incurre mi poderdante por no haber "...realizado ninguna actuación dirigida siquiera a informarse sobre el estado del proyecto", en tanto se ".. trataba del proyecto más importante para Antioquia en la época de los hechos, por lo que sin duda era es (sic) un proyecto que también impacta al Municipio de Medellín", no se podrá dejar de reconocer la contradicción en la que termina incurriendo el ente de control cuando a renglón seguido admite que el Dr. Alonso Salazar Jaramillo, suscribió el contrato BOOMT como testigo, lo cual indica no solo que estaba al tanto del proyecto, sino que por el rol que desempeña y la importancia de la institucionalidad que representa, el Alcalde, comparece como testigo en el acto de suscripción del contrato, en señal de respaldo, al igual que el presidente de la Republica y el Gobernador del Departamento.

Entonces, en estos términos, la suscripción del contrato BOOMT en calidad de testigo, es prueba de la atención que le mereció, a mí poderdante, el proyecto desde el momento que se asume como una alternativa de generación de energía para la ciudad, el departamento y el país, en general.

Existe prueba en el proceso de los ingentes esfuerzos que realiza el Alcalde para lograr que el proyecto se materialice, y por ello Junto a las autoridades departamentales y con el respaldo del Presidente de la República, se alcanza un acuerdo para que se desarrolle por una entidad pública, en este caso EPM, lo cual resultaba la mejor alternativa, no solo por la naturaleza de empresa pública, por su brazo financiero, por su experiencia, por el reconocimiento nacional e internacional, sino porque es un proyecto que se venía estudiando y

discutiendo desde décadas atrás, se cuenta con un importante conocimiento acumulado en EPM y además esta empresa es dueña del 46% de HI, como accionista.

No se entiende la razón por la cual no se reconoce en esta investigación estos valores agregados, y por el contrario pareciera ser un aspecto negativo, casi que de reproche, a la hora de revisar el megaproyecto en todo su contexto, y para el momento en el cual poderdante intervino (2008-2011).

Insistimos, se recrimina a mi poderdante por no estar al tanto del proyecto, pero de manera contraevidente se desconoce lo que en este sentido significa avalar el proyecto, apoyarlo, jalonarlo, es decir todo el camino para concretarlo, y para que desde lo público se materialice en favor de los intereses colectivos. Prueba de ello es el recorrido de la negociación que terminó con el contrato BOOMT, en el cual intervino el Alcalde de Medellín, junto al Gobernador de Antioquia y al Presidente de la República, tanto es así que lo suscriben en calidad de testigos, lo cual significa que toda la institucionalidad del país está de acuerdo con el mismo. Además, en los términos de lo que significa actuar como buen hombre de negocios, esto sí que es revelador, y es un logro del Alcalde alcanzar este respaldo para un proyecto de tal magnitud, donde se requiere de toda la institucionalidad del país para sacarlo adelante. Entonces, esta situación, que evidencia positivamente la buena gestión de mi poderdante frente al proyecto, no se puede dejar de reconocer.

Ahora, como la Contraloría también pretende cuestionar el contrato BOOMT por las condiciones en las que se suscribe, esto será motivo de análisis más adelante, por ahora basta decir que mi poderdante conoció y actuó diligentemente, asesorado de un conjunto de expertos en los temas técnicos, económicos, financieros, contractuales y jurídicos, desde el momento en que se tuvo la oportunidad de concretar este proyecto calificado como muy "...importante para Antioquia en la época de los hechos...que también impacta al Municipio de Medellín".

Así las cosas, se espera que este órgano de control al revisar la actuación, reconozca el contexto en el cual se materializó el proyecto, durante el cual interviene mi poderdante, y en el tiempo que lo hizo, de lo cual se desprende que no solo actuó diligentemente como buen hombre de negocios sino que ejerció el control de tutela.

En este orden de ideas, y para continuar con el análisis de la supuesta omisión como miembro de la Junta, es importante señalar que como lo permite la ley y los estatutos, la Junta directiva de HI, está integrada por 5 miembros principales con sus respetivos suplentes personales. Son los accionistas y en el porcentaje que a cada uno le pertenece, los que tienen derecho a la designación de los integrantes de la junta. En este caso la empresa accionista de HI es EPM, no el municipio de Medellín.

Mi poderdante, el Dr Alonso Salazar Jaramillo, es designado en la junta de HI, porque EPM, como dueña del 46%, lo lleva a la misma —debemos recordar que el Alcalde de Medellín es presidente de la junta directiva de EPM- y de forma diligente y como buen hombre de negocios, se acompaña de un suplente personal de las calidades del Dr Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, que por sus condiciones profesionales es prenda de garantía para sacar adelante los objetivos de la empresa y el proyecto.

Entonces, este hecho no puede ser motivo de reproche fiscal a mi poderdante. En la junta de HI durante el período cuestionado (octubre 2008-dic 2011), participó activamente el Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, suplente personal del Alcalde, quien siempre asistió a las juntas de HI y votó las decisiones que se debían adoptar por este órgano empresarial que reprocha la Contraloría, como se tiene debidamente reconocido en el proceso.

El doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, fue designado como suplente personal del Alcalde de Medellín, entre otras razones porque cumplía a cabalidad con el perfil que establece el Reglamento interno de la Junta Directiva, en su artículo 4, es decir "sujetos cualificados, preferiblemente profesionales, con experiencia y en conjunto, debían tener conocimientos y experiencia en la industria de energía, finanzas, riesgos".

Mi representado de forma diligente, prudente y como un buen hombre de negocios, se acompaña de un suplente personal en la Junta directiva de las calidades del Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez. Estamos hablando de un ingeniero civil de la Universidad Nacional, con maestrías en estadística matemática y matemática aplicada, exalcalde de la ciudad de Medellín (1983-1984), exministro de Obras Públicas y Transporte (1990-1992), ex rector de la Universidad Eafit (1996-2003) y además ex gerente de EPM en el periodo 2004 — 2007. Conocía de forma muy importante el proyecto. Un profesional idóneo para apoyar con suficiencia este tema.

La designación de Juan Felipe Gaviria Gutiérrez como suplente permite acreditar la diligencia con la que actuó mi poderdante, de manera que no se le puede reprochar por no asistir a las Juntas, pues por los conocimientos y las funciones que corresponde realizar, en el contexto que se presentaba en ese momento, resulta correcto, como lo haría un buen hombre de negocios, llevar a la Junta a quien con creces satisfacía el perfil para acompañar la empresa en las tareas que se pretendían desarrollar. Así lo autoriza la legislación que regula la materia, al igual que los estatutos de HI, y no se puede por ello formular reproche.

Ahora, el perfil del Alcalde Alonso Salazar Jaramillo, que la Contraloría no puede pasar inadvertidamente, aunque lo refiere en el auto, es el siguiente: un hombre que surge de las letras, el periodismo, escritor e investigador social. Por esta razón adicional, de forma responsable, prudente y como un buen hombre de negocios, sabe que en los temas como el de HI, en el que se tratan asuntos absolutamente especializados y se requiere tomar decisiones con un altísimo conocimiento, es importante llevar como suplente personal en la junta al mejor, un profesional con la experiencia y la capacidad demostrada para el manejo de estas actividades, como lo es el Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, que reiteramos conocía el proyecto como ninguna otra persona, fue gel ente de EPM por más de 4 años, empresa dueña del 46% de HI, y en su periodo como gerente acompañó la construcción de obras muy importantes que daban experiencia para avanzar en este proyecto, como se acredita con los informes que presentó durante la gerencia de EPM, que se aportan como prueba

De esta manera no es cierto que el Dr. Salazar Jaramillo haya incurrido en omisión alguna, tampoco que su actuar fuera determinante para la producción del daño que se investiga en este proceso, mucho menos que haya permitido que EPM consagrara salvedades en perjuicio del proyecto y del interés de HI.

El Dr. Alonso Salazar Jaramillo, atendió al modelo de conducta establecido en el artículo 63 del Código Civil y el estándar de buen hombre de negocios, que le era exigible:

Mi poderdante no solo estuvo informado del proyecto, sino que lo jalonó de manera relevante, bajo el entendido de la importancia para el país, el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín, que requería del concurso de las más altas autoridades en estos ordenes territoriales, y en este sentido el alcalde de Medellín acompaña toda la gestión y logra, a no dudarlo, que se consolide, al punto que se alcanza un acuerdo entre el IDEA y la Gobernación (socios de MI) y EPM para que esta empresa pública se encargue del mismo, una alternativa absolutamente valida por la experiencia, la capacidad técnica y financiera, el buen gobierno, la estabilidad jurídica, el respaldo, el good will, el Know-how, en fin, una empresa con reconocimiento nacional y mundial, ganado durante los últimos 50 años El Dr. Salazar Jaramillo, adicionalmente ejerce control, rodeado y acompañando de expertos, que advierten la importancia del proyecto y dan cuenta de una alternativa interesante no solo para el municipio, sino también para el departamento, lo cual motiva promover, jalonar y acompañar la iniciativa, pero además porque el Alcalde de Medellín es un hombre de gran sentido de lo público, y como los expertos lo señalaban desde aquel momento, las utilidades que arrojaría suscribir el contrato BOOMT con EPM, son muy importantes para el desarrollo de los territorios de influencia de la hidroeléctrica. En fin, son los réditos que arroja materializar el proyecto desde lo público, los cuales no pueden dejar de valorarse Las utilidades y ganancias no quedan en los bolsillos de los privados, sino de toda la comunidad, que incluso desde antes que termine la obra comienza a recibir los beneficios.

Pero, como lo veníamos señalando, concretar técnica y jurídicamente este proyecto requiere del acompañamiento de expertos en complejísimas materias, en las que mi poderdante no posee formación, razón por la cual y para atender el tema HI, como un buen hombre de negocios, y también para ejercer control de tutela en EPM, se rodea de profesionales, los mejores en el campo. Se trata de actuar como el buen hombre de negocios que entiende que el proyecto y la magnitud de la obra requieren del acompañamiento de profesionales dedicados tiempo completo al tema, que lo apoyen

Bueno, el alcalde también tiene múltiples obligaciones a las que debe responder, en todos los frentes y órdenes en el municipio, como lo acredita la prueba que se aporta al proceso, y estas tareas las debe realizar acompañado para ejercer el control de tutela y jerárquico, entonces, imposible le quedaría realizarlas sin el aporte de quienes lo rodean.

Ahora, no entendemos por qué la Contraloría no reconoce este contexto, el de aquella época 2008-2011, momento en el cual el proyecto se estaba consolidado y requería del concurso decidido de las autoridades púbicas (alcalde, gobernador y presidente) que en sintonía le apostaran desde lo público y en beneficio de la comunidad.

Entonces, retomando la supuesta omisión que se recrimina a mi poderdante por no estar al tanto del proyecto, bajo el supuesto que en su condición de miembro principal de la junta directiva de HI no asistió a las juntas, debemos decir que esta conducta tampoco se le puede reprochar fiscalmente entre otras razones porque la ley lo permite, además el suplente personal en la junta, que se lleva

para que acompañe esta iniciativa, por la importancia que la misma tiene, el Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, como profesional idóneo, asistió a las juntas, y fue quien votó las decisiones que allí se adoptaron, porque reiteramos así lo permite los estatutos, y la ley.

Además, contrario a lo afirmado por la Contraloría cuando indica que no existe ni siquiera comunicaciones cruzadas con HI "...que demostrara que el señor Salazar se había informado y/o había realizado alguna manifestación en relación con el desarrollo de la hidroeléctrica", debemos señalar que incluso reposan en el expediente, como anexos al acta de la junta directiva de HI número 100, comunicaciones suscritas por mi poderdante, y dirigidas al gerente de HI, en las que se realizan observaciones, por ejemplo una de ellas refiere las consideraciones que en ese momento (2009) se presentan al manual de contratación que se somete a la aprobación de la junta, una segunda comunicación se encarga de dar a conocer a la junta y a la empresa HI algunas precisiones frente a la intervención de los miembros de junta designados por EPM, dejando expresa constancia de la transparencia con la que actúan, y el respeto por las decisiones de la sociedad, para no incurrir en conflicto de intereses, como sucedió por ejemplo con la evaluación financiera y de acompañamiento para la selección de la banca de inversión.

Además, como integrante de la junta, mi poderdante dejaba claramente expuesto que el cometido de los miembros de la junta designados por EMP es actuar en interés de HI, con miras al logro de una gestión eficiente de sus recursos, y del más óptimo desarrollo del proyecto.

Para ilustrar este tema se reproduce la comunicación referida:

Además, es importante recordar que el Alcalde es presidente de la junta directiva de EPM; el municipio de Medellín es propietario de EPM; a su vez EPM es dueña del 46% de HI, y también el Alcalde es miembro de la junta directiva de HI. El Alcalde como integrante de la junta directiva de estas entidades vela por los intereses de ambas, es decir de lo público, tanto en HI como en EPM, entonces no se trata de qué interés se debe privilegiar. No se trata de privilegiar a EPM en disfavor de HI, incluso porque EPM es dueña del 46% de HI. Esta no es la manera de abordar correctamente el tema. El Alcalde actúa velando por el interés público, en las dos entidades, y por sacar adelante los objetivos de las mismas en favor de toda la comunidad. No hay interés particular que motiven su actuación, solo lo público, y siempre respetando la autonomía de las organizaciones.

Para continuar con el análisis, dice Contraloría que ". durante el periodo en el cual el señor Salazar estuvo como miembro de junta directiva ocurrieron una serie de situaciones que fueron determinantes para que se aumentaran las inversiones y se dieran atrasos en el proyecto, todo lo cual incidió en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió la entrada en operación de la Hidroeléctrica, generando un lucro cesante, consolidándose de esta forma el daño, al patrimonio del Estado, a saber:

i) El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos.

2) La modificación del trazado de las vías cuando las mismas ya se encontraban en ejecución, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto para el desarrollo

de las mismas, que en últimas no cumplieron con la finalidad de lograr que el proyecto entrara en operación en oportunidad.
3) Modificación de la altura de la empresa, originalmente diseñada y autorizada en la licencia ambiental, lo que generó demoras en el inicio de la construcción por haberse tenido que modificar la licencia ambiental con las consecuentes demoras en la entrega de los diseños de detalle de las obras principales por los cambios en las especificaciones técnicas tanto de la altura como de la cola del embalse
4) Se consagraron salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido del proyecto, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango. Este contrato se suscribió el día 3o de marzo de 2011.
Frente a estos reparos, es importante resaltar:
EN PRIMER LUGAR, el Dr. Alonso Salazar Jaramillo no participo, ni votó, ni aprobó cambios frente a la obra. En este orden de ideas, otras personas llamadas al proceso fueron desvinculadas con fundamento en que no participaron, ni votaron, ni aprobaron, en las juntas de HI, las decisiones que son reprochadas por el ente de control. Así mismo, otros fueron desvinculados, porque a pesar de que participaron y votaron, no tenían los conocimientos que les permitiera realizar cuestionamiento al concepto técnico que soportaba las propuestas realizadas a la junta. Estimamos que así se debe proceder en el caso de mi poderdante
Para ilustras este tema podemos revisemos los argumentos expuestos por la Contraloría para desvincular a algunos de los sujetos procesales o incluso para descartar de algunos de ellos que deban responder por determinadas decisiones que se adoptaron en las juntas:
Por ejemplo, en lo que hace relación al Dr Hugo Alejandro Mora Tamayo, abogado, quien fue vinculado al proceso en el auto 0945 de noviembre 8 de 2019, " ..por los senos indicios de su responsabilidad dada su participación en la junta directiva de Hidroituango S A " (f. 1.155), a quien se le recriminaba "...haber aprobado de forma unánime y a pesar de que ello alteraba el cronograma de las obras, la modificación de la licencia ambiental, decisión tomada en el acta No roo de la junta directiva de Hidroituango, y aprueba adiciones en los diseños de las obras principales (actas 112 y 113) ..", sin embargo en el auto de imputación se le desvincula, y las razones para fundamentar esta decisión, aplican en lo que hace relación a mi poderdante.
Dice la Contraloría, refiriéndose a la junta No. 100, lo siguiente:
"...es preciso tener en cuenta que en tal ocasión la Junta Directiva de Hidroituango contó con la asesoría del representante del Consorcio Generación Ituango, quien expuso los motivos por los cuales debía tomarse esa decisión.
En consecuencia, atendiendo a que son de orden técnico las razones que llevan a este Despacho a considerar que el aumento de la altura y ancho de la presa fue una decisión que contravino el cronograma y que esta fue determinante en la contribución a la producción del daño endilgado, también es un factor de análisis que la formación con que el doctor Mora Tamayo daba cumplimiento a sus funciones como miembro de junta directiva no le permitían realizar cuestionamientos técnicos al concepto emitido por Integral." (Pág. 1156) (Resalto no original).

"En la misma vía es conveniente destacar que las decisiones de adición del contrato de diseños, a raíz de las modificaciones aprobadas en la referida acta leo, adoptadas en las reuniones de Junta Directiva No. 112 y 113 no fueron votadas por el señor Mora Tamayo."(Pág. 1157) (Resalto no original).

Así mismo, en el caso del Dr. Jesús Alfonso Jaramillo Zuluaga, suplente, en la junta de HI, de la Dra. Ana Cristina Moreno, y que por lo tanto no tenía voto mientras estuviera presente el miembro principal, se le exonera de "...toda responsabilidad fiscal en el caso objeto del análisis en relación con el Acta 100". (Pág. 1163).

Incluso, argumenta la Contraloría, " Para efectos de configuración del elemento subjetivo de la responsabilidad es esencial, revisar al señor JESÚS ALFONSO JARAMILLO ZULUAGA desde su calidad profesional y en relación con su participación en las otras Juntas Directivas en las que fungió principalmente como suplente de Ana Cristina Moreno. Ahora, en relación con el acta 107, que es objeto de reproche fiscal a otros miembros de Junta teniendo en cuenta que correspondieron a decisiones netamente técnicas relacionadas con la ejecución de las vías, en las que estuvo debidamente asesorado por personal técnico..."(Pág. 1163) (Resaltado no original).

"Tal como se observa en el texto del acta, la presentación del punto la realizó el Gerente Técnico de Hidrotuango, Oscar Jaramillo, con intervenciones del señor Darío Ceballos Asesor de Integral (Asesoría) y Luis Guillermo Gómez, representante legal de Hidrotuango e ingeniero civil de profesión, por lo que es posible afirmar que el señor JESÚS ALFONSO JARAMILLO ZULUAGA de forma diligente baso (sic) su convencimiento para tomar la decisión en la presentación realizada por expertos de la misma sociedad Hidroituango y por la Asesoría contratada."(Pág 1165). (Resaltado no original)

"De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que el mencionado señor que actúo conforme a la lex anis de su profesión, porque su grado de diligencia no puede ser equivalente al exigido a un ingeniero que tiene experticia en temas técnicos y constructivos, porque por más que hubiera sido diligente en el ejercicio de su profesión, no estaba en la posibilidad de leer la información con los ojos de un especialista y otro profesional de iguales cualidades hubiera actuado de igual forma, por lo que su culpa no puede calificarse como "grave" de acuerdo con el artículo 62 Código Civil Colombiano " (Pág. 1165) (Resalto no original).

También se desvinculó del proceso al Dr. Wilson Chichilla Herrera, porque en las sesiones 142, 147, 149, 150 y 131, a las cuales asistió, "...no emitió su voto para tomar las decisiones aprobadas en tales sesiones..." por encontrarse presente el miembro principal.

Así mismo, en el caso del Dr. Jesús Arturo Aristizábal Guevara (ver páginas 894 a 896) se dice que ". compareció a la reunión de junta Directiva roo en calidad de suplente de del (sic) señor FEDERICO RESTREPO POSADA y que de acuerdo con los estatutos sociales, los suplentes podían asistir a las deliberaciones de la Junta pero no tenían voto mientras estuvieran presentes los respectivos principales, por lo anterior, se considera pertinente exonerar al mencionado señor de toda responsabilidad fiscal relacionada con el Acta No. 100". (Pág 894). (Lo resaltado no es original).

De igual manera, cuando se analiza el acta de junta directiva No 112 del 28 de junio de 2010, en el caso del Dr Aristizábal Guevara, y por el hecho de no haber

votado la decisión que se adoptó, se definió ". exonerar al mencionado señor de toda responsabilidad fiscal relacionada con el acta 113 (sic)..." (Pág. 894). (Lo resaltado no es original).

EN SEGUNDO LUGAR, y con la misma argumentación que expone la Contraloría este caso, si mi poderdante hubiera participado en las juntas, en las que supuestamente se aprobaron los temas contractuales entre HI y EPM, no podía votar, y tenía que declararse impedido De esta manera, cualquier reproche a mi poderdante no tiene espacio en este evento, además constituiría pura responsabilidad objetiva. Así lo ha concluido la Contraloría cuando desvinculó a personas que por estas mismas razones se declararon impedidos. Pero además, desde 2009 mi poderdante había manifestado en comunicación dirigida al HI, que en el evento de presentarse un impedimento sería el primero en declararlo (Ver la comunicación reproducida en este escrito, a páginas 36 Y 37).

Un ejemplo que ilustra lo anterior, y en lo que hace relación al Dr. Wilson Chinchilla Herrera, ingeniero electricista, vinculado a la actuación por haberse desempeñado como miembro de la junta de EPM y miembro de la junta de HI, en representación de EPM, y en concreto en el acto 147 del 26 de mayo de 2014 se declaró en conflicto de interés y por lo tanto se abstiene de participar en las decisiones que debía adoptar la junta.

Para desvincular del proceso al Dr. Wilson, dice por la Contraloría: "...es preciso destacar que si bien el señor Chinchilla Herrera como miembro de la Junta Directiva de Hidroituango tenía a su cargo la adopción de decisiones que podían favorecer a EPM, entidad a la que estuvo vinculado laboralmente en diferentes posiciones durante su participación en Junta Directiva de Hidroituango y en consecuencia, conocía de primera mano la ejecución que tal sociedad adelantaba del contrato BOOMT, el mencionado señor se declaró en conflicto de interés para la adopción de las decisiones que pudieran favorecer a EPM." (Pág. 1172)

Pues bien, es la misma situación de mi poderdante. No se puede olvidar que el Dr. Alonso Salazar Jaramillo, es presidente de la Junta Directiva de EPM, desde el 1 de enero de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2011.

EN TERCER LUGAR, como lo establece el reglamento interno de la Junta Directiva de HI y lo reconoce la Contraloría (ver página 421 del auto de imputación 1484) es un deber de los integrantes de la junta "evitar cualquier situación de conflicto real o potencial entre sus deberes para con la sociedad y sus intereses personales, informando a la sociedad con la debida antelación de cualquier situación que pueda suponer un conflicto de intereses con la sociedad o sus subordinadas y, en general, procurarán abstenerse de asistir, intervenir y votar en las deliberaciones sobre el asunto".

Así las cosas, no tiene fundamento recriminar a mi poderdante en este caso por no asistir a las juntas de HI en las que se adoptaron las decisiones que se reprochan en el proceso, cuando es el mismo cuerpo normativo de la compañía el que reclama que no debe hacerlo, que además le reclama abstener de intervenir y votar. Reiteramos que el Dr. Alonso Salazar Jaramillo, fue presidente de la Junta Directiva de EPM, desde el de enero de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2011.

EN CUARTO LUGAR, y además de las razones que expusimos previamente, recriminar al Dr. Alonso Salazar, por el hecho de no oponerse a las salvedades

que contempla el contrato BOOMT, no consulta ni la realidad del contrato ni las condiciones de mi poderdante, ni su formación y perfil. Según la Contralora ".. las salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado para el Proyecto Hidroeléctrico Ituango modificaron la distribución de riesgos pactada en el contrato, transformando las obligaciones del contrato de obra, que por su naturaleza son de resultado, en obligaciones de medios a cargo del contratista EPM".

En tal sentido, reprocharle a mi poderdante que no se opuso a las salvedades que se incluyeron en el contrato, que se proponen por profesionales expertos encargados del estudio del tema, no resulta acertado, no solo porque mi poderdante no es especialista en la materia, sino además porque jurídicamente hablando no es correcto decir que estas salvedades se pactan en detrimento de una de las partes.

Además, las decisiones que en HI se adoptaron y que tienen este carácter técnico y especializado siempre estuvieron asesoradas por expertos. No hay excepción, siempre contaron con expertos en la materia, y esta situación excluye la responsabilidad de aquellas personas que por su formación no se les puede formular reproche.

Así lo sostiene la Contraloría cuando indica que ". teniendo en cuenta que correspondieron a decisiones netamente técnicas... en las que estuvo debidamente asesorado por personal técnico .". (Pág. 1163) (Resaltado no original). es posible afirmar que el señor JESÚS ALFONSO JARAMILLO ZULUAGA de forma diligente baso (sic) su convencimiento para tomar la decisión en la presentación realizada por expertos de la misma sociedad Hidroituango y por la Asesoría contratada."(Pág. 1165). (Resaltado no original)

EN QUINTO LUGAR, el contrato BOOMT, no lo aprobó la junta de HI, lo aprobó la asamblea de accionistas de HI, tal como quedó acreditado en el acta No 24, asamblea extraordinaria celebrada el 27 de octubre de 2010 Veamos (…)

EN SEXTO LUGAR, adicionalmente, cuando se presentó a la junta de HI la aprobación del contrato BOOMT, el 3o de marzo de 2011, acta 123, los representantes de EPM en la junta, solicitaron retirarse de la misma y permitir a los demás integrantes de este órgano corporativo deliberar y aprobar, para evitar cualquier conflicto de intereses.

EN SÉPTIMO LUGAR, las decisiones que en este período de tiempo (2008-2011) se plantean en la junta de HI y se reprochan por la Contraloría, se adoptaron con la intervención del suplente personal de mi poderdante, y todas ellas, se dice en las actas, se sustentan y soportan en estudios técnicos que se presentaron a la Junta.

Incluso el Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, llamó siempre la atención por el tiempo para cumplir con los compromisos adquiridos.

Importante señalar que desde la primera Junta directiva en la que participó el Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, luego de su designación, hablamos de la Junta No. 89 del 12 de noviembre de 2008, en la cual el IDEA y la Gobernación de Antioquia, como socios mayoritarios plantean diferentes modelos de negocio, así como la posibilidad del contrato BOOMT, momento en el cual, según la Contraloría, ".. comienza a plantearse unas modificaciones sustanciales que afectan entre otras cosas la altura de la presa, lo que implicaba que se obtuviera una modificación de la licencia ambiental" (ver pág 47 del auto 0945 de 2019), desde esta junta el Dr. Gaviria Gutiérrez llama la atención no

solo en favor de que el proyecto beneficie y satisfaga a cada una de las partes, poniendo por encima los intereses del proyecto y de la región (…)
Y además, el Dr. Gaviria Gutiérrez, llama la atención frente a las alternativas que se proponen a la junta, y recuerda los tiempos y compromisos que tiene el proyecto, que se deben cumplir.
(…)
En este caso, como se advierte en el acta, la administración de HI señala que no existe problema alguno con los tiempos para cumplir.
Para finalizar este acápite, dice la Contraloría, que ". resulta evidente el impacto que tuvieron las omisiones del señor Salazar en la producción del daño, pues a pesar de que tenía la competencia para ello, por ser miembro principal de la junta directiva no tomó acciones para apersonarse de estas situaciones y contribuir de manera activa a evitar la pérdida del valor presente neto del proyecto y el logro de la entrada en operación de la hidroeléctrica, dentro de las fechas programadas".
Ya demostramos que mi poderdante no incurrió en omisión alguna, pero además las supuestas omisiones que resalta la Contraloría en este período de tiempo, no son las que causaron la pérdida del valor del proyecto ni su entrada en operación.

R/: Para dar respuesta a este argumento cabe recordar que las conductas endilgadas al señor Salazar Jaramillo en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020 son las siguientes:

1. A pesar de ser miembro principal de junta directiva y dado que se trataba del proyecto más importante para la región **omitió su deber de informarse sobre los pormenores del mismo, así como haber tenido una actitud pasiva** que contribuyó a que el daño al patrimonio del Estado se consolidara.

2. **A pesar de conocer sobre las salvedades consagradas por EPM en el cronograma del contrato, no haberse asesorado para comprender el alcance de las mismas y haber mantenido una posición pasiva al ni siquiera asistir a las sesiones de junta directiva**.

En este punto, es importante poner de presente la afirmación realizada por el apoderado en el sentido de "*no se podrá dejar de reconocer la contradicción en la que termina incurriendo el ente de control cuando a renglón seguido admite que el Dr. Alonso Salazar Jaramillo, suscribió el contrato BOOMT como testigo, lo cual indica no solo que estaba al tanto del proyecto, sino que por el rol que desempeña y la importancia de la institucionalidad que representa, el Alcalde, comparece como testigo en el acto de suscripción del contrato, en señal de respaldo, al igual que el presidente de la Republica y el Gobernador del Departamento.*

Entonces en estos términos, la suscripción del contrato BOOMT en calidad de testigo, es prueba de la atención que le mereció, a mí poderdante, el proyecto desde el momento que se asume como una alternativa de generación de energía para la ciudad, el departamento y el país, en general".

Sobre este argumento, es necesario recordar que el proyecto era mucho más que el contrato BOOMT, respecto del cual tal y como se precisó en el auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, el señor conoció pues en calidad de miembro de la junta directiva de Hidroituango le fue enviado y luego lo suscribió como testigo, pero ello no prueba que él mismo haya desplegado acciones positivas para enterarse desde su posición en Hidroituango del proyecto y sus pormenores

.

Esto era muy importante, por cuanto en una primera etapa entre 2008 y 2011 (hasta antes de la suscripción del contrato BOOMT), la sociedad Hidroituango se desempeñaba como ejecutora del proyecto.

El señor Salazar por haber sido alcalde de Medellín en el periodo 2008-2011, era también parte de la junta directiva de EPM y además era quien nombraba al Gerente de EPM, éste último, tenía además asiento en la junta directiva de Hidroituango.

Tal y como se explicó en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2021, no existen comunicaciones escritas del señor Salazar Jaramillo dirigidas a EPM o Hidroituango, con el objetivo de informarse de lo acontecido con el proyecto Hidroituango.

En este sentido y en atención a la solicitud probatoria realizada por la Defensa del señor Salazar Jaramillo se Decretaron los 11 testimonios solicitados, se practicaron 3, y el apoderado desistió de 8.

Se practicaron los testimonios de RUBEN HERNANDO FERNÁNDEZ ANDRADE y GABRIEL RICARDO MAYA MAYA, por lo que en este punto, resulta necesario proceder a realizar una valoración de los mismos, pues a ellos se les preguntó específicamente sobre la manera como se realizaba el control de tutela por parte del señor Salazar Jaramillo respecto de EPM y específicamente del proyecto Hidroituango.

Se procede a transcribir las afirmaciones más relevante que fueron realizadas en los mismos:

> **TESTIMONIO RUBEN HERNANDO FERNÁNDEZ ANDRADE 22 DE JULIO DE 2021**
> **PREGUNTA:** Cuando se solicita el testimonio se informa que usted puede dar cuenta del conocimiento y control que se tenía sobre Hidroituango, usted me podría profundizar sobre ese tema:
> **RESPUESTA: (MIN 25:01 APROX)** De cómo se desarrollaba el control de Hidroituango en la junta directiva me quiere decir? le entiendo bien? específicamente por parte del Dr Salazar: Para mí bueno o sea el primer instrumento de control que tenía el alcalde dentro de esa Junta pues éramos sus representantes nosotros éramos quienes velábamos porque todas las cuestiones de la empresa se hicieran según los criterios que habíamos acordado y pensando o buscando pues el mayor beneficio el mayor bien para

las ciudad para la empresa para la ciudad y para la región que fue viviendo un proceso gradual de desarrollo a su interior fue creando una serie herramientas organizativas para hacer seguimiento más puntual algunos temas y fueron los comités de la Junta directiva esto porque he dado el tamaño de esa empresa las juntas recuerdo juntas directivas que duraron 14 horas, 12 horas, 10 horas y aún así casi siempre quedaba que quedaban temas pendientes, entonces lo que hizo la Junta fue crear una serie de comités que se encargaban de temas, de profundizar temas en los comités por ejemplo se podría hacer seguimiento muy detallado a distintos asuntos de distinta naturaleza financiera, jurídica, ambiental, cultural y los miembros de Junta entonces ejercíamos también a través de sus comités un seguimiento a lo que se venía haciendo entonces eso es lo que atañe a la Junta directiva. Hubo otra decisión que fue tomada en un momento que fue crear esta empresa para la ejecución de esta pues que era en el proyecto que era la obra más importante que había que tenía pues la ciudad y en su momento pues incluso el país en sus manos y fue crear esta esta empresa espejo. Ahí lo que el alcalde hizo a mi manera de ver era lo mejor que podía hacerse creo que es lo que mejor corresponde a una decisión como estas y era poner en esa Junta directiva en nombre personal a una de las personas con mejores calidades y conocimientos en ese momento sobre este tipo de proyectos y sobre la gerencia de este tipo de cosas estaba hablando con Juan Felipe Gaviria qué puedo decir con bastante seguridad que en su momento no había 5 personas en esta región que reuniera las calidades los conocimientos y la experiencia de esta persona y lo que hace el alcalde entonces es exponer allí , junto con él pues como suplente personal a la persona que probablemente la que más había en esta región de estos temas y eso pues a mí personalmente como miembro de Junta me pareció una decisión absolutamente acertada porque ciertamente hay una cantidad de decisiones que se tienen que tomar en esos proyectos que son de un altísimo componente técnico no basta pues incluso ser ingeniero sino que hay que haber conocido eso a profundidad. Y yo aquí quiero pues hacer también otra alusión que me parece pues importante plantearla, cuando uno llega y en ese momento llegamos a empresas públicas de Medellín estábamos en frente del equipo de trabajo que había construido la mayor parte del sistema interconectado eléctrico nacional es decir estábamos hablando de un equipo completamente exitoso que había llevado adelante no solo una sino varias empresas de infraestructura de distinto orden que había creado la cadena de los guadalupes que había creado la cadena de los porces y al cual el país de alguna manera le debía la creación de toda esta infraestructura. Era un equipo debo decir en ese momento completamente exitoso en el cual usted podría decir en este equipo se puede confiar. Qué es lo que además entonces hacía y le toca hacer a una Junta directiva como estas que ciertamente reúne conocimientos de muy distinta naturaleza y de eso da cuenta pues la heterogeneidad de esa junta directiva en la que yo participé pero que ciertamente no sabe de todo hace dos cosas: 1. crea mecanismos de verificación externa estudios auditorías, seguimientos, consultas para que este equipo, e insisto que es un equipo en el que se puede confiar pero aún Así pues puede equivocarse y no se las sabe todas, sea verificado por otros equipos externos. Recuerdo en varios momentos al propio alcalde Alonso Salazar en alguna Junta he solicitado que se hicieran ese tipo de estudios esa mirada externa que resulta siendo pues tan útil en estos casos.

Entonces eses es el otro ingrediente que me parece que suma también a esta esta discusión. El punto de partida es la confianza en un equipo que ha hecho un trabajo exitoso, con resultados absolutamente visibles creo que es que los resultados tanto financieros como de prestación y ampliación de los servicios y del tamaño mismo de la empresa en estos años dan cuenta de eso pues para nada puede hablarse de una empresa mal manejada o una empresa rumbo a la quiebra sino por el contrario una fuente de recursos fantástica para el desarrollo social de la ciudad de Medellín y de otras regiones de la del departamento pero que además que se dota de herramientas de control interno de verificación de lo que venía antes y que en particular pone al frente a una persona de las más altas calidades técnicas, éticas y de conocimientos y experiencia que eran en su momento el doctor Federico Restrepo para sustituir también a Juan Felipe Gaviria en la gerencia, por los lados de marzo si no estoy mal ya no recuerdo bien la fecha en que se produjo esa sustitución pero poner y aprovechar la experiencia de Juan Felipe en la empresa Hidroituango.
PREGUNTA (MIN 32:23 APROX): Quisiera hacerle una última pregunta y es si de pronto en el seno de las juntas que se hacían en EPM usted en algún momento presenció o escuchó si alguien que tuviera asiento en la Junta Directiva de Hi le reportara información sobre lo que pasaba o sobre algún pormenor específico del proyecto al señor Alonso Salazar? **Respuesta (MIN 32:51 APROX):** O sea esa es una función que en concreto tienen los gerentes de Epm o sea desde que yo estoy en la Junta que De hecho se por ejemplo que algunos alcaldes, **yo eso sí no lo recuerdo de Alonso en particular,** pero tienen reuniones periódicas con el gerente, donde el gerente le reporta al alcalde los aspectos más relevantes no todo porque insisto esa es una empresa demasiado grande con una cantidad gigantesca de proyectos pero de los aspectos más relevantes el gerente tiene esa función, **pero de eso sí estoy seguro que pasó con Federico restrepo y Alonso Salazar**. Además ahora que lo recuerdo hay otra herramienta de Gobierno Corporativo que resulta siendo muy valiosa también y es esta práctica de llevar algunos miembros del gabinete como invitados permanentes a las juntas y en ese sentido pues por supuesto que esté allí el secretario de Hacienda, pues se cae de su peso, es nada más y nada menos que ir a cuidar la fuente de recursos de libre inversión pues más importante que tiene el municipio Medellín y que no tiene ninguna otra ciudad y por supuesto también el director de planeación pues en la medida que es la persona que tiene el plan de desarrollo pues en su cabeza y en sus manos. Pero también había en algunos momentos pues invitados el secretario, recuerdo algún momento que pasaron por ahí pues los secretarios de educación, pasaron los secretarios de medio ambiente por ejemplo y cosas de este estilo. Es esa otra herramienta mediante la cual el alcalde tiene control sobre los pormenores que se están discutiendo en la junta y por supuesto, yo esto pues quiero enfatizarlo, dado que Hidroituango era y es el proyecto más grande en que se haya embarcado esa empresa en su historia, era un problema estratégico permanente en los temas en los temas de Junta y sobre todo en las agendas de la Junta y sobre todo en los comités donde podían discutirse temas ya de otro orden y no solo pues la marcha general del cronograma de implementación.

> **PREGUNTA (MIN 35:38 APROX)** Por último, de cara al contrato BOOMT YA FUERA EN ETAPA DE FORMACIÓN O DE SUSCRIPCIÓN, QUÉ SE DISCUTIÓ SOBRE ESTE TEMA:
> **RESPUESTA: sinceramente no sabría decirle eso** o sea yo tuve claro 3 cosas con eso lo primero que era un contrato muy novedoso en Colombia recuerdo que eso a nosotros se nos presentó la famosa sigla esa pues nadie la conocía cuando nos presentaron esa alternativa nos la explicaron a fondo y qué sé yo. Aunque era un asunto muy novedoso y entonces precisamente por esa razón requería una intervención muy a fondo de los equipos jurídicos que tenía tanto la empresa creada como la propia el propio departamento jurídico de Epm que por cierto pues es bastante robusto también y bastante confiable pues a mi manera de ver ,ese era un primer ingrediente. El segundo es que era una posibilidad de concretar una cosa que para mí era un valor y es que las ganancias generadas por la ejecución del proyecto se quedarán en el país, se quedarán en Epm y por lo tanto y eso sucede solo pues porque EPM es una institución de carácter público, entonces esas ganancias se revirtieran sobre la comunidad, sobre la ciudad, sobre la región, en forma de inversión social entonces ese ese tipo de contrato yo no soy abogado y no tengo el más mínimo conocimiento técnico sobre el derecho pero lo que sí supe es que esa herramienta jurídica, insisto novedosa idea que se nos habló y pues que hay algunas experiencias en otros lugares del mundo, pero que permitía dejar las ganancias generadas por un proyecto de semejante envergadura en Colombia, eso por ejemplo, esa bondad a mí personalmente se me ratifico unos años más tarde cuando se pudo aprobar con cargo al proyecto 100 millones de dólares para las comunidades en inversión social, simple y llanamente porque por concepto de desarrollo, porque se decía estos proyectos no pueden seguir siendo una suerte de Industria extractiva de los territorios y tienen que dejar en esos territorios mucho más que prostitución y alcoholismo, tiene que dejar desarrollo social y eso se pudo lograr gracias a que era una empresa pública en primer lugar y en segundo lugar a que existía un contrato que permitía tomar ese tipo de decisiones.

En el testimonio del señor Gabriel Maya Maya[693], expresó:

> *"(…) en el momento no ejerzo mi posición en la Junta directiva de pm por circunstancias especiales que me llevaron a renunciar al cargo él en el mes de agosto del 2020 entonces puedo contar con el conocimiento y la experiencia haber participado en la Junta directiva de pm durante 17 años continuos*
> *(…)*
> *bueno el señor alcalde Alonso Salazar en ejercicio de mi criterio con la diligencia de un buen hombre de negocios como lo exige el código de Comercio para nombrar en su facultad de nombramiento de gerente a los mejores tanto en el cargo de gerente como en la definición de los miembros de la Junta directiva que eran de su resorte como como representante del dueño de epm que es la ciudad de Medellín.*
> *(…)*

[693] Carpeta principal 133. Folio 27610.

el alcalde Alonso Salazar procura buscar personas con experiencia con idoneidad con profesionalidad pero fundamentalmente con honestidad y solvencia (…) igualmente lo hace nombrando dándole continuidad los miembros de Junta directiva que consideraba cumplían con los perfiles exigidos y cumpliendo también con el reciente marco de relacionamiento en que había celebrado la anterior administración de la ciudad de Medellín con los mismos grupo epm el marco de gobernabilidad en este marco le planteaba que mantuviera continuidad en algunos miembros de Junta directiva y que no hubiera una ruptura completa.

(…)
yo creo que Alonso Salazar de manera legal le cumple al Gobierno corporativo de epm porque él antepone sus intereses personales como alcalde de Medellín y como dueño como representante del dueño que es la ciudad del grupo de epm anteponer sus intereses y porque que sea la Junta directiva quien asuma roles de direccionamiento estratégico de la compañía y él se desprende la individualidad para actuar como bien lo hizo ***como presidente de Junta directiva del grupo epm entonces su rol ya no es siguiendo los estándares de Gobierno corporativo no es de alcalde en el direccionamiento de epm sino que su rol ya lo ejerce como presidente de la Junta directiva del grupo de*** *epm* ***y en esa en ese sentido entiende que las decisiones son colectivas como Junta directiva y lideradas por él indudablemente ejerció el liderazgo de ser el presidente de la Junta no solamente en el rol de coordinar una reunión sino de liderar los temas fundamentales y trascendentales para que epm cumplieran con sus objetivos de sostenibilidad y perdurabilidad en el tiempo*** *algo para destacar de este ejercicio de control de tutela que el alcalde Alonso Salazar ejerce es que le da continuidad a la profundidad al desarrollo del Gobierno corporativo en la medida en que mantiene el comité de auditoría en el grupo y igualmente eh posibilita el que la Junta directiva continúe apoyando los direccionamientos en distintas materias y es así como* ***durante su administración de presidente de Junta directiva se crean otros dos comités si mal no recuerdo era de nuevos negocios 1 de ellos y el otro de gestión o de administración entonces se incorporan 3 comités e en esta forma la Junta asume un rol protagónico de traerle informes más detallados a la misma Junta para decisiones colectivas de Junta directiva igualmente por aquella época se dieron las adquisiciones de centrales eléctricas de norte de Santander 6 y de la ESA*** *en en en Santander estas empresas de energía e la primeras de cambio la decisión que se toma al interior de la Junta directiva es que los miembros de Junta directiva de la matriz hagan parte de las juntas directivas en representación de la Junta directiva conjuntamente con otros miembros internos del grupo de pm en las en las juntas de las filiales y pudimos entonces participar como miembros de Junta directiva*
(…)
el tema del ejercicio del control de hidroituango hay que circunscribirlo a las dificultades que se venían teniendo en años recientes con la toma entre comillas hostil que hace la Gobernación de Antioquia a través del idea para adquirir la participación accionaria que le daba el control de la sociedad

hidroituango una sociedad que fue constituida con participaciones paralelas de pm y idea 46% y unos accionistas minoritarios y con unos acuerdos accionistas donde se respetaban una decisión es donde las decisiones serían acordadas por supuesto que ninguno tenía la mayoría de esta sociedad luego de la toma hostil las circunstancias de la sociedad de pago no eran y fáciles de llevar y hay un liderazgo de alcalde y gobernador para volver a encausar por los por los por los los caminos del entendimiento el el el poner por encima los intereses institucionales los intereses de la ciudad y la Gobernación por encima de intereses particulares es así como eh que se gestionaron reuniones de alto nivel con el Gobierno nacional con el presidente de la República de las cuales participó el alcalde de Medellín y sus funcionarios en aras de De lograr los acuerdos que finalmente se lograron e para para darle estabilidad esa compañía que comienza a desarrollar el proyecto hidroituango ese se lidera la la la idea de que sea al interior de pm donde se ejecute el proyecto de dentro de un una diversidad de opciones
(…)
Entonces que luego de revisar muchas estrategias de las que participa el alcalde que a título de alcalde de ciudad se definen entonces acuerdos de accionistas en esa sociedad escrito algo y parte de la tarea era hacer una licitación y que se desarrollará el proyecto en una Zona Franca para buscar que se desarrollará el proyecto en una Zona Franca para buscar
(…)

Alonso Salazar desde su rol de miembro de Junta directiva y presidente de Junta directiva que lidera las conversaciones al interior de nuestra Junta para que podamos entender conocer que conocer el alcance de ese tipo de contratos de desde la Junta directiva igualmente nosotros y con inquietudes solicitamos que expertos en el tema nos expusieron en detalle de sus sus constituciones condiciones sus consideraciones sus alcances entendiendo que es un contrato integral de diseño bien bien Constitución desarrollo en fin de operación y lo logramos tener abogados de la ciudad de Bogotá expertos en la materia de estas grandes firmas de abogado
hay bastante ejercicio del control de tutela para direccionar el desarrolló el aula por parte del señor alcalde Alonso Salazar
(…)
al problema pues el detalle del de la construcción del contrato no lo conozco no lo conozco pero que si hay salvedades en favor de epm las que fueron construidas en un contrato que es bilateral donde hay dos partes y donde en la autonomía de la voluntad las dos partes llegan a los acuerdos que llegaron en la firma y celebración de contratos
(…)
como Junta directiva se tomaban frente al desarrollo del proyecto y a las decisiones estratégicas del proyecto como tal que no solamente se daba una mirada a ese desarrollo estratégico sino que también era necesario revisarlo desde el tema financiero y aprobación de los planes de inversión de Del cuatrienio o del quinquenio que correspondiera en esa planeación estratégica de mediano y largo plazo que hace la CP igualmente para poder cumplir con los requisitos y exigencias del Gobierno nacional y te bancas de

inversión o de financiación multilateral entonces ***el proyecto siempre fue objeto de revisión por parte de la Junta directiva y de la cual hacía parte Alonso Salazar quién de quién puedo decirte así haga era un alcalde que acompañaba asiduamente las reuniones de Junta directiva y que cuando no pudo participar fue por el circunstancias de ciudad que se lo impidieron pero acompañaba con regularidad a la Junta directiva en la en en la revisión de estos temas y en la toma de decisiones***
(…)

el convenio marco de relaciones suscrito entre epm y el municipio de Medellín sí lo conocí en su momento que fue adoptado más o menos en el 2006 2007 fue firmado entre la administración de Sergio Fajardo alcalde de Medellín con el grupo e pm y en ese momento representado por Juan Felipe Gaviria y recuerda cuál era el propósito principal o cuál es el propósito principal de este convenio marco de relaciones doctor mañana sí claro en parte de firmar este contrato es buscar la aplicación de los siguientes principios sostenibilidad y crecimiento en la medida en que haya una buena relación entre el dueño y la empresa como tal sino una injerencia política o partidista se buscaba igualmente que se diera una aplicación profunda al principio de la transparencia pública de manera que hubiese una permanente rendición de cuentas de cara a la ciudadanía pero igualmente el convenio buscaba que el grupo estuviese autonomía e para que no estuviera sometida al capricho del dueño y pudiera ser manejada con los más altos estándares de Gobierno por ***aquí igualmente el convenio marco que enmarcaba una obligación para epm y era que solamente pudiera dedicarse a desarrollar el objeto social que tenía constituido y que lo hiciera de forma eficiente activa y con rentabilidad sí además de que debía aplicarse a principios de rigor técnico rigor jurídico financiero y administrativo digamos que en ese marco de actuación entonces los alcaldes estarían obligados a respetar la forma en que debería tener epn autonomía en el ejercicio de sus funciones y desde allí quienes representaban al dueño solamente podrían ejercer sus controles y sus injerencias e desde el rol de presidente de Junta directiva y desprendido de intereses individuales o personales para entender que una compañía que tiene Junta directiva pues tras las directrices de manera colectiva de esa Junta directiva***
(…)
una de las ideas era que que no se tuviera injerencia política o partidista o digamos que no hubiera esa injerencia por parte del representante del dueño Epm ***en ese sentido nos podría ampliar cual era digamos de esa manera establecida para ejercer el control de tutela*** *desde la administración o cuáles digamos eran esos límites establecidos por el convenio marco de relaciones es que los límites están digamos que signados por la historia la historia anterior al 2004 y la historia que hace que yo haga parte de una Junta directiva renunciada y es que en estas épocas históricas anteriores y muy reciente hemos visto unos alcaldes de la ciudad que han buscado direccionar la compañía desde la alcaldía de Medellín misma como si me fuera una Secretaría de despacho sometida a ese querer de quien fue elegido popularmente sí por muchos votos de los ciudadanos sí pero que*

que el Gobierno corporativo del convenio marco de relaciones se vino a establecer para blindar a que está EPM tuviera autonomía frente a esas decisiones o visiones que estuviese el el el representante del dueño ciudad de Medellín entonces construido el marco de relaciones se cumplió específicamente en la etapa de Alonso Salazar completamente y así puedo decirlo de las administraciones que continuaron de Aníbal Gaviria y de Federico Gutiérrez donde su rol como alcalde de la ciudad ejercieron el control de tutela desde la presidencia de la Junta directiva y comunión con el resto de miembros de Junta directiva 5 nombrados de manera independiente por el alcalde y 3 que necesariamente teníamos que ser vocales de control por ley 142 de 1994
(…)".

Visto lo anterior, se concluye que el señor Salazar Jaramillo desempeñaba sus funciones desde la junta directiva de EPM.

Todos coinciden en afirmar que el señor Salazar ejercía su función de tutela por el hecho de haber escogido como su suplente personal al señor Juan Felipe Gaviria, por ser este un funcionario de las más altas calidades para que integrara la Junta de Hi.

De igual manera consideran que también ejercía el control de tutela al nombrar como gerente de EPM a una persona de las calidades del señor FEDERICO RESTREPO.

De otro lado, todos coinciden en que el señor Salazar ejerció su tutela frente a EPM en los precisos términos del acuerdo marco suscrito en 2007 con el Municipio de Medellín, es decir, pudiendo dejar de lado tanto el componente político, como la tentación que podía llegar a tener el alcalde de Medellín de financiar proyectos del Municipio a través de EPM, sino poniendo en primer lugar a la empresa en pro de que esta lograra los mejores rendimientos y respetando la existencia del Gobierno corporativo, dejando de lado aún su papel de alcalde.

Es importante precisar que ninguno de los testigos recuerda específicamente de cara al seguimiento que se realizaba al proyecto Hidroituango si escuchó en algún momento que el señor Federico Restrepo o el señor Juan Felipe Gaviria le hubieran dado información sobre el proyecto o si él preguntó sobre el mismo o dio instrucciones en relación con alguna de las situaciones que pudiera estarse presentando.

Así mismo, en lo que se refiere a las salvedades consagradas al contrato BOOMT, coinciden los testigos en afirmar que desde EPM quienes revisaron el contrato fueron abogados especialistas en el tema inclusive alguno mencionó sin estar muy seguro a la firma Brigard y Urrutia. Así mismo insisten los testigos en que el señor Salazar insistía en contar con asesores externos y auditores para que brindaran asesoría en la toma de decisiones.

Ahora bien, el señor Salazar Jaramillo, si bien era alcalde de Medellín y la Alcaldía no tenía acciones, y como lo dice el apoderado *"es designado en la junta de HI, porque EPM, como dueña del 46%, lo lleva a la misma",* Es necesario recordar que los miembros de junta directiva deben velar por el mejor interés de la sociedad y no solo en favor de uno u otro accionista.

Ahora bien, a diferencia de otros miembros de la junta directiva, el señor Salazar tenía además una condición diferente, pues era también el alcalde de la ciudad de Medellín. En este sentido, tal y como se plasmó desde el auto de imputación, el Municipio de Medellín al ser beneficiario de la Hidroeléctrica debía estar al tanto de los pormenores que ocurrieran con la misma.

En este sentido, **previo a la celebración del contrato BOOMT, no se encuentra probada ninguna actuación positiva del en ese entonces alcalde de Medellín de enterarse qué estaba ocurriendo en desarrollo del proyecto más importante de Antioquia y del país, ni tampoco de haber dado instrucciones efectivas para reconducir las situaciones que se estaban generando en el proyecto y que estaban aún <u>cuando Hidroituango, sociedad de cuya junta directiva hacía parte, era en ese momento la ejecutora del proyecto</u>**.

Por lo que, en este sentido, se reitera que el señor Salazar no ejerció el control de tutela que en virtud de sus funciones como alcalde le correspondía desempeñar, aun cuando tenía la titularidad jurídica (miembro principal de la junta directiva), para hacerlo, ya fuera enterándose directamente de lo que estaba pasando o a través del gerente de EPM y no procedió a dar instrucciones efectivas para superar las situaciones ocurridas en el proyecto.

Es de anotar que entre el 6 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, fechas en las cuales el señor Salazar se desempeñó como miembro de la junta directiva de Hidroituango se dieron las siguientes situaciones:

- El inicio en la construcción de las vías de acceso al proyecto, sin contar con diseños definitivos.
- La modificación del trazado de las vías cuando las mismas ya se encontraban en ejecución, lo que llevó a implementar planes de contingencia, aceleración o recuperación de tiempos que incrementaron el presupuesto para el desarrollo de las mismas, que en últimas no cumplieron con la finalidad de lograr que el proyecto entrara en operación en oportunidad.
- Modificación de la altura de la presa, originalmente diseñada y autorizada en la licencia ambiental, lo que generó demoras en el inicio de la construcción por haberse tenido que modificar la licencia ambiental con las consecuentes demoras en la entrega de los diseños de detalle de las obras principales por los cambios en las especificaciones técnicas tanto de la altura como de la cola del embalse.

- Se consagraron salvedades sustanciales al contrato BOOMT con EPM Ituango el cual posteriormente fue cedido a EPM, que operaron en defecto del proyecto, liberaron de responsabilidad a EPM y modificaron la distribución de riesgos en perjuicio de Hidroituango. Este contrato se suscribió el día 30 de marzo de 2011.

Así mismo, en dicho periodo los miembros de la junta directiva que asistieron a las reuniones de la junta, y en particular el Señor Federico José Restrepo-quien se recuerda era el gerente de EPM y miembro de la junta directiva de Hidroituango-desarrollaron las siguientes conductas:

1. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.

2. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.

3. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.

4. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

5. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado el contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo

que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.

6. Haber permitido, a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto, que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme;

7. Haber impedido la implementación del informe PENTA, que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de HI del contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, lo que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos para realizar las actividades de verificación propias del rol de Hidroituango.

Conductas que sucedieron como consecuencia también de las omisiones del señor Salazar, quien habría podido enterarse de las diferentes situaciones y haber realizado acciones positivas ya fuera directamente como miembro principal de junta directiva o instruyendo al gerente de EPM para que tomara las decisiones correspondientes para reconducir el proyecto.

Ahora bien, respecto de lo anterior, el apoderado considera que estas conductas no son reprochables a su mandante por cuanto él no participó ni aprobó los cambios a la obra, y considera que otros fueron desvinculados con fundamento en que no votaron, y otros por cuanto no tenían los conocimientos que permitieran realizar cuestionamientos.

Sobre este punto, el apoderado no puede pretender que su mandante sea analizado bajo el mismo rasero que los otros miembros de junta directiva que trae como ejemplo en su escrito, por una razón fundamental y es que el señor Salazar no tiene las mismas condiciones pues él, para la época de los hechos, no solo era miembro principal de la junta directiva de HI sino además el Alcalde de Medellín.

Así mismo, la conducta desplegada por éste es diferente pues lo que se le cuestiona es no haberse informado de los pormenores del proyecto y haber mantenido una actitud pasiva que se manifestó en el hecho de no haber dado instrucciones al Gerente de EPM que tenía asiento en la junta de Hi o no haber concurrido él directamente a la junta para reconducir el camino del proyecto más importante de Antioquia y del país para la época de los hechos.

Ahora bien en lo que se refiere a la firma del contrato BOOMT como testigo, es importante recordar que la decisión de suscribir el contrato, como bien lo precisa el

apoderado, surgió de una decisión de la Asamblea de accionistas, pero la aprobación del contenido del mismo, sí quedó en cabeza de la junta directiva de Hidroituango.

Ahora bien, alega el apoderado que en el supuesto en el cual el señor Salazar hubiera ido a la junta se habría tenido que declarar impedido en atención a su condición de ser además presidente de la junta Directiva de EPM, en atención a un posible conflicto de interés.

En este sentido, es importante precisar que el señor Salazar tenía una triple condición, alcalde, miembro de junta directiva de Hi y presidente de la junta directiva de EPM, tal y como quedó expresado en la carta que cita el apoderado.

En este punto, no bastaba con que el señor Salazar simplemente se separara de su calidad de alcalde y asumiera por completo la investidura corporativa de EPM, pues aunque resulta evidente el conflicto que se presentaba, lo cual se hace manifiesto en la carta, lo cierto es que quien se puso en esa situación fue el señor Salazar al aceptar ser designado por EPM en la junta directiva de Hi.

Es así como, lo que se esperaba del alcalde era precisamente que lograra conciliar esos roles de forma tal que le permitieran velar por el mejor interés del proyecto y del interés general.

En este sentido, de manera particular sobre las salvedades que fueron consagradas en el contrato BOOMT, se tiene que en los testimonios que fueron referidos líneas atrás, los testigos no recordaban que se hubieran dado discusiones en el seno de la junta directiva de EPM sobre el contenido del mismo.

Ahora bien, cabe precisar que, como se explicó líneas atrás, muchas de las acciones y omisiones que desarrollaron los miembros de la junta directiva en el periodo 2008-2011, por ser previas a la suscripción del contrato BOOMT estaban enmarcadas en el desarrollo de la ejecución directa que realizaba HI. Es decir que las decisiones tomadas entre octubre de 2008 y junio 30 de 2011-fecha de suscripción del BOOMT- no implicaban que se diera ese conflicto que insinúa la defensa del señor Salazar.

Y es precisamente sobre estos asuntos que el Despacho extraña el seguimiento, control y dirección que debió realizar el señor Salazar no respecto de EPM en abstracto como lo entiende el apoderado, sino respecto del gerente de EPM quien se desempeñaba como miembro de la junta directiva de Hidroituango.

Por todo lo anterior, este Despacho concluye que el argumento no está llamado a prosperar.

Continúa el apoderado alegando lo siguiente:

2.1 2 Las supuestas omisiones como Alcalde: Responsable de designar al gerente de EPM y en favor del control de tutela.
Respecto al control de tutela, supervisión y orientación, para constatar la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector, a mi poderdante no se le puede reprochar ninguna omisión
Como servidor público encargado de la designación del gerente de EPM, el Dr. Alonso Salazar, y en el ejercicio del cargo de Alcalde, siempre buscó sacar adelante los objetivos principales para los cuales fue elegido, en servicio del Estado y de la comunidad, con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y los reglamentos.
Empecemos por señalar que el Dr. Alonso Salazar Jaramillo, nombró al gerente de EPM, pero además, el Alcalde es el presidente de la Junta Directiva de EPM y también designa a los integrantes de la Junta, y en este caso mi poderdante llevó a este órgano corporativo a un conjunto de personas que por sus capacidades profesionales y por la ética que los caracteriza, fueron prenda de garantía para apoyar y ejecutar las políticas públicas y los planes adoptados y conocidos por la alta dirección.
El Dr. Salazar Jaramillo, como jefe superior de la Administración impulsó la creación y promoción de directrices, políticas y proyectos, sin dejar de reconocer que EPM goza de autonomía y tienen a su cargo los deberes de ejecución directa de todos los proyectos y programas que le corresponden. Importante resaltar que desde inicios de su gestión, y en el año 2008, se logra en EPM, con el gobierno nacional, la denominada estabilidad jurídica, lo cual resulta fundamental para los proyectos que desarrolla EPM y mucho más para lo que compete a la obra Hidroituango.
Pero además, no existe prueba que indique que mi poderdante por acción u omisión, dejó de hacer lo que le correspondía frente a las EPM, y por lo tanto y en este caso concreto no es posible señalarlo como causante o contribuyente a un daño por falta de control.
Como lo indicamos, el Dr. Alonso Salazar como alcalde de Medellín es el Presidente de la Junta directiva de EPM, lugar desde el cual ejerció el control de tutela durante 2008-2011, y le permitió además reforzar los temas de HI, del cual EPM es dueña del 46%, y del proyecto que tiene importantes características técnicas y jurídicas, y frente al cual mi poderdante siempre actuó en salvaguardia de los intereses públicos.
Acerca de la naturaleza jurídica de la relación entre la Alcaldía de Medellin y las Empresas Publicad de Medellín (EPM).
Empresas Públicas de Medellín —EPM- es una empresa de servicios públicos domiciliarios, organizada como "empresa industrial y comercial del Estado", de propiedad del Municipio de Medellín, que a su vez es una entidad descentralizada territorialmente.
Esto es, tanto la Alcaldía de Medellín como EPM son figuras de la descentralización, pero de diferentes modalidades. La Alcaldía pertenece a la figura de la descentralización territorial y EPM es producto de la descentralización por servicios.
La diferencia entre estas dos modalidades de descentralización, en palabras del profesor Libardo Rodríguez Rodríguez, es la siguiente:

"Descentralización territorial. Es el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las colectividades regionales o locales para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Es decir, que se les otorga a las colectividades locales cierta autonomía para que se manejen por sí mismas. En Colombia, esta descentralización se manifiesta en los departamentos, los distritos y los municipios que, por lo mismo, reciben el nombre de entidades territoriales.

Descentralización especializada o por servicios. Consiste en el otorgamiento de competencias o funciones de la administración a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada. En el derecho colombiano esta descentralización se traduce en la existencia de establecimientos púbicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta, superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica, empresas sociales del Estado, empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, a los cuales, precisamente, el artículo 68 de la ley .486 de igg8 califica de entidades descentralizadas".

Ahora bien, una de las diferencias entre EPM como entidad descentralizada por servicios, y el Municipio de Medellín, como ente territorial, consiste en que el doctor Alonso Salazar Jaramillo, podía ejercer un control de tutela pero no un control jerárquico. EPM como empresa de servicios públicos domiciliarios cuenta con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, autonomía administrativa y autoridad propia, entre otras Igualmente, en palabras del doctrinante Libardo Rodríguez Rodríguez, es necesario diferenciar entre el control de tutela y el control jerárquico, de la siguiente manera.

"Control jerárquico. Es aquel que ejercer la autoridad superior sobre las autoridades o funcionarios inferiores, con fundamento en su rango y autoridad. Es decir, como ya se ha afirmado, este control se presenta respecto de los organismos centralizados, que son los que se encuentran sometidos a una estructura jerárquica.

Control de tutela. Es aquel que ejerce el poder central sobre las entidades y autoridades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios".

Así las cosas, la conducta que se reprocha a mi representado como Alcalde de Medellín respeto a una entidad como EPM debe entenderse en el marco del control de tutela que las autoridades territoriales ejercen sobre sus entidades descentralizadas por servicios, pero no en el marco de un control jerárquico, que solo existe respecto del propio control central.

Para avanzar en este análisis, es importante señalar que EPM entiende el gobierno corporativo como el conjunto de prácticas y normas que demarcan un adecuado y necesario equilibrio entre la propiedad, la dirección y la gestión de la empresa, permitiéndole asegurar una apropiada administración empresarial en un ambiente de transparencia frente a los grupos de interés y el mercado en general

El gobierno corporativo en EPM se ocupa de definir las reglas de juego para el ejercicio de la propiedad, la toma de decisiones y el alcance de las responsabilidades de cada órgano de gobierno, en aras de preservar la unidad

de propósito y dirección del grupo empresarial, siempre procurando la sostembilidad y la generación de valor.

Las EPM en el periodo 2008-2011: Empresas Públicas de Medellín-Epm-, poi una larga tradición de buena administración, pasó de ser una empresa pública municipal, responsable de la provisión de los servicios de agua, energía, aseo y telecomunicaciones, a convertirse en la principal empresa de servicios públicos de Colombia y la matriz del segundo grupo empresarial del país, con operaciones internacionales.

En el empalme de Empresas Públicas de Medellín, a finales de 2007, se recibió del gerente el Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, un muy positivo informe.

EPM era la matriz de un Grupo Empresarial con el control de 14 compañías y participación accionaria en otras ocho, en los sectores de Telecomunicaciones, Energía, Gas y Aguas Con presencia en algunas regiones de Colombia y significativos avances en mercados internacionales con ventas de energía a Ecuador y la propiedad mayoritaria de la Empresa Hidi o ecológica del Teribe, HET, en Panamá, donde se construía el proyecto hidroeléctrico Bonyic. A 31 de diciembre de 2007, EPM contaba 29 centrales de generación de energía eléctrica, y participaba con el 20 1% de las ventas totales del Sistema Interconectado Nacional.

En el campo de energía EPM estaba consolidando la hidroeléctrica Porce III y buscando sacar adelante, en Colombia, a Porce IV y el proyecto Hidroituango. Porce IV, por una masiva llegada de pobladores a la zona donde se ejecutaría el proyecto, se declaró inviable. Hidroituango, en cambio, después de largas negociaciones para encontrar la manera de satisfacer las expectativas de los socios empezó a ejecutarse en el año 2010.

El Dr. Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, gerente en el período 2004-2007, logró un crecimiento responsable de EPM pero además consolidó el gobierno corporativo para reforzar la autonomía de la empresa, adecuándose a los estándares de la OCDE. Así EPM contaba con los estatutos, el código de buen gobierno y un novedoso acuerdo convenio, suscrito el 23 de abril de 2007, que regula las relaciones entre el Municipio de Medellín, como propietario, y EPM como empresa

En el Capítulo II del Convenio se establece que el Alcalde, como representante del dueño:

• Enmarcará su actuación frente a Epm, exclusivamente a través de la Junta Directiva, en función de presidente de la misma y teniendo en cuenta que es el máximo organismo de dirección de la entidad.

• No influirá directa o indirectamente en el nombramiento de funcionarios de Epm, con excepción de los miembros de Junta y Gerente general

• Elegirá al Gerente General teniendo en cuenta la experiencia, idoneidad, profesionalismo, honestidad y solvencia moral.

• Buscará la continuidad de al menos cinco miembros de la junta directiva de la empresa que se hayan destacado en su desempeño.

Por la complejidad que presentaba EPM como empresa —su crecimiento en Colombia y a nivel Internacional- y en virtud de las limitaciones profesionales del Dr. Alonso Salazar Jaramillo, porque su formación es en el campo del periodismo y la investigación social, mi poderdante se esforzó por encontrar personas que le permitieron a la empresa el cumplimiento de sus metas y el desarrollo de proyectos sociales significativos, en el periodo 2008-2011.

El alcalde seleccionó personas caracterizadas por su profesionalidad, conocimiento, transparencia, de acuerdo a los estándares éticos que se impusieron, por haber demostrado idoneidad en los cargos que habían ocupado y por vocación para el servicio público.
El gerente general de EPM entre los años 2004 y 2007, el Dr. Juan Felipe Gaviria, realizó una transición pausada a quien lo reemplazó en el mes de marzo de 2011, el ingeniero Federico Restrepo Posada, quien tenía una notable hoja de vida que sustenta por si sola su idoneidad para el cargo.
(…)
El Dr. Federico Restrepo Posada ratificó en la empresa, en el equipo de dirección, a personas idóneas, con un alto perfil académico y profesional, aprovechando el capital humano formado por décadas en EPM También mantuvo la tradición de comités de trabajo, con funciones especialísimas, conformados por profesionales de altas calidades profesionales, y conscientes de los procedimientos y mecanismos de evaluación y control al interior de EPM.
Para la selección de los miembros de junta directiva, el Dr Alonso Salazar buscó un equilibrio entre la capacidad técnica y financiera y el enfoque social que requiere una empresa de servicios públicos domiciliarios. Ratificó a 5 de los 8 miembros de la junta, cumpliendo de esta forma el Convenio Marco de Gobernabilidad, con el fin de mantener el direccionamiento estratégico, así como dar continuidad a las políticas y directrices y evitar efectos negativos para la operación de la empresa, por el cambio de administración Integrantes de la Junta Directiva EPM que tuvieron continuidad:
(…)
Los miembros de junta designados por mi poderdante cumplían con el criterio de independencia y ninguno de ellos podía considerarse como representante de una empresa o un grupo económico.
Mediante el Decreto 259 de diciembre 1 de 2008, la Junta Directiva modificó su Reglamento Interno, con el fin de incorporar algunos elementos que hicieran más claras y efectivas las practicas adoptadas en relación con este órgano de dirección, y complementarlo con algunas otras medidas que, aunque de aplicación en EPM, no constaban aun en el Reglamento.
En concreto, la modificación al Reglamento de Junta Directiva incorporó asuntos como la inducción a los nuevos miembros, temas que tendrán una revisión periódica, algunas directrices para el suministro de información a la Junta y para la certificación sobre los asuntos aprobados. Igualmente, se incluyeron algunas precisiones en torno al tema de los conflictos de interés y sobre el alcance de la autoevaluación que deben llevar a cabo anualmente los miembros de la Junta. 3
Adicionalmente, el Dr. Alonso Salazar Jaramillo, decidió que para reforzar el seguimiento a los temas de EPM, a la Junta asistieran como invitados permanentes, los Secretarios de Hacienda y Planeación del Municipio. Por esta razón en una primera fase del cuatrienio figuran como asistentes los Doctores Iván Mauricio Pérez Salazar y Carlos Hernando Jaramillo Arango, y en una segunda fase la Dra Magdalena Restrepo Arango y el Doctor Mauricio Valencia Correa, quienes fueron sus reemplazos en las mencionadas Secretarias.
El proyecto Hidroituango encuadrado dentro de EPM. En el 2007 HI no contaba con los recursos suficientes para la construcción de la hidroeléctrica. Para el municipio de Medellín era un importante proyecto del cual EPM se había

encargado hasta la fecha a través de la Subdirección de Gestión de Empresas vinculadas
El proyecto era propiedad de la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango que tenía, desde su formación, participación paritaria de la Gobernación de Antioquia, a través del IDEA, y del Municipio de Medellín, a través de EPM, y accionistas minoritarios.
La Sociedad HI participó, en mayo de 2008, como lo tenía definido desde el año 2007, y mucho antes de que mi poderdante integrara la junta directiva, en la subasta del cargo por confiabilidad, convocada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) para la instalación de nuevos proyectos de generación que atendieran el crecimiento de la demanda de energía del país
Incluso, importante señalar que a principios del año 2012 HI participa en una nueva subasta de energía, porque técnicamente todo indicaba que podían cumplir.
El gobierno corporativo y la junta directiva:
Ahora bien, desde la Junta Directiva de EPM se realizó seguimiento permanente a la marcha del Proyecto Pescadero Ituango.
Se transcriben a continuación extractos de actas con información relevante de ese seguimiento:
Acta 1484, Marzo 3 de 2008: La junta analiza en extenso la situación de la Sociedad Hidroituango y del proyecto hidroeléctrico. (Extractos del acta).
" para desarrollar conjuntamente Porce III, Porce IV e Ituango (asumiendo el 100% de la inversión), bastaría la caja del Grupo Generación Energía, y se conservaría el cumplimiento de la transferencia de los excedentes al Municipio de Medellín, los indicadores financieros y los compromisos con la banca multilateral
Se anunció además que para desarrollar simultáneamente los proyectos Porce III, Bonyic, Porce IV e Ituango se requiere ampliar la planta de personal de la Subgerencia Proyectos de la Unidad Estratégica de Negocios – UEN Generación.
Por último el doctor Pérez manifestó como conclusiones y recomendaciones las siguientes
- El cargo por Confiabilidad constituye el nuevo mecanismo competitivo mediante el cual se realiza la expansión en Colombia.
- Los dos proyectos con los que EE PP.M E.S.P podría participar en la subasta de 2008 son Ituango y Porce IV.
- Ituango es un proyecto competitivo, que tiene la fortaleza de garantizar la rentabilidad exigida incluso en escenarios de bajo crecimiento de demanda y alta competencia
- En escenarios de alta competencia Porce IV requiere primas altas. Se continuará estudiando el desempeño del proyecto en escenarios de crecimiento de demanda menos crítico y altamente probable, para recomendar su participación en la subasta
- Es importante lograr la obtención del régimen de zonas francas para los nuevos proyectos de generación EE.PP.M E.S P.
- Se considera estratégico desarrollar Ituango, dadas sus ventajas competitivas y el riesgo de que el proyecto sea desarrollado por otro inversionista, en cuyo caso se recibe el impacto sin la compensación del retorno del proyecto.

- El óptimo económico para el desarrollo del proyecto Ituango implica desarrollar el proyecto en EE.PP.M E.S.P y en dos etapas, o en su defecto aumentar la participación en la sociedad hasta donde sea posible.
Teniendo en cuenta que las asignaciones de ENFICC que se subastan en 2008 tienen crecimientos de demanda del 5%, y considerando que quienes coloquen primero su Energía Firme tendrán prioridad frente a posteriores competidores, se considera estratégico participar en la subasta de 2008, gestionando el riesgo de ejecución de la garantía mediante un año de holgura en la fecha para la cual se declare el inicio de los ingresos de ENFICC
- Una vez obtenidas las asignaciones de ENFICC con los nuevos proyectos se someterá a aprobación de Junta la recomendación acerca de la ampliación que se requiere en la planta de personal de la Subgerencia de proyectos.
Los miembros de Junta Directiva se dieron por enterados del tema, y algunos de ellos solicitaron que en las conclusiones se incorpore la alternativa de adelantar en un año la entrada en operación del proyecto Pescadero- Ituango.
A continuación, el doctor Luis Carlos Rubiano Ortegón, Subdirector Gestión Empresas Vinculadas, informó que desde el pasado mes de diciembre de 2007 se iniciaron acercamientos con dos (2) firmas Brasileñas Alcoa y Vale, interesadas en participar en el proyecto Pescadero - Ituango para la obtención de la energía por ellas requerida para la instalación de plantas de aluminio ubicadas al sur de Cartagena en el caso de Alcoa y Urabá en el caso de Vale. Las dos han planteado como opción la autogeneración, lo cual requeriría un cambio regulatorio La primera también planteó un contrato de venta de energía con participación en la propiedad de la hidroeléctrica en principio del 50%, aduciendo razones económicas y de seguridad en el suministro.
Por su parte la segunda, en correo enviado el pasado viernes 29 de febrero, planteó la opción de participar como accionista de la sociedad adquiriendo las acciones de los minoristas y las del departamento de Antioquía, o desarrollar todo o parte del proyecto y pagar gastos operacionales de la planta, a cambio del acceso a la energía por un término de 25 a 3o años sin costo alguno, al cabo del cual devolverá el activo a los accionistas, además anticipando el pago de una suma de dinero.
El vocal Juan Camilo Restrepo Salazar sugirió que se realice el estudio y análisis jurídico en relación con los acercamientos descritos, y concretamente respeto a la alternativa planteada correspondiente a la participación en la construcción total o parcial del proyecto y al terminó de 25 a 30 años devolver la propiedad a los actuales dueños, con el propósito de analizar que no se trate de una concesión que se entregue directamente a un interesado, desconociendo el trámite de la selección pública del contratista.
Como complemento de lo anterior, el señor alcalde solicitó la emisión de un concepto jurídico sobre la procedencia de la participación de un tercero en la construcción total o parcial del proyecto Pescadero - Ituango, explotación del mismo, y la devolución de la propiedad a los actuales dueños en un periodo de 25 años, sin que con ello se configure la entrega de una concesión obviando el trámite de la enajenación de acciones que el Departamento de Antioquía posee en la sociedad Pescadero - Ituango, ya sea a un particular o a una entidad de naturaleza pública, así como la metodología de valoración de las acciones y como consecuencia de ello el costo de su participación en la sociedad.

Adicionalmente solicitó analizar sobre la oferta que EE.PP.M E.S.P podría realizar al Departamento de Antioquia en escenarios de construcción, operación y transferencia (BOT), o construcción, operación, propiedad y transferencia (BOOT), o la compra de su participación con proyección de ingresos futuros, y cuál sería la metodología aceptable para ambas partes.
Indicó que EE.PP M E.S.P debe asumir un papel proactivo y proponer alternativas de negociación con base en análisis legales, y pidió retomar el tema en el mes de abril de 2008 y realizar un informe de avance.
Recomendó enviar una comunicación al Gobernador de Antioquia demarcado ciertas pautas de la negociación, pero anteponiendo la disposición de encontrar los escenarios que más convengan a las partes.
El doctor Juan Camilo Restrepo solicitó compartir con la Gobernación de Antioquia, al menos uno de los escenarios previstos para el desarrollo del proyecto Pescadero - Ituango, para que se ilustre sobre los riesgos del mismo, y su incidencia en la valoración de su participación en la sociedad.
Los miembros de la Junta Directiva se dieron por enterados del tema.
De otro lado el Gerente general solicitó a la Junta Directiva anclar la autorización impartida en sesión del 8 de febrero de 2008, acta 1482, punto 3 "Capitalización de la sociedad proyecto Pescadero Ituango", relativa al otorgamiento de una garantía a favor de una entidad bancaria, en cuanto se trata de una contra garantía y no de una garantía, además que la garantía que emitirá la entidad bancaria, será a favor de XM-Compañía de Expertos en Mercado S.A E S.P y no a favor de la Comisión de regulación de Energía y Gas - CREG, así:
"Otorgar una contra garantía a favor de una entidad bancaria por el valor que represente el porcentaje de participación que EE PP.M E.S P tenga en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A E S.P, al momento de su otorgamiento, con el fin de respaldar en ese porcentaje el valor de la garantía que dicha entidad financiera emitirá a favor de XM - Compañía de Expertos en Mercados - S A E.S.P como requisito para que la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A E.S P participe en la subasta de energía firme convocada para el 6 de mayo de 2008.
En la fecha teniendo en cuenta que EE.PP.M E.S.P tiene el 44 47% de la participación accionaria de la sociedad, la contra garantía equivale a $37.715.000.000 (Treinta y siete mil setecientos quince millones de pesos). Si EE.PP.M E.S.P acrecienta su porcentaje de participación en la sociedad en caso de que algunos de los accionista no acepten la oferta para suscribir acciones que realizará la sociedad, la contra garantía que otorgue EE PP.M E.S P se extenderá a su nuevo porcentaje de participación accionaria".
La solicitud de declaración, fue aprobada por los miembros de Junta presentes en la reunión.
Acta 1490, Agosto 4 de 2008 (Extractos)
El Gerente General informa sobre la reunión sostenida el 19 de julio de 2008 entre el Gobernador de Antioquía, el Alcalde de Medellín, el Gerente del instituto para el Desarrollo de Antioquia — IDEA, y el gerente de EE.PPM. E.S.P, en la que participaron como observadores, por parte del Departamento de Antioquía el doctor Alberto Velásquez Martínez y por parte de EE.PP.M. E.S.P el doctor Manuel Santiago Mejía.
E.P.M propuso en dicha reunión designar en la Junta Directiva en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A E.S.P, servidores de su alta dirección;

operar y desarrollar el proyecto con personal técnico de su confianza; determinar un procedimiento para la selección; y la posibilidad de explorar formas diferentes de ejecutar el proyecto, con el cumplimiento de condiciones técnicas, financieras y ambientales, entre otros aspectos. Se propuso consignar en un escrito lo acordado, el cual fue remitido al gerente del IDEA, el 22 de julio de 2008, para su consideración.

La respuesta del señor Gobernador de Antioquia, fue que el departamento elegiría el gerente, el doctor Álvaro Uribe Vélez Presidente de la República, presentó como alternativas, que una firma cazatalentos propusiera 3 o 5 candidatos para la elección entre ellos del gerente por la junta directiva de la sociedad, o la elección del mismo, por consenso de los miembros de su junta directiva.

A fin de dar claridad a la opinión pública sobre el tema y reiterar que EE.PP.M E.S.P, no avala la compra de acciones de la sociedad hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A E.S.P. realizada por el IDEA, EE PP.M ES P, emitió un comunicado el 2 de agosto de 2008 en la página 16a del periódico El Colombiano, del cual se dio lectura. (Anexo 13)

Adicionalmente informa que el viernes anterior E.P M realizó una presentación en la fundación para el Progreso de Antioquía — Proantioquia sobre los hechos. En ella se recibió un respaldo unánime y se propuso la creación de una veeduría para hacer seguimiento al desarrollo del proyecto Pescadero Ituango.

A continuación el Gerente General relaciona algunas de las posibles alternativas sobre lo que continúa en la ejecución del proyecto, asunto que se debatió ampliamente, y se resolvieron luego las inquietudes planteadas

Los asistentes sugirieron examinar los posibles escenarios de actuación de EE.PP. M. E.S.P, con la claridad Jurídica sobre lo que puede y no puede hacer como socio en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero — Ituango, y sus derechos como accionista de la misma con una participación del 46%. Igualmente se sugiere profundizar sobre el tipo de compromisos jurídicos asumidos por la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P con su participación en la subasta de Cargos por confiablidad y la asignación de energía firme.

El Gerente General informa que EE.PP.M. E.S.P ya realizó el análisis jurídico sobre el impacto por no tener la mayoría en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S P y se refiere a algunas de las decisiones que pueden adoptar sus órganos de dirección y mayorías requeridas para ello.

Los miembros de Junta directiva, plantean algunas inquietudes referidas al plan de inversiones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S P, aplicación de la ley 226 de 1995 a tina posible enajenación de acciones por parte del IDEA; posibilidad de venta en bloque de dichas acciones en aplicación de la referida ley, y con posterioridad a ello, frente a un tercero.

Los miembros sugieren insistir en el nombramiento del gerente general en la sociedad mediante un procedimiento de selección previamente acordado, y buscar alternativas financieras y comerciales óptimas para la comercialización de la energía de la sociedad, no comprometida en la subasta de cargo por confiabilidad. Así mismo buscar como mecanismo auxiliar a los testigos de la reunión del 19 de julio de 2008, quienes se puedan pronunciar sobre los acuerdos logrados en dicha reunión, así como considerar el papel ofrecido por Proantioquia como veedor de la situación.

De otro lado, el Gerente General informa que se solicitó realizar una inspección a los libros y documentos de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P, pala verificar la existencia de posibles inconsistencias en el manejo del proceso de adquisición de las acciones y al proceso de capitalización realizado, ante lo cual se sugiere analizar la opción de solicitar una investigación al IDEA, por parte de la Superintendencia que la vigile, en caso de encontrar razones para ello.
Comunica además que para el 5 de agosto de 2008, se tiene previsto la realización de un foro en la Sociedad Antioqueña de Ingenieros — SAI sobre Pescadero — Ituango. Los asistentes sugieren que EE.PP.M. E.S.P. asista y reitere que no se pronuncia sobre la valoración de las acciones, recuerde las generalidades del proyecto, su interés en el mismo y su ejecución en las mejores condiciones técnicas y financieras, la venta de energía por él producida bajo condiciones comerciales; y en cuanto al nombramiento del gerente de la sociedad se indique que, cualquiera sea el mecanismo que se acuerde para su selección, trascienda a los gobiernos, y que quien sea nombrado en el cargo, conozca ampliamente el tema, para tranquilidad de la comunidad.
Los miembros de la Junta Directiva recomiendan por último elaborar un documento informativo sobre la participación de EE.PP.M. E.S.P. en el proyecto pescadero — Ituango y difundirlo ampliamente y además realizar una evaluación de externalidades de EE.PP.M. E.S.P en el proyecto como por ejemplo tasar el valor Know How de EE.PP.M. E S.P, por su conocimiento y experiencia en la construcción de proyectos hidroeléctricos.

Acta 1506, agosto 4 de 2009.
A continuación, por solicitud del señor Alcalde, el Gerente General informa sobre los avances de la sociedad Ituango S.A E.S.P. Comunica que en la última Junta Directiva se decidió concesionar el proyecto en la modalidad Build, Operate, Maintain and Transfer - BOMT, es decir construir, operar, mantener y luego transferir. Se tiene previsto la presentación de las propuestas en el primer trimestre del año 2010. EPM tiene interés en participar en dicho proceso. Indica que, si el proceso no es exitoso, la sociedad empezará a requerir recursos importantes de capital. Acta 151, diciembre 1 de 2009.
En cuanto al proyecto Ituango, informa que se publicó una convocatoria pública Internacional para la precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto, previo el cumplimiento de unos requisitos mínimos, antes del 18 de diciembre de 2009. EPM trabajaba en la elaboración de una oferta competitiva, con la posible constitución de una sociedad en zona franca con participación de un constructor, una entidad financiera, y una empresa de aluminio Informa que la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A E.P.S. citó a una asamblea en la que los asambleístas acordaron por unanimidad que, antes de votar la proposición de la Junta Directiva en el sentido de crear una sociedad filial de propósito específico, se les diera la oportunidad de discutir y evaluar, entre otros aspectos, el tipo de sociedad que se crearía, aporte de la Hidroeléctrica Pescadero, estatutos, órganos de dirección y acuerdo de accionistas. Dicha asamblea se programó para el 1o de diciembre de 2009
Acta 1513, febrero 2 de 2010.
En el proyecto Ituango se cerró la convocatoria pública internacional para la precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto.

Se presentaron once (u) interesados, entre ellos EPM, quien actualmente a través de un grupo interdisciplinario, trabaja en la elaboración de la propuesta. Al respecto detalla algunas de las opciones analizadas de manera preliminar. Resuelve inquietudes planteadas por los asistentes
Acta 1517, abril 13 de 2010.
El Gerente General informa sobre los siguientes temas:
Proyecto Ituango. Con la información disponible a la fecha ya que no se han suministrado los diseños definitivos, EPM avanza en la elaboración de una propuesta para la posible participación en la subasta del proyecto, la cual es coordinada por el doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, quien fue contratado para el efecto Informa sobre el avance en el desarrollo del proceso de subasta, y las consideraciones que sobre las mismas ha analizado la empresa, de manera específica, el pago de una prima para el desarrollo del proyecto, según lo establecido en los pre pliegos.
Acta 1518, mayo 4 de 2010.
El Gerente General informa sobre los siguientes temas:
- Proyecto Ituango: Comunica que en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquía, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia — IDEA— y EPM a fin de analizar la posibilidad que sea EPM quien desarrolle el proyecto. En dicha reunión EPM manifestó su interés, pero puso de presente que en el evento de llegar a un acuerdo, la determinación tanto del valor de desarrollo del proyecto como del monto de una prima, deberá estar precedida de una valoración por una banca de inversión. De ello, puede resultar que se llegue a un acuerdo para que EPM desarrolle el proyecto, o continuar el proceso de subasta en el cual participaría EPM; o que el proyecto se desarrolle directamente por la sociedad.
Precisamente en anterior Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E S P., se solicitó autorización para tramitar un crédito por 2.500 millones de dólares, con garantía de los socios, al respecto EPM manifestó la necesidad de someter dicha solicitud a consideración y aprobación de su Junta Directiva, una vez se defina el desarrollo del proyecto No obstante lo anterior, en la Junta Directiva de la sociedad se insistió que existen obras que se deben contratar, por lo cual es necesario iniciar gestiones de endeudamiento tendientes a la consecución de recursos que financien las inversiones necesarias para la construcción de los túneles de desviación e iniciar la excavación del vertedero por valor de USD$300 millones provenientes de la banca nacional, banca internacional, banca multilateral, corporaciones de fomento, el mercado de capitales, crédito de proveedor u otro que ofrezca el mercado. El tema se somete a consideración de los miembros de Junta Directiva, el cual es debatido ampliamente.
Aprobación: Los miembros de la Junta Directiva solo autorizan a EPM para garantizar el crédito que por valor de USD$300 millones, tramitará la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. con el fin de financiar las inversiones necesarias para la construcción de los túneles de desviación e iniciar la excavación del vertedero, en un porcentaje equivalente al de su participación en dicha sociedad, siempre y cuando los demás accionistas, garanticen el crédito en el porcentaje que les corresponda.
Los asistentes consideran que las solicitudes de la sociedad Hidroituango, como la anterior, al igual que las respuestas, deben quedar por escrito y consideran

además que EPM, sin romper el acuerdo de confidencialidad, debe dirigirse a la opinión pública para hacer algunas precisiones sobre el desarrollo del proyecto. Concretamente que EPM ha tenido interés en el proyecto; no lo ha torpedeado, sino que por el contrario, ha generado acciones para facilitar su ejecución, ha buscado la razonabilidad técnica y financiera de las decisiones; así como hacer un llamado para que los actores involucrados piensen en la mejor alternativa para el desarrollo del proyecto Los miembros de la Junta Directiva están de acuerdo en hacer pública la señalada información.
Acta 1519, de junio 1 de 2010.
Proyecto Ituango: en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquia, el IDEA y EPM en la Casa de Nariño, con la participación de la Ministra Consejera, doctora Claudia Jiménez, a fin de buscar un posible acercamiento entre las partes, para el desarrollo del proyecto.
En dicha reunión, los representantes de las partes, manifestaron su voluntad de un posible acuerdo, y coincidieron en la necesidad de buscar una metodología de valoración del proyecto, así como la validación de la misma.
Se presentaron propuestas para abordar los temas planteados por las partes Los asistentes estudian la pertinencia de hacer pública esta información, siempre y cuando no se vulnere la obligación de confidencialidad que ha protegido EPM, en todo lo relacionado con el Proyecto Hidroeléctrico de Pescadero Ituango
Acta 1520, julio 6 de 2010.
El gerente general informa sobre los siguientes temas.
Proyecto Ituango: el 4 de julio de zoio EPM y la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A firmaron un acuerdo de voluntades, con el fin de que EPM se encargue de la construcción y puesta en marcha de las obras de la Central Hidroeléctrica Ituango, el cual contempla unos principios generales, estructura del negocio, metodología del trabajo y cronograma. El presidente Álvaro Uribe Vélez, actuó como testigo de honor de la firma del acuerdo. El Gerente lee el acuerdo (Anexo 2), explica en detalle algunos puntos y entrega copia a cada uno de los miembros de la Junta. Resalta que el acuerdo no contiene cifras y en el mismo se deja constancia expresa de que no le crea a EPM inhabilidades o impedimentos para su posible participación en la subasta en el caso que continúe el proceso. Resuelve inquietudes planteadas por los miembros de Junta, relativas al posible desarrollo del proyecto en zona franca o la suscripción de un acuerdo de estabilidad jurídica
Acta 1521, Agosto 2 de 2010.
El Gerente General informa sobre el Proyecto Ituango lo siguiente:
Firma del Acuerdo: Se avanza en la definición de los puntos básicos del acuerdo que permita que EPM sea el concesionario para construir, poseer, operar, mantener y posteriormente transferir (BOOMT) el proyecto Hidroituango. Se están afinando los detalles de las cifras y los parámetros generales de la negociación, los cuales serán informados a los miembros de Junta.
Acta 1522, agosto 11 de 2010, Junta extraordinaria.
El gerente general informa que el objetivo de la sesión extraordinaria, es presentar a los miembros de Junta, el acuerdo logrado con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA - en lo que corresponde al desarrollo del proyecto Hidroituango, para que EPM construya, opere, mantenga y transfiera el

proyecto en el año 2060 Realiza una introducción al tema, e informa que el acuerdo se suscribirá con el socio mayoritario, luego de lo cual, este dará instrucciones a la sociedad, sobre los términos de celebración del contrato de concesión.

Recuerda que el 4 de julio de 2010, se celebró un acuerdo de voluntades entre EPM e Hidroituango, en el que se estipuló un término de treinta (30) días para buscar un esquema que permitiera a EPM desarrollar el proyecto. En dicho estudio participaron las bancas de inversión Santander Investment S.A. por parte de EPM, BNP Parabas por parte de Hidroituango e Inverlink S.A, como tercera banca designada para homologar el modelo, rangos de valores, y cifras acordadas por las partes.

Se refiere a la Tasa Interna de Retorno (TIR) que se le garantiza a EPM durante el tiempo de desarrollo del proyecto, que incluye su construcción y operación Desde su inicio, se establecen unas cifras y parámetros, pero al final del periodo de construcción, se calculan las remuneraciones periódicas como un porcentaje de la utilidad bruta comercial, garantizando la TIR esperada de EPM, reflejando las condiciones reales del costo del proyecto, deuda adquirida, fecha de entrada en operación y régimen tributario aplicable, dependiendo de si el proyecto se puede ejecutar o no, en zona franca

El gerente de Generación Energía, presenta los detalles del acuerdo (Anexo 1). Indica que EPM desarrolla el proyecto, a través de su construcción (8 Años), y su operación y comercialización (42 años), y en virtud de ellos, cancele una regalías.

Indica que, para el desarrollo del proyecto a cargo de EPM, se tiene previsto el esquema que expone en detalle, a saber:

- Se escinde Hidroituango S.A E.S.P (sociedad escindente) y se crea una sociedad por acciones (sociedad beneficiaria) que será la concesionaria del proyecto. En virtud de ello, se transfiere en bloque la porción patrimonial asociada al proyecto Hidroituango necesaria para su desarrollo. La sociedad escindente reduce su patrimonio, conserva la licencia ambiental y la titularidad del proyecto (responsable ante XM). La sociedad beneficiaria tendrá la misma composición accionaria y objeto de la sociedad escindente.

- Se suscribe un contrato Buil Own Operate Maintain Tianfer – BOOMT - (construir, poseer, operar, mantener, y transferir) entre Hidroituango S.A E.S.P y la sociedad beneficiaria en el que se establecen las condiciones económicas y financieras acordadas entre Hidroituango S.A E.S.P y E.P.M, correspondientes a la TIR esperada (11,7o%), el plazo (50 años), la revisión del costo del proyecto al terminar la construcción, y la revisión del riesgo comercial durante la duración del contrato.

- EPM compra las acciones de la sociedad beneficiaria, cuyo valor de la transacción asciende a la suma de USD 168 millones, y paga USD 35 millones en el evento en que se obtenga autorización para el desarrollo del proyecto en zona franca.

Detalla en cifras aproximadas la estructura del negocio y señala que la escisión propuesta se caracteriza por: (i) no se da la disolución de la sociedad escindente; (u) se da un traspaso patrimonial en bloque (activos y pasivos); (iii) tributariamente no se considera que existe enajenación entre la escindente y la beneficiaria, (iv) una vez inscrita en el registro mercantil la escritura de escisión, entre las partes intervinientes en la escisión y frente a terceros, la transferencia

en bloque de los activos y pasivos de la entidad escindente a la beneficiaria; (v) para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujetos a registro o, bastará con enumerarlos en la escritura de escisión. Informa la cronología del negocio y resuelve las inquietudes presentadas por los miembros de la Junta, relacionadas, entre otros aspectos, con la composición de la participación accionaria en la sociedad beneficiaria, la adquisición por parte de EPM de las acciones en la sociedad beneficiaria; posibles opciones y beneficios para EPM si el proyecto se realiza por la empresa, pago de regalías, soluciones previstas frente a menores ingresos; incumplimiento de cronograma del proyecto, tiempos estimados para la realización de pagos; y las alternativas que se tienen previstas para la comunicación a la opinión pública sobre la celebración del acuerdo

Luego, los miembros de la Junta manifiestan estar lo suficientemente enterados del tema presentado y no tener inquietudes adicionales

Aprobación: Los miembros de la Junta Directiva aprueban por unanimidad.

Acta 1525, noviembre 2 de 2010.

Hidroituango: Informó que en la asamblea extraordinaria de accionistas celebrada el 27 de octubre del presente año, se aprobó la escisión de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. tipo BOOMT, para la financiación, construcción, operación, mantenimiento y explotación comercial de la central Hidroeléctrica Pescadero Ituango y la restituya a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A., E.S.P. al término del referido contrato.

En la misma asamblea se aprobaron los estatutos de la nueva sociedad y se eligieron los integrantes de la Junta Directiva, de manera temporal.

Los miembros de la Junta expresan su reconocimiento y felicitación a la administración y a los servidores de las empresas que participaron en el proceso de negociación.

Acta 1528, febrero 1 de 2011.

8.3 Informe Hidroituango.

La dirección Energía presenta el tema (Anexo 16).

La doctora Claudia Jiménez Jaramillo se retira de la reunión, durante la presentación del tema.

Temas tratados: (i) Estado en materia de seguridad; (fi) Licenciamiento; (h) Área de influencia; (iv) Información predial; (v) Poblacion impactada; (vi) Conflicto, presencia de actores ilegales, zona estratégica; (vii) Estrategia pala el desarrollo del proyecto (administración de predios, vigilancia, acciones pohcivas y judiciales); (viii) ajustes a la normatividad; (ix) vigilancia y control; y (x) condiciones actuales y actividades pendientes por desarrollar en los próximos días.

La Gerencia General informa sobre el avance de la negociación de las condiciones del contrato (BOOMT) a suscribirse con Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. Concluidos los trámites de la contratación se presentaran en la Junta Directiva.

Los miembros de la Junta Directiva se dan por enterados del tema.

Acta 1532, marzo 28 y 29 de 2011.

Mediante comunicación del 28 de marzo de 2011 (Anexo 1) el gerente General por instrucciones del Presidente de la Junta Directiva y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995, y el artículo 10 de los Estatutos de Empresa Públicas de Medellín ESP (Acuerdo Municipal No. 12 de

1998), dejó a consideración de cada uno de los miembros de la Junta Directiva la siguiente solicitud, para que expresaran el sentido de su voto
Se solicita a los miembros de la Junta directiva en ejercicio de las funciones establecidas en el literal j) del artículo 17 del Acuerdo Municipal 12 de 1998 (estatutos EPM)
Autoriza la constitución y la firma por parte de Empresa Públicas de Medellín ESP - EPM - de una garantía solidaria "Garantía de casa Matriz" requerida como condición necesaria para firma del contrato BOOMT a celebrar entre EPM Ituango S.A E.S.P e Hidroituango S.A. E.S.P. Para ello, EPM se comprometerá con el otorgamiento de una garantía solidaria, limitada en el porcentaje de su participación accionaria en EPM Ituango, para respaldar las obligaciones que esta asuma en la ejecución del citado contrato (en términos generales, construir, operar, mantener y devolver la central hidroeléctrica a Hidroituango S.A E.S.P, a la finalización de dicho contrato)
Se anexó el documento soporte de la solicitud que fue sometida a consideración de los miembros de Junta Directiva (Anexo 2)
2. VOTACIÓN
El termino previsto para la manifestación del sentido del voto se estableció entre las 11:13 horas y las 17 oo horas del 28 de marzo de 2011, pero fue necesario su ampliación, inicialmente hasta las 10:00 horas del día 29 de marzo de 2011 (por correo electrónico enviado a los miembros de Junta Directiva - Anexo 3), y posteriormente, hasta las 12:oo horas del mismo día (por correo electrónico enviado a los miembros de Junta Directiva - Anexo 4), para facilitar que todos ellos pudieran expresar el sentido del voto.
Dentro del término establecido, ocho (8) de los nueve (9) miembros de la Junta Directiva, en forma escrita (correos electrónicos) consignaron el sentido de su voto a favor de la proposición, y un (i) miembro, la doctora Claudia Jiménez Jaramillo, participó en la sesión pero se declaró impedida para pronunciarse sobre la propuesta por corresponder a un tema relacionado con el Acuerdo de Voluntades celebrado para la ejecución del proyecto, el cual conoció en desarrollo de su cargo como Ministra Consejera de la Presidencia (Anexo 5)
Acta 1537, julio 5 de 2011
Propuesta para la gestión social y ambiental para el proyecto Ituango. La Gerencia Generación presenta un informe sobre la gestión social y ambiental en el Desarrollo del proyecto Ituango, tanto en el componente físico biótico, como en el socioeconómico (Anexo 6).
Temas tratados:
- Localización del proyecto
- Obras de generación y detalles de la construcción
- Beneficios del proyecto en empleo y aportes económicos.
- Área de Influencia del proyecto.
- Caracterización de la población, específicamente población con afectación de la actividad económica.
- Plan de manejo ambiental del componente social
- Programa de comunicación y participación.
- Programa para el restablecimiento de las condiciones de vida.
- Programa de integración Proyecto — Región
- Proyecto de arqueología preventiva.
- Medio físico biótico.

- Estado actual del proyecto - contrato de vías, ocupaciones irregulares y procedimiento para la restitución del bien
Se resuelven las inquietudes planteadas por los asistentes, relativas a los requerimientos conocidos que buscan un posible reconocimiento de comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto, sobre lo cual se enfatiza que se tienen las respectivas constancias de la no existencia de ellas, expedidas por varias entidades del Gobierno que en su momento así lo certificaron, además se informa de las gestiones que se continuarán desarrollando ante los Ministerios del Interior y de Justicia, el de Minas y Energía, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a fin de mantener claridad y certeza sobre el tema.
Se explica y amplía la información sobre cómo se desarrollaría la estrategia para insertar el Proyecto en la región, de tal forma que se potencialice a través de una gestión interinstitucional, con la realización de inversiones por parte del proyecto en el cumplimiento de sus obligaciones relativas al manejo, mitigación y compensación de los impactos, y de otras inversiones que podrían realizarse en el marco de la Responsabilidad Social Empresarial, buscando con ello contribuir al desarrollo de la región y al mejoramiento de la Calidad de vida de la población del área de influencia del proyecto.
Los miembros de la Junta Directiva se dan por enterados del tema Sugieren permanecer vigilantes frente a un posible reconocimiento de comunidades étnicas en la zona del proyecto, que puedan incidir en su construcción y desarrollo.
Acta 1541, noviembre 1 de 2011
La Gerencia General informa sobre los siguientes temas
(i) Proyecto Ituango:
- Avanza la construcción de los túneles de desviación, dentro del cronograma previsto.
- Continúa la venta de pliegos de condiciones dentro de la solicitud pública abierta para la construcción de las obras principales, presa, túneles y casa de máquinas
- Próxima apertura de solicitud pública de ofertas para la compraventa y prestación de servicios de las turbinas, los generadores y sus equipos asociados
Las EPM que recibió el gobierno del alcalde Aníbal Gaviria Correa (2012- 2015).
"La excelencia de los resultados del año 2011 no hace más que fortalecer el compromiso que asumimos para dirigir y liderar esta gran empresa. Hacemos un reconocimiento a la Administración de Federico Restrepo Posada, a su Junta Directiva, a su equipo de colaboradores, y a todos los funcionarios de EPM por los logros obtenidos. Nuestra responsabilidad es potenciar esos resultados y hacer que EPM siga caminando por la senda de la internacionalización Tenemos el enorme reto de posicionar a EPM como una empresa multilatina de alto reconocimiento y cada vez más humana y más cercana".
Con estas palabras el gerente general de EPM, el Dr Juan Esteban Calle Restrepo, presentó ante la Junta Directiva de la entidad las realizaciones de la pasada vigencia, tanto en lo correspondiente a los Estados Financieros, como al Informe de Sostenibilidad "Queremos destacar la entrada en operación del proyecto Porce III, y el crecimiento de programas como la electrificación rural y energía prepago, los cuales esperamos se conviertan en motores del desarrollo

de las regiones y del país, y que han permitido a su vez presentar a su dueño, el Municipio de Medellín y al país, una organización solida desde el punto de vista económico, sostenible y socialmente responsable que está preparada para seguir apalancando su crecimiento y su compromiso con el mejoramiento de la calidad de vida de sus clientes en Colombia y Centroamérica", indicó el directivo.

Resaltó que la organización continuó avanzando en su estrategia de crecimiento, basada en la sostenibilidad como propósito empresarial, "una dinámica que hace de la responsabilidad social y ambiental un eje fundamental de su desarrollo, en equilibrio con los aspectos económicos y financieros de su gestión".

Así mismo, anticipó que este será un año de grandes retos, entre ellos redefinir la MEGA para el Grupo EPM, estructurar y dejar contratado el Proyecto Ituango, ampliar el portafolio de energía, impulsar el negocio del gas natural y seguir creciendo en aguas, para aprovechar nacional e internacionalmente toda la experiencia y el conocimiento acumulados por la empresa en ese sector. Trabajaremos por el desarrollo del talento humano de EPM y paralelamente, "queremos ser y proyectar que EPM es cada vez más humana, más cercana a sus grupos de interés, más comprometida como actor de desarrollo en la región, más incluyente y así mismo la más responsable con el medio ambiente".

Obras, programas y proyectos.

En una rápida radiografía por las obras, programas y proyectos adelantados por EPM en 2011, Calle Restrepo destacó la entrada en operación comercial de la central hidroeléctrica Porce III (66o MW de capacidad instalada), aumentando la oferta de generación respecto al 2010, y los avances del Proyecto Ituango, con la publicación de licitaciones importantes, entre ellas la construcción de las obras civiles principales (presa, central subterránea y demás obras asociadas). https•//wwiw epm.com co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/-epmconsolido-su-crecimiento -en-2o 11

El horizonte avizorado por el Grupo EPM para 2015, se cumplió en 2011 y actualmente la meta grande y ambiciosa o mega, se encuentra en redefinición. "En el año 2015 el Grupo Empresarial EPM será una corporación con ingresos por ventas equivalentes a USD 5,000 millones, de los cuales el 6o% se originará en Colombia y el 40% fuera de Colombia".

https://www.epm.com.co/sitehortalsidocumentoshnstitucional/Informe Financiero Consolidado%202011.af

En el encuentro se resaltó el avance del Proyecto Hidroeléctrico Ituango como ejemplo de integración de una obra al territorio, donde los 12 municipios del área de influencia están viviendo una positiva transformación social.

El avance de las obras llegó al 39,7%, con una inversión de COP 1 3 billones en 2015, para un total de COP 4.2 billones de inversión desde el inicio de la construcción. En gestión ambiental y social, la inversión en el año fue de COP 78,503 millones y COP 97,385 millones en inversión social adicional, que busca crear oportunidades para la población. Se generaron 7,000 empleos directos y 20,000 indirectos.

https://www.eum.com co/site/home/sala-de-orensa/noticias-y-novedades /el-grupoepm -presento -la-gestio n-y-1 os-resultados-del-ano-2o 1;

No se presentó reparo o queja alguna por la gestión desarrollada por las EPM durante el tiempo que mi poderdante fue alcalde de Medellín y presidente de la

junta directiva. Ni tampoco frente al tema HI El informe de empalme con la administración que inició el 1 de enero de 2012, fue más que satisfactorio. La prueba que reposa en el proceso da cuenta del cumplimiento a cabalidad de las obligaciones a cargo de mi poderdante, en el control de tutela frente a EPM.
Así, la imputación que se formula en contra de mi poderdante por omitir sus funciones en el control de tutela, no tiene fundamento alguno.

R/: El apoderado denomina el argumento anterior, como supuestas omisiones del alcalde responsable de designar al gerente de EPM y en favor del control de tutela. Considera el apoderado que a su poderdante no se le puede reprochar ninguna omisión en relación con el control de tutela, supervisión y orientación para constatar la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector.

Alega el apoderado que el señor Salazar siempre propendió por sacar adelante los objetivos principales para los cuales fue elegido. Precisa además que el señor Salazar nombró al gerente de EPM pero que, además, como alcalde, el señor Salazar también es el presidente de la junta de EPM y nombra a los miembros de la junta de EPM. Así mismo refiere que su poderdante nombró en la junta de EPM y llevó también como invitados permanentes personas de las más altas calidades. Así mismo precisó que desde EPM impulsó la creación y promoción de directrices, políticas y proyectos, sin dejar de reconocer que EPM goza de autonomía y tienen a su cargo los deberes de ejecución directa de todos los programas que le corresponden. Resalta que en 2008 se logró la estabilidad jurídica para EPM lo que en su opinión era fundamental para Hidroituango.

Después de lo cual procede a explicar el concepto de descentralización territorial en lo que se refiere al municipio de Medellín y la descentralización por servicios al referirse a las EPM. Lo anterior, para explicar que el señor Salazar respecto de EPM podía desarrollar un control de tutela más no un control jerárquico.

En este sentido recuerda que el gobierno corporativo de EPM se ocupa de definir las reglas de juego para el ejercicio de la propiedad, la toma de decisiones y el alcance de las responsabilidades de cada órgano de gobierno en aras de preservar la unidad de propósito y dirección del grupo empresarial, siempre procurando la sostenibilidad y la generación de valor.

Así mismo asegura que EPM pasó en el periodo 2008-2011 pasó a convertirse en la principal empresa de servicios públicos de Colombia y la matriz del segundo grupo empresarial del país. Afirma también que bajo la gerencia del Señor Juan Felipe Gaviria entre 2004 y 2007 las EPM tuvieron un crecimiento responsable y consolidó un gobierno corporativo. Para lo cual EPM contaba con los Estatutos, el código de buen gobierno y el convenio merco con el Municipio de Medellín, este último le imponía unos límites al alcalde de Medellín, a los efectos de evitar que EPM fuera utilizado ya sea para fines políticos o para financiar asuntos del Municipio

que no tenían relación con el objetico y finalidades de EPM, lo anterior coincide con lo expresado por los testigos, en relación con la finalidad de dicho convenio:

(…)

En cumplimiento de lo anterior, se afirma que el señor Salazar nombró personas caracterizadas por su profesionalidad, conocimientos, Mediante Decreto 259 de 1 de diciembre de 2008, se modificó el reglamente interno de la Junta de EPM, para incorporar elementos que hicieran más claras y efectivas las prácticas adoptadas en relación con este órgano de dirección y complementarlo con algunas otras medidas como la inducción de nuevos miembros, temas que se someten a revisión periódica, directrices para el suministro de información, se introdujeron algunas precisiones en torno al tema de conflictos de interés y sobre el alcance de la autoevaluación.

Afirma además que desde EPM, se realizó el seguimiento permanente a la marcha del Proyecto Pescadero Ituango. Para lo cual procede a citar una serie de actas de la junta directiva de EPM en las que se refiere información dada en relación con el proyecto.

En primer término, resulta importante precisar qué se dijo de manera puntual en la imputación.

Al señor Salazar Jaramillo se le imputó responsabilidad fiscal bajo su doble condición de Alcalde y de miembro principal de la junta directiva de Hi, más no desde su calidad de presidente de la junta directiva de EPM y, respecto del control de tutela se precisó lo siguiente:

“En calidad de miembro de junta directiva contaba con la capacidad para incidir sobre las decisiones y en calidad de alcalde ejercía un control de tutela sobre el gerente de E.P.M
(…)
En este sentido, el señor Fabio Alonso Salazar en calidad de alcalde de Medellín fungía para la época de los hechos como "jefe superior de la Administración", es decir como cabeza de un sector administrativo, como superior jerárquico de un ente territorial.
En dicha calidad, es posible exigir responsabilidad fiscal a tales jefes superiores de la Administración, cuando el daño fiscal ha sido generado por servidores y en el ámbito de organizaciones que están bajo sujeción de tales jefes, bien por jerarquía y/o por tutela. Es decir, la posibilidad de la responsabilidad fiscal derivada del control jerárquico y del control de tutela.
(…)
Así las cosas, por mandato constitucional el alcalde es el jefe de la administración local (artículo 315 Superior), lo que significa que lo es tanto de las entidades principales como de las descentralizadas departamentales. Así mismo, entre otras

funciones, corresponde al gobernador dirigir la acción administrativa del departamento; asegurar la prestación de los servicios a cargo del departamento; designar y remover a los funcionarios tanto de la gobernación como a los gerentes o directores de entidades descentralizadas departamentales (artículo 315.3). En consecuencia, el alcalde es titular del control jerárquico, del ***control de tutela pues participa directamente en la acción de toda la actividad municipal."***

En este sentido, de lo sostenido en el auto de imputación el control de tutela que fue omitido por el señor Salazar se refiere específicamente a aquél que debió realizar respecto del gerente de EPM, más no de cara a la estructura corporativa de EPM sino específicamente en relación con la empresa Hidroituango en donde tanto el gerente de EPM como el mismo imputado tenían asiento como miembros de la junta directiva.

Así y, bajo este contexto, correspondía al Alcalde informarse del Estado general del proyecto y no solo en relación con los puntos que desde el gobierno corporativo de EPM eran considerados relevantes.

Cabe anotar que las actas de la junta directiva de EPM, citadas por la defensa no retratan la realidad del proyecto en la dimensión que correspondía, lo anterior por cuanto atendían a los intereses específicos de EPM y por lo tanto no mostraban los pormenores que sólo podían ser apreciados desde lo que ocurría en la junta directiva de Hi, pues, se recuerda que antes de suscribirse el BOOMT, Hidroituango era el ejecutor del proyecto.

Ello se hace evidente con la siguiente comparación:

ACTA DE EPM Y FECHA Y SITUACIÓN RELATADA	**SITUACIONES QUE ESTABAN OCURRIENDO EN HIDROITUANGO EN DICHO PERIODO**
Acta 1484, Marzo 3 de 2008: La junta analiza en extenso la situación de la Sociedad Hidroituango y del proyecto hidroeléctrico. (Extractos del acta). *" para desarrollar conjuntamente Porce III, Porce IV e Ituango (asumiendo el 100% de la inversión), bastaría la caja del Grupo Generación Energía, y se conservaría el cumplimiento de la transferencia de los excedentes al Municipio de Medellín, los indicadores financieros y los compromisos con la banca multilateral* *Se anunció además que para desarrollar simultáneamente los proyectos Porce III, Bonyic, Porce IV e Ituango se requiere ampliar la planta de personal de la Subgerencia Proyectos de la Unidad Estratégica de Negocios – UEN Generación.*	Dado que en la primera parte de desarrollo del proyecto, la ruta crítica la constituía la construcción de las vías necesarias para el acceso al proyecto y en especial aquellas requeridas para llegar al punto en donde debían iniciarse las obras para la desviación del río Cauca, en enero de 2008, se abre la licitación para el diseño de las vías pues se pretendía que el mismo estuviera finalizado en septiembre del mismo año, sin embargo, dicho contrato inicia su ejecución hasta 23 de junio de 2008, es decir, con 3 meses de atraso. Cabe anotar que dicho contrato le fue adjudicado al Consorcio Generación Ituango, conformado por las empresas Integral Ingeniería de Consultas S.A. y Solingral S.A.(CT-007-2008) para elaborar los diseños

Por último el doctor Pérez manifestó como conclusiones y recomendaciones las siguientes
- El cargo por Confiabilidad constituye el nuevo mecanismo competitivo mediante el cual se realiza la expansión en Colombia.
- Los dos proyectos con los que EE PP.M E.S.P podría participar en la subasta de 2008 son Ituango y Porce IV.
- Ituango es un proyecto competitivo, que tiene la fortaleza de garantizar la rentabilidad exigida incluso en escenarios de bajo crecimiento de demanda y alta competencia
- En escenarios de alta competencia Porce IV requiere primas altas. Se continuará estudiando el desempeño del proyecto en escenarios de crecimiento de demanda menos crítico y altamente probable, para recomendar su participación en la subasta
- Es importante lograr la obtención del régimen de zonas francas para los nuevos proyectos de generación EE.PP.M E.S P.
- Se considera estratégico desarrollar Ituango, dadas sus ventajas competitivas y el riesgo de que el proyecto sea desarrollado por otro inversionista, en cuyo caso se recibe el impacto sin la compensación del retorno del proyecto.
- El óptimo económico para el desarrollo del proyecto Ituango implica desarrollar el proyecto en EE.PP.M E.S.P y en dos etapas, o en su defecto aumentar la participación en la sociedad hasta donde sea posible.
Teniendo en cuenta que las asignaciones de ENFICC que se subastan en 2008 tienen crecimientos de demanda del 5%, y considerando que quienes coloquen primero su Energía Firme tendrán prioridad frente a posteriores competidores, se considera estratégico participar en la subasta de 2008, gestionando el riesgo de ejecución de la garantía mediante un año de holgura en la fecha para la cual se declare el inicio de los ingresos de ENFICC
- Una vez obtenidas las asignaciones de ENFICC con los nuevos proyectos se someterá a aprobación de Junta la recomendación acerca de la ampliación que se requiere en la planta de personal de la Subgerencia de proyectos.
Los miembros de Junta Directiva se dieron por enterados del tema, y algunos de ellos solicitaron que en las conclusiones se incorpore la alternativa de adelantar en un año la entrada en operación del proyecto Pescadero- Ituango.
A continuación, el doctor Luis Carlos Rubiano Ortegón, Subdirector Gestión Empresas

detallados; y asesoría durante la construcción, los diseños definitivos Fase 1 (Diseño conceptual) y fase 2 (Diseño de detalle).

Como consecuencia de lo anterior, se presenta la necesidad de aplicar un **primer plan de contingencia** para recuperar los términos que se han atrasado (Acta 81).

En el acta 86 de la Junta Directiva de Hi de 29 de agosto de 2008, se refiere la fecha en que empezó tanto el contrato de diseño de las vías, como el contrato de interventoría a las mismas, sin embargo, se precisa que en dicha fecha aún no se había dado orden de inicio por cuanto el contrato aún no se encontraba firmado.

Las demoras en la suscripción del contrato obedecieron a problemas de orden administrativo que se estaban dando al interior de la Sociedad Hidroituango, los cuales se refirieron en las diferentes actas de junta directiva, en las cuales se hizo evidente en los procesos de capitalización realizados para la subasta de energía, que no existía siquiera claridad en la composición accionaria". La orden de inicio de este contrato solo viene a darse hasta el 15 de diciembre de 2008 y su plazo inicial era de 365 días, el valor inicial de dicho contrato ascendía a la suma de $16.013.677.895 y debía haberse terminado el 14 de diciembre de 2009.

Sin embargo, como puede observarse en el acta de Liquidación, el mismo fue modificado y se adicionó su valor en sendas actas de modificación bilateral, aumentando el valor final del mismo en más de $11.000 millones de pesos. Así mismo, se modificó su fecha de terminación, la cual se extendió hasta el 30 de junio de 2010.

El 30 de enero de 2009, se recibe la Resolución 0155 que es la licencia ambiental del proyecto, la cual incluye tanto las obras principales, como los campamentos y las vías de acceso al proyecto e incluye también la variante.

Visto lo anterior y a solo 1 mes de haber iniciado el contrato de los diseños de detalle, mediante acta 93 de 14 de enero de 2009, la Junta Directiva autoriza la apertura de la licitación para la contratación de las obras de

Vinculadas, informó que desde el pasado mes de diciembre de 2007 se iniciaron acercamientos con dos (2) firmas Brasileñas Alcoa y Vale, interesadas en participar en el proyecto Pescadero - Ituango para la obtención de la energía por ellas requerida para la instalación de plantas de aluminio ubicadas al sur de Cartagena en el caso de Alcoa y Urabá en el caso de Vale. Las dos han planteado como opción la autogeneración, lo cual requeriría un cambio regulatorio La primera también planteó un contrato de venta de energía con participación en la propiedad de la hidroeléctrica en principio del 50%, aduciendo razones económicas y de seguridad en el suministro. Por su parte la segunda, en correo enviado el pasado viernes 29 de febrero, planteó la opción de participar como accionista de la sociedad adquiriendo las acciones de los minoristas y las del departamento de Antioquía, o desarrollar todo o parte del proyecto y pagar gastos operacionales de la planta, a cambio del acceso a la energía por un término de 25 a 3o años sin costo alguno, al cabo del cual devolverá el activo a los accionistas, además anticipando el pago de una suma de dinero.

El vocal Juan Camilo Restrepo Salazar sugirió que se realice el estudio y análisis jurídico en relación con los acercamientos descritos, y concretamente respeto a la alternativa planteada correspondiente a la participación en la construcción total o parcial del proyecto y al terminó de 25 a 30 años devolver la propiedad a los actuales dueños, con el propósito de analizar que no se trate de una concesión que se entregue directamente a un interesado, desconociendo el trámite de la selección pública del contratista.

Como complemento de lo anterior, el señor alcalde solicitó la emisión de un concepto jurídico sobre la procedencia de la participación de un tercero en la construcción total o parcial del proyecto Pescadero - Ituango, explotación del mismo, y la devolución de la propiedad a los actuales dueños en un periodo de 25 años, sin que con ello se configure la entrega de una concesión obviando el trámite de la enajenación de acciones que el Departamento de Antioquía posee en la sociedad Pescadero - Ituango, ya sea a un particular o a una entidad de naturaleza pública, así como la metodología de valoración de las acciones y como consecuencia de ello el costo de su participación en la sociedad.

infraestructura (Vías y campamentos), pero dicha licitación se abre solo un mes después el día 16 de febrero de 2009, y se cierra el 17 de abril de 2009 - el 24 de junio de 2009, se adjudica dicho contrato (CT-015-2009) al Consorcio Pescadero Ituango el cual tenía un término de 900 días y un valor de $258.000 millones, en la misma fecha se adjudica el contrato de interventoría a SEDIC-INGETEC con un plazo de 930 días y un valor de $12.945 millones.

Es importante anotar en este punto que en el Acta 94 de 28 de enero de 2009, aparece por primera vez la necesidad de incluir la vía Puerto Valdivia Presa, de igual manera, en acta 95 de fecha 25 de febrero de 2009, la junta directiva autoriza la contratación de la Vía Barro San Andrés de Cuerquía, y la vía Puerto Valdivia y mediante acta 97 de fecha 29 de abril de 2009, se autoriza al Gerente para que entre en contacto con el Consorcio Generación Ituango para el diseño de la vía Puerto Valdivia, lo que se justifica en la premura de contar con dicha vía.

Estas situaciones de manera correlativa generaron modificaciones en el contrato del diseño de las vías. En efecto, a lo anterior obedeció la suscripción del AMB 123, la cual valga anotar es de 9 de diciembre de 2009 (casi 11 meses después de que se menciona por primera vez la necesidad de la Vía Puerto Valdivia), lo que implicó adicionar el contrato en $4.634.384..924.

El contrato para la construcción de las vías (CT-015-200924) se suscribe hasta el día 14 de Agosto de 2009 y la orden de inicio se da únicamente hasta el 16 de octubre de 200926, lo anterior por cuanto, tal y como da cuenta el acta 103 de 30 de septiembre de 2009, no se cuenta con la modificación de la licencia ambiental, lo que retrasó el cronograma un mes más.

Además de los atrasos atrás referidos, en Acta 97 de 29 de abril de 2009, se expresa la necesidad de acelerar la compra de predios por cuanto se afirma que es inminente el inicio del contrato de construcción de las vías, en este punto pone nuevamente de presente el

Adicionalmente solicitó analizar sobre la oferta que EE.PP.M E.S.P podría realizar al Departamento de Antioquia en escenarios de construcción, operación y transferencia (BOT), o construcción, operación, propiedad y transferencia (BOOT), o la compra de su participación con proyección de ingresos futuros, y cuál sería la metodología aceptable para ambas partes. *Indicó que EE.PP M E.S.P debe asumir un papel proactivo y proponer alternativas de negociación con base en análisis legales, y pidió retomar el tema en el mes de abril de 2008 y realizar un informe de avance.* *Recomendó enviar una comunicación al Gobernador de Antioquia demarcado ciertas pautas de la negociación, pero anteponiendo la disposición de encontrar los escenarios que más convengan a las partes.* *El doctor Juan Camilo Restrepo solicitó compartir con la Gobernación de Antioquia, al menos uno de los escenarios previstos para el desarrollo del proyecto Pescadero - Ituango, para que se ilustre sobre los riesgos del mismo, y su incidencia en la valoración de su participación en la sociedad.* *Los miembros de la Junta Directiva se dieron por enterados del tema.* *De otro lado el Gerente general solicitó a la Junta Directiva anclar la autorización impartida en sesión del 8 de febrero de 2008, acta 1482, punto 3 "Capitalización de la sociedad proyecto Pescadero Ituango", relativa al otorgamiento de una garantía a favor de una entidad bancaria, en cuanto se trata de una contra garantía y no de una garantía, además que la garantía que emitirá la entidad bancaria, será a favor de XM-Compañía de Expertos en Mercado S.A E S.P y no a favor de la Comisión de regulación de Energía y Gas - CREG, así:* *"Otorgar una contra garantía a favor de una entidad bancaria por el valor que represente el porcentaje de participación que EE PP.M E.S P tenga en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A E S.P, al momento de su otorgamiento, con el fin de respaldar en ese porcentaje el valor de la garantía que dicha entidad financiera emitirá a favor de XM - Compañía de Expertos en Mercados - S A E.S.P como requisito para que la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A E.S P participe en la subasta de energía firme convocada para el 6 de mayo de 2008.*	Despacho, como se explicó líneas atrás, que no se contaba aún con el diseño de las vías. En Acta 99 de 24 de junio de 2009, se le presenta a la Junta Directiva el trazado de las vías del proyecto. En el acta 107 de 27 de enero de 2010, se encuentra referida una situación que denota la fragilidad en la planeación del proyecto, puesto que 5 meses después de iniciado el contrato de construcción de las vías, y si bien era claro que el primer hito que debía cumplirse en el proyecto era la desviación del río Cauca, las vías que llegaban al punto donde debían iniciarse las obras para construir los túneles de desviación, eran por su ubicación, lo último en el proceso constructivo. Por este motivo se debió plantear la alternativa de llegar a la boca de túnel para poder comenzar la excavación desde la margen contraria (es decir la margen izquierda) y con un puente provisional atravesar el río cauca, lo que supuso que se realizaran inversiones adicionales, todo lo anterior en pro de cumplir con el cronograma. Autorizada la construcción de dicha vía, en acta 108 de 24 de febrero de 2010, se informa que la construcción de la vía por la margen izquierda ya se inició. Sin embargo, en acta 109 de 24 de marzo de 2010, es decir un mes después se reconoce que dicha vía realmente no ha iniciado y que INTEGRAL debe entregar los diseños de la misma. Además, en el acta el señor Ser• io Betancur pregunta **sicon esta decisión, se está poniendo en punto de ruta crítica mayor el proyecto.** Ante lo cual la administración de Hidroituango reconoce que el cronograma es estrecho de por sí. Así mismo se reconoce que ante las circunstancias que se han venido presentando el tiempo se hace cada vez más precario, específicamente en lo que se refiere a la fecha para cumplir con la desviación del río. Por lo que en este punto, se solicita que se realicen las gestiones con EPM y con el contratista de las obras viales, para que se

En la fecha teniendo en cuenta que EE.PP.M E.S.P tiene el 44 47% de la participación accionaria de la sociedad, la contra garantía equivale a $37.715.000.000 (Treinta y siete mil setecientos quince millones de pesos). Si EE.PP.M E.S.P acrecienta su porcentaje de participación en la sociedad en caso de que algunos de los accionista no acepten la oferta para suscribir acciones que realizará la sociedad, la contra garantía que otorgue EE PP.M E.S P se extenderá a su nuevo porcentaje de participación accionaria".
La solicitud de declaración, fue aprobada por los miembros de Junta presentes en la reunión.

Acta 1490, Agosto 4 de 2008 (Extractos)
El Gerente General informa sobre la reunión sostenida el 19 de julio de 2008 entre el Gobernador de Antioquía, el Alcalde de Medellín, el Gerente del instituto para el Desarrollo de Antioquia — IDEA, y el gerente de EE.PPM. E.S.P, en la que participaron como observadores, por parte del Departamento de Antioquía el doctor Alberto Velásquez Martínez y por parte de EE.PP.M. E.S.P el doctor Manuel Santiago Mejía.
E.P.M propuso en dicha reunión designar en la Junta Directiva en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A E.S.P, servidores de su alta dirección; operar y desarrollar el proyecto con personal técnico de su confianza; determinar un procedimiento para la selección; y la posibilidad de explorar formas diferentes de ejecutar el proyecto, con el cumplimiento de condiciones técnicas, financieras y ambientales, entre otros aspectos. Se propuso consignar en un escrito lo acordado, el cual fue remitido al gerente del IDEA, el 22 de julio de 2008, para su consideración.
La respuesta del señor Gobernador de Antioquia, fue que el departamento elegiría el gerente, el doctor Álvaro Uribe Vélez Presidente de la República, presentó como alternativas, que una firma cazatalentos propusiera 3 o 5 candidatos para la elección entre ellos del gerente por la junta directiva de la sociedad, o la elección del mismo, por consenso de los miembros de su junta directiva.
A fin de dar claridad a la opinión pública sobre el tema y reiterar que EE.PP.M E.S.P, no avala la compra de acciones de la sociedad hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A E.S.P. realizada por el IDEA, EE PP.M ES P, emitió un comunicado el 2 de agosto de 2008 en la página

acelere el proceso de la compra de predios, para ganar tiempos.

Frente a esto último se afirma, que la alternativa planteada, no va a permitir ganar tiempo sino cumplir en la fecha programada.

Lo anterior, permite concluir al Despacho que existía claridad por parte de Hidroituango respecto de lo ajustado que era el cronograma y que cada situación que se presentaba iba en desmedro de los tiempos pactados, en especial la fecha para la desviación del Río Cauca. Ahora bien, para efectos de la construcción de esta vía por la margen Izquierda, solo a través de AMB 227 de 29 de junio de 2010, al Contrato CT-015 de 2009, se incluye ésta modificación, con base en las siguientes consideraciones.

En primer término, es importante precisar que esta alternativa, a pesar de la premura de la cual eran consientes los asistentes a la reunión de junta directiva de Hidroituango, referida en el acta 108 de marzo de 2009 y que fue aprobada en dicha sesión, solo se instrumentalizó en el contrato de construcción de las vías 3 meses después.

Así mismo, esta modificación supuso una alteración en el plazo inicial del contrato de construcción de las vías y además generó mayores erogaciones para la sociedad.

En efecto, como consecuencia de dicha modificación, se estableció un cronograma de ejecución de las obras que contemplaba los siguientes plazos.

En relación con los mayores costos que supuso dicha vía, y las modificaciones realizadas al contrato de construcción mediante AMB 2, en Acta 119 de 22 de diciembre de 2010.

Finalmente, el contrato se extendió mucho más de lo previsto, pasando de tener un término de 900 días a durar 1443 días y si bien su valor inicial correspondió a la suma de $258.191.932.808, terminó costando la suma de $427.528.858.084.

De igual forma, el contrato de interventoría pasa de tener una duración de 930 días

16a del periódico El Colombiano, del cual se dio lectura. (Anexo 13)
Adicionalmente informa que el viernes anterior E.P M realizó una presentación en la fundación para el Progreso de Antioquía — Proantioquia sobre los hechos. En ella se recibió un respaldo unánime y se propuso la creación de una veeduría para hacer seguimiento al desarrollo del proyecto Pescadero Ituango.
A continuación el Gerente General relaciona algunas de las posibles alternativas sobre lo que continúa en la ejecución del proyecto, asunto que se debatió ampliamente, y se resolvieron luego las inquietudes planteadas
Los asistentes sugirieron examinar los posibles escenarios de actuación de EE.PP. M. E.S.P, con la claridad Jurídica sobre lo que puede y no puede hacer como socio en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero — Ituango, y sus derechos como accionista de la misma con una participación del 46%. Igualmente se sugiere profundizar sobre el tipo de compromisos jurídicos asumidos por la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P con su participación en la subasta de Cargos por confiablidad y la asignación de energía firme.
El Gerente General informa que EE.PP.M. E.S.P ya realizó el análisis jurídico sobre el impacto por no tener la mayoría en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S P y se refiere a algunas de las decisiones que pueden adoptar sus órganos de dirección y mayorías requeridas para ello.
Los miembros de Junta directiva, plantean algunas inquietudes referidas al plan de inversiones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S P, aplicación de la ley 226 de 1995 a tina posible enajenación de acciones por parte del IDEA; posibilidad de venta en bloque de dichas acciones en aplicación de la referida ley, y con posterioridad a ello, frente a un tercero.
Los miembros sugieren insistir en el nombramiento del gerente general en la sociedad mediante un procedimiento de selección previamente acordado, y buscar alternativas financieras y comerciales óptimas para la comercialización de la energía de la sociedad, no comprometida en la subasta de cargo por confiabilidad. Así mismo buscar como mecanismo auxiliar a los testigos de la reunión del 19 de julio de 2008, quienes se puedan pronunciar sobre los acuerdos logrados en

a tener una duración de 1581 días y pasa de tener un costo de $12.945.955.429 a costar $30.691.327.695.

De las consecuencias de los atrasos presentados en estas vías, da cuenta la comunicación 2012002331 de fecha 14 de junio de 2012. Comunicación en la cual se reconoce que el atraso en la infraestructura vial generó efectos en el contrato de los túneles de desviación quienes no pudieron dar inicio en la fecha programada a la excavación, generando la necesidad de implementar planes de choque para disminuir los atrasos, incluyendo el hecho de que para pasar de la margen izquierda a la margen Derecha del río debió utilizarse una garrucha.

En el mismo sentido, respecto de las causas por las cuales se presentaron mayores tiempos y mayores valores en desarrollo del contrato de las vías, en acta 131 de 25 de abril de 2012, se afirma que obedeció a la necesidad de realizar la construcción de las vías por la margen izquierda, lo que implicó además la construcción de 2 puentes que no estaban contemplados en los diseños originales.
Como se verá más adelante, esta situación fue determinante para que se demorara la suscripción del contrato de construcción de los túneles de desviación, y generó problemas desde un principio con el contratista CTIFS para aceptar el cronograma de ejecución de los túneles de desviación.

De otra parte, se suscribió el Contrato N° 011-2009 con el contratista Promotora Nacional de Zonas Francas S.A., el contratista se encargó del acompañamiento, asesoría, elaboración y presentación de todos los documentos y trámites tendientes a la declaratoria de zona franca permanente especial, en los terrenos en los cuales se ejecutarían las obras principales del proyecto y la celebración del contrato de estabilidad jurídica.

La Sociedad como propietaria del proyecto, en el año 2007, gestionó la inscripción del proyecto, que se encontraba en fase 1131, ante la Unidad de Planeación Minero Energética-UPME32; tal como consta en Acta de Junta Directiva de la Sociedad Hidroituango de fecha 14 de diciembre de 2007.

dicha reunión, así como considerar el papel ofrecido por Proantioquia como veedor de la situación. *De otro lado, el Gerente General informa que se solicitó realizar una inspección a los libros y documentos de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P, pala verificar la existencia de posibles inconsistencias en el manejo del proceso de adquisición de las acciones y al proceso de capitalización realizado, ante lo cual se sugiere analizar la opción de solicitar una investigación al IDEA, por parte de la Superintendencia que la vigile, en caso de encontrar razones para ello.* *Comunica además que para el 5 de agosto de 2008, se tiene previsto la realización de un foro en la Sociedad Antioqueña de Ingenieros — SAI sobre Pescadero — Ituango. Los asistentes sugieren que EE.PP.M. E.S.P. asista y reitere que no se pronuncia sobre la valoración de las acciones, recuerde las generalidades del proyecto, su interés en el mismo y su ejecución en las mejores condiciones técnicas y financieras, la venta de energía por él producida bajo condiciones comerciales; y en cuanto al nombramiento del gerente de la sociedad se indique que, cualquiera sea el mecanismo que se acuerde para su selección, trascienda a los gobiernos, y que quien sea nombrado en el cargo, conozca ampliamente el tema, para tranquilidad de la comunidad.* *Los miembros de la Junta Directiva recomiendan por último elaborar un documento informativo sobre la participación de EE.PP.M. E.S.P. en el proyecto pescadero — Ituango y difundirlo ampliamente y además realizar una evaluación de externalidades de EE.PP.M. E.S.P en el proyecto como por ejemplo tasar el valor Know How de EE.PP.M. E S.P, por su conocimiento y experiencia en la construcción de proyectos hidroeléctricos.*	En sus gestiones para lograr la construcción del proyecto en el año 2008, la Sociedad aspiraba a aplicar al mecanismo de cargo por confiabilidad y así obtener recursos que mejoraran los indicadores de evaluación del mismo, como quedó consignado en el acta de Junta Directiva No 74 de la Sociedad del 14 de diciembre de 2007 en la que se explica que los requisitos para participar en la subasta eran: 1) garantía de seriedad de que sí se iban a presentar en subasta (antes del 14 de abril de 2008) y 2) la curva S, sobre la cual iban a medir el cumplimiento del cronograma. Así mismo, "si el proyecto ganaba en la subasta, se debía constituir una garantía de entrada de operación de la planta y había que sostenerla por todo el tiempo de construcción por el 100% de la energía en firme que se asignará" La sociedad para cumplir con la garantía de seriedad que debía establecer, se capitalizó en $4000 millones, lo cual fue aprobado en la Junta Directiva del 6 de mayo de 2008: el banco Citibank otorgó la garantía necesaria. En junio de 2008 el proyecto, propiedad de la Sociedad, con una capacidad de 1.200 megavatios, cumplía con los requisitos y por tanto participó en la primera subasta de energía para proyectos clasificados como Plantas de Generación con Períodos de Construcción Superior al Periodo de Planeación -GPPS-, en la que fueron asignadas Obligaciones de Energía en firme-OEF-mediante el cargo por confiabilidad. Una vez la Sociedad consiguió en la subasta la asignación de energía en firme, inició el proceso para encontrar un inversionista que le permitiera desarrollar el proyecto y cumplir con los compromisos de entrega de energía en firme, de esta manera se cumplía un importante primer requisito para viabílizar la construcción del proyecto. El segundo requisito era la aprobación de la licencia ambiental, situación que se consolidó mediante la Resolución 0155 de 2009, No obstante, los antecedentes de la licencia dan cuenta de los trámites llevados a cabo por la Sociedad; quien la solicitó desde el año 1999.
Acta 1506, agosto 4 de 2009. *A continuación, por solicitud del señor Alcalde, el Gerente General informa sobre los avances de la sociedad Ituango S.A E.S.P. Comunica que en la última Junta Directiva se decidió concesionar el proyecto en la modalidad Build, Operate, Maintain and Transfer - BOMT, es decir construir, operar, mantener y luego transferir. Se tiene previsto la presentación de las propuestas en el primer trimestre del año 2010. EPM tiene interés en participar en dicho proceso. Indica que, si el proceso no es exitoso, la sociedad empezará a requerir recursos*	

importantes de capital. Acta 151, diciembre 1 de 2009. *En cuanto al proyecto Ituango, informa que se publicó una convocatoria pública Internacional para la precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto, previo el cumplimiento de unos requisitos mínimos, antes del 18 de diciembre de 2009. EPM trabajaba en la elaboración de una oferta competitiva, con la posible constitución de una sociedad en zona franca con participación de un constructor, una entidad financiera, y una empresa de aluminio Informa que la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A E.P.S. citó a una asamblea en la que los asambleístas acordaron por unanimidad que, antes de votar la proposición de la Junta Directiva en el sentido de crear una sociedad filial de propósito específico, se les diera la oportunidad de discutir y evaluar, entre otros aspectos, el tipo de sociedad que se crearía, aporte de la Hidroeléctrica Pescadero, estatutos, órganos de dirección y acuerdo de accionistas. Dicha asamblea se programó para el 1o de diciembre de 2009* *Acta 1513, febrero 2 de 2010.* *En el proyecto Ituango se cerró la convocatoria pública internacional para la precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto. Se presentaron once (u) interesados, entre ellos EPM, quien actualmente a través de un grupo interdisciplinario, trabaja en la elaboración de la propuesta. Al respecto detalla algunas de las opciones analizadas de manera preliminar. Resuelve inquietudes planteadas por los asistentes* *Acta 1517, abril 13 de 2010.* *El Gerente General informa sobre los siguientes temas:* *Proyecto Ituango. Con la información disponible a la fecha ya que no se han suministrado los diseños definitivos, EPM avanza en la elaboración de una propuesta para la posible participación en la subasta del proyecto, la cual es coordinada por el doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, quien fue contratado para el efecto Informa sobre el avance en el desarrollo del proceso de subasta, y las consideraciones que sobre las mismas ha analizado la empresa, de manera específica, el pago de una prima para*	Es necesario recordar que en el informe producto de la auditoría de cumplimiento realizada por la Delegada de Medio Ambiente de la Contraloría General de la República, se estableció que la licencia fue obtenida con diseños de prefactibilidad y no con los diseños de detalle requeridos para una obra de las dimensiones de esta hidroeléctrica". Cabe anotar que la licencia contemplaba una altura de la presa de 220 metros, Sin embargo, desde el Acta 89 de 12 de noviembre de 2008, comienza a plantearse la posibilidad de realizar modificaciones sustanciales a esos diseños. Consistente con lo anterior y después de 5 meses de obtenida la Licencia ambiental en las condiciones anotadas, en acta No 100 de 29 de junio de 2009, se plantea ante la junta directiva de Hidroituango, con la asistencia técnica de INTEGRAL, la posibilidad de modificar la altura de la presa, aumentándola a 225 metros con el objetivo de lograr una mayor generación de energía lo que llevó a que, como se explicó líneas atrás (Acta 103), sin dicha modificación no podían iniciarse las obras de construcción de las carreteras de acceso al proyecto, por lo que este hecho también generó atrasos en los cronogramas. Cabe anotar en este punto que si bien en la sesión del acta 100, INTEGRAL, como consultor consideró que era oportuno para el proyecto esta modificación, en 2007, se expresó en un sentido contrario, en efecto, en acta 71 de 31 de agosto de 2007. Así mismo esta variación fue uno de los factores que llevaron a la modificación del contrato No. 007-2008, lo cual se evidencia en la solicitud realizada por Integral a Hidroituango en agosto de 2009 para ampliar tres meses el plazo de entrega de los diseños, fundamentado en las modificaciones a la corona y la altura de la presa, lo que además conllevaba la compra de más predios, aspecto que para el momento ya presentaba dificultades de negociación, pero que sin embargo se materializó en las actas de modificación bilateral a dicho contrato.

el desarrollo del proyecto, según lo establecido en los pre pliegos.	Ahora bien, aprobada dicha modificación, Hi se enfrentó a los trámites propios de la modificación de la licencia ambiental, de los cuales da cuenta el Acta 102 de 26 de agosto de 2009
Acta 1518, mayo 4 de 2010. *El Gerente General informa sobre los siguientes temas:* *- Proyecto Ituango: Comunica que en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquía, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia — IDEA— y EPM a fin de analizar la posibilidad que sea EPM quien desarrolle el proyecto. En dicha reunión EPM manifestó su interés, pero puso de presente que en el evento de llegar a un acuerdo, la determinación tanto del valor de desarrollo del proyecto como del monto de una prima, deberá estar precedida de una valoración por una banca de inversión. De ello, puede resultar que se llegue a un acuerdo para que EPM desarrolle el proyecto, o continuar el proceso de subasta en el cual participaría EPM; o que el proyecto se desarrolle directamente por la sociedad.* *Precisamente en anterior Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E S P., se solicitó autorización para tramitar un crédito por 2.500 millones de dólares, con garantía de los socios, al respecto EPM manifestó la necesidad de someter dicha solicitud a consideración y aprobación de su Junta Directiva, una vez se defina el desarrollo del proyecto No obstante lo anterior, en la Junta Directiva de la sociedad se insistió que existen obras que se deben contratar, por lo cual es necesario iniciar gestiones de endeudamiento tendientes a la consecución de recursos que financien las inversiones necesarias para la construcción de los túneles de desviación e iniciar la excavación del vertedero por valor de USD$300 millones provenientes de la banca nacional, banca internacional, banca multilateral, corporaciones de fomento, el mercado de capitales, crédito de proveedor u otro que ofrezca el mercado. El tema se somete a consideración de los miembros de Junta Directiva, el cual es debatido ampliamente.* *Aprobación: Los miembros de la Junta Directiva solo autorizan a EPM para garantizar el crédito que por valor de USD$300 millones, tramitará la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. con el fin de financiar las inversiones necesarias para la construcción de los túneles de desviación e iniciar la excavación del vertedero, en un porcentaje equivalente al de su*	De manera simultánea, como se explicó atrás, el proceso de Subasta se venía surtiendo y se requería contar con los diseños de detalle de las obras principales para que los futuros oferentes pudieran elaborar sus propuestas. Por el cronograma que tenía dicha subasta debía contarse con los diseños de detalle para el día 15 de diciembre de 2009. Sin embargo, para poder contar en esta fecha con los diseños de detalle, se acuerda que los mismos sean entregados como estaban concebidos En el mismo sentido, en Acta 104 se reitera el hecho de que debe contarse con los diseños el 15 de diciembre de 2009. De igual manera, en la misma acta se hizo referencia también a una solicitud de ampliación del plazo del contrato de diseños de obras principales en 105 días, como consecuencia de 3 situaciones a saber: contrato de interventoría solo fue firmado con EPM hasta el día 19 de marzo de 2009, los problemas en la negociación del predio con Distriandes y las dificultades en el trasporte de la dinamita, por problemas de orden público. Es así como, en el informe de Gestión de Hidroituango del año 2009, se refiere el hecho de que se extendió el plazo para la entrega de los diseños de detalle hasta el 30 de marzo de 2010. Ahora bien, el Contrato de diseños, fue modificado mediante ADICION de fecha 9 de marzo de 2010, dentro de las consideraciones se refiere a la modificación de la altura de la presa y mantiene el plazo hasta el 31 de marzo de 2010. Como consecuencia de la modificación atrás presentada, se adicionaron los recursos invertidos en el contrato de diseño de obras

participación en dicha sociedad, siempre y cuando los demás accionistas, garanticen el crédito en el porcentaje que les corresponda. *Los asistentes consideran que las solicitudes de la sociedad Hidroituango, como la anterior, al igual que las respuestas, deben quedar por escrito y consideran además que EPM, sin romper el acuerdo de confidencialidad, debe dirigirse a la opinión pública para hacer algunas precisiones sobre el desarrollo del proyecto. Concretamente que EPM ha tenido interés en el proyecto; no lo ha torpedeado, sino que por el contrario, ha generado acciones para facilitar su ejecución, ha buscado la razonabilidad técnica y financiera de las decisiones; así como hacer un llamado para que los actores involucrados piensen en la mejor alternativa para el desarrollo del proyecto Los miembros de la Junta Directiva están de acuerdo en hacer pública la señalada información*	principales, de lo anterior, dan cuenta las actas 112 y 113. En conclusión, la decisión de realzar la altura de la presa, generó demoras como consecuencia de la modificación de la licencia ambiental, pero además generó que el contratista de los diseños solicitara un mayor plazo para la entrega de los mismos y que además debieran realizarse adiciones en dinero a dicho contrato. Ahora bien, además de la Licencia ambiental, uno de los requisitos más importantes para dar inicio al proyecto- el estudio de impacto ambiental — fue remitido por Hi a la autoridad ambiental, el 3 de diciembre de 2007, además de la certificación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en donde consta que en el área de influencia del proyecto no existían comunidades, ni parcialidades indígenas; requisitos indispensables para avanzar en su ejecución. Una vez cumplidas las condiciones de asignación de energía en firme en 2008 que dieron la viabilidad y conveniencia del proyecto y haber obtenido la licencia ambiental en 2009, pero sin solvencia económica para desarrollar el proyecto, la Sociedad a través de su Junta Directiva, decidió explorar diferentes modelos económicos para el financiamiento del proyecto e iniciar con la ejecución de obras indispensables para el cumplimiento en la entrega de energía al sistema eléctrico a partir del año 2018. En los modelos de financiación la Sociedad analizó dos alternativas: la primera era mediante un esquema "Fuera de Balance", en el cual la Sociedad conseguiría un socio inversionista con propósito específico, independencia legal y financiera denominado "Concesionario Operador". Las ventajas de esta opción para la Sociedad, radicaban en que transfería el riesgo al concesionario y a cambio el concesionario le pagaría una prima con lo cual participaría del flujo de caja generado por la operación de la central eléctrica. La segunda alternativa era una financiación con "Recursos del Balance" de la Sociedad, lo que requería una capitalización y recurrir al mercado de capitales asumiendo la
Acta 1519, de junio 1 de 2010. *Proyecto Ituango: en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquia, el IDEA y EPM en la Casa de Nariño, con la participación de la Ministra Consejera, doctora Claudia Jiménez, a fin de buscar un posible acercamiento entre las partes, para el desarrollo del proyecto.* *En dicha reunión, los representantes de las partes, manifestaron su voluntad de un posible acuerdo, y coincidieron en la necesidad de buscar una metodología de valoración del proyecto, así como la validación de la misma.* *Se presentaron propuestas para abordar los temas planteados por las partes Los asistentes estudian la pertinencia de hacer pública esta información, siempre y cuando no se vulnere la obligación de confidencialidad que ha protegido EPM, en todo lo relacionado con el Proyecto Hidroeléctrico de Pescadero Ituango*	
Acta 1520, julio 6 de 2010. *El gerente general informa sobre los siguientes temas.* *Proyecto Ituango: el 4 de julio de zoio EPM y la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A firmaron un acuerdo de voluntades, con el fin de que EPM se encargue de la construcción y puesta en marcha de las obras de la Central Hidroeléctrica Ituango, el cual contempla unos principios generales, estructura del negocio, metodología del trabajo y cronograma. El presidente Álvaro Uribe Vélez, actuó como testigo de honor de la firma del acuerdo. El Gerente lee el acuerdo*	

(Anexo 2), explica en detalle algunos puntos y entrega copia a cada uno de los miembros de la Junta. Resalta que el acuerdo no contiene cifras y en el mismo se deja constancia expresa de que no le crea a EPM inhabilidades o impedimentos para su posible participación en la subasta en el caso que continúe el proceso. Resuelve inquietudes planteadas por los miembros de Junta, relativas al posible desarrollo del proyecto en zona franca o la suscripción de un acuerdo de estabilidad jurídica	gestión y riesgos propios que una empresa mixta con capital público debe asumir para la obtención de un empréstito. Esta última alternativa no contó con aprobación de los socios y, en consecuencia, se resolvió optar por la primera. Con esta decisión, la Sociedad debía encontrar un inversionista para ejecutar el proyecto bajo un contrato BOOMT.
Acta 1521, Agosto 2 de 2010. *El Gerente General informa sobre el Proyecto Ituango lo siguiente:* *Firma del Acuerdo: Se avanza en la definición de los puntos básicos del acuerdo que permita que EPM sea el concesionario para construir, poseer, operar, mantener y posteriormente transferir (BOOMT) el proyecto Hidroituango. Se están afinando los detalles de las cifras y los parámetros generales de la negociación, los cuales serán informados a los miembros de Junta.*	Dicho inversionista, como se establece en este tipo de contrato, debía encargarse de la financiación, construcción, mantenimiento, operación y usufructúo de la central hidroeléctrica por un período determinado, y después de recuperar su inversión y la rentabilidad pactada retornarla a la Sociedad. Al momento de esta decisión, luego de que el IDEA adquiriera las acciones de la Empresa de Energía de Bogotá -EEB, Integral y de la mayoría de los socios minoritarios, la composición accionaria de la Sociedad Hidroituango era lasiguiente:EPM: 46.14%; IDEA: 50,54%; Departamento de Antioquia: 2,14%; minoritarios públicos (Nación, Empresa de Energía del Pacífico - EPSA y la Financiera Energética Nacional -FEN): 0,57%; minoritarios privados: 0,47% y la Central Hidroeléctrica de' Odas -CHEC: 0,14%. Aunque EPM era el segundo mayor accionista de la sociedad y quien tenía la capacidad financiera y la experiencia en proyectos hidroeléctricos como las centrales hidroeléctricas Porce II y Porce III, no tenía la propiedad del proyecto que se mantiene en cabeza de la Sociedad.
Acta 1522, agosto 11 de 2010, Junta extraordinaria. *El gerente general informa que el objetivo de la sesión extraordinaria, es presentar a los miembros de Junta, el acuerdo logrado con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA - en lo que corresponde al desarrollo del proyecto Hidroituango, para que EPM construya, opere, mantenga y transfiera el proyecto en el año 2060 Realiza una introducción al tema, e informa que el acuerdo se suscribirá con el socio mayoritario, luego de lo cual, este dará instrucciones a la sociedad, sobre los términos de celebración del contrato de concesión.* *Recuerda que el 4 de julio de 2010, se celebró un acuerdo de voluntades entre EPM e Hidroituango, en el que se estipuló un término de treinta (30) días para buscar un esquema que permitiera a EPM desarrollar el proyecto. En dicho estudio participaron las bancas de inversión Santander Investment S.A. por parte de EPM, BNP Parabas por parte de Hidroituango e Inverlink S.A, como tercera banca designada para homologar el modelo, rangos de valores, y cifras acordadas por las partes.*	En la búsqueda de un inversionista, en el mes de abril de 2009, la sociedad encargó al IDEA, la misión de adelantar el proceso de contratación de una banca de inversión para llevar a cabo la subasta y definir la estructura de los pliegos por los que se contrataría la banca de inversión (...)" En ese proceso se invitaron las siguientes firmas: Santander, BNP Paribas, Creditsuice, Royal Bank, Deutche Bank, JP Morgan, Bank of América, Citibank, Mitzuho. En junio de 2009 se firmó el contrato de asesoría con el BNP Paribas, quien

Se refiere a la Tasa Interna de Retorno (TIR) que se le garantiza a EPM durante el tiempo de desarrollo del proyecto, que incluye su construcción y operación Desde su inicio, se establecen unas cifras y parámetros, pero al final del periodo de construcción, se calculan las remuneraciones periódicas como un porcentaje de la utilidad bruta comercial, garantizando la TIR esperada de EPM, reflejando las condiciones reales del costo del proyecto, deuda adquirida, fecha de entrada en operación y régimen tributario aplicable, dependiendo de si el proyecto se puede ejecutar o no, en zona franca

El gerente de Generación Energía, presenta los detalles del acuerdo (Anexo 1). Indica que EPM desarrolla el proyecto, a través de su construcción (8 Años), y su operación y comercialización (42 años), y en virtud de ellos, cancele una regalías.

Indica que, para el desarrollo del proyecto a cargo de EPM, se tiene previsto el esquema que expone en detalle, a saber:

- Se escinde Hidroituango S.A E.S.P (sociedad escindente) y se crea una sociedad por acciones (sociedad beneficiaria) que será la concesionaria del proyecto. En virtud de ello, se transfiere en bloque la porción patrimonial asociada al proyecto Hidroituango necesaria para su desarrollo. La sociedad escindente reduce su patrimonio, conserva la licencia ambiental y la titularidad del proyecto (responsable ante XM). La sociedad beneficiaria tendrá la misma composición accionaria y objeto de la sociedad escindente.

- Se suscribe un contrato Buil Own Operate Maintain Tianfer – BOOMT - (construir, poseer, operar, mantener, y transferir) entre Hidroituango S.A E.S.P y la sociedad beneficiaria en el que se establecen las condiciones económicas y financieras acordadas entre Hidroituango S.A E.S.P y E.P.M, correspondientes a la TIR esperada (11,7o%), el plazo (50 años), la revisión del costo del proyecto al terminar la construcción, y la revisión del riesgo comercial durante la duración del contrato.

- EPM compra las acciones de la sociedad beneficiaria, cuyo valor de la transacción asciende a la suma de USD 168 millones, y paga USD 35 millones en el evento en que se obtenga autorización para el desarrollo del proyecto en zona franca.

determinaría el socio del proyecto a través de la subasta".

El 18 de marzo de 2010, una vez convocado a través de la página web de la Sociedad, el proceso con el cual se iniciaba la precalificación, la Sociedad recibió intención de participar en el proyecto por parte de las siguientes firmas:

1.China Three Gorges Corporation de China.
2. El Consorcio KEPCO, integrado por Korea Electric Power Corporation: Korea Hydro & Nuclear-Power Co.; Pasco Engineering & Construction; Lotte Engineering & Construction, SK Engineering & Construction y Daewo Engineering Company de Corea.
3.Construcoes e Comércio Camargo Corréa S.A. de Brasil
4 Centrales Eléctricas Brasileras S.A. ELECTROBRAS de Brasil.
5.Constructora Norberto Odebrecht S.A. de Brasil
6.Constructora Andrade Gutierrez S.A. de Brasil
7.Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P. de Colombia.

Terminado el proceso de precalificación de participantes para la subasta que buscaba adjudicar la construcción del proyecto Hidroituango, con la consecuente y natural expectativa entre los participantes, la Junta Directiva de la Sociedad en sesión de 9 de junio de 201045, un año después de la contratación del BNP-Paribas, decidió de manera unánime suspender el proceso de subasta (aun cuando para dicha fecha ya había gastado en desarrollo del mismo una suma de dinero superior a los 2287 millones de pesos") y consolidar el proceso de negociación directa con EPM, para que este último fuera quien financiara, operara, mantuviera revirtiera después de un tiempo la central hidroeléctrica. Por lo anterior, se comunicó a la opinión pública la decisión de la Junta Directiva de la Sociedad y de sus accionistas mayoritarios, de dar por terminado dicho proceso.

En este punto, es importante anotar que desde

Detalla en cifras aproximadas la estructura del negocio y señala que la escisión propuesta se caracteriza por: (i) no se da la disolución de la sociedad escindente; (u) se da un traspaso patrimonial en bloque (activos y pasivos); (iii) tributariamente no se considera que existe enajenación entre la escindente y la beneficiaria, (iv) una vez inscrita en el registro mercantil la escritura de escisión, entre las partes intervinientes en la escisión y frente a terceros, la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la entidad escindente a la beneficiaria; (v) para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujetos a registro o, bastará con enumerarlos en la escritura de escisión. *Informa la cronología del negocio y resuelve las inquietudes presentadas por los miembros de la Junta, relacionadas, entre otros aspectos, con la composición de la participación accionaria en la sociedad beneficiaria, la adquisición por parte de EPM de las acciones en la sociedad beneficiaria; posibles opciones y beneficios para EPM si el proyecto se realiza por la empresa, pago de regalías, soluciones previstas frente a menores ingresos; incumplimiento de cronograma del proyecto, tiempos estimados para la realización de pagos; y las alternativas que se tienen previstas para la comunicación a la opinión pública sobre la celebración del acuerdo* *Luego, los miembros de la Junta manifiestan estar lo suficientemente enterados del tema presentado y no tener inquietudes adicionales* *Aprobación: Los miembros de la Junta Directiva aprueban por unanimidad*	el año 2002, tal y como puede observarse en las actas de junta directiva, se había considerado a EPM como un contratista potencial para desarrollar el proyecto, sin embargo, en dicha fecha EPM había manifestado resistencia a participar en el proyecto, toda vez que consideraba que el mismo podía generar un VPN negativo. De igual manera y si bien solo hasta 9 de junio de 2010, la Junta Directiva tomó la determinación de suspender el proceso de subasta, lo cierto es que desde principios de ese año" y ante las manifestaciones de los otros potenciales inversionistas interesados en desarrollar el proyecto mediante el contrato BOOMT de que pudiera existir inhabilidad o incompatibilidad de EPM para participar en el proceso de subasta, por contar con información privilegiada, la junta comenzó a estudiar la posibilidad de realizar la negociación de forma directa con EPM, la cual concluye con la suscripción del BOOMT en el cual EPM consagró salvedades, en perjuicio de Hidroituango y del proyecto. Así mismo es de anotar que el contrato BOOMT le asigna a hidroituango un nuevo rol de seguimeinto y control. No obstante lo anterior, de manera permanente, los representantes de EPM en la Junta Directiva, intervinieron en el sentido de influir en la manera como debía realizarse la estructuración administrativa y operativa de Hi, en el sentido de reducir el campo de acción de la sociedad en su rol de controlante. En este punto es necesario recordar lo ocurrido con el Estudio PENTA. El mismo fue contratado por Hi, para que precisamente, en atención al Rol de Hidroituango en el contrato BOOMT estudiara la manera como debía estructurarse administrativa y Operativamente Hidroituango para cumplir con las funciones que contractualmente se le asignaban, en el Anexo 6.12. Como resultado de dicho informe se sugiere una estructura y el uso de la Herramienta Business Intelligence. Sin embargo, presentado el informe la junta
Acta 1525, noviembre 2 de 2010. *Hidroituango: Informó que en la asamblea extraordinaria de accionistas celebrada el 27 de octubre del presente año, se aprobó la escisión de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. tipo BOOMT, para la financiación, construcción, operación, mantenimiento y explotación comercial de la central Hidroeléctrica Pescadero Ituango y la restituya a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A., E.S.P. al término del referido contrato. En la misma asamblea se aprobaron los estatutos de la nueva sociedad y se eligieron los integrantes de la Junta Directiva, de manera temporal.* *Los miembros de la Junta expresan su reconocimiento y felicitación a la administración y a los servidores de las empresas que participaron en el proceso de negociación.*	

Acta 1528, febrero 1 de 2011. *8.3 Informe Hidroituango.* *La dirección Energía presenta el tema (Anexo 16).* *La doctora Claudia Jiménez Jaramillo se retira de la reunión, durante la presentación del tema. Temas tratados: (i) Estado en materia de seguridad; (fi) Licenciamiento; (h) Área de influencia; (iv) Información predial; (v) Poblacion impactada; (vi) Conflicto, presencia de actores ilegales, zona estratégica; (vii) Estrategia pala el desarrollo del proyecto (administración de predios, vigilancia, acciones pohcivas y judiciales); (viii) ajustes a la normatividad; (ix) vigilancia y control; y (x) condiciones actuales y actividades pendientes por desarrollar en los próximos días.* *La Gerencia* ***General informa sobre el avance de la negociación de las condiciones del contrato (BOOMT) a suscribirse con Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. Concluidos los trámites de la contratación se presentarán en la Junta Directiva.*** *Los miembros de la Junta Directiva se dan por enterados del tema*	Directiva influida por los representantes de EPM, se consideró que debía realizarse de manera paralela y en atención a los Estatutos de Hi que le otorgaban a la junta la función de determinar la estructura administrativa de la sociedad un nuevo estudio desde la Administración una estructura adecuada que tuviera en cuenta el hecho de que Hi no podía coadministrar. De lo anterior, da cuenta el acta de junta directiva No 128 de 30 de noviembre de 2011, en la cual se presenta el Informe PENTA en comparación con la propuesta presentada por la Administración, sin embargo, se decide que sea la nueva Junta que iniciaría gestiones en 2012, la que decida la estructura administrativa necesaria.
Acta 1532, marzo 28 y 29 de 2011. *Mediante comunicación del 28 de marzo de 2011 (Anexo 1) el gerente General por instrucciones del Presidente de la Junta Directiva y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995, y el artículo 10 de los Estatutos de Empresa Públicas de Medellín ESP (Acuerdo Municipal No. 12 de 1998), dejó a consideración de cada uno de los miembros de la Junta Directiva la siguiente solicitud, para que expresaran el sentido de su voto* *Se solicita a los miembros de la Junta directiva en ejercicio de las funciones establecidas en el literal j) del artículo 17 del Acuerdo Municipal 12 de 1998 (estatutos EPM)* *Autoriza la constitución y la firma por parte de Empresa Públicas de Medellín ESP - EPM - de una garantía solidaria "Garantía de casa Matriz" requerida como condición necesaria para firma del contrato BOOMT a celebrar entre EPM Ituango S.A E.S.P e Hidroituango S.A. E.S.P. Para ello, EPM se comprometerá con el otorgamiento de una garantía solidaria, limitada en el porcentaje de su participación accionaria en EPM Ituango, para respaldar las obligaciones que esta asuma en la ejecución del citado contrato (en términos generales, construir, operar, mantener y devolver la central*	

hidroeléctrica a Hidroituango S.A E.S.P, a la finalización de dicho contrato) *Se anexó el documento soporte de la solicitud que fue sometida a consideración de los miembros de Junta Directiva (Anexo 2)* *2. VOTACIÓN* *El termino previsto para la manifestación del sentido del voto se estableció entre las 11:13 horas y las 17 oo horas del 28 de marzo de 2011, pero fue necesario su ampliación, inicialmente hasta las 10:00 horas del día 29 de marzo de 2011 (por correo electrónico enviado a los miembros de Junta Directiva - Anexo 3), y posteriormente, hasta las 12:oo horas del mismo día (por correo electrónico enviado a los miembros de Junta Directiva - Anexo 4), para facilitar que todos ellos pudieran expresar el sentido del voto.* *Dentro del término establecido, ocho (8) de los nueve (9) miembros de la Junta Directiva, en forma escrita (correos electrónicos) consignaron el sentido de su voto a favor de la proposición, y un (i) miembro, la doctora Claudia Jiménez Jaramillo, participó en la sesión pero se declaró impedida para pronunciarse sobre la propuesta por corresponder a un tema relacionado con el Acuerdo de Voluntades celebrado para la ejecución del proyecto, el cual conoció en desarrollo de su cargo como Ministra Consejera de la Presidencia (Anexo 5)*	
Acta 1537, julio 5 de 2011 *Propuesta para la gestión social y ambiental para el proyecto Ituango. La Gerencia Generación presenta un informe sobre la gestión social y ambiental en el Desarrollo del proyecto Ituango, tanto en el componente físico biótico, como en el socioeconómico (Anexo 6).* *Temas tratados:* *- Localización del proyecto* *- Obras de generación y detalles de la construcción* *- Beneficios del proyecto en empleo y aportes económicos.* *- Área de Influencia del proyecto.* *- Caracterización de la población, específicamente población con afectación de la actividad económica.* *- Plan de manejo ambiental del componente social* *- Programa de comunicación y participación.* *- Programa para el restablecimiento de las condiciones de vida.*	

- Programa de integración Proyecto — Región *- Proyecto de arqueología preventiva.* *- Medio físico biótico.* *- Estado actual del proyecto - contrato de vías, ocupaciones irregulares y procedimiento para la restitución del bien* *Se resuelven las inquietudes planteadas por los asistentes, relativas a los requerimientos conocidos que buscan un posible reconocimiento de comunidades étnicas en la zona de influencia del proyecto, sobre lo cual se enfatiza que se tienen las respectivas constancias de la no existencia de ellas, expedidas por varias entidades del Gobierno que en su momento así lo certificaron, además se informa de las gestiones que se continuarán desarrollando ante los Ministerios del Interior y de Justicia, el de Minas y Energía, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a fin de mantener claridad y certeza sobre el tema.* *Se explica y amplía la información sobre cómo se desarrollaría la estrategia para insertar el Proyecto en la región, de tal forma que se potencialice a través de una gestión interinstitucional, con la realización de inversiones por parte del proyecto en el cumplimiento de sus obligaciones relativas al manejo, mitigación y compensación de los impactos, y de otras inversiones que podrían realizarse en el marco de la Responsabilidad Social Empresarial, buscando con ello contribuir al desarrollo de la región y al mejoramiento de la Calidad de vida de la población del área de influencia del proyecto.* *Los miembros de la Junta Directiva se dan por enterados del tema Sugieren permanecer vigilantes frente a un posible reconocimiento de comunidades étnicas en la zona del proyecto, que puedan incidir en su construcción y desarrollo.*	
Acta 1541, noviembre 1 de 2011 *La Gerencia General informa sobre los siguientes temas* *(i) Proyecto Ituango:* *- Avanza la construcción de los túneles de desviación, dentro del cronograma previsto.* *- Continúa la venta de pliegos de condiciones dentro de la solicitud pública abierta para la construcción de las obras principales, presa, túneles y casa de máquinas* *- Próxima apertura de solicitud pública de ofertas para la compraventa y prestación de*	

servicios de las turbinas, los generadores y sus equipos asociados	

Visto lo anterior, resulta necesario precisar que las conductas desplegadas por el señor Salazar como presidente de EPM y en la junta de EPM, no han sido señaladas como generadoras del daño al patrimonio en el caso concreto.

Cabe recordar que al señor Salazar se le imputó responsabilidad como Alcalde de Medellín y como miembro principal de la junta directiva de Hidroituango, y específicamente se cuestionó la omisión de cara al deber de tutela que le asistía respecto del Gerente de EPM, quien tenía asiento como miembro de la junta directiva de Hidroituango.

En este contexto y revisado el material probatorio obrante en el plenario, se procedió a realizar una comparación entre los hechos que en relación con el proyecto Hidroituango se le informaban al señor Salazar en el seno de la junta de EPM, respecto de los hechos que efectivamente estaban ocurriendo en el proyecto Hidroituango.

El Despacho encuentra probado en el plenario que el señor Salazar recibía alguna información sobre el proyecto como consecuencia de ser el presidente de la junta de EPM, pero ello no resulta suficiente para desvirtuar la conducta imputada, pues la información que recibía en EPM, estaba mediada por los intereses de dicha empresa, en tal sentido se resaltaban únicamente las situaciones que se relacionaban con ella y de manera particular bajo el prisma del interés económico de EPM, en hacerse al proyecto, el cual se vislumbra en las actas citadas por la defensa, toda vez que desde 2008 se estaba evaluando la posibilidad de ejecutarlo. Como puede verse, sobre los pormenores del proyecto, mientras la sociedad Hidroituango era la ejecutora no se informa prácticamente nada, únicamente de manera tangencial y en atención al interés de EPM de participar en la subasta para la ejecución del proyecto donde se observa una anotación frente al hecho de que no han sido entregados los diseños.

Después de ello y hasta la suscripción del contrato se relata todo lo relativo a la negociación directa entre EPM y el IDEA, pero nada se dice sobre los atrasos y problemas que se estaban presentando con el desarrollo de las vías, así como tampoco se menciona la necesidad de implantar planes de contingencia y el aumento de los valores de algunos contratos, tampoco se hace referencia a las modificaciones en los diseños de las vías y del proyecto que desencadenaron tiempos adicionales y la inversión de mayores valores, todo lo cual afectó la ruta crítica del proyecto que en ese momento era la construcción desviación de los túneles, tampoco se menciona nada acerca de los problemas que se presentaron con el gerente de Hidroituango lo que influyó en los atrasos que se fueron acumulando en este primer periodo. De igual forma con posterioridad a la suscripción del BOOMT, no se menciona nada acerca de las discusiones que se

dieron en la junta de Hidroituango en relación con la estructura administrativa que debía tener la sociedad para desarrollar el nuevo rol de seguimiento y control asignado por dicho contrato.

De otro lado como se planteó desde la imputación, el señor Salazar, en su calidad de Alcalde y teniendo la posibilidad de asistir directamente a las juntas directivas de Hidroituango por ser miembro principal, tampoco se informó por otras fuentes de los pormenores del proyecto pues el Despacho solicitó las comunicaciones cruzadas entre el Alcalde y EPM e Hidroituango y dentro del copioso material que fue allegado y analizado, no se encuentran comunicaciones dirigidas a solicitar información o dar instrucciones relativas al proyecto, que enervaran las vicisitudes presentadas.

En este punto se recuerda que lo que el Despacho cuestiona es que desde su rol de Alcalde, en pro de la ejecución efectiva de los programas y proyectos que iban a beneficiar tanto al Municipio, como al Departamento y al país, haberse informado en un escenario que no estuviera mediado por el interés económico de EPM respecto de las vicisitudes del proyecto, pero también respecto del contenido de las salvedades consagradas por EPM para comprender la dimensión real de las mismas y el potencial impacto negativo respecto del proyecto. Así como para lograr que el Rol de Hidroituango primero como ejecutor del proyecto y después de control y seguimiento asumido en el contrato BOOMT se desarrollara conforme al mejor interés de la sociedad y del proyecto mismo.

En este sentido, esa triple condición que ostentaba el señor Salazar como Alcalde, miembro de junta directiva de hidroituango y presidente de la junta directiva de EPM, lo obligaba a conciliar los 3 roles, para lo cual informarse de todo lo que ocurría en el proyecto resultaba esencial para poder ponderar lo que estaba ocurriendo y dar las instrucciones necesarias para intentar reconducir el proyecto y lograr el objetivo perseguido por el mismo.

Esas omisiones como se explicará más adelante, al abordar lo relativo al nexo de causalidad, se tradujeron en situaciones que pusieron al proyecto en un alto grado de vulnerabilidad que desencadenaría, más adelante en la contingencia de 2018.

Continua el apoderado expresando argumentos relativos al daño, sobre el particular el Despacho dio respuesta a los mismos en el acápite de daño, motivo por el cual se remite a lo allí expresado.

Prosigue el apoderado alegando lo siguiente:

> ***4. AUSENCIA DE CULPA GRAVE***
> *Para iniciar es importante traer las enseñanzas del doctrinante Francisco Reyes Villamizar (Derecho Societario en los Estados Unidos, Legis, 2da. edición, 2005, pp. 166-170), retomadas por el magistrado de la Corte Constitucional, el Dr Alejandro Linares Can-filio, cuando dice• "...los organismos de control fiscal no deberían intervenir en el manejo interno de las empresas de servicios públicos*

de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación y en las sociedades de economía mixta con participación estatal, aun si las decisiones de la junta directiva son erróneas (vistas a posteriori); no deberían establecer o modificar las políticas internas de una sociedad por medio de los fallos de responsabilidad fiscal que profieran, y no deberían estar facultados para imponer su criterio en contra de los administradores sociales que hubieren actuado en la toma de las decisiones societarias, como buenos hombres de negocios y conforme a la ley".4

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 5 de la Ley 610 de 2000 y 125 del Decreto 403 de 2000, se tiene que un elemento esencial de la responsabilidad fiscal es la existencia de una culpa grave. En el auto de imputación se indica que a este título debe responder mi poderdante.

La responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa grave. No podemos olvidar que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente.

Respecto a la culpa grave, la Corte Constitucional enseña, en la Sentencia C-840-01, lo siguiente.

Con respecto a la culpa el artículo 63 del Código Civil prevé tres modalidades a saber: 1) "Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo". 2) "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". 3) "Culpa o descuido levístmo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

Pues bien, contrario a lo que aduce el órgano de control, el Dr. Alonso Salazar J., en el período a él cuestionado, 2008-2011, siempre obró con diligencia, cuidado, prudencia, en general como un buen hombre de negocios, motivo por el cual, no es posible proferir en su contra, fallo con responsabilidad fiscal.

Podemos iniciar señalando que estamos en presencia de un mega proyecto de estándar mundial, y la junta de HI en el pei iodo 2008-2011 (cuestionado a mi poderdante) actúa a partir de un proceso de planeación, que se le presenta por la administración de los asuntos que se ponen a su consideración con la mejor información. Basta revisar la calidad de los profesionales que intervienen en cada sesión, es decir técnicos y expertos que sustentan ante la junta las decisiones que se pretenden adoptar. Los informes que presentan respaldan los análisis que se realizan antes de la toma de la decisión

Las decisiones que adoptaron y aprobaron, fueron decisiones fundamentadas, tal como lo haría un buen hombre de negocios. debidamente

Se pregunta ¿Cuál sería la conducta contraria que se reclama frente a las decisiones que adoptó la junta'? Para resolver esta pregunta se debe tener en cuenta el momento histórico y el contexto en el cual se solicita su intervención.

Ahora bien, en el proceso nunca se ha cuestionado la buena fe y la lealtad con la que actuaron los integrantes de la junta, aspectos que se resaltan por la importancia que tiene al momento de establecer o descartar la culpa grave, amén de las decisiones que debidamente fundamentadas se adoptaron en cada una de las sesiones que se cuestionan en este proceso de responsabilidad fiscal, celebradas en el periodo en el cual mi poderdante fungió como integrante de la junta. Insistimos, las decisiones que se fueron adoptando se soportan en análisis técnicos, razonablemente fundamentados y documentados, de acuerdo con las circunstancias existentes para el momento.

Por la naturaleza de la obra se contaba con profesionales con conocimientos especializados, con experiencia en la ciencia, técnica, arte y/o profesión relativa a la materia de las obras que desarrollaban.

Igual se cuenta con un seguimiento técnico, al detalle, del contrato. Se trata de diferentes instancias que estudian y supervisan, realizan recomendaciones técnicas ilustradas, para aprobar o improbar los procedimientos que se ejecutan en la obra.

Adicionalmente, la Contraloría no acredita ni explica por qué la supuesta culpa endilgada a mi poderdante, es grave, en lugar de leve o levísima. La Contraloría equipara la "culpa grave" a la falta de "debida diligencia", estándar de conducta con el que se miden la culpa leve y la levísima, pero no la grave En los términos del artículo 63 del Código Civil, la "culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios". En contraste, la culpa o descuido leve es aquella que "se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano" y la levísima, aquella que "se opone a la suma diligencia o cuidado"

También ha dicho la Contraloría que la culpa grave "es particularmente grosera"; se presenta cuando "su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido". La culpa grave es excesiva negligencia, esto es, no comprender lo que todos comprenden." La culpa grave supone haber obrado "con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves".

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la culpa grave supone "negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes".

Y el Consejo de Estado, en la misma línea, ha señalado que la culpa grave es la "omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos".

Entonces, la culpa grave supone un descuido superlativo e inexcusable, y por tratarse de uno de los elementos de la responsabilidad fiscal, debe ser probada, porque solo puede deducirse responsabilidad fiscal cuando se encuentra "demostrado en grado de plenitud probatoria el dolo o la culpa grave".

Adicionalmente, el régimen de las Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 19 de la Ley 142 de 1994), se corresponde con las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas y a sus administradores deberán aplicárseles lo dispuesto en dicho código en relación con los deberes y responsabilidad.

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995, enseña que los miembros de junta, en cuanto administradores "Deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados ."
En este proceso está acreditado que mi defendido actuó en todo momento apegado a estos parámetros. Siempre en virtud del principio de la buena fe, que por mandato de orden constitucional y principio general del derecho se refiere al estado mental de honradez y de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto.
En este sentido y como lo dejó plasmado mi poderdante en escrito remitido a HI, siempre actúo en favor del interés de la Sociedad.
De igual forma, en el mandato de reciprocidad que implica el principio de buena fe, mi poderdante siempre confió en la información suministrada por expertos, asesores, diseñadores, interventores, para adoptar las mejores decisiones que en su criterio debía tomarse para garantizar el éxito del proyecto Información, que es deber del Gerente proveerla y frente a la cual nunca hubo razón para dudar.
Finalmente, sus actuaciones se han hecho con la diligencia de un buen hombre de negocios.
Además, en estos casos, no se puede olvidar que se sugiere a los organismos de control fiscal la utilización de la regla de la discrecionalidad (business judgement rule) para no inmiscuirse en el análisis económico ex post de las decisiones administrativas de la sociedad.
Así lo recuerda la Supersociedades (sentencia del 2017), cuando enseña que sin la existencia de la business judgement rule, el administrador no podría actuar como un buen hombre de negocios. De no aplicarse tal regla, las cortes estarían habilitadas para entrar a examinar todas las decisiones adoptadas por estos sujetos en desarrollo de la empresa social.
Se debe consultar entonces el criterio empresarial con el que en el momento se adoptaron las decisiones, además evaluar la información disponible, los conocimientos y diligencias aplicadas a las decisiones lo que permite analizar la conveniencia y oportunidad de éstas, y no solo sus efectos futuros Una mera constitución en retrospectiva de la decisión que arrojó resultados adversos desnaturaliza el control y la dinámica propia de las empresas.
En fin, en este caso, la prueba da cuenta de la diligencia, prudencia y cuidado con el que actuó el Dr. Alonso Salazar Jaramillo.

R/: Respecto del argumento, conforme al cual no se le puede atribuir culpa grave a su mandante, por cuanto actuó a partir de un proceso de planeación, que se le presenta por la administración de los asuntos que se ponen a consideración con la mejor información, toda vez que las decisiones están mediadas por técnicos expertos que las sustentan. Y que las decisiones adoptadas estuvieron fundamentadas.

Así mismo considera que el Despacho equipara la culpa grave con la falta de “debida diligencia” y que corresponde a una culpa leve o levísima.

Así mismo considera que en el proceso su poderdante obró con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

Así mismo, el apoderado alega que su poderdante *"en el mandato de reciprocidad que implica el principio de buena fe, mi poderdante siempre confió en la información suministrada por expertos, asesores, diseñadores, interventores, para adoptar las mejores decisiones que en su criterio debía tomarse para garantizar el éxito del proyecto Información, que es deber del Gerente proveerla y frente a la cual nunca hubo razón para dudar"*

Por último, considera que*: "Se debe consultar entonces el criterio empresarial con el que en el momento se adoptaron las decisiones, además evaluar la información disponible, los conocimientos y diligencias aplicadas a las decisiones lo que permite analizar la conveniencia y oportunidad de éstas, y no solo sus efectos futuros Una mera constitución en retrospectiva de la decisión que arrojó resultados adversos desnaturaliza el control y la dinámica propia de las empresas".*

Para dar respuesta a los argumentos planteados por el apoderado del señor Salazar, resulta necesario recordar lo sostenido en el auto de imputación, en relación con la culpa grave:

"Así las cosas, por mandato constitucional el alcalde es el jefe de la administración local (artículo 315 Superior), lo que significa que lo es tanto de las entidades principales como de las descentralizadas departamentales. Así mismo, entre otras funciones, corresponde al gobernador dirigir la acción administrativa del departamento; asegurar la prestación de los servicios a cargo del departamento; designar y remover a los funcionarios tanto de la gobernación como a los gerente o directores de entidades descentralizadas departamentales (artículo 315.3). En consecuencia, el alcalde es titular del control jerárquico, del ***control de tutela pues participa directamente en la acción de toda la actividad municipal.***

Esto evidencia la falta de diligencia del señor Salazar quien no atendió al modelo de conducta establecido en el artículo 63 del Código Civil ni mucho menos al estándar de buen hombre de negocios que le era exigible como miembro de junta directiva. Por este motivo, el Despacho calificará las acciones desplegadas por el señor Salazar a título de culpa grave"[694]

Ahora bien, es importante precisar que al señor Salazar se le atribuyeron específicamente las siguientes conductas:

> *1. A pesar de ser miembro principal de junta directiva y dado que se trataba del proyecto más importante para la región omitió su deber de informarse sobre los pormenores del mismo, así como haber tenido una actitud pasiva que contribuyó a que el daño al patrimonio del Estado se consolidara.*
> *2. A pesar de conocer sobre las salvedades consagradas por EPM en el cronograma del contrato, no haberse asesorado para comprender el alcance de las mismas y haber mantuvo(sic) una posición pasiva al ni siquiera asistir a las sesiones de junta directiva.*

[694] Ver folios 18077 y 18077 vto, que corresponden a las páginas 621 y 622 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020

Así mismo es importante recordar que el señor Salazar reunía una triple condición a saber: **Alcalde de Medellín, Miembro principal de la junta directiva de Hidroituango y presidente de la junta directiva de EPM**.

De igual forma, como se anotó anteriormente, al señor Salazar le correspondía conciliar esa triple condición que ostentaba en el mejor interés del proyecto, de cara al control de tutela, es importante recordar lo Sostenido por la Corte Constitucional, en Sentencia C-727 de 2000[695], que es la Sentencia Hito de dicha corporación, en lo que se refiere al control de tutela, respecto de las entidades descentralizadas por servicios, como es el caso de EPM.

> *"La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante,* ***esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa, dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela****, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968".*
> *(…)*
> *La descentralización por servicios siempre ha tenido como presupuesto una relación que* ***implica un poder de supervisión y orientación*** *que se ejerce para la* ***constatación de la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector, y que es llevado a cabo por una autoridad sobre otra, o sobre una entidad, control que el constituyente avaló cuando acogió esta forma de organización administrativa.*** *Por ello no resulta extraño ni contrario al espíritu de la Carta, que la ley hable de* ***que los representantes legales de las entidades descentralizadas tengan un superior inmediato, tal y como lo hace la norma sub examine****. Ello no supone que dicho superior ejerza un control jerárquico. Significa tan solo, que* ***ese superior inmediato ejerce el control administrativo propio de la descentralización"*** (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

> *"Es más,* ***gobernadores y alcaldes disponen de mecanismos constitucionales, legales y administrativos de articulación y coordinación con las entidades descentralizadas****, para lograr los fines y objetivos institucionales, los cuales sustituyen, con eficacia, la presencia personal del mandatario. Por ejemplo,* ***los representantes del departamento, distrito o municipio en las correspondientes juntas o consejos directivos, son agentes del gobernador y del alcalde; el gerente, director o presidente de***

[695] Corte Constitucional, Sentencia C-727 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dosmil (2000)

> ***la entidad descentralizada es de su libre nombramiento y remoción****; los planes de desarrollo territoriales involucran igualmente a las entidades descentralizadas, y la adscripción o vinculación de la entidad descentralizada a una secretaría o departamento administrativo permite el ejercicio del control de tutela de éstos sobre aquellas"*[696]*.* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Se trata de facultades que en el caso particular no se pierden ni se limitan por la existencia del acuerdo marco de relacionamiento entre el Municipio de Medellín y EPM. En efecto, dicho documento que obra a folio 21941 del expediente dice lo siguiente:

> *"El presente documento, que concita las voluntades del Municipio de Medellín y de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a través de sus representantes, constituye el Convenio Marco de Relaciones o "Convenio de Gobernabilidad" mediante el cual se definen las coordenadas en las cuales debe insertarse la relación propietario-empresa, los principios que han de regirla, y las obligaciones específicas que de ella se derivan, tendientes al mejor entendimiento del papel de cada una de dichas entidades en esa relación, atendiendo al fin primordial para el cual fueron creadas"*

De igual forma, los testimonios practicados en relación con dicho acuerdo, sostienen que el mismo tenía como finalidad evitar una práctica que se estaba dando antes del año 2004 entre la Alcaldía de Medellín y EPM, consistente en que EPM era utilizada por los alcaldes para financiar proyectos del Municipio que no contaban con los recursos para tal financiación y para lograr una independencia de fines políticos, que le permitiera al Gobierno corporativo el desarrollo de la empresa. Por lo que el mismo no implica quitarle al alcalde las facultades de nombramiento del Gerente y los miembros de la Junta Directiva, bajo ciertos parámetros de continuidad e idoneidad a inclusive permite que el Alcalde de Medellín sea el presidente de la junta directiva de EPM.

En este contexto, y dada la triple condición explicada le correspondía al señor Salazar agotar todas las posibilidades que tenía para informarse en debida forma de lo que estaba ocurriendo en el proyecto, no solo desde la perspectiva de lo que EPM mencionaba en las junta directivas sino específicamente de todos los pormenores que acaecían con el proyecto y que podían haber sido conocidos por el imputado ya fuera directamente en el seno de la Junta de Hidroituango pues ostentaba la calidad de miembro principal de junta directiva o a través de su suplente personal el señor Juan Felipe Gaviria, con quien, de los testimonios practicados, se observa que tenía una relación cercana y de confianza[697]. Lo que podría haberle generado las alertas necesarias para orientar al gerente de EPM, en ejercicio del control de tutela, para que a través de la junta directiva de Hidroituango se contrarrestaran las situaciones que se estaban presentando contrarrestar algunas

[696] Corte Constitucional, Sentencia C-1258-2001, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil uno (2001)
[697] Obrantes en la carpeta 132

de las situaciones que se estaban dando y que estaban generando tiempos adicionales y mayores inversiones llevando al proyecto a una situación de vulnerabilidad que desencadenó en la mal llamada “contingencia de 2018”. Efecto que también habría podido lograr directamente haciendo uso de su condición de miembro principal de la junta directiva de hidroituango.

En este sentido es importante precisar que aún una persona negligente en el desarrollo de sus propios negocios hubiera intentado informarse **por todos los medios disponibles** de los detalles del proyecto más grande no solo para el Departamento de Antioquia y por supuesto para su capital, Medellín, sino para el país entero, sobre todo si se tiene en cuenta que durante 3 años y 6 meses de los 4 años del periodo en el cual el señor Salazar se desempeñó como Alcalde, el ejecutor del proyecto fue Hidroituango No EPM, pues el contrato BOOMT solo se suscribió hasta el 30 de julio de 2011.

En este sentido, tal y como se demostró líneas atrás informarse de los pormenores del proyecto únicamente a través de lo que EPM le transmitía en las juntas directivas, a pesar de que contaba con los mecanismos jurídicos para enterarse por otras fuentes (era miembro de junta directiva de Hidroituango y su suplente personal en dicha Junta era el señor Juan Felipe Gaviria con quien tenía una relación de confianza), demuestran un grado de negligencia tal que puede ser calificado como culpa grave, ello independientemente de que en EPM las discusiones que se adelantaran recibiera o no sustento técnico, pues como se demostró en el cuadro comparativo elaborado arriba, en el periodo 2008-2011 en la junta de EPM no se pusieron de presente todas las situaciones que se estaban presentando en el proyecto sino solo aquellas relevantes para EPM desde su interés económico directo.

Así mismo, en lo que se refiere a la suscripción del contrato BOOMT como testigo, con las salvedades que consagró EPM, las cuales por demás, como se demostró en la imputación conocía toda vez que como miembro principal de la junta directiva de Hidroituango le fue enviado el contrato en su totalidad, y no haberse informado sobre el alcance y sentido de las mismas, también desde una fuente distinta a lo que EPM le informaba, demuestra que el señor Salazar no obró en el mejor interés del proyecto y de la ciudad que dirigía pues no concilió los tres roles que le correspondían, lo cual era esperable aún de una persona negligente en desarrollo de sus propios negocios, sobre todo tratándose, como se explicó antes, del proyecto más importante que se desarrollaba en dicha época no solo en Antioquia sino en todo el país y del cual depende la sostenibilidad energética.

En este sentido, no se está haciendo un juicio a posteriori que no esté teniendo en cuenta las situaciones particulares en las cuales se tomaron las decisiones. Por el contrario, precisamente lo que se le está reprochando al señor Salazar es que a pesar de ostentar esa triple condición que lo obligaba a conciliar los roles que desempeñaba no se hubiera informado en debida forma de los pormenores del

proyecto y frente al Gerente de EPM y las decisiones de este en la junta directiva de Hidroituango no hubiera desarrollado la supervisión y orientación que le correspondía para reconducir el proyecto por el mejor camino en pro del interés general y para armonizar esas decisiones con el proyecto de gobierno para Medellín que iba a ser impactado por lo que ocurriera con dicha Hidroeléctrica. Así mismo, se reitera que no solo contaba en este aspecto con el control de tutela sino que además podía directamente haberse apersonado de lo que ocurría con el proyecto, pues se repite, era miembro principal de la junta directiva de Hidroituango.

De otra parte, de cara a las actuaciones desplegadas por el Gerente de EPM para la época de los hechos, Doctor Federico Restrepo, lo relativo a las circunstancias de tiempo modo y lugar en las cuales se tomaron las determinaciones, así como los aspectos relativos a la culpa grave respecto de las mismas, fueron abordadas de manera amplia al desarrollar en este fallo lo relativo a la conducta del señor Restrepo.

En este sentido, no se ajusta a la realidad procesal lo sostenido por el apoderado en el sentido de considerar que se trata de un problema de diligencia debida que si acaso genera una culpa leve o levísima.

Por lo anterior, se reitera que el señor Salazar obró en el presente asunto con culpa grave, pues aun cuando el estándar de conducta exigido era el del buen hombre de negocios no obró siquiera como lo hubiera hecho una persona negligente en desarrollo de sus propios negocios, lo que a las luces del artículo 63 del código civil se califica como culpa grave.

Sigue el apoderado planteando sus argumentos así:

> ***5. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL***
> *Para predicar responsabilidad fiscal no solo se requiere demostrar con certeza la existencia de un daño y de una culpa grave o dolo, sino que también se debe acreditar la existencia de un nexo causal entre uno y otro elemento.*
> *Sobre estos tres elementos (Conducta - Daño - Nexo Causal) se estructura la responsabilidad fiscal, como lo enseña la doctrina:*
> *"Debe haber una conducta, un comportamiento, la realización de hechos o acciones u omisiones, por parte del gestor fiscal que determinen de manera inequívoca que ese comportamiento se ha realizado a título de dolo (conocimiento con voluntad proclive o perverso) o Culpa grave, de tal suerte que ella ha generado u ocasionado un daño (detrimento, menoscabo, pérdida etc.) al patrimonio del Estado, cualquiera sea su nivel (Central, descentralizado, comercial, industrial, etc.), nacional, departamental, distrital o municipal; la norma dice que puede haber un daño o detrimento y una conducta, pero que si no hay ese nexo, esa articulación o relación, difícilmente se puede estructurar o precisar la responsabilidad fiscal; (...). Ese ejercicio de articulación o construcción del nexo causal, es la parte delicada o culmen para el operador fiscal, toda vez, que deberá tener los niveles de certeza y el recaudo probatorio suficiente para la construcción de ese razonamiento.*

En resumen: son tres los elementos que estructuran el fenómeno jurídico de la "responsabilidad fiscal". (..)
Por lo general, esta reflexión se hace a partir de un silogismo, de una reflexión o juicio de razonamiento lógico donde a partir de un hecho cierto, real, verídico y probado, como lo es la acción u omisión y la verificación del daño, se infiere o se deduce la relación de causalidad o nexo entre estos dos extremos. El nexo es el puente que debe unir la conducta y el daño."s
Ahora bien, la misma Delegada de la Contraloría, en el auto de imputación, concluye que después de las omisiones que se reprochan al Dr. Alonso Salazar, en el período que fue integrante de la Junta de HI (Oct de 2008 — Dic de 2011) y ejerció como Alcalde de la Ciudad de Medellín (1 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2011), se materializaron una serie de hechos y conductas, ajenas a mi representado, situaciones que, claramente, rompen el nexo causal entre las actuaciones reprochadas y el daño que hoy se alega por la Contraloría.
Es decir, si en gracia de discusión se aceptara que entre los años 2008-2011, se presentaron algunas omisiones en la conducta que debía asumir mi representado, según lo entiende la Contraloría, en el desempeño como integrante de la junta directiva de HI, y como Alcalde de la ciudad de Medellín, debemos decir que estas omisiones no fueron determinantes para la generación del daño patrimonial.
Es que, con la prueba aportada al proceso, la Contraloría no puede dejar de reconocer que en realidad no hay una relación de causalidad entre las omisiones o hechos que se les imputan a mi poderdante y el colapso de la GAD y por consiguiente en la destrucción del valor del proyecto y el lucro cesante que esa contingencia terminó generando.
Si la GAD no hubiera colapsado, y no se presenta la contingencia que tuvo ocurrencia en el año 2018, el proyecto hubiera entrado en operación. Los atrasos y modificaciones que resalta la Contraloría hasta el año 2011, en el período cuestionado a mi poderdante, no generaron el daño patrimonial que se reclama.
Es decir, las dificultades en este proyecto que tuvieron ocurrencia en el período cuestionado a mi poderdante, así como los atrasos, no fueron determinantes en la causación del daño ni mucho menos son los que llevaron, pasados los años, en el 2018, mucho después de que mi poderdante dejara de ejercer como Alcalde (diciembre de 2011) a que colapsara la GAD.
Es importante recordar además que las decisiones que se adoptaron por la Junta de HI en el período 2008-2011, están justificadas. Por ejemplo: a la Junta Directiva se le puso de presente la opción de modificar algunos aspectos de la obra, así como sus beneficios, por lo que, en el momento en que se encontraba la junta, en el contexto que vivía el proyecto, era razonable aceptarlo. Nadie se imaginaba que años más tarde se construiría un tercer túnel que colapsaría
Entonces ¿qué es lo que produce el daño fiscal? ¿Las decisiones de la Junta durante los años 2010 a 2011? 0 ¿el colapso del túnel en el año 2018? Pero además ¿Por qué colapso el túnel9 ¿Por los atrasos y las dificultades que debieron sortear durante 2010 y 2011? Acaso, por qué no se adelantó o construyó en el año 2018 en la forma que los técnicos lo dispusieron. O por causas imprevisibles, situaciones ajenas a mi representado.
En similares términos debemos decir por ejemplo que no se entiende cómo puede constituir el nexo que se reclama para configurar la responsabilidad

fiscal, el hecho de permitir, al conocer la minuta del contrato BOOMT, que EPM consagre salvedades sustanciales, supuestamente, en defecto del proyecto, que se dice afectaban la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango. En este sentido dice la Contraloría que resulta reprochable la inclusión de esas salvedades porque considera que permiten la suscripción de un contrato "incumplible" desde el mismo momento de su nacimiento a la vida jurídica. Y que la inclusión de esas salvedades "operaron en perjuicio del proyecto al convertir una típica obligación de resultado, como es la construcción de una obra, en una obligación de medio -aminorando de esta forma la responsabilidad de EPM-, y que adicionalmente modificaron la distribución de riesgos del contrato en perjuicio de Hidroituango "

Ahora, no solo está acreditado que mi poderdante no aprobó, ni lo podía hacer, dichas salvedades. Sino que además, se demostró que el contrato BOOMT lo aprobó la asamblea de HI, y que en la junta, al momento de discutir el tema, los miembros de junta de HI, designados por EPM, se retiraron de la sesión en la que se analizó el tema.

Pero además, es necesario indicar que no es acertado concluir que las salvedades convierten la obligación a cargo de EPM, bajo el Contrato BOOMT, en una obligación de medio. Decimos lo anterior, porque independientemente de la inclusión de esas salvedades, la obligación de EPM continúa siendo de resultado: Debe construir la hidroeléctrica, operarla, mantenerla y devolverla en el tiempo estipulado. En ninguna de las salvedades se indica que EPM solo tenga que hacer su mejor esfuerzo o solo todo lo necesario para alcanzar el resultado.

Igualmente, el hecho de que EPM señale, al momento de la firma del contrato, que cualquier efecto de los compromisos que eran adelantados por HI, bajo su responsabilidad, no le serían Imputables, es una exigencia lógica en un contrato suscrito con una entidad pública, que no tiene posibilidad de asumir la responsabilidad por circunstancias a cargo de otro. Es decir, desde el punto de vista jurídico, es normal que se incluyan estas salvedades, por la naturaleza de EPM.

De otro lado, también se dejó constancia que las partes contemplaban la posibilidad de que existieran modificaciones al cronograma, las cuales en un proyecto de esta naturaleza, por su magnitud, siempre ocurrirán, precisamente porque es absolutamente normal que presentan múltiples contingencias en su ejecución.

Ahora, en el contrato se dejó señalado que de ocurrir modificaciones se debía asignar la responsabilidad, lo cual guarda relación con el hecho de que en el Contrato BOOMT se incluyó una matriz de riesgo, lo que indica que los riesgos y las contingencias se contemplaron.

Por lo anterior, no se puede decir que se trata de un contrato "incumplible". Además, no está acreditado, y solo se supone, la contribución que tiene la inclusión de estas salvedades en el contrato con el hecho según el cual al cabo de muchos años después de los cuales mi poderdante dejó de ejercer el cargo de Alcalde (Diciembre 31 de 2011) se construyera un tercer túnel, que luego colapsó en el 2018.

En cualquier obra y mucho más en una de la magnitud de Hidroituango, hay atrasos por múltiples causas, y es lógico permitir que el contratista implemente planes con los cuales se logren superar y corregir. Ningún plan que se diseñe

para superar estas dificultades implica per se que se vayan a tomar decisiones constructivas inadecuadas, como lo pretende plantear la Contraloría. El plan debe ejecutarse de manera técnica, y se diseña para conseguir un objetivo. Es diferente que al ejecutarlo se presenten defectos en el proceso constructivo, y no por ello se le puede endilgar la responsabilidad al plan o a quien lo autorizó. Incluso, siguiendo con el nexo causal, la Contraloría resalta como trascendental las advertencias del Board de expertos asociadas a los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales. Entonces, si así fue reconocido por la Contraloría y también está acreditado: ¿qué relación tiene lo reprochado a mi poderdante, con esta situación que es la determinante?

Por todo lo anterior, resulta una mera especulación tratar de atar y concatenar una serie de hechos, estableciendo una especie de cadena de causas al infinito, dejando de lado que para hacer el juicio de responsabilidad se debe seleccionar de todas las causas posibles del daño aquella que resulte adecuada. Así lo enseña la jurisprudencia y la doctrina en esta materia.

¿Por qué colapsó la GAD? ¿Cuáles fueron las causas adecuadas del colapso'? Solo así es posible atribuir responsabilidad a quien corresponda.

Las posibles causas que llevaron a que colapsara la Galería Auxiliar de Desviación y ocurriera la contingencia de abril de 2018.

Como lo dice la propia Contraloría, al revisar las causas del colapso de la GAD, se tuvo en cuenta los informes que fueron aportados al proceso, de la siguiente manera:

a) Informe de SKAVA, concluyó. la causa física probable que inició el colapso sería la erosión progresiva de una zona de cizalla a nivel del piso de la GAD, causada por el flujo de agua en el túnel, sin embargo menciona otras causas probables contribuyentes, ya que ninguna de ellas por sí sola, puede explicar el colapso y taponamiento de la GAD, pero la simultaneidad y combinación de estos factores sí explican lo ocurrido " (Página 103)

b) Informe presentado por los expertos contratados por el Consorcio Generación Ituango (Integral) y Lombardi:

"(.) cuestionan la metodología y fundamentos con los que Skava soporta su informe, inclinándose por causas relacionadas con el proceso constructivo y concluyendo que la contingencia se debió a causas imprevisibles desde la ingeniería" (Página 103)

c) Informe causa raíz elaborado por los expertos, doctores Christopher Snee, Prof. Luis Guilherme de Mello, Mr. Bernard Murphy y Rafael Prieto, que se realizó por los ajustadores designados por los reaseguradores del proyecto, concluyó lo siguiente.

"Causa Raíz del Evento 2.13. La causa raíz del evento fue una combinación de problemas no resueltos con los procesos diseño, supervisión y construcción en un área de una zona de cizalla que hicieron al túnel vulnerable a un grupo particular de condiciones hidráulicas que ocurrieron a mediados de abril de 2018. Esto es desarrollado con mayor detalle a continuación.

(...) lo. CONCLUSIONES

10.2. El Proyecto operó un programa de gestión de riesgos a alto nivel, pero no cumplió con el Código de Práctica de túneles porque no tenía un sistema de gestión de riesgos de bajo nivel para la fase de construcción y no controló los eventos usando un programa de mitigación de riesgos.

10.3 El diseño de los túneles de desviación generalmente estaba de acuerdo con los códigos, normas y prácticas normales la industria. El método observacional fue un componente significativo del proceso de diseño y construcción. La construcción del TDI y el TDD siguió el MO, por ejemplo, se verificó el diseño durante la construcción mediante los datos de convergencia. Sin embargo, el MO no se aplicó correctamente al TAD; por ejemplo, la convergencia no se midió con la prontitud necesaria para ser usada para verificar el diseño y ajustar el soporte.

10.4. Se afirmó que el TDI y el TDD habían funcionado satisfactoriamente durante cuatro años de operación, por lo que la Asesoría utilizó la experiencia y datos de estos y otros túneles para optimizar el diseño del soporte del TAD. El soporte del TAD fue, sin embargo, más ligero comparado con el del TDI y el TDD, de tal manera que el soporte del TAD era vulnerable a una forma altamente irregular, la erosión y los cambios de presión del agua. Además, el análisis de la Asesoría mostró que el soporte tenía que instalarse completamente y estar funcionando antes de avanzar la cara del túnel.

10.5 El macizo rocoso del TAD era más débil cerca de las zonas de cizalla que las suposiciones del diseño para el terreno Tipo III y se le permitió relajar más de lo esperado según el diseño porque se realizaron avances de la cara antes de que curara la lechada En consecuencia, la roca excavada no era controlada por el soporte instalado, y el soporte no fue aumentado para compensar la sobre-relajación de la roca, por ejemplo con soporte activo, para eliminar estas debilidades, tal y como se habría hecho si se hubiese implementado correctamente el MO tal como se hizo en el TDI y el TDD. Adicionalmente, la malla de acero requerida para las zonas de cizalla no fue instalada en el lugar del colapso.

io.6 Además, el túnel no fue construido de acuerdo con el diseño, ni las especificaciones técnicas porque el espesor del concreto lanzado no se medía con los pines de profundidad, los tramos de voladura fueron excesivos en ocasiones y no fue instalado un piso de concreto para proteger la roca débil y las zonas de cizalla de la erosión por el flujo de agua.

10.7. El túnel mostró signos claros de dificultad durante la construcción debido a que el Contratista hizo frecuente uso de soporte adicional para avanzar la cara del túnel (Spiles), la sobre-excavación persistente, desprendimientos de rocas y soporte de la bóveda y hastiales, fisuras y grietas en el concreto lanzado. Estas señales de dificultades del túnel no fueron atendidas por el Proyecto según lo requerido por el MO.

10.8 Las partes que asesoraban a EPM (Asesoría e Interventoría) y junto con el Contratista tenían conocimiento en donde la obra no siguió el diseño, en donde en la construcción no se produjo el túnel con la forma y soporte esperados y donde el túnel colapsó durante la construcción. Muchos de estos problemas no se remediaron porque dichas partes no estaban de acuerdo en la causa o quién era responsable de resolverlos.

10.9. El soporte instalado en el TAD fue degradado por el flujo turbulento porque tenía una forma altamente irregular y el piso fue erosionado porque no tenía cobertura de concreto, lo cual afectó el soporte desde el inicio de operación. Las partes tenían una divergencia crítica sobre la causa de los daños del macizo rocoso más allá de las suposiciones del diseño, en que la Asesoría consideraba que el daño era causado por las voladuras pobres y el Contratista consideraba

que esto se debía a roca pobre preexistente. Este y otros asuntos no fueron resueltos, y el TAD fue puesto en servicio con estas vulnerabilidades". (Página 103 a 105).

Aunque se encontró en una zona de cizalla geológica o en cercanía a la abscisa 0+540, de acuerdo a las conclusiones de informe de los reajustadores, no se instaló el soporte adecuado: "el lugar en que ocurrió el colapso, el soporte y protección que eran ambos obligatorios y prudentes de acuerdo con el diseño, no se implementaron y el frente del túnel fue avanzado antes de instalar el soporte completo".

En el mismo sentido, el mencionado informe también indica que

"c) Aun cuando se encontró una zona de cizalla, el soporte y protección que eran ambos obligatorios y prudentes de acuerdo con el diseño, no se implementaron y el frente del túnel fue avanzado antes de instalar el soporte completo.

d) El perfil excavado fue muy irregular, desviándose significativamente del techo curvo asumido en el diseño, impidiendo así la formación de un arco estructural. La sobre-excavación de la bóveda resultó en hastiales verticales más altos que lo establecido en el diseño, haciéndolos menos estables para los pernos de roca instalados.

e) El macizo rocoso se relajó y el túnel probablemente convergió durante construcción más allá del límite de seguridad porque los tramos de avance eran excesivos, y el soporte no era instalado completo antes de avanzar el frente del túnel, y la instrumentación para monitoreo de convergencia fue instalada y monitoreada después de que había ocurrido la mayor parte de la convergencia.

f) El Método Observacional (MO)15 no se aplicó correctamente durante la implementación del diseño del TAD La convergencia no fue medida a tiempo y por tanto, el diseño no pudo ser ajustado a las condiciones encontradas del terreno, según lo requerido por el MO, en específico:

La convergencia del túnel debía medirse para validar el TAD construido. Esto no se hizo correctamente En consecuencia, no había forma de saber como (sic) era el desempeño del soporte instalado.

E. La estabilidad del techo del túnel no pudo controlarse resultando en una pérdida del perfil debido a sobre-excavación significativa, incluso con soporte adicional sustancial que no estaba previsto en el diseño.

In . El soporte y roca se cayeron del techo del túnel en varias ocasiones durante construcción, lo cual demostraba que el soporte no estaba funcionando según lo esperado, lo cual debió iniciar revisiones del diseño de acuerdo con el método observacional.

g) En consecuencia, el túnel construido era aún más débil que el diseño ya marginal"

"De lo anterior se concluye que la causa del colapso de la GAD obedeció a las fallas que anota el informe de los reajustadores, de donde este Despacho refrenda la conclusión de que la Contingencia no obedeció exclusivamente a una causa externa, sino que la misma fue producto de defectos constructivos, problemas en el seguimiento y control de las obras, como consecuencia de la ejecución acelerada de las obras para intentar cumplir a toda costa con una fecha de entrada de generación de energía " (Pág. 106, Auto de imputación).

Del estudio de los tres informes, concluyó la Contraloría que la causa del colapso del GAD tuvo su origen en las fallas advertidas en el informe presentado

por los ajustadores, esto es, el tercer informe Incluso, cuando la Contraloría vincula e imputa responsabilidad fiscal a las empresas encargadas de la interventoría de la obra, expone las razones por las cuales es imposible señalar que las conductas omisivas reprochadas a mi poderdante tengan algo que ver con el colapso de la obra. Son absolutamente contundentes las circunstancias que resalta la Contraloría, al punto que las señala como ". determinantes para que se concretara el daño en la presente causa fiscal..." (Página 173 del auto 1484).

Dice la Contraloría "En efecto, como se explicará en detalle más adelante, la interventoría permitió el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo sin las estructuras necesarias para ello, lo que generó la necesidad de construir obras no incluidas en los diseños originales y que, como se explicó en el acápite de hechos, implicó la modificación de características determinantes contractualmente como "inmodificables". Así mismos, el interventor no realizó las observaciones pertinentes sobre la modificación de los planos originales y puesta en macha de tales obras consistente en la construcción de un tercer túnel de desviación (GAD) y también incurrió en fallas en los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles asociadas con la gestión del alcance, riesgos y calidad de estas y la iniciación de las obras para construir el GAD sin las modificaciones de la licencia ambiental . Todo lo anterior. .contribuyó de manera determinante a que se concretara la contingencia de 2018 ." (Pág 173 del auto 1484).

Se indica que se permitió "que se prescindiera de las estructuras hidromecánicas para el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo " "Una de las decisiones tomadas que mayor impacto causó en el proyecto, fue la no construcción de las guías de las compuertas de cierre de los túneles de desviación.

Dicho efecto se reflejó, no solamente en los costos del proyecto — los cuales aumentaron directamente en el costo del denominado tercer túnel — sino también en la entrada en operación y generación del proyecto...". (pág. 179).

En palabras de la Contraloría "Era conocida la inconveniencia de desviar el río Cauca sin las estructuras de las compuestas de cierre, ya que por recomendación de la Junta de Asesores, se analizaron diversas opciones de desviar el río por los túneles izquierdo y derecho sin la instalación de los marcos y guías de las mencionadas compuertas de los túneles de desviación, sin embargo para cumplir con los tiempos se decisión ejecutar la obra prescindiendo de dichas estructuras, las cuales a 31 de diciembre de 2013 no se encontraban lista como consecuencia del hecho de que fueron contratadas tardíamente " (Pág. 180).

Dice la Contraloría que " .. en lo que respecta a la construcción del tercer túnel de desviación, se encuentra probado, que desde el inicio se advirtió.., que dicha obra era inconveniente". Importante recordar el momento en que se definió la construcción del tercer túnel, años después de que mi poderdante terminara su gestión como Alcalde.

De manera que en esta decisión nada tuvo que ver el Dr. Alonso Salazar Jaramillo.

Incluso se dice que la Junta de asesores (Board), en informe No 2, de agosto de 2013 (mi poderdante desde el 31 de diciembre de 2011, no es Alcalde ni

miembro de junta) advirtió sobre la inconveniencia de la Galería Auxiliar de Desviación. (Págs. 181 y 182).

Resalta la Contraloría en este sentido, las "C) deficiencias en el seguimiento a los procesos constructivos en lo que la Interventoría participó activamente y sobre los que tenía la obligación contractual y legal de supervisar" toda vez que no se realizó "observación alguna sobre las deficiencias constructivas, y por el contrario, aprobó los trabajos del Consorcio CCCI y permitió la entrada en funcionamiento de la GAD, tal y como se explicó en la primera conducta" (Página 193).

En fin, es la propia Contraloría la que concluye que la inclusión de un obra nueva, el tercer túnel de desviación, prescindiendo de obras fundamentales, a pesar de que el Board de Expertos consideró que se trataba de decisiones constructivas incorrectas que generaban un riesgo, el cual se concretó en la contingencia del 2018, fue lo determinante para que se concretara el daño al patrimonio del estado (Pág. 189).

Ahora bien, lo que se deriva de las propias consideraciones que sostiene la Contraloría, es que no existe relación de causalidad entre las presuntas omisiones que se endilgan a mi poderdante, que se presentaron hasta el año 2011, y la contingencia del año 2018.

Tanto es así que la Contraloría resalta que durante la construcción se realizaron y se recibieron obras defectuosas, y por esta razón se reclama al contratista y a la interventoría, situación por la que mi poderdante no puede ser cuestionado Se trata de situación que califica el órgano de control fiscal como causantes de la contingencia, y que rompen cualquier nexo de causalidad que se pretenda configurar en el caso de mi poderdante, porque concluye que se trata de deficiencias constructivas, que se pudieron evitar con una adecuada previsión e implementación del método de observación en la calidad de las obras. (Pág. 193). Estamos hablando de hechos nuevos que tienen ocurrencia muchos años más allá del año 2011 Se trata de situación que se presentan incluso luego del año 2013 en adelante. La Contraloría relata y reseña hechos nuevos entre los años 2013 hasta 2017, diferentes situaciones que reprocha, y en todos ellos nada tiene que ver mi poderdante. Incluso, percances geológicos que se advierten en el año 2017 y que en palabras de la Contraloría debieron ser corregidos (pág. 198). Para concluir, que estas son las causas de la contingencia de abril de 2018 (Pág. 199). Tanto es así que la Contraloría resalta como probada la existencia del nexo de causalidad entre estos defectos y omisiones en la construcción, como conducta reprochable, y el daño (Pág. 205).

De otra parte debemos recordar que antes del colapso de la GAD, el informe de interventoría del primer semestre de 2018 mostraba un importante avance de la obra:

"De acuerdo a la tabla anterior para el mes de marzo de 2018, se tenía programado ejecutar el 1,45% del avance según programa con aceleración y se ejecutó el 1,64%, lo que indica que se cumplió en un 113%. Para un programado acumulado de 92,11%, se obtuvo un ejecutado acumulado del 90,95%, cumpliendo en un 99% con el programado acumulado." (Página 574).

Pero además, la prueba que se arrimó al proceso (documental y testimonial) da cuenta que el plan para ejecutar las obras y poner al día el proyecto funcionó, al punto que se encontraba con una diferencia de un uno por ciento aproximadamente frente a lo planeado en el programa y los costos acumulados

del proyecto estaban por debajo del presupuesto. Se trató de un plan eficiente y oportuno para el proyecto. Los testimonios de los técnicos dan cuenta de ello. Así lo manifestaron, entre otros los experto Carlos Adolfo Mejía Arbeláez y Juvenal Darío Espinal Betancur, testimonios recibidos en este proceso.

El Dr. Carlos Adolfo Mejía Arbeláez, es un ingeniero civil, también especialista en finanzas; jefe de la unidad de programación y desempeño de proyectos de generación de energía de EPM. Frente al proyecto, al momento de la contingencia, señaló que el programa:

". . estaba en el 94% del cumplimiento de las obras (min.1.09:30) civiles, en el 83% de cumplimiento de todo el proyecto como tal, con una turbina desfasada solamente 2 meses, o sea para entrada en operación había solamente un desfase de 2 meses, y ahí estaba la obra, con un costo (porque la foto la toma uno obra fisica y también en valores) que pasó de 11,2 billones, por supuesto en pesos colombianos (quitándole todo ese tema que traía el BOOMT "que esto es en constantes", que hay gente que ni siquiera le suma los ajustes e imprevistos, hay gente que toma eso como no es, y digo como no es porque el contrato lo tiene muy claro, es un costo que era en constante y que había que sumar los ajustes e imprevistos a partir de un costo de 11,2 billones) y terminó, antes de que se cayera, sufriera el tema del túnel, terminó en un costo de 11,4 billones.

Pues estas en un momento, sin tomar una foto al proyecto, tener un costo de 11,4 billones, de los cuales 0,4 son imprevistos, imprevistos que posiblemente no se lleguen a materializar porque estábamos ya en un punto de equipos comprados, ya montándose, que el imprevisto es muy poquito, es decir que casi que me iba a salir más barato el proyecto de lo que me entregaron como mandato inicialmente cuando me dieron el BOOMT, cualquiera que me diga que estuvo mal planeado, que es que (mm 1.11:00) me gasté más, para mí, es un concepto, muy particular de la persona, pero que no comparto en absoluto. Y más que es una foto totalmente comprobable, comprobable por quién, es una foto que comprueba el avance fisico, Deloitte cuando me hacían, por mandato de la CREG, el seguimiento de avance fisico, es una prueba que comprobaban los aseguradores para decir "hombre su programa sí es real, y yo le voy a pagar un lucro cesante porque en realidad usted no tenía atraso en ese programa con respecto a lo que nos matriculo cuando me compró la póliza", que era esa turbina en el 2018; cuando llega otro tercero, que son los financiadores, y nos dicen y nos cuidan los costos "sí ese es el costo, es que en realidad usted no se ha gastado más de lo que usted tenía ahí para hacer". O sea la planificación, eficiencia y eficacia que, para mí, ha sido tan, que digo yo, con un criterio tan particular, la manera de evaluarla, la foto tumba todo eso, todo, cuando usted lo mira en obra fisica, y avalada por terceros, no es que uno lo diga, no es porque uno diga que yo me estoy cubriendo acá pues para que no me digan que hice feíto, lo que sea , y cuando usted mira que lo hizo dentro del valor que le dieron, de la plata que dieron, del cheque que le dieron, a mí me parecía muy particular la apreciación "no es que hubo detrimento, o es que hubo falta de eficacia y eficiencia, etc, etc", es que la foto no miente, y vuelvo y le digo (mm. 2.12:30), son fotos avaladas .. es totalmente demostrable, totalmente a la vista de todos, y vuelvo y le digo, con certificadores que son ajenos a EPM, y que tienen intereses diferentes a EPM, un asegurador nunca te va a decir "no en realidad te faltaba nada más 2 días o te faltaba medio día", no a él le interesa es no

pagarte, entonces él va a hacer todo el esfuerzo por demostrar de que vos no cumplías, pues ni eso pudieron, por eso es que tengo ya los pagos de lucro cesante, por eso es que tengo la información ya fluyendo de los aseguradores a favor de que en realidad el proyecto terminaba bien.

" Ustedes tienen que pedir la evaluación a dirección de riesgos (no eso es una vicepresidencia ya) ellos son los encargados de recibir toda esa información, por una parte de MAPFRE que es el que, con asesoría de firmas españolas, que le ayudaba a verificar precisamente el desfase de días y si ese cronograma era cumplible o no en el momento en que sucedió la contingencia .."

El Dr. Juvenal Darío Espinal Betancur, ingeniero electricista, trabaja en EPM desde el año 1983, ha sido ingeniero de las áreas de generación de energía de las centrales de generación, en todo lo que tiene que ver con operar y mantener centrales de generación, lo que da cuenta de su amplia experiencia en proyectos importantísimos.

Ha ocupado distintos cargos a nivel del negocio de generación de energía, jefe del departamento de la central de Guatapé, jefe de la dirección montajes (min 48:30), jefe de la subgerencia operación-generación de energía, encargada de la operación y el mantenimiento de las distintas centrales de la empresa, subgerente de proyectos entre el año 2002 al 2013, y hoy trabaja en el gerenciamiento de varias centrales de EPM, con acompañamiento también de las centrales de generación de la CHEC.

Tuvo participación en cuanto al desarrollo del proyecto Hidroituango desde que EPM empieza, a hacer el acompañamiento en la construcción del proyecto en cuanto a definiciones de la procedencia de ciertos estudios, la validez de ciertos estudios; desde el año 2005-2006, hasta octubre del 2013, porque es trasladado a otra área de la empresa, que no tienen que ver con el proyecto.

Frente a las diferentes razones que originan el atraso de las obras, manifestó-

". básicamente centradas en las dificultades que se tuvieron en la construcción de esas vías por situaciones que tenían que ver con problemas en la construcción de las vías de tipo geológico, y las dificultades que se encontraron desde el punto vista (min. 35:00) del manejo de la situación de orden público en la región, unidas a situaciones de negociación con los dueños de los predios, la posibilidad de la compra de predios, que se demoró más tiempo de los previsto, por estas mismas razones, temas de orden público que afectaron de manera importante el desenvolvimiento como se tenía previsto en el cronograma inicialmente ".

". dentro de todo esos elementos se justificaron en su momento para solicitar esa modificación de las fechas de cumplimiento de los hitos, yo diría que dentro de estos puntos es muy importante lo que fue el tema de orden público y lo que se encontró en la zona, y con la llegada de todos estos contratistas (y a pesar de que tenía acompañamiento del ejercito) la situación de orden público que se presentó afecto de forma muy importante lo que fue el avance de los 2 contratistas en términos generales, en cuanto a la construcción de la vías, y en cuanto a la construcción de los túneles de desviación. Esto originó muchas dificultades (mm. 59:00), porque todos estos grupos armados que estaban en la zona se sintieron como amenazados por la mayor presencia del ejército, y decidieron fue entrar a encontrar una serie pues de amenazas, de atentados contra los activos que se tenían, estaba prevista la construcción de una línea de transmisión de ioo voltios (que pasaba dese la subestación Yarumal), esta

línea la volaban permanentemente, y buscaban era generar un ambiente pues de zozobra y de intimidación a los contratistas. Fue muy, muy, difícil el poder controla esta situación, pero indudablemente afectó de manera muy importante todo lo que fue esas 2 primeras actividades, fundamentales pues para poder avanzar en la construcción del proyecto".

"Adicional a eso, pues se presentó también una situación que tenía que ver con la presencia de una gran cantidad de personas que se hacían pasar por afectados por el proyecto, y que simplemente pretendieron tener una indemnización por parte de la hidroeléctrica, en cuanto (min. 1:00:30) a estar inscritos en el programa de indemnizaciones, y ser parte de censo que se obtenía para atender a estas personas afectadas por el proyecto".

"Y de igual manera pues se presentó la situación de todo lo que tiene que ver con el tema climático que afecta de manera directa pues, y fue una condición muy especial en esa condición de niña, que genera toda una serie de dificultades para el desarrollo normal de este tipo (min. 1.02.0o) de actividades, en la construcción de las vías, y en la construcción inicial de los túneles de desviación, porque le genera pues al contratista dificultades importantes en lo que tenía estimado podía ser el avance dentro de lo que él había propuesto dentro de su licitación y su oferta".

A pesar de todo lo anterior, manifestó que se adelantaron actividades para recuperar los tiempos y que para el momento de la contingencia:

". para el año 2018 el avance de la obra permitía, perfectamente, pensar que se iba a cumplir con el cronograma de entrada de la primer unidad de generación para el año 2018.

Ausencia del nexo causal entre las conductas imputadas a mi poderdante
y el daño patrimonial al Estado*.*

La existencia de una relación causal entre la conducta del agente y la existencia del daño patrimonial del Estado, implica una relación determinante y condicionante de causa- efecto de manera que el daño sea resultado de una conducta activa u omisiva.

Estamos hablando del estándar de la relación "determinante" de "causa-efecto" acorde con la teoría de la causalidad adecuada que aplican el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia para la acreditación del nexo de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial.

Solo se considera causa del daño el fenómeno sin el cual el daño no se habría producido.

Si, en el caso concreto, se llega a la conclusión de que el daño de todas maneras se habría producido así no hubiera concurrido la culpa del demandado, entonces este no se considera causante del daño.

Un hecho solo puede ser considerado como causa de un daño si es una condición necesaria de su ocurrencia. Solo pueden considerarse como causas jurídicas de un daño aquellos eventos sin los cuales el resultado no se habría producido.

En este caso se debe analizar cada conducta para establecer si la acción u omisión es condición necesaria — o conditio sine qua non - del perjuicio Si en este ejercicio se encuentra que el daño de todas maneras se habría producido, se debe descartar la acción u omisión analizada como causa del daño

Sin embargo, en este caso, la Contraloría no realizó el referido análisis, olvidando que cualquier juicio de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, supone examinar la objetiva incidencia del comportamiento para establecer su influjo definitivo o excluyente, unitario o coligado, en el daño.
Como lo venimos indicando para que se configure la responsabilidad fiscal debe existir una relación causal entre la conducta y el daño, siendo el daño consecuencia de la primera, de esta manera si se establece que la conducta activa u omisiva reprochada no fue la causante del daño, no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad fiscal.
Hablamos del nexo de causalidad, es decir de la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido.
Además para atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico.
Frente a la existencia de la relación causal en materia de responsabilidad, se han adoptado diversas teorías por la doctrina y la jurisprudencia para determinar dentro de una serie de eventos cuál fue la causa que produjo el daño y poder asignar la responsabilidad correspondiente.
Hoy en día la teoría de la causalidad adecuada es adoptada por los altos tribunales, como la que resulta aplicable a los procesos de responsabilidad fiscal.
Cuando hablamos de la causalidad adecuada, la causa se define por parámetros de previsibilidad, normalidad y probabilidad.
Veamos lo que enseña el Consejo de Estado, al respecto:
"(..) Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues "partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal" Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito (. .)".
Para establecer el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño, se acoge la teoría de la causa adecuada, según la cual la conducta u omisión de la administración debe ser relevante y eficaz para producir el resultado dañino, siendo este último una consecuencia normal y previsible. Por tanto, no es suficiente que un evento haya sumado en la producción del daño, sino que debe tratarse de un hecho determinante y adecuado para causarlo.
En este mismo orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia, enseña: (...) De todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un

resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más "adecuado", el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo ( )".

En tal sentido, la teoría de la causalidad adecuada apunta a que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, esto es, el que resulte idóneo para su configuración.

(...)

En conclusión, comoquiera que la causalidad implica una función de corrección, solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha desplegado una conducta inequívoca, esto es, a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la causa idónea y eficiente para la producción del daño.

En materia de responsabilidad fiscal la Sala estima necesario acudir a los fundamentos que se han ocupado del estudio de la causalidad, por tratarse de una responsabilidad de carácter subjetivo, siendo uno de los elementos constitutivos, como líneas atrás se dijo, el nexo causal, que se entiende como la relación entre el daño al patrimonio público y la conducta activa u omisiva, dolosa o gravemente culposa, de un agente que realiza gestión fiscal".

De acuerdo con lo anterior es pertinente resaltar que la existencia del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño patrimonial del Estado, nunca se presume, de forma tal que siempre debe aparecer de manera probada con la suficiente certeza dentro del proceso, carga probatoria que corresponde asumir a la Contraloría General de la República, y cuyo eventual cumplimiento, a efectos de ser considerado lo suficientemente idóneo, inexorablemente debe responder a las particularidades propias de la llamada "teoría de la causalidad adecuada", que es el método de estudio adoptado por las altas cortes y la doctrina, con el propósito de determinar si la actuación u omisión endilgada al presunto responsable fiscal, en verdad se erige en la causa adecuada del daño antijurídico padecido.

En estos términos el Consejo de Estado, enseña: "La aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata".

Del mismo modo, en sentencia del 26 de enero de 2011, el Consejo de Estado estableció lo siguiente:

"Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito".

En esta medida, de no determinarse cuáles son las causas que anteceden a la producción del daño de manera directa se llegaría al absurdo de concluir que todos los acontecimientos relacionados con la producción de un daño constituyeron su causa, cuando lo cierto es que no todos tienen la virtualidad de producirlo, así como tampoco tienen el mismo valor o entidad como lo pregona la teoría de la equivalencia de las condiciones que concluye que "todos los orígenes del daño, lejanos o próximos, tienen el mismo rango" y en esa medida, conduciría a que "todos resultaran culpables por todo", cuando lo cierto es que sólo será adecuada la causa que por parámetros de previsibilidad, normalidad y probabilidad hubiera tenido la virtualidad de producir el daño.

Respecto a lo anterior, los tratadistas hermanos Mazeud y Tune, sostienen que: "(.) en verdad la teoría de la equivalencia de las condiciones no permite decir cuando hay causalidad... Por consiguiente, es preciso reconocer que todos los acontecimientos que desempeñan un papel en la realización de un perjuicio no representan en él un papel decisivo, un papel verdaderamente creador; todos no producen verdaderamente el daño"

Del mismo modo, en sentencia del 8 de marzo de 2007, este Tribunal contencioso administrativo indicó.

"Tampoco puede considerarse que todos los antecedentes del daño son jurídicamente causas del mismo, como se propone en la teoría de la equivalencia de condiciones, o de la causalidad ocasional expuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de septiembre de 1.935, según la cual "en estos casos si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido", a la cual se refiere también un salvamento de voto del Dr. Antonio J. de Insarri del 8 de octubre de 1986 (exp. 4587), en el cual se expresa que "con fines simplemente analíticos, para verificar esa relación de causa a efecto, puede examinarse qué ocurriría o habría ocurrido, si el suceso - causa no se hubiera dado. Si la respuesta es en el sentido de que el efecto no habría sucedido, ha de admitirse que aquél sí constituye causa de éste, porque justamente para que el efecto se dé en la realidad, tiene que ocurrir aquél. En la hipótesis contraria no existiría esa relación de causalidad."

Tal posición llevaría a que en el clásico ejemplo citado por José Melich, el sastre que retrasa por negligencia la entrega de un abrigo de viaje, tendría que responder por el accidente ferroviario que sufrió su cliente que debió por tal motivo aplazar su viaje.

Como lo señala el doctor Javier Tamayo Jaramillo, "deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente, buscar responsables hasta el infinito".

Aceptar en este caso que todos los hechos que rodearon una serie de acontecimientos condujeron a que los mismos se presentaran y que por tal motivo corresponden a la causa del daño patrimonial acaecido, como lo realiza la Contraloría en el auto de imputación, atenta contra la teoría de la causalidad adecuada, que resulta plenamente aplicable a este proceso de responsabilidad fiscal, y así mismo, atenta contra el análisis de los elementos de la relación de causalidad.

A manera de conclusión: La inexistencia de la relación de causalidad.

La Contraloría describe en el auto de imputación algunas omisiones, supuestamente ocurridas entre 2009-2011, que según el ente de control

generaron atrasos que llevan a un plan de aceleración o recuperación de tiempo.

Ahora bien, para la Contraloría los hechos u omisiones que generaron el colapso de la GAD son iguales o equivalente a cualquier decisión pasada que se haya tomado en este proyecto. Sin embargo, las omisiones reprochadas que tuvieron ocurrencia hasta diciembre del año 2011 y generaron atrasos en las obras no son en realidad la causa de que el proyecto perdiera su valor ni se generara un lucro cesante. Los atrasos permiten ajustar el cronograma, pero esos hechos por sí solos ni de manera concatenada, como pretende la Contraloría, fueron la causa adecuada de la contingencia en el año 2018, que independientemente de cuál fue su causa, sí fue el hecho que generó que el proyecto perdiera el valor y se produjera el lucro cesante.

Los presuntos atrasos en la obra en el año 2010 o 2011, no fue lo que generó que 5 años más tarde colapsara la GAD y se produjeran todas las consecuencias negativas hoy conocidas No es lógico decir que esos atrasos llevaron a que finalmente se hiciera un plan de aceleración o recuperación de plazos, y que por haber implementado ese plan se eliminaron las compuertas y se construyó el tercer túnel o GAD, que colapsó.

Recuperar atrasos en la obra no es reprochable, tampoco lo es introducir modificaciones técnicamente viables. Así mismo, acordar cronogramas que permitieran recuperar tiempos perdidos de manera justificada, obedece a una actuación diligente que cualquier buen hombre de negocios adoptaría.

Además, las decisiones que se tomaron entre 2009-2011 fueron sustentadas y contaban con el soporte técnico, legal y económico necesario, por lo tanto no puede endilgarse responsabilidad por ellas, así a la postre, por una contingencia que ocurrió en el año 2018, el proyecto no haya podido entrar en operación.

Para que una mayor inversión sea reprochable la misma debe ser injustificada. Si la inversión es justificada así no logre alcanzar el fin para el que estaba prevista, no puede concluirse que la decisión se debió a falta de diligencia de los administradores.

Si estaba justificada y en su momento, para el contexto que se tenía, debía hacerse a la luz del estado de la técnica, no puede decirse que quienes la adoptaron y aceptaron o conocieron hayan actuado negligentemente.

La doctrina enseña que el "(.) deber de cuidado no equivale, en forma alguna, a que la decisión de negocios tenga que ser acertada, en términos de beneficios económicos para la compañía. Debe recordarse que la obligación de los administradores no es de resultados, sino más bien, de medios El director o gerente debe poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con ella. Pero si a pesar de haber actuado diligentemente y de buena fe, los resultados de la gestión no son buenos, tal circunstancia no debe generar responsabilidad para el gerente o director." (Página 438)

Y también se ha dicho que: "C..) muchas veces, en el desarrollo de la empresa social, resultan pérdidas o perjuicios para la sociedad como consecuencia directa o indirecta de decisiones tomadas por los administradores, pérdidas que son, finalmente, un riesgo inherente a la vida de los negocios. Si estas decisiones o medidas son adoptadas de buena fe y en uso de buen juicio por

parte de los administradores, las cortes no entran a cuestionarlas como violatonas del deber de cuidado." (Página 438)
Incluso, la Contraloría, trae en el auto de imputación esta doctrina, citando a Francisco Reyes Villamizar, pero decide de manera completamente contraria a ella. La Contraloría no analizó si los miembros de Junta Directiva fueron diligentes o no a la hora de tomar las decisiones, sino que se centró únicamente en los resultados para imputar responsabilidad, cuando claramente la obligación de estos administradores es de medio.
No se puede decir que un atraso de un contrato, por ejemplo el de las vías, o una modificación en el diseño original, sustentada técnicamente, fue lo que "desencadenó la contingencia" del año 2018. Hay unas causas adecuadas que produjeron esa contingencia y es allí donde la Contraloría debe centrarse para encontrar los responsables y reparar el supuesto daño fiscal. Pero lo que no puede hacer es tratar a toda costa y por todos los medios, sin lógica alguna, sumar cualquier problema, desacierto, atraso, cambio (así fuera justificado) para hacer una cadena al infinito de causas, apelando a la teoría de la equivalencia de las condiciones, y armar una imputación que carece de todo sentido.
En efecto, a pesar de los atrasos y modificaciones que se presentaron en el desarrollo del proyecto, si no se presentaba la contingencia en abril de 2018, es claro que el plan de aceleración y todas las decisiones adoptadas para que pudiera desviarse el no y la hidroeléctrica pudiera entrar en operación en la fecha prevista, habrían dado buenos resultados Si aquello no sucedió no fue por el plan de aceleración, ni por lo que llevó a que éste se implementara, sino por la contingencia que se presentó en abril del año 2018, motivo por el cual se debe analizar cuáles son las causas de esa contingencia para determinar quién o quiénes son los responsables, si es que los hay.
Así las cosas, las omisiones reprochadas a mi representado ocurridas entre 2009- 2011, no tuvieron injerencia alguna en la contingencia de abril 2018, motivo por el cual, los supuestos tácticos que se describen como causantes de los daños encaminados a imputar responsabilidad fiscal resultan totalmente irrelevantes en este caso, de manera que, es procedente exonerar al Dr. Alonso Salazar Jaramillo de responsabilidad y decretar la cesación de la acción fiscal.

R/: En este punto, el apoderado parte de su percepción subjetiva al considerar que no existe nexo de causalidad entre los hechos del año 2018 y las actuaciones de la junta directiva entre los años 2008 y 2011,

Para llegar a la conclusión anterior, el apoderado se refiere al aparte en el cual el Despacho con el apoyo técnico designado, procede a analizar los informes de causa raíz del colapso de la GAD. Es importante precisar que dicho análisis lo realizó el Despacho en el análisis de los hechos de la causa fiscal, no del daño y se realizó toda vez que resulta relevante de cara a las razones técnicas y constructivas por las cuales la GAD colapsó, pero no resultan suficientes para explicar la destrucción del valor presente neto del proyecto.

En este sentido, el apoderado pareciera confundir las causas físicas de un determinado fenómeno con la imputabilidad jurídica de un daño.

Sobre este punto, resulta necesario recordar que Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"*[698]*.*

En efecto como se explicó líneas atrás, el análisis causa raíz es un método para la resolución de problemas que intenta evitar la recurrencia de un problema o defecto a través de identificar sus causas. En el preciso contexto de Hidroituango hace referencia específicamente al proceso constructivo de una parte específica de un proyecto, es decir, dirigido a identificar las causas desde lo constructivo y lo técnico del colapso de la GAD.

De donde no podrían inferirse como mal lo pretende el apoderado que un estudio causa raíz realizado para determinar las causas que desde la ingeniería dan lugar al colapso de una estructura, puedan reemplazar al operador fiscal en la determinación del nexo de causalidad entre una determinada conducta y el daño.
En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión, la misma no es la única causa del aumento inusitado de las inversiones ni del hecho de que el proyecto no entrara en operación en la fecha programada.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo que incidió de manera determinante en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.**
En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

[698] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho* ***eficiente y determinante*** *para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que* ***resulte idóneo para su configuración****. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la* ***causa idónea y eficiente para la producción del daño****"*[699].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[700].

---

[699] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[700] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[701]*:*

"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.

"(…).

*"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*

Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[702]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

[701] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.
[702] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON**

MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI-CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[703] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[704], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la

[703] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[704] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos - producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

En ese orden de ideas, ha existido concurrencia de conductas en la concreción del daño señalado en esta providencia.

Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

6. SOLIDARIDAD

En este caso no resulta posible sostener la existencia de solidaridad por la pluralidad de supuestas culpas y de supuestos resultados dañinos, entre otras razones porque las acciones y omisiones para imputar responsabilidad a los presuntos responsables son diferentes. Veamos:
*El órgano de control fiscal se refiere a un conjunto de **conductas, heterogéneo**, que supuestamente se cometieron por distintas personas, en momentos y contextos muy particulares, que no tienen relación.*

SOLIDARIDAD

Debemos decir que este caso no encaja en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, porque no se trata de un daño patrimonial proveniente de "sobrecostos en la contratación y otros hechos irregulares", como taxativamente lo establece esta disposición, fruto de la libertad de configuración normativa del legislador, que limita la solidaridad que se predica entre la "entidad contratante" y "el contratista", no entre otros sujetos que no tienen relación. Además, esta es la lectura acorde al principio de estricta legalidad.
Es la voluntad del legislador al expedir la Ley 1474 de 2011, con el propósito de "fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción". En este caso, nos encontramos fuera de esta hipótesis Igualmente mi poderdante, legalmente no puede ser obligado a responder por los perjuicios causados por otras personas, a pesar de que la solidaridad pretenda aportar a la recuperación del patrimonio del Estado.
La Contraloría pretende recuperar el patrimonio del estado, pero no lo puede hacer obligando al ciudadano a responder por lo que no le compete. No tiene el estado legitimidad para reclamar más allá de lo que le corresponde a cada uno. Si bien el patrimonio del Estado se debe proteger en forma especial, la

> *administración no puede perseguir a un presunto responsable por el daño causado por una acción u omisión que no realizó*
> *Además, y sobre todo, una lectura constitucional de la normativa fiscal establece la obligación de individualizar la cuantía de la responsabilidad de cada uno de los implicados, así el fin último sea la recuperación de la totalidad del patrimonio Estatal, porque no de otra manera se garantiza el debido proceso y los derechos del presunto responsable fiscal*
> *En este caso, brilla por su ausencia esta obligación del órgano de control fiscal, que es un verdadero derecho del presunto responsable.*

R/: Sobre este punto, resulta necesario precisar el texto del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial".*

Este artículo positivizó para la responsabilidad fiscal – que cabe recordar es una subespecie de responsabilidad civil-, lo ya consagrado en el artículo 2344 del Código Civil y que se aplicaba al proceso de responsabilidad fiscal antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, el cual reza: *"Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los* ***artículos*** *2350 y 2355".*

De la lectura de la norma el apoderado infiere que por tratarse de conductas distintas no es posible aplicar la solidaridad. Ello no es cierto pues la norma lo único que exige es que dos o más personas concurran al hecho, sin establecer que deba tratarse del mismo tipo de conducta.

Ahora bien, de una lectura sesgada el apoderado intenta derivar un único supuesto para aplicar la solidaridad referido a sobrecostos en la contratación o a otros hechos irregulares que el apoderado entiende ocurridos también en el escenario de la contratación, reduciendo de esta manera el alcance de la solidaridad únicamente a la relación entre contratante y contratista.

Dicha conclusión, como se verá a continuación, se aleja del entendimiento correcto de dicha norma el cual por demás ha sido precisado tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

En relación con el contenido del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, se pronunció la Corte Constitucional, en Sentencia C-336 de 2014[705], y sobre el particular precisó que:

> *"En consecuencia, **la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal**, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.*
>
> ***La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal.** Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, **con base en su actuar doloso o gravemente culposo**, hayan sido encontrados responsables.*
>
> *Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución.*
>
> *Son estos los fundamentos por los cuales la Corte Constitucional declarará EXEQUIBLE el precepto acusado".*
>
> Donde resulta evidente es que el único presupuesto jurídico que se requiere es ser encontrado responsable fiscal sin importar si el escenario es o no contractual ni si las personas que son responsables fiscales tienen la calidad de contratante y contratista.
>
> De igual modo, el Consejo de Estado ha dicho sobre el particular lo siguiente:
>
> "Luego el **artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 establece la existencia de solidaridad pasiva en los fallos de responsabilidad fiscal**, de acciones populares y acciones de repetición. (…) La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-338 del 4 de junio de 2014, (…) sostuvo que el criterio de la imputación en el proceso de responsabilidad fiscal es siempre subjetivo, pues se basa en el dolo o la culpa grave del procesado. (…) [L]a Corte Constitucional se ocupó de la solidaridad pasiva instituida por el artículo 119 de la citada Ley 1474 de 2011. (…) [L]a Corte Constitucional **es clara en señalar que frente a la solidaridad pasiva contemplada por el citado artículo 119, lo procedente es cobrar el valor total de la suma objeto del fallo a cualquiera de los responsables fiscales comprendidos en el mismo.** La Corte es categórica en expresar que "**lo único que la naturaleza solidaria de la obligación**

[705] Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-336-14, Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, Bogotá, D.C., junio cuatro (4) de dos mil catorce (2014)

permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores"[706].

Establecido lo anterior, y teniendo claro que la solidaridad es una garantía en favor del acreedor, que le permite solicitar el pago de su deuda de uno, varios o todos los causantes del daño, no resulta claro por qué razón en opinión del apoderado, existiría algún tipo de violación del debido proceso por el hecho de no indicar el porcentaje de participación en el daño causado, pues no se trata de una obligación parciaria.
Así mismo, no existe ninguna disposición en las normas especiales aplicables al proceso de responsabilidad fiscal que obliguen al operador fiscal a realizar dicha división. En efecto ni el artículo 41 de la Ley 610 respecto del auto de apertura, ni en el artículo 48 de la Ley 610 que relaciona el contenido del Auto de imputación ni en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, que se refiere al contenido del fallo con responsabilidad fiscal, establecen la obligación de individualizar la cuantía de la responsabilidad de cada uno de los implicados. Por el contrario, dicha normatividad, guardando congruencia con el hecho de que las obligaciones que surgen de la declaratoria de responsabilidad fiscal cuando 2 o más personas concurran a la producción de un daño, de manera expresa se refieren a "**La cuantía** del daño" entendiendo por tal **una sola** y únicamente utiliza la palabra "individualizar", en relación con las conductas desplegadas por los vinculados a la causa fiscal.
Por lo anterior este argumento no está llamado a prosperar.

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad no cumplió con la debida diligencia que le demandaba su deber funcional, acompañado de su experticia y trayectoria, pues el Estado al depositar su confianza en él, lo hizo para que conociera y discerniera a profundidad todos los temas de trascendencia en lo que respecta al desarrollo del proyecto, sin embargo, faltó a sus deberes de cuidado y diligencia en el ejercicio de su cargo, lo que lo encasilla en una conducta negligente y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, este Despacho fallará con responsabilidad fiscal en contra del señor FABIO ALONSO SALAZAR JARAMILLO, en calidad de gestor fiscal, de manera solidaria y a título de culpa grave, en cuantía indexada de ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.

[706] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZBogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442)

LUIS ALFREDO RAMOS

Mediante auto 1484 de 2 de diciembre de 2020 se le imputó responsabilidad fiscal al señor RAMOS en los siguientes términos:

"imputar responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), como contribuyente y a título de culpa grave en contra de LUIS ALFREDO RAMOS".

Lo anterior con base en los siguientes argumentos:

> *"(…) tal y como se explicó desde el auto de apertura, de conformidad con el artículo 305 de la Constitución política, como Gobernador, tenía el deber de control y seguimiento respecto de sus agentes, en especial del Gerente de Idea quien era el funcionario que representaba los intereses del Departamento de Antioquia en la junta directiva de Hidroituango.*
> *Como Gobernador de Antioquia de él son predicables, de conformidad con lo previsto en el artículo 305 de la Constitución Política, las siguientes funciones:*
> *(…)*
> *Lo anterior, asume una relevancia especial, si se tiene en cuenta la importancia y las implicaciones ampliamente explicadas en este auto del proyecto Hidroeléctrico de Ituango, pues el desarrollo social y económico de municipios particularmente deprimidos y sometidos a una historia de conflicto así como la estabilidad energética no solo del departamento sino de todo el país pendían del éxito del proyecto.*
> *Aunado a lo anterior, Hidroituango tiene naturaleza comercial, del tipo anónima y fue constituida como* ***EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA DEL ORDEN DEPARTAMENTAL661,*** *en la cual, tanto la Gobernación de Antioquía como el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) tienen un porcentaje accionario.*
> *Es así, que dichas entidades al formar parte de la administración, donde el gobernador es el encargado de dirigir la acción administrativa del Departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes, el señor Ramos en su condición de gobernador estaba en el deber de informarse y actuar frente a las situaciones presentadas en el proyecto Hidroituango, a través del ejercicio del control de tutela, máxime cuando en ella se invirtieron recursos públicos.*
>
> *Le resultaba elemental, en su condición de gobernador, estar plenamente informado de un proyecto de especial importancia para el país y el departamento de Antioquia que por su magnitud no podía ser comparado con cualquier otro proyecto exigiendo de él un deber positivo de conducta de fijar posición contundente frente al desarrollo del proyecto.*
> *(…)*
> *En este sentido, el señor Luis Alfredo Ramos en calidad de Gobernador de Antioquia fungía para la época de los hechos como "jefe superior de la*

Administración", es decir como cabeza de un sector administrativo, como superior jerárquico de un ente territorial
En dicha calidad, es posible exigir responsabilidad fiscal a tales jefes superiores de la Administración, cuando el daño fiscal ha sido generado por servidores y en el ámbito de organizaciones que están bajo sujeción de tales jefes, bien por jerarquía y/o por tutela. Es decir, la posibilidad de la responsabilidad fiscal derivada del control jerárquico y del control de tutela.
La dirección de la actividad administrativa que se les otorga a los jefes superiores de la Administración Pública en todos sus niveles y órdenes, no implica una delimitación ni separación tajante con respecto al cumplimiento y concreción de resultados atribuidos a las dependencias y funcionarios encargados de ejecutar las políticas públicas y los planes adoptados y conocidos por la alta dirección.
Los jefes superiores de la Administración tienen a su cargo varios mecanismos para impulsar la creación y promoción de directrices, políticas y proyectos en garantía de su material ejecución; y si bien dicha materialización se realizan por los distintos niveles de la entidad, órgano o sector estatal, los jefes superiores tienen atribuidas mecanismos de impulsión y de control y vigilancia activos, impuestos por la Constitución y desarrollados por la Ley normalmente en los ámbitos del ejercicio de un control jerárquico y/o control de tutela sobre las gestiones que cumplen sus subalternos y/o las dependencias que gozan de autonomía administrativa, pero en cuya acción intervienen de manera directa.
Si bien es cierto que los jefes superiores de un sector administrativo no tienen a su cargo los deberes de ejecución directa de todos los proyectos y programas a cargo de las organizaciones que dirigen o tutelan, sí ostentan precisos deberes de vigilancia.
Así las cosas, si por virtud de los deberes de control de tutela, control jerárquico y de la delegación el Jefe Superior, por acción u omisión, interviene o se involucra directamente en las decisiones de las dependencias y funcionarios ejecutores que la postre puedan conducir a la generación de un daño fiscal, y existe prueba no solo de la acción u omisión de dicho Jefe Superior sino, adicional y esencialmente, prueba de que ***el mismo estuvo en capacidad de conocer*** *lo que sucedía, es posible, según la calidad de dichas pruebas verificables en cada caso concreto y la calidad de la conducta funcional, que dicho Jefe Superior pueda ser concebido causante, si es gestor fiscal según el caso; o como contribuyente al daño, siempre y cuando, claro está, su intervención por activa o pasiva tenga ocurrencia en la dinámica, real, material y concreta de las relaciones de dirección, instrucción, información, vigilancia, avocación, corrección de la actividad administrativa que le corresponde liderar conforme a la Constitución, a la Ley, decretos reglamentarios, ordenanzas y acuerdos, según el nivel al que corresponda*
En consecuencia, el gobernador es titular del control jerárquico, del ***control de tutela pues participa directamente en la acción de toda la actividad departamental.***
En este punto, cabe recordar que el Gerente del Idea sí tenía asiento en la junta directiva de Hidroituango como miembro principal, tal y como se encuentra probado en las actas de asamblea de accionistas de Hidroituango.
En este sentido, le correspondía al Gobernador de Antioquia realizar el control y seguimiento a las actuaciones del Gerente del IDEA como miembro principal

> *de la junta directiva, pues tal y como lo expresa el artículo 305 de la Constitución política, fungía como agente suyo y así mismo le correspondían enterarse de los pormenores del proyecto y dar las instrucciones a que hubiera lugar.*
> *En efecto, dentro de las funciones propias de los Gobernadores se encuentra la de Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor* ***y promotor del desarrollo integral de su territorio,*** *de conformidad con la Constitución y las leyes*
> *Adicional a todo lo dicho líneas atrás, es importante precisar que el señor Ramos suscribió en calidad de Testigo el Contrato BOOMT, lo que permite afirmar que conoció sobre las salvedades consagradas por EPM.*
> *En este contexto, resulta entonces necesario, analizar las conductas desplegadas por el Gerente del IDEA, funcionario sobre el cual el señor Ramos en su calidad de gobernador tenía la obligación de ejercer el control de tutela respecto de sus actuaciones en la Junta Directiva de Hidroituango toda vez que se trataba del proyecto más importante que tenía la gobernación de Antioquia y que como lo mencionó en su diligencia de versión libre y espontánea "fue concebida desde mi programa de proyecto cuando fui candidato a la gobernación de Antioquia".*

Mediante Radicados 2021ER0042513 y 2021ER0042617 de 12 de abril de 2021 Después de citar in extenso la imputación realizada al señor Ramos, el apoderado aduce en su defensa lo siguiente:

> *"*No sobra mencionar que a pesar de que mi poderdante es implicado en el presente proceso, la Contraloría NUNCA nos ha informado de estos pronunciamientos: Ni del escrito de recusación, ni de la respuesta al mismo por parte de las autoridades recusadas, ni de las decisiones de la Procuradora General de la Nación. En fin"

R/: Sobre este primer argumento, es necesario precisar que este Despacho siempre ha informado de las actuaciones relativas a recusaciones, así como las respuestas dadas y las decisiones de la Procuraduría. Pues cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 610 de 2000, en el evento en el cual se presenta una recusación, lo procedente es proferir un auto a través del cual se realiza la suspensión de términos, dicho auto en virtud del artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, debe ser notificado por Estado.

En el caso concreto se han presentado 2 recusaciones en contra de la suscrita Contralora Delegada, los funcionarios de la Sala Fiscal y el Contralor General. Motivo por el cual se profirieron los autos 1580 de 17 de diciembre de 2020 (folios 19206 – 19208) y 1170 de 23 de julio de 2021 (folios 27567 y 27568).

Los cuales fueron notificados en los estados No. 190 del 18 de diciembre de 2020 y No 134 del 26 de julio de 2021, respectivamente.

Adicional a lo anterior, es de anotar que el auto 1580 de 17 de diciembre de 2020, le fue comunicado a todos los apoderados y se adjuntó dicha providencia, mediante oficio con radicado No 2020EE0162989 de fecha 18 de diciembre de 2020 (folios 19369 y ss)**,**

Así mismo, respecto de los pronunciamientos de la Procuraduría, el Contralor General y la Sala Fiscal se tiene lo siguiente:

Respecto de la primera recusación:

Pronunciamiento de la procuraduría de 15 de febrero de 2021 en relación con la recusación impetrada en contra del Señor Contralor General de la República (fl. 21135 y ss)

Pronunciamiento del señor Contralor General Respecto de la recusación impetrada en contra de la Sala fiscal: ORD-80112- 00004-2021 de fecha 4 de marzo de 2021 (fl. 21127y ss)

Pronunciamiento de la Sala Fiscal, Auto ORD-801119-049-2021 de fecha 5 de marzo de 2021 (fl.21144 y ss)

Los 2 autos anteriores fueron notificados por Estado 384 de 9 de marzo de 2021
Respecto de la segunda recusación:

Pronunciamiento de la Procuraduría en relación con la recusación impetrada en contra del Señor Contralor General de la República: IUS E-2021-399680, IUC D-2021-1985055 de fecha 4 de agosto de 2021 (fl. 27575 y ss)

Pronunciamiento del señor Contralor General Respecto de la recusación impetrada en contra de la Sala fiscal: ORD-80112- 0052-2021 de fecha 10 de agosto de 2021 (fl. 27578 y ss)

Pronunciamiento de la Sala Fiscal, Auto ORD-801119-197-2021 de fecha 12 de agosto de 2021 (fl.27585 y ss)

Los dos autos anteriores, fueron notificados por Estado No 148 de 13 de agosto de 2021.

De donde resulta claro que si el apoderado no conoce estos pronunciamientos, obedece más al hecho de que no se ha informado del contenido del expediente y no a una situación que pueda atribuírsele a este Despacho.

Continúa el apoderado su defensa en los siguientes términos:

> "Uno de los elementos sustanciales que requieren ser acreditados por el Órgano de Control, para efectos de adelantar la acción fiscal en contra de un servidor público consiste en que dicho servidor, cumpla con la calidad de gestor fiscal, que es aquella persona que realiza gestión fiscal en una Entidad Estatal
> Por lo anterior, resulta más que claro que para deducir responsabilidad fiscal en un servidor público se requiere que este ostente la calidad de gestor fiscal, y que en cumplimiento de sus funciones como tal, a título de dolo o culpa, ocasione un menoscabo al patrimonio del Estado.
> Pues bien, en el caso del doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO, encontramos que en cumplimiento de sus funciones como Gobernador de

> Antioquia, éste no ejercía gestión fiscal en la Sociedad Hidroituango, pues las funciones como Gobernador nada tenían que ver con el manejo administrativo, financiero y técnico de una sociedad constituida entre una entidad descentralizada del Departamento de Antioquia, las Empresas Públicas de Medellín y otros tantos accionistas privados y públicos, que en todo caso, como accionistas, no tenían ingerencia de ninguna clase en las decisiones que correspondían, eso sí, a los verdaderos gestores fiscales.
> Así mismo, al revisar las actas, acuerdos, informes, documentos contractuales y demás, que figuran en el expediente, podemos evidenciar que en ninguno de ellos, óigase bien, en ninguno de ellos, aparece involucrada la decisión del Gobernador de Antioquia hasta el año 2010. Es decir, mi representado no tomó ninguna decisión que pudiese catalogarse, siquiera tangencialmente, como un acto de gestión fiscal, al tenor de los criterios establecidos por la jurisprudencia y la ley Colombiana.

R/: Sobre este punto, es necesario precisar que el señor Luis Alfredo Ramos le fue imputada responsabilidad por el hecho de no haber desarrollado como Gobernador de Antioquia el control de Tutela que le correspondía como jefe de la administración sobre el Gerente del IDEA, quien era su agente y respecto de la señora Ana cristina moreno como su superior jerárquico, lo anterior en atención a que a él le correspondía la dirección y coordinación de la acción administrativa del Departamento y promover el desarrollo integral del territorio, lo que, de cara a un proyecto de la importancia de Hidroituango tanto para el Departamento como para el país, resultaba esencial para que el mismo llegara a feliz término.

En este contexto, resulta necesario recordar que *"la tutela es el conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos* ***con el fin de proteger el interés general"***[707]

De igual manera tal y como se sostuvo en el auto de imputación, se citó el artículo 305 de la constitución y únicamente se resaltaron los siguientes apartes:

Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:
1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno y las ordenanzas de las Asambleas Departamentales.
2. ***Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes.***
3. Dirigir y coordinar los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República.
4. Presentar oportunamente a la asamblea departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos.
5. Nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los

[707] TAFUR GALVIS Álvaro, *"Las entidades descentralizadas".* Bogotá. Ediciones Rosaristas. 1974. pp. 61-82

representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador.
6. Fomentar de acuerdo con los planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del departamento que no correspondan a la Nación y a los municipios.
7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado.
8. Suprimir o fusionar las entidades departamentales de conformidad con las ordenanzas.
9. Objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanza, o sancionarlos y promulgarlos.
10. Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez.
11. Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias por la Nación.
12. Convocar a la asamblea departamental a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para lo cual fue convocada.
13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.
14. Ejercer las funciones administrativas que le delegue el Presidente de la República.
15. Las demás que le señale la Constitución, las leyes y las ordenanzas

> *Lo anterior, asume una relevancia especial, si se tiene en cuenta la importancia y las implicaciones ampliamente explicadas en este auto del proyecto Hidroeléctrico de Ituango, pues el desarrollo social y económico de municipios particularmente deprimidos y sometidos a una historia de conflicto así como la estabilidad energética no solo del departamento sino de todo el país pendían del éxito del proyecto.*
> *Aunado a lo anterior, Hidroituango tiene naturaleza comercial, del tipo anónima y fue constituida como **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA DEL ORDEN DEPARTAMENTAL,** en la cual, tanto la Gobernación de Antioquía como el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) tienen un porcentaje accionario.*
>
> *Es así, que dichas entidades al formar parte de la administración, donde el gobernador es el encargado de dirigir la acción administrativa del Departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes, el señor Ramos en su condición de gobernador estaba en el deber de informarse y actuar frente a las situaciones presentadas en el proyecto Hidroituango, a través del ejercicio del control de tutela, máxime cuando en ella se invirtieron recursos públicos.*
> *(…)*
> *En este sentido, el señor Luis Alfredo Ramos en calidad de Gobernador de Antioquia fungía para la época de los hechos como **"jefe superior de la Administración", es decir como cabeza de un sector administrativo, como superior jerárquico de un ente territorial***

En dicha calidad, es posible exigir responsabilidad fiscal a tales jefes superiores de la Administración, cuando el daño fiscal ha sido generado por servidores y en el ámbito de organizaciones que están bajo sujeción de tales jefes, bien por jerarquía y/o por tutela. Es decir, la posibilidad de la responsabilidad fiscal derivada del control jerárquico y del control de tutela.

La dirección de la actividad administrativa que se les otorga a los jefes superiores de la Administración Pública en todos sus niveles y órdenes, no implica una delimitación ni separación tajante con respecto al cumplimiento y concreción de resultados atribuidos a las dependencias y funcionarios encargados de ejecutar las políticas públicas y los planes adoptados y conocidos por la alta dirección.

Los jefes superiores de la Administración tienen a su cargo varios mecanismos para impulsar la creación y promoción de directrices, políticas y proyectos en garantía de su material ejecución; y si bien dicha materialización se realizan por los distintos niveles de la entidad, órgano o sector estatal, los jefes superiores tienen atribuidas mecanismos de impulsión y de control y vigilancia activos, impuestos por la Constitución y desarrollados por la Ley normalmente en los ámbitos del ejercicio de un control jerárquico y/o control de tutela sobre las gestiones que cumplen sus subalternos y/o las dependencias que gozan de autonomía administrativa, pero en cuya acción intervienen de manera directa.

Si bien es cierto que los jefes superiores de un sector administrativo no tienen a su cargo los deberes de ejecución directa de todos los proyectos y programas a cargo de las organizaciones que dirigen o tutelan, sí ostentan precisos deberes de vigilancia.

*Así las cosas, si por virtud de los deberes de control de tutela, control jerárquico y de la delegación el Jefe Superior, por acción u omisión, interviene o se involucra directamente en las decisiones de las dependencias y funcionarios ejecutores que la postre puedan conducir a la generación de un daño fiscal, y existe prueba no solo de la acción u omisión de dicho Jefe Superior sino, adicional y esencialmente, prueba de que **el mismo estuvo en capacidad de conocer** lo que sucedía, es posible, según la calidad de dichas pruebas verificables en cada caso concreto y la calidad de la conducta funcional, que dicho Jefe Superior pueda ser concebido causante, si es gestor fiscal según el caso; o como contribuyente al daño, siempre y cuando, claro está, su intervención por activa o pasiva tenga ocurrencia en la dinámica, real, material y concreta de las relaciones de dirección, instrucción, información, vigilancia, avocación, corrección de la actividad administrativa que le corresponde liderar conforme a la Constitución, a la Ley, decretos reglamentarios, ordenanzas y acuerdos, según el nivel al que corresponda.*

(…)

*Así mismo, entre otras funciones, corresponde al gobernador dirigir la acción administrativa del departamento; asegurar la prestación de los servicios a cargo del departamento; designar y remover a los funcionarios tanto de la gobernación como a los gerentes o directores de entidades descentralizadas departamentales. En consecuencia, el gobernador es titular del control jerárquico, del **control de tutela pues participa directamente en la acción de toda la actividad departamental.***

En este punto, cabe recordar que el Gerente del Idea sí tenía asiento en la junta directiva de Hidroituango como miembro principal, tal y como se encuentra probado en las actas de asamblea de accionistas de Hidroituango.

En este sentido, le correspondía al Gobernador de Antioquia realizar el control y seguimiento a las actuaciones del Gerente del IDEA como miembro principal de la junta directiva, pues tal y como lo expresa el artículo 305 de la Constitución política, fungía como agente suyo y así mismo le correspondían enterarse de los pormenores del proyecto y dar las instrucciones a que hubiera lugar.

En efecto, dentro de las funciones propias de los Gobernadores se encuentra la de Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor ***y promotor del desarrollo integral de su territorio,*** *de conformidad con la Constitución y las leyes Adicional a todo lo dicho líneas atrás, es importante precisar que el señor Ramos suscribió en calidad de Testigo el Contrato BOOMT, lo que permite afirmar que conoció sobre las salvedades consagradas por EPM.*

En este contexto, resulta entonces necesario, analizar las conductas desplegadas por el Gerente del IDEA, funcionario sobre el cual el señor Ramos en su calidad de gobernador tenía la obligación de ejercer el control de tutela respecto de sus actuaciones en la Junta Directiva de Hidroituango toda vez que se trataba del proyecto más importante que tenía la gobernación de Antioquia y que como lo mencionó en su diligencia de versión libre y espontánea "fue concebida desde mi programa de proyecto cuando fui candidato a la gobernación de Antioquia".

1. Haber permitido que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías La orden de inicio se da hasta el 15 de diciembre de 2008

2. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.

3. Como consecuencia de la falta de planeación, haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.

4. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo.

A pesar que desde el acta 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 3 meses después. Esta decisión tal y como lo refleja el acta 119 de 2010, generó mayores costos y tal y como lo refleja el acta 131 mayores tiempos que afectaron el cronograma.

> *5. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario.*
> *6. Haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales.*
> *7. A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.*
>
> *Adicionalmente se debe destacar que la señora Ana Cristina Moreno Palacios, que ejercía como Directora de Planeación Departamental, en el período que el señor Ramos ejerció como gobernador, tuvo asiento como miembro principal en la Junta Directiva de Hidroituango, así como su secretario privado como suplente de la misma; lo que le permitía, desde su deber funcional, sí así lo hubiera querido, informarse a profundidad de la ejecución del proyecto y de esta manera ejercer el control de tutela ordenado por la constitución y la Ley sobre estos funcionarios.*

Visto lo anterior, es importante precisar que el control de tutela sobre su agente (el gerente del IDEA) y sobre sus inferiores jerárquicos (secretaria de Planeación y Secretario privado), quienes ostentaban la posición de ser miembros de la junta directiva de Hidroituango y en consecuencia, gestores fiscales directos, implicaba una **obligación de dirección y control respecto de dicha gestión fiscal**, lo que aunado al hecho de que el Gobernador es el Director de la gestión administrativa de la Entidad, hace que respecto del proyecto Hidroituango, pudiera ser calificado como contribuyente, pues las instrucciones que hubiera podido dar se hubieran traducido en gestiones de administración de cara a los recursos del proyecto y sus omisiones se tradujeron en el ejercicio de gestión fiscal deficiente.

En este sentido, es necesario recordar, tal y como lo sostiene el Consejo de Estado que "*la gestión fiscal no se agota con la ejecución de unas labores o actividades específicas a su cargo, **sino en el cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado asociados a sus funciones**"*[708].

Por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Después de lo cual cita las funciones que de conformidad con el art 305 de la CP tienen los gobernadores.

Y continúa su argumentación aduciendo que**:**

[708] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-24-000-2006-00712-01

El yerro grave de la Contraloría radica en señalar que ALVARO VÁSQUEZ OSORIO y ANA CRISTINA MORENO PALACIO, eran representantes del Departamento de Antioquia en la Junta Directiva de Hidroituango, habida cuenta de que el uno era gerente del IDEA, y la otra Directora de Planeación Departamental.

Esa afirmación sólo es procedente si se ignora cómo llegaron estos funcionarios a esa junta directiva, si se obvia cómo fue el proceso de selección, y si se minimiza que la participación accionaria del Departamento de Antioquía en la sociedad no superaba el 2,1% de su composición accionaria.

Es decir: Dichos ciudadanos NO ERAN REPRESENTANTES DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, y por lo tanto, no puede atribuírsele al Gobernador de Antioquía responsabilidad por sus acciones u omisiones, como extraña e injustamente quiere hacerlo la Contraloría.

Obsérvese que el numeral 5 del artículo 305 de la carta habla de *"Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos"* que, como lo dice la norma, *"son agentes del gobernador".*

De esta afirmación, que ligeramente revisó la Contraloría en su afán de involucrar de manera atrevida a mi defendido en un asunto que no le competía, no puede deducirse la calidad de "agentes del gobernador" a los dos funcionarios citados, pues como está probado en el plenario, fueron elegidos como miembros de junta por la Asamblea de Accionistas, y no por el Departamento de Antioquia.

De verdad que resulta bastante curioso, decir que los citados funcionarios actuaron como agentes del Gobernador de Antioquia cuando eso no es cierto, y cuando evidentemente falta a la verdad la Contraloría al tratar de endilgarle a mi prohijado semejante carga, cuando nunca, nunca, efectuó esa designación como Gobernador de Antioquia.

Como se puede evidenciar, sus funciones no eran propias de un gestor fiscal, pues en palabras del mismo Consejo de Estado, "( ) *la responsabilidad fiscal debe necesariamente recaer sobre el manejo o administración de bienes y recursos o fondos públicos, y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado, sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio",* funciones que de ninguna manera ejercía el Doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO, frente a la Sociedad Hidroituagno. Motivo por el cual, al no recaer sobre el Doctor RAMOS BOTERO las funciones de gestión fiscal, resulta improcedente entonces adelantar en su contra un proceso de responsabilidad fiscal, pues la competencia de la Contraloría General de La República se encuentra circunscrita únicamente a investigar los gestores fiscales.

En consecuencia, en cabeza del Doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO no existía la calidad de gestor fiscal, pues sus funciones no involucran poder decisorio sobre bienes o recursos del Estado necesarios para ejercer gestión fiscal y en consecuencia no se podría atribuir responsabilidad fiscal en su contra, motivo por el cual el presente proceso se deberá archivar en su favor, según lo dispuesto en los artículos 169 y 4710 de la Ley 610 de 2010, en cuanto disponen que el proceso se deberá archivar y la acción fiscal deberá cesar en contra de un presunto responsable cuando se demuestre que su conducta no comportaba el ejercicio de la gestión fiscal.

> No debe olvidarse que la Ley 222 de 1995 determina en su artículo 22 que son administradores de la sociedad el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones. Y su régimen de responsabilidades está descrito en el artículo 24 de dicha norma, determinando que *"No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten."*
> Resulta entones un exabrupto, con todas las letras, intentar adosarle responsabilidad a mi defendido por hechos u omisiones de la Junta Directiva, de la que él jamás hizo parte, ni tuvo asiento en ella con sus delegados.

R/: Sobre este argumento, tal y como se explicó líneas atrás el señor Luis Alfredo Ramos desarrolló funciones que tenían una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal.

Ahora bien, en lo que se refiere al hecho de que en su opinión el Despacho leyó e interpretó de manera apresurada el contenido del Artículo 305 de la Constitución, resulta necesario precisar que esto no atiende a la realidad de los sostenido en el auto de imputación y que el apoderado tergiversa lo expresado por el Despacho.

En primer término, contrario a lo sostenido por el apoderado, el gerente del IDEA sí es un agente del gobernador, pues el IDEA es una entidad descentralizada por lo que claramente responde a lo previsto en el artículo 305 constitucional.

Ahora bien, revisada la manera como se hace la elección de los miembros de la junta directiva de Hidroituango, es importante precisar que la elección de los señores ALVARO VÁSQUEZ y ANA CRISTINA MORENO no ocurrió a título personal sino en virtud de los cargos públicos que ostentaban, tal y como puede verse en las actas 17, 19 21, 23, 25 y 26 de la Asamblea de socios de Hidroituango así:

Acta 17 de 28 de marzo de 2008

PRINCIPAL	SUPLENTE
ALVARO VASQUEZ OSORIO Gerente del IDEA	Martha Nubia Velásquez Rico Secretaria General del IDEA
JOSE FERNANDO VILLEGAS H Director ejecutivo CCI	EFRAIN OSSA GOMEZ Gerente Unión Eléctrica
LUIS CARLOS RUBIANO Subdirector Gestión Empresas Vinculadas de EEPPM	CARLOS ALBERTO OSORNO Área de Expansión y Finanzas de EEPPM
JUAN FERNANDO BERMUDEZ PICON Profesional de Negocios EPM	MAURICIO CASTAÑO VARGAS Profesional Gestión de Negocios EPM
ANA CRISTMORENO PALACIOS Directora de Planeación del Departamento	CARLOS ARTURO BETANCUR C Gerente Servicios Públicos del Departamento

Acta 19 de 6 de octubre de 2008

PRINCIPAL	SUPLENTE
Alcalde de Medellín Alonso Salazar Jaramillo	Juan Felipe Gaviria
IDEA – Gerente Álvaro Vásquez Osorio	**IDEA – Secretario General** Hugo A. Mora Tamayo
Gerente General EEPPM Federico Restrepo Posada	**Director de Energía EEPPM** Jesús Arturo Aristizabal G.
Departamento de Antioquia **Directora Planeación Departamental** Ana Cristina Moreno	**Departamento de Antioquia** **Secretario Privado** Jesús Alfonso Jaramillo
Álvaro Villegas Moreno	Sergio Betancur

Acta 21 de 25 de marzo de 2009

PRINCIPALES	SUPLENTES
Álvaro Vásquez Osorio	Hugo Alejandro Mora Tamayo
Ana Cristina Moreno Palacio	Jesús Alfonso Jaramillo
Álvaro Villegas Moreno	Sergio Betancur Palacio
Alonso Salazar Jaramillo	Juan Felipe Gaviria
Federico Restrepo Posada	Jesús Arturo Aristizabal Guevara

Acta 23 de 24 de marzo de 2010

PRINCIPAL	**SUPLENTE**
Álvaro Vásquez Osorio	Hugo Alejandro Mora Tamayo
Álvaro Villegas Moreno	Sergio Betancur Palacio
Ana Cristina Moreno	Maximiliano Valderrama Espinoza
Alcalde de Medellín	Juan Felipe Gaviria Gutiérrez
Gerente General de EPM	Director de Energía de EPM

En esta acta debaten si se pueden nombrar cargos como miembros de junta pero al final deciden mantenerlo con los nombres propios de quienes ostentaban los cargos.

Acta 25 de 18 de noviembre de 2010

PRINCIPAL	**SUPLENTE**
Gerente General del IDEA	Sub Gerente de Cooperación y Negocios Internacionales del IDEA
Alcalde de Medellín	Dr. Juan Felipe Gaviria G.
Gerente General de EPM	Director de Energía de EPM
Directora de Planeación del Departamento	Secretario de Productividad y Competitividad del Departamento
Dr. Alvaro Villegas Moreno	Dr. Sergio Betancur Palacio

En ese momento las siguientes personas ostentaban los cargos mencionados:
GERENTE DEL IDEA: ALVARO VÁSQUEZ
DIRECTORA DE PLANEACIÒN DEL DEPARTAMENTO: ANA CRISTINA MORENO

Acta 26 de 30 de marzo de 2011

PRINCIPAL	SUPLENTE
GERENTE DEL IDEA	SUBGERENTE DE COOPERACIÓN Y NEGOCIOS INTERNACIONALES DEL IDEA
ALCALDE DE MEDELLÍN	DR. JUAN FELIPE GAVIRIA
GERENTE GENERAL EPM	DIRECTOR ENERGÍA EPM
DIRECTORA DE PLANEACIÓN DEL DEPARTAMENTO	SECRETARIO DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL DEPARTAMENTO
DR. ÁLVARO VILLEGAS MORENO	DR. SERGIO BETANCUR PALACIO

En ese momento las siguientes personas ostentaban los cargos mencionados:
GERENTE DEL IDEA: ALVARO VÁSQUEZ
DIRECTORA DE PLANEACIÒN DEL DEPARTAMENTO: ANA CRISTINA MORENO

En este sentido, como puede verse de las anteriores actas, las personas que tenían asiento en la junta directiva, no lo hacían como personas naturales o de manera independiente del cargo que tenían, sino que estaban en razón de dicho cargo en la junta directiva. Por lo que el argumento del apoderado del Señor Ramos no tiene fundamento.

Ahora bien, respecto del argumento conforme al cual la Gobernación únicamente tenía el 2% de las acciones de Hidroituango, ello no era una limitante ni legal ni estatutaria para que el Departamento a través de alguno de sus secretarios pudiera tener asiento en la junta directiva. Así mismo cabe recordar que el IDEA es de propiedad del Departamento de Antioquia y tenía un altísimo porcentaje de las

acciones de Hidroituango y además, el gerente del IDEA es un agente del Gobernador en los términos del art 305 de la Constitución, cabe recordar que es nombrado, removido por este y existe un deber recíproco entre el Gerente del IDEA y el Gobernador de Antioquia en el sentido de que el primero debe reportar y el segundo debe informarse de las gestiones desplegadas por el IDEA.

Ahora bien, resulta importante precisar frente a la señora Ana Cristina Moreno, que respecto de ella, por ser la Secretaria de Planeación del Departamento, el Gobernador debía, por ser su superior jerárquico, ejercer las labores de dirección y seguimiento frente a sus actuaciones en los diferentes ámbitos en que desarrollara su cargo, incluyendo sin duda alguna el ejercicio del mismo como miembro principal de Hidroituango.

Así mismo, a través de dichas personas, el Gobernador en ejercicio de su deber funcional, tenía la oportunidad, de haberlo querido, de informarse de los pormenores del proyecto y de dar las direcciones que considerara pertinentes en pro de la sociedad Hidroituango y del proyecto de la Hidroeléctrica, acciones que no desplegó por lo que se demostró en la imputación que no ejerció en debida forma la tutela respecto de su agente y sus subalternos, lo que aunado al hecho de que, como testigo suscribió el contrato BOOMT tuvo además la oportunidad de enterarse de las salvedades que en el mismo fueron consagradas por EPM, todo lo anterior permitió al Despacho calificar su actuación a título de culpa grave, puesto que en ejercicio de sus funciones constitucionales de *"2.* ***Dirigir y departamento y actuar en su nombre como gestor promotor del desarrollo integral de su territorio de conformidad con la Constitución y las leyes.*** *5. Nombrar* ***y remover libremente a los gerentes o directores las empresas industriales o comerciales del departamento en las juntas directivas de tales de los mismos son agentes del gobernador. de los establecimientos públicos y de Departamento. Los representantes del organismo y los directores o gerentes*** *6. Fomentar* ***de acuerdo con los planes y programas generales,*** *las empresas, industrias y* ***actividades convenientes al desarrollo*** *cultural, social y* ***económico del departamento"*** no obró siquiera como lo hubiera hecho una persona negligente en el desarrollo de sus propios negocios[709], pues a pesar de tener la oportunidad de enterarse de los pormenores del proyectos y de dirigir y

[709] Art 63 CC: Código Civil. *"La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*
Culpa grave*, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en* ***no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios****. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*
Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.
Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.
El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

controlar las acciones de quienes tenían asiento en la junta directiva, para que se tomaran decisiones en pro del proyecto, no lo hizo a pesar de que se trataba del proyecto más importante de Antioquia y uno de los más importantes para el país. Por todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Continúa el apoderado alegando que:

La Contraloría Delegada ha centrado su hipótesis acusatoria en el presente asunto, al explicar profusamente que me defendido, en su condición de Gobernador de Antioquia, debería haber atendido el cumplimiento de controlar la actuación de sus agentes, bajo el entendido de que los Doctores ALVARO VÁSQUEZ OSORIO y ANA CRISTINA MORENO PALACIOS, lo eran.
De conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 610 de 2000, son elementos de la responsabilidad fiscal• 1) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; 2) un daño patrimonial al Estado; y 3) un nexo causal entre los dos elementos anteriores.
A su vez, según lo establecido en el artículo 6 ibídem, "se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías."
Sobre estos tres elementos (Conducta - Daño y Nexo Causal), se estructura la responsabilidad fiscal, tal como lo ha definido la doctrina: "Debe haber una conducta, un comportamiento, la realización de hechos o acciones u omisiones, por parte del gestor fiscal que determinen de manera inequívoca que ese comportamiento se ha realizado a título de dolo (conocimiento con voluntad proclive o perverso) o Culpa grave, de tal suerte que ella ha generado u ocasionado un daño (detrimento, menoscabo, pérdida etc.) al patrimonio del Estado, cualquiera sea su nivel (Central, descentralizado, comercial, industrial, etc), nacional, departamental, distritol o municipal; la norma dice que puede haber un daño o detrimento y una conducta, pero que si no hay ese nexo, esa articulación o relación, difícilmente se puede estructurar o precisar la responsabilidad fiscal; ( ). Ese ejercicio de articulación o construcción del nexo causal, es la parte delicada o culmen para el operador fiscal, toda vez, que deberá tener los niveles de certeza y el recaudo probatorio suficiente para la construcción de ese razonamiento.
En resumen. son tres los elementos que estructuran el fenómeno jurídico de la "responsabilidad fiscal". (...) Por lo general, esta reflexión se hace a partir de un silogismo, de una reflexión o juicio de razonamiento lógico donde a partir de un hecho cierto, real, verídico y probado, como lo es la acción u omisión y la verificación del daño, se infiere o se deduce la relación de causalidad o nexo entre estos dos extremos. El nexo es el puente que debe unir la conducta y el daño."
Ahora bien, sobre la culpabilidad entendida como un elemento de la responsabilidad fiscal, y en últimas, como la exigencia de dolo o culpa grave del investigado para la imposición de una sanción, resulta pertinente traer a colación, lo que ha expuesto al respecto la Doctrina: "(...) Debe haber una conducta, un comportamiento, la realización de hechos o acciones u omisiones, por parte del gestor fiscal que determinen de manera inequívoca que ese

comportamiento se ha realizado a título de dolo (conocimiento con voluntad proclive o perverso) o Culpa grave, de tal suerte que ella ha generado u ocasionado un daño (detrimento, menoscabo, pérdida etc.) al patrimonio del Estado, cualquiera sea su nivel (Central, descentralizado, comercial, industrial, etc), nacional, departamental, distrital o municipal; la norma dice que puede haber un daño o detrimento y una conducta, pero que si no hay ese nexo, esa articulación o relación, difícilmente se puede estructurar o precisar la responsabilidad fiscal; luego es necesario o requisito sin el cual no procede el proceso, el establecer con meridiana claridad que el comportamiento, conducta o falta del gestor, a más de causar el daño, ha sido a título de dolo o culpa.
(..) Debe haber una conducta que sólo se puede reputar es a título de dolo o culpa, es decir, a conciencia, a sabiendas y de manera libre y voluntaria, o por negligencia, descuido, impericia o imprudencia, o sea que con ese comportamiento (doloso o culposo grave), se cause un daño patrimonial al Estado, es decir, que con ese hecho o esa omisión, el patrimonio público se afecte negativamente, se sufra un detrimento, un menoscabo, una lesión o perjuicio a la Hacienda Pública y finalmente, entre la conducta y el Daño, debe haber un nexo, relación o puente que enlace los dos elementos anteriores " (Subrayas y negrillas nuestras, ajenas al texto original).
Al respecto, también la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en establecer el carácter subjetivo de la responsabilidad fiscal, (…)
Después de citar jurisprudencias sobre el particular concluye lo siguiente:

"Por lo anterior es que se ha concluido que en materia de responsabilidad fiscal se encuentra proscrita toda clase de responsabilidad objetiva, razón por la cual, a efectos de que se configure la misma, resulta indispensable que se compruebe que el gestor fiscal actuó con dolo o culpa grave.

Así las cosas, para esta clase de responsabilidad, tal y como lo ha dicho la jurisprudencia, la imputación debe hacerse únicamente a título de dolo o de culpa grave —no a título de otra clase de culpa-. Estos conceptos, han sido definidos por la jurisprudencia y la doctrina, como el incumplimiento grave que un agente Estatal comete de las funciones que estaban a su cargo, pero para predicar la existencia de dolo, se deberá analizar si dicho incumplimiento fue debido a un actuar consciente y voluntario del funcionario, es decir, con el conocimiento y la intención de causar daño; o para imputar a título de culpa grave, se deberá analizar la previsibilidad que tenía el agente de la producción del daño que podría haber causado con su conducta
(…)

Como conclusión de este acápite, resulta entonces diáfano que en el caso objeto de análisis, para atribuir responsabilidad fiscal a mi representado no basta simplemente con la acreditación del daño patrimonial al Estado, sino que, además, es necesaria la prueba de que ese daño se cometió con dolo o culpa grave.

Sobre este punto, se resalta que, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha reconocido categóricamente que, para determinar la responsabilidad de un agente, debe tenerse en cuenta precisamente que existe un margen de error admisible, teniendo en cuenta que al no ser infalible el hombre, es apenas lógico que exista la posibilidad de yerro en sus actuaciones, por lo cual, para determinar un dolo o culpa grave en su conducta —como elemento propio de la responsabilidad fiscal-, se debe estar en presencia un error inexcusable, vía de hecho, arbitrariedad, capricho o subjetividad.

En este sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 27 de noviembre de 2006 (C.P. Ramiro Saavedra Becerra)", determinó que contra una persona que había proferido un acto administrativo que fue anulado por la jurisdicción contenciosa, no era procedente la acción de repetición instaurado en su contra, en tanto, no había obrado de manera dolosa o gravemente culposa —*que se resalta son los mismos parámetros de culpa que se exigen para una condena en un proceso de responsabilidad fiscal-,* precisamente porque existe un margen de error admisible, teniendo en cuenta que al no ser infalible el hombre, es apenas lógico que exista la posibilidad de yerro en sus actuaciones
(…)
No sobra mencionar que la imputación tal y como la formula la Contraloría a mi defendido, entraña un sentido bastante subjetivo, pues no existe un solo hecho, óigase bien, ni uno solo, que comprometa la actuación del Dr. RAMOS BOTERO, bien sea directa o indirectamente, y tan sólo se le imputa bajo la acusación de que dos miembros de junta eran agentes suyos, lo que, valga decirlo, también es falso.

A manera de colofón, reiteremos que el Gobernador LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO no utilizó la figura de la delegación, como increíblemente lo señala la Contraloría, y tampoco designó agentes suyos en la junta, como fácilmente puede probarse constatando los actos de designación de los Doctores VÁSQUEZ y MORENO, en la Junta Directiva de la sociedad Hidroituango.
(…)
Si bien hemos querido dejar claridad sobre la ausencia de responsabilidad como gestor fiscal de mi defendido, y de que los miembros de junta VÁSQUEZ y MORENO no eran agentes suyos, no sobra mencionar que la Contraloría ha hecho un intrincado ejercicio dialéctico, sin éxito alguno, intentando hacer ver que los supuestos retrasos en actividades de diseño y de procesos constructivos de obras aledañas al proyecto, fueron la causa raíz de los desafortunados hechos que ocasionaron la crisis del año 2018, en el proyecto Hidroituango.

R/: Sobre las afirmaciones realizadas por el apoderado, en este punto es necesario precisar que al dar respuesta a los argumentos anteriores se explicó por qué sí existía un control de tutela por parte del entonces Gobernador de Antioquia respecto del Gerente del IDEA y la Secretaria de Planeación del Departamento, ahora bien de cara al concepto de culpa grave, este Despacho no desconoce que pueda existir un margen de error admisible que permita que en algunos eventos no se configure una responsabilidad fiscal.

Sin embargo, en el caso concreto ello no ocurre. En efecto, como se dijo líneas atrás a través de dichas personas, el Gobernador en ejercicio de su deber funcional, tenía la oportunidad, de haberlo querido, de informarse de los pormenores del proyecto y de dar las direcciones que considerara pertinentes en pro de la sociedad Hidroituango y del proyecto de la Hidroeléctrica, acciones que no desplegó por lo que se demostró en la imputación que no ejerció en debida forma la tutela respecto de su agente y sus subalternos, lo que aunado al hecho de que, como testigo suscribió el contrato BOOMT tuvo además la oportunidad de enterarse de las salvedades que en el mismo fueron consagradas por EPM, todo lo anterior permitió al Despacho calificar su actuación a título de culpa grave, puesto que en ejercicio de sus funciones constitucionales de *"2.* ***Dirigir y departamento y actuar en su nombre como gestor promotor del desarrollo integral de su territorio de conformidad***

con la Constitución y las leyes. *5. Nombrar* ***y remover libremente a los gerentes o directores las empresas industriales o comerciales del departamento en las juntas directivas de tales de los mismos son agentes del gobernador. de los establecimientos públicos y de Departamento. Los representantes del organismo y los directores o gerentes*** *6. Fomentar* ***de acuerdo con los planes y programas generales,*** *las empresas, industrias y* ***actividades convenientes al desarrollo*** *cultural, social y* ***económico del departamento"*** no obró siquiera como lo hubiera hecho una persona negligente en el desarrollo de sus propios negocios[710], pues a pesar de tener la oportunidad de enterarse de los pormenores del proyectos y de dirigir y controlar las acciones de quienes tenían asiento en la junta directiva, para que se tomaran decisiones en pro del proyecto, no lo hizo a pesar de que se trataba del proyecto más importante de Antioquia y uno de los más importantes para el país.

Ahora bien, es importante recordar que en el periodo en que el señor RAMOS ejerció como Gobernador se dieron los siguientes hechos generadores del daño objeto de la presente causa fiscal:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

   2. INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE

---

[710] Art 63 CC: Código Civil. *"La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*
Culpa grave*, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en* ***no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios****. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*
Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.
Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.
El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO

Así mismo, durante el periodo en que el señor Álvaro Vásquez en calidad de Gerente del IDEA desarrolló sus funciones como miembro principal de la junta directiva de Hidroituango desarrolló las siguientes conductas que, como se demostró desde la imputación, fueron determinantes para que se produjera el daño al patrimonio del Estado:

1.Haber permitido que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías La orden de inicio se da hasta el 15 de diciembre de 2008.
2. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.
3. Como consecuencia de la falta de planeación, haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.
4. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el acta 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 3 meses después. Esta decisión tal y como lo refleja el acta 119 de 2010, generó mayores costos y tal y como lo refleja el acta 131 mayores tiempos que afectaron el cronograma.
5. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario.
6. Haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales.
7. A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

Así mismo, durante el tiempo en que la señora ANA CRISTINA MORENO, como secretaria de planeación del Departamento se desempeñó como miembro principal de la junta directiva de Hidroituango desarrolló las siguientes conductas que, como

se demostró desde la imputación, fueron determinantes para que se produjera el daño al patrimonio del Estado:

1. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías.
2. Como consecuencia de la falta de planeación, haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto.
3. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el acta 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 3 meses después. Esta decisión tal y como lo refleja el acta 119 de 2010, generó mayores costos y tal y como lo refleja el acta 131 mayores tiempos que afectaron el cronograma.
4. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario.
5. Haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales.
6. A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

En este sentido, resulta claro que contrario a lo afirmado por la defensa del imputado, lo cierto es que la falta del control de tutela que debió desarrollar el señor Ramos respecto del señor Vásquez y la señora Moreno, resultaron determinantes para que éstos desarrollaran acciones que terminaron perjudicando el proyecto y que conllevaron, como se explicará más adelante, a que se destruyera el valor presente neto del proyecto, como consecuencia de las mayores inversiones no justificadas.

Ahora bien, resalta el Despacho el hecho de que el apoderado utilice en este contexto la expresión *"causa raíz",* pues el análisis de causa raíz propiamente dicho es un método para la resolución de problemas que intenta evitar la recurrencia de

un problema o defecto a través de identificar sus causas[711]. En el preciso contexto de Hidroituango hace referencia específicamente al proceso constructivo de una parte específica de un proyecto, es decir, dirigido a identificar las causas desde lo constructivo y lo técnico del colapso de la GAD. Pero ello no puede confundirse como lo hace más adelante el apoderado con el nexo de causalidad, como elemento de la responsabilidad fiscal. Este asunto se retomará más adelante al dar respuesta sobre este punto específico.

Continúa el apoderado alegando lo siguiente:

> "La verdad es bastante injusta esa apreciación, si no es que se entienda que la Contraloría insistirá hasta el final con su teoría del hecho generador para evitar la declaratoria de caducidad, y poder así sancionar, como parece quererlo, no solo a mi defendido sino a los servidores para quienes ya ha caducado la acción fiscal.
> Esta tesis ha sido quizás de las más polémicas *y en* cierto modo arbitrarias, como lo reconoce la propia entidad, derivadas de Ia apreciación y valoración subjetiva de los funcionarios encargados de investigar y sancionar, cuando señala:
> *"Para efectos de la valoración de los mismos, el Despacho se ha servido de la ayuda del funcionario de apoyo técnico designado para tal fin y, del análisis de los mismos, bajo la sana crítica y la persuasión racional se encuentra que ellos conllevan a atribuir la causa de la contingencia de abril de 2018 a diferentes factores, la firma Skava78 indica que la causa física probable que inició el colapso sería la erosión progresiva de una zona de cizalla a nivel del piso de la GAD, causada por el flujo de agua en el túnel, sin embargo menciona otras causas probables contribuyentes, ya que ninguna de ellas por sí sola, puede explicar el colapso y taponamiento de la GAD pero la simultaneidad y combinación de estos factores sí explican lo ocurrido.*
> *Por su parte, los expertos contratados por el Consorcio Generación ltuango Integral) y Lombardi S.A llegan a conclusiones que cuestionan la metodología y fundamentos con los que Skava soporta su informe, inclinándose por causas relacionadas con el proceso constructivo y concluyendo que la contingencia se debió a causas imprevisibles desde la ingeniería.*
> *En este punto el Despacho encontró que tales informes deben ser valorados junto al Informe Causa Raíz elaborado en el proceso de ajuste y contratado por los reaseguradores del proyecto, cuya incorporación en este proceso de responsabilidad fiscal fue decretada como medio de prueba mediante el Auto 933 del 08 de septiembre de 2020 Este informe fue elaborado por los expertos Dr. Christopher Snee, Prof. Luiz Guilherme de Mello, Mr Bernard Murphy y Dr Rafael Prieto (..)" (Subrayas y negrillas nuestras, ajenas al texto origina)*
> Decíamos que el tercer elemento integrante de la responsabilidad fiscal es la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta y el daño, el cual implica una relación determinante

[711] Duke Okes (2009). Root Cause Analysis; The Core of Problem Solving and Corrective Action. American Society for Quality, Quality Press, Milwaukee

> y condicionante de causa-efecto, de manera que el daño sea el resultado de una conducta activa u omisiva.
> Teniendo en cuenta que la razón jurídica de la responsabilidad fiscal es la protección del patrimonio del Estado, su finalidad es entonces eminentemente reparatoria o resarcitoria, y está determinada por un criterio normativo que se estructura con base en el dolo y la culpa grave, partiendo del daño antijurídico sufrido por el Estado y del nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente, porque quienes cumplen gestión fiscal y quienes actúan con ocasión de ésta manejan directamente o indirectamente recursos estatales, y por ello les asiste el deber de orientar esos recursos a la realización de finalidades que le incumben al Estado.
> *Para efectos del proceso de responsabilidad fiscal se requiere que el gestor fiscal, sea servidor público o el particular con funciones públicas, que produzca daño fiscal con dolo c*ulpa grave, lo haga sobre bienes, rentas o recursos que se hallen bajo su esfera de acción en virtud del respectivo título habilitante. También puede ser quien en un marco de deberes u obligaciones que se cumplen con ocasión de la gestión fiscal, generen o contribuyan a generar el daño fiscal, como ocurre con los contratistas, interventores, entre otros que actúan con ocasión de la gestión fiscal de los contratos estatales.
> Es claro que no existe ese nexo causal, y la Contraloría no lo ha encontrado, entre los hechos del año 2018 y las actuaciones en la Junta Directiva de los Dres. VÁSQUEZ y MORENO, que supuestamente le han generado responsabilidad, por vía de control de tutela, a mi defendido.

R/: En este punto, el apoderado parte de su percepción subjetiva al considerar que no existe nexo de causalidad entre los hechos del año 2018 y las actuaciones de la junta directiva entre los años 2008 y 2011, así mismo considera que el Despacho ha querido sostener la teoría del hecho generador para no reconocer la caducidad que considera ha ocurrido en favor de su defendido y de otros imputados en el proceso.

Para llegar a la conclusión anterior, el apoderado se refiere al aparte en el cual el Despacho con el apoyo técnico designado, procede a analizar los informes de causa raíz del colapso de la GAD. Es importante precisar que dicho análisis lo realizó el Despacho en el análisis de los hechos de la causa fiscal, no del daño y se realizó toda vez que resulta relevante de cara a las razones técnicas y constructivas por las cuales la GAD colapsó, pero no resultan pertinentes para explicar la destrucción del valor presente neto del proyecto.

En este sentido, el apoderado pareciera confundir las causas físicas de un determinado fenómeno con la imputabilidad jurídica de un daño.

Sobre este punto, resulta necesario recordar que Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

> *"En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser"*[712].

En efecto como se explicó líneas atrás, el análisis causa raíz es un método para la resolución de problemas que intenta evitar la recurrencia de un problema o defecto a través de identificar sus causas. En el preciso contexto de Hidroituango hace referencia específicamente al proceso constructivo de una parte específica de un proyecto, es decir, dirigido a identificar las causas desde lo constructivo y lo técnico del colapso de la GAD.

De donde no podrían inferirse como mal lo pretende el apoderado que un estudio causa raíz realizado para determinar las causas que desde la ingeniería dan lugar al colapso de una estructura, puedan reemplazar al operador fiscal en la determinación del nexo de causalidad entre una determinada conducta y el daño.

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo que incidió de manera determinante en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

---

[712] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01048-01(29337)

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> "L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"[713].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> "Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que **no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción**. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[714].
>
> Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que **los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo**

[713] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[714] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo[715]:

"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.

"(…).

*"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*

Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[716]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de*

[715] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.
[716] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[717] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[718], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año

[717] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[718] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

En este contexto se reitera la conclusión conforme a la cual se trata de hechos concatenados y de tracto sucesivo, por lo que no es cierto como mal lo pretende sugerir el apoderado, que en el caso concreto se haya dado el fenómeno de la caducidad.

Por lo anterior, los argumentos esgrimidos por el apoderado no están llamados a prosperar.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, por lo que en la parte resolutiva de este Auto se fallará con Responsabilidad Fiscal en contra del señor LUIS ALFREDO RAMOS como contribuyente con ocasión de la gestión fiscal, a título de culpa grave y de manera solidaria en cuantía indexada de ($4.330.831.615.227,34) M/Cte.

Diseñadores y asesores en la etapa constructiva, miembros del Consorcio Generación Ituango.

1. INTEGRAL S.A.

NIT 890.903.055-1

2. INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S. NIT 811.043.176-4 QUE ABSORVIÓ A SOLINGRAL S.A.

NIT 890.938.628-0

Mediante el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a INTEGRAL S.A. e INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S. (en adelante INTEGRAL o las imputadas) en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) m/cte, a título de culpa grave y por contribución con ocasión de la gestión fiscal, considerando que:

"(…) **se reprocha fiscalmente a INTEGRAL S.A. e INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S., en su calidad de miembros del Consorcio Generación Ituango por las siguientes acciones y omisiones con ocasión de la gestión fiscal antieconómica, ineficiente, inoportuna en el proyecto hidroeléctrico Ituango:**

1. Haber asesorado a la junta directiva de Hidroituango de manera contradictoria en relación con la conveniencia del aumento de la altura de la presa en la sesión No. 100 del 29 de julio de 2009 con respecto a los conceptos otorgados entre 1999 y 2007, sin fundamentar el cambio de criterio en el estado del arte de la ingeniería vigente para ese momento, bajo la conciencia de las implicaciones que en el cumplimiento del cronograma generaría dicha decisión y con el conocimiento de las dificultades que representaba la obra a nivel geológico, derivado de los múltiples estudios que había realizado.

2. Haber realizado una precaria modificación a los diseños del proyecto, en su rol de diseñador, sin contar con la evidencia y fundamentación necesarias para la incorporación de la Galería Auxiliar de Desviación, pese a las advertencias y salvedades expuestas por el BOARD de expertos que asesoraba el proyecto.

3. Omitir sin justificación las advertencias formuladas por el BOARD de expertos, sobre la inconveniencia de la modificación de los diseños para la incorporación del Sistema Auxiliar de Desviación, en la asesoría durante la etapa constructiva, sin hacer ninguna salvedad a las solicitudes de modificaciones que EPM le encargaba.

4. No haber realizado un riguroso seguimiento metodológico de observación a la implementación de los diseños de la galería auxiliar de desviación (GAD) que hace parte del sistema auxiliar de desviación (SAD), que condujo a omitir la incorporación de los soportes necesarios para este túnel, en el que se presentó la contingencia de abril de 2018, elemento determinante que contribuyó a la causación del daño.

Así bien, de conformidad con las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de control fiscal, debido a que la responsabilidad fiscal es individual y subjetiva *«…porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa»*, como lo advierte la sentencia C-619 de 2002[719] citando el precedente establecido en la

[719] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, sentencia C-619/02, agosto 8 de 2002, expediente D-3873, M.P. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

> sentencia C-046/94, se pasará a establecer el título de imputación en este caso en concreto.
>
> Entonces, de la revisión de ambas situaciones expuestas bajo el contexto realizado en este acápite concluye el Despacho que las mismas acciones y omisiones identificadas fueron realizadas a título de culpa grave, de conformidad con el artículo 63 del Código Civil, en la medida que la conducta de los miembros del Consorcio Generación Ituango sesgó las prácticas normales de la ingeniería que constituían el estándar de trabajo exigido, so pretexto de la necesidad de cumplimiento del cronograma, sacrificando los procedimientos y metodologías utilizados en la elaboración y verificación de los diseños de la galería auxiliar de desviación y el ejercicio de la asesoría en etapa constructiva, dados los constantes atrasos que llevaron a la implementación de planes de aceleración para que se recuperaran tiempos, lo cual no se dio con la consecuente destrucción del valor presente neto de la inversión, ampliamente demostrada y probada en el capítulo del daño de este proveído.
>
> Todo lo anterior fue determinante para que se configurara un nexo de causalidad para que se adoptaran decisiones que introdujeron modificaciones sustanciales al proyecto, adelantando un precario seguimiento que demuestra una negligencia en su actuar, que devino en mayores inversiones injustificadas, que a su vez derivaron en la destrucción del valor presente neto del proyecto y retrasos que impidieron la entrada en operación en la fecha programada, lo que ocasionó el lucro cesante probado en este proceso de responsabilidad fiscal".

A continuación se analizarán los argumentos de defensa presentados por INTEGRAL[720], así como su consecuente valoración probatoria. Cabe precisar que en el mismo contexto serán estudiados los argumentos de defensa presentados en la solicitud de nulidad con radicado No. 2020ER0136513 del 14 de diciembre de 2020[721] que fue decidida en el Auto 474 del 24 de marzo de 2021, en la ampliación de versión libre del 14 de abril de 2021[722] y en la solicitud de archivo No. 2021ER0069437 del 01 de junio de 2021[723].

ARGUMENTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN A LA CONDUCTA DE INTEGRAL S.A. E INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S. Y VALORACIÓN PROBATORIA:

1. Configuración de la caducidad

[720] Las imputadas presentaron escritos de descargos mediante los radicados 2020ER0139867 (fl. 15167 y ss) y 2021ER0040116 (fl. 22208 y ss)

[721] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 84/ 15_20201214_ER0136513_Solicitud de Nulidad_Carolina Deik_FL_17670-17703.PDF

[722] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 117/ 7_20210414_Acta de Version Libre Integral_FL_24336-24349.PDF

[723] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 122/ 7_20210601_ER0069437_Solicitud de Archivo y pruebas_Carolina Deik_FL_25331-25350.PDF

Teniendo en cuenta que los argumentos que a juicio de las imputadas fundamentan que ha operado la caducidad de los hechos bajo estudio fueron estudiados y contestados en el Auto 474 del 24 de marzo de 2021[724] al decidir una solicitud de nulidad formulada por INTEGRAL, pero que dichas vinculadas trajeron a colación en líneas generales que tal fenómeno había operado en el contexto de la solicitud de archivo presentada en junio de los corrientes, aun cuando ya se había notificado tal providencia, este Despacho se remite a lo considerado en el Auto 474 del 2021, sin perjuicio de lo cual se indicará igualmente en términos generales por qué la caducidad no ha operado en relación a los hechos que dieron lugar a esta causa fiscal.

El artículo 9º de la Ley 610 del 2000, en su redacción original, aplicable a la fecha de apertura de este proceso de responsabilidad fiscal, prevé que:

> "La acción fiscal **caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal**. Este término **empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto**.
>
> La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.
>
> El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública*".* (Negrilla no es original del texto)

De la norma precitada se observa con claridad que (i) la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal esta relacionada al hecho generador del daño al patrimonio público y no al momento en el que el presunto responsable haya realizado la conducta que se reprocha para acreditar su culpa grave, (ii) el término de caducidad aplicable es de cinco (5) años y (iii) el computo de dicho término depende de la naturaleza del hecho, pues si es de ejecución instantánea contará desde su realización, pero si es de ejecución sucesiva o continuada, se contará desde el último hecho o acto.

En tales términos, conviene recordar lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015, reiterada por el Consejo de Estado:

> "…esta Corporación se pronunció **sobre el alcance del carácter posterior del control fiscal en relación con los contratos estatales**, al declarar exequible un aparte del artículo 65 de la Ley 80 de 1993 en el que se establece que la vigilancia fiscal se efectuará "una vez liquidados o terminados los contratos". La

[724] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 104/ 22_20210324_AUTO 474_Por el cual se deciden una solciitudes de Nulidad_FL_21705-21757.PDF

> Corte consideró que el contenido normativo demandado no se oponía a la Constitución, por cuanto: (i) el control sobre los contratos estatales liquidados o terminados no es el único momento en que se lleva a cabo el control fiscal, dado que este puede efectuarse a partir de su legalización y durante su ejecución; (ii) **el control posterior no es en sí mismo inoportuno, pues este debe iniciarse una vez ejecutadas las operaciones o procesos objeto de control y antes de que prescriban las acciones correspondientes**.
>
> La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales "se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, **y después de su liquidación o terminación**". Dentro del mismo, cabe distinguir dos momentos: "1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, **se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato**, y 2. **una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero**, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales"[725].

Con ocasión de ello, el Consejo de Estado ha indicado que incluso cuando se desconozcan las fechas de terminación, liquidación o entrega resulta *"innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas"*[726].

Con base en lo anterior, este Despacho mediante el Auto 946 del 09 de septiembre de 2020, al decidir una solicitud de cesación de la acción fiscal, indicó que como los hechos referidos en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 se prolongaron en el tiempo y hasta el 2018 seguían presentándose, es evidente que se trata de hechos de ejecución continuada y en consecuencia su cómputo deberá realizarse desde el último hecho o acto.

2. Aplicación del principio de igualdad

En este punto es necesario destacar que el principio de igualdad ha sido ampliamente estudiado por la Corte Constitucional, quien desde su temprana jurisprudencia ha indicado que:

> "El punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual "hay que tratar igual a lo igual y

[725] Corte Constitucional. Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa reiterada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

[726] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia con radicado número 25000-23-24-000-2012-00195-01 del 09 de agosto de 2018 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

> desigual a lo desigual"[727]. Aunque en este mandato se pueden distinguir con claridad dos partes, diferenciadas por los conceptos de igualdad y desigualdad, su sola enunciación carece de utilidad para discusiones o decisiones acerca de los tratos desiguales tolerables o intolerables. En efecto, la fórmula requiere un desarrollo posterior que permita aclarar sus términos. Esto se debe a que, como lo ha afirmado Bobbio[728], el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en tres aspectos:
>
> a. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes;
> b. Los bienes o gravámenes a repartir;
> c. El criterio para repartirlos.
>
> En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?. Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc."[729].

Con base en tal contexto pasarán a analizarse los argumentos que reclaman un trato discriminatorio en perjuicio de INTEGRAL, para demostrar que estas imputadas no se encontraban en las mismas condiciones de tiempo, modo y lugar que permitan tener como punto de partida que el análisis de su responsabilidad fiscal debiera realizarse en el mismo sentido de los casos que fueron invocados por su defensa, lo cual permitirá concluir que el trato que se les dio a las investigadas era el que correspondía teniendo en cuenta las diferentes personas vinculadas a este trámite, por lo que este Despacho no ha incurrido en ningún trato discriminatorio, esto es, no se ha incurrido en ninguna violación del principio de igualdad.

2.1. Necesaria igualdad de trato frente a Gestión y Auditoría Especializada S.A.S.

Manifiesta el escrito de descargos presentado por las vinculadas que con el fin de garantizar el principio de igualdad, las mismas consideraciones tenidas en cuenta para ordenar el archivo y consecuente desvinculación de Gestión y Auditoría Especializada S.A.S en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2021 "son predicables, *mutatis mutandis*, al caso de INTEGRAL, quien tampoco tenía la dirección y control del contrato de construcción; que participó en el contexto del Comité de Diseño y mediante la asesoría durante la construcción y que, en tal calidad y en ejercicio de los instrumentos otorgados en la relación contractual, INTEGRAL constituyó oportunamente las glosas pertinentes y necesarias,

[727] Aristóteles, Política III 9 (1280a): "Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales."
[728] Norberto Bobbio. Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política. Editorial Taurus. Madrid. 1995. p. 136 y ss.
[729] Corte Constitucional. Sentencia C-022 del 23 de enero de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

prendiendo las alarmas y solicitando la intervención constante de EPM y la Interventoría ante los comprobados y documentados incumplimientos de los contratistas CTIFS y CCCI".

Así las cosas, el punto de partida en el análisis del caso en concreto es que la simple comparación de decisiones adoptadas en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, que evidencia un trato desigual para INTEGRAL respecto de Gestión y Auditoría Especializada S.A.S., no constituye por sí misma un trato discriminatorio o no tolerable, y solo en el evento que se demuestre tal trato discriminatorio se configuraría una situación irregular, susceptible de reproche constitucional y legal por afectación a la garantía fundamental de igualdad y los supuestos de tal evento no se encuentran acreditados, por lo que el argumento bajo análisis no está llamado a prosperar.

En efecto, al analizar los sujetos entre los cuales se presenta el trato desigual, se observa que la sociedad Gestión y Auditoría Especializada S.A.S. no se encontraba vinculada al proyecto Hidroituango en la misma relación que INTEGRAL, pues aquella se desempeñó como auditora de costos mientras esta como firma diseñadora y asesora, lo cual implican diferentes perspectivas para el análisis de la responsabilidad fiscal que pueda derivarse de sus acciones u omisiones.

Por otro lado, en cuanto a los bienes o gravámenes respecto de los que se presenta el trato desigual, que se traduce en el interrogante ¿igualdad en qué?, se destaca que la responsabilidad fiscal es de orden individual, por lo que la orden de archivo en favor de un presunto responsable no implica por sí misma que exista un trato discriminatorio entre los vinculados al mismo trámite, en el que al no existir un litisconsorcio necesario, no es predicable una decisión definitiva en el mismo sentido para todos los sujetos procesales.

Finalmente, respecto del criterio para establecer la constitucionalidad y legalidad del trato desigual se encuentra que si bien este escenario no es uno de responsabilidad contractual, lo cierto es que las funciones y obligaciones derivadas de los negocios que vincularon a los presuntos responsables con el proyecto Hidroituango establecen elementos relevantes del marco para analizar su conducta como aspecto estructural de la responsabilidad fiscal, por tanto, no son suficientes las coincidencias circunstanciales que fundamentan la unidad del trámite, para suponer que la garantía del principio de igualdad implica una valoración probatoria idéntica que concluya en el mismo sentido para más de un presunto responsable.

En conclusión, como para los efectos de la responsabilidad fiscal se encuentran acreditados los elementos que la configuran respecto de INTEGRAL, no se observa violación alguna al derecho a la igualdad de esta en comparación con la sociedad Gestión y Auditoría Especializada S.A.S., respecto de quien en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 no se encontraron configurados dichos elementos y por tanto, las alegaciones relacionadas con el control del contrato de construcción no constituyen el fundamento de la imputación de INTEGRAL, lo que se suma a demostrar que no se trata de sujetos comparables por el simple hecho de haber sido vinculados a esta causa fiscal.

2.2. Necesaria igualdad de trato frente a Federico Gutiérrez

La solicitud de archivo formulada por INTEGRAL indica que:

> "si el daño investigado en el proceso PRF-014-2019 es (según la CGR) uno solo, y si él se produjo (según la CGR) por supuestas decisiones tomadas entre 2008 y 2015, sin que las decisiones de 2016 en adelante tengan ninguna relevancia desde el punto de vista fiscal, entonces se solicita a la CGR desvincular de esta causa a INTEGRAL, a quien se le han formulado reproches frente a sus funciones en 1999 y 2007, por un lado, así como sus funciones de asesoría durante la construcción supuestamente ejecutadas después de 2015. Lo anterior resulta imperativo en la medida en que, según lo indicó la propia CGR, "no encuentra algún tipo de relación [entre la gestión del doctor Gutiérrez y] con las decisiones que ocasionaron el daño patrimonial", reconociendo así que las labores de Asesoría durante la Construcción desplegadas una vez finalizada la vigencia fiscal 2015 fueron correctas o, cuando menos, no incidieron en absoluto en la producción del daño que se investiga en este proceso".

Al respecto, es necesario destacar que el ex alcalde Federico Gutiérrez no ha sido vinculado a esta causa fiscal, por lo que desde el primer momento es claro que no es un sujeto comparable a INTEGRAL respecto de las decisiones adoptadas en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020. Ahora bien, el contexto en que este organismo de control fiscal ha afirmado que las decisiones estratégicas adoptadas con posterioridad a 2016 se vieron determinadas por las anteriores y que por tal motivo no fueron vinculadas algunas personas que tuvieron relación con las decisiones administrativas del proyecto desde esa fecha, no es aplicable a INTEGRAL, quien ha hecho parte del proyecto Hidroituango desde sus inicios y cuya responsabilidad fiscal ha sido estudiada con fundamento en su rol técnico de diseñador y asesor en etapa constructiva, lo cual difiere sustancialmente de la interpretación transcrita.

Así las cosas, tampoco se ha acreditado un trato discriminatorio para INTEGRAL respecto de las personas que no fueron vinculadas a este proceso por haber entrado al proyecto Hidroituango a partir del 2016, cuya explicación se ha detallado al hacer relación a este punto en el estudio de los argumentos de los ex gobernadores y ex alcaldes que sí fueron vinculados a esta actuación.

a) SOBRE LA PRIMERA CONDUCTA REPROCHADA:

> ***"****Haber asesorado a la junta directiva de Hidroituango de manera contradictoria en relación con la conveniencia del aumento de la altura de la presa en la sesión No. 100 del 29 de julio de 2009 con respecto a los conceptos otorgados entre 1999 y 2007, sin fundamentar el cambio de criterio en el estado del arte de la ingeniería vigente para ese momento, bajo la conciencia de las implicaciones que en el cumplimiento del cronograma generaría dicha decisión y con el conocimiento de las dificultades que representaba la obra a nivel geológico, derivado de los múltiples estudios que había realizado".*

1. **Lo aprobado NO FUE una modificación en el nivel del embalse, sino un realce en el borde libre de la presa – el hecho no ocurrió**

Al respecto, el escrito de descargos de INTEGRAL indica que:

> "De los tres puntos anotados en el acta de la sesión No. 100 de la Junta Directiva, el único que tiene relación con la altura de la presa es el segundo, esto es, el atinente al realce del borde libre de la presa en 5 metros (pasando de 10 a 15 metros libres). En cambio, cuando el auto resalta en negrillas que el doctor Ceballos "recomienda en su informe que se acoja ese más cinco, pero siempre teniendo en cuenta la importancia de los requerimientos de la modificación de la licencia ambiental", es un extracto del acta referido a la tercera recomendación, a saber, la consistente en aumentar en 5 metros más el nivel del embalse, que es la que aumentaría la superficie del espejo de agua y la cola del embalse mencionada en la p. 30 del auto de imputación. Sin embargo, esto último finalmente no se materializó, por lo cual no hubo nunca tal aumento de la superficie del espejo de agua y cola del embalse.
>
> (…)
>
> Así pues, cuando el acta transcrita se refiere a "ese más cinco" (Acta No. 100 de la Junta Directiva de Hidroituango) se refiere al tercer punto (aumentar en 5 metros más el nivel del embalse). En cambio, el punto 2 (borde libre de la presa) no es un asunto que aparezca mencionado en la licencia ambiental, y la decisión de la Junta Directiva de HI de acoger la segunda propuesta de INTEGRAL no tuvo ninguna incidencia en las demoras que han llamado la atención del ente de control fiscal, sino que, como explicaré adelante, aumentó la seguridad del proyecto y evitó sobrecostos en el mismo".

De lo anterior, se destaca que en el Acta No. 100 de Junta Directiva de Hidroituango[730], correspondiente a la sesión del 29 de julio de 2009, se documentaron los tres elementos que fundamentaron la propuesta de INTEGRAL para incrementar la altura de la presa y que fueron traídos a colación por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020:

1. Ampliación del ancho de la corona de la presa que actualmente está prevista en 12 metros para pasarla a 14 metros. Recordemos que por allí pasará la carretera sustituta a Ituango. Este ensanchamiento genera una mayor estabilidad en la presa y permite que el flujo vehicular, caballar y peatonal sea más seguro.
2. Realce del borde libre de la presa sobre la cuota máxima del embalse en 5 metros más, para quedar en 10 metros, lo cual otorgará una mayor protección contra eventuales crecientes que pueda poner en riesgo la estabilidad de la presa.
3. Aumentar en 5 metros más el nivel del embalse, lo cual nos aumenta la superficie del espejo de agua y la cola del embalse se subirá aproximadamente 2 kilómetros aguas arriba de cómo se tiene nivelada. Este incremento en la altura nos permitirá una generación de energia adicional de un 4% aproximadamente a un costo marginal muy bajo.

Frente a ello, el asesor de INTEGRAL manifestó que:

[730] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 75/REFERENCIA CRUZADA ER0110943 FOLIO 15973/ANEXOS ACTAS JUNTA DIRECTIVA

> Los dos primeros aspectos considerados no presentan una mayor incidencia desde el punto de vista técnico, ambiental y económico, dando una ventaja en el sentido de que el material de excavación sobrante se podría depositar en la presa, con costo más bajo que en las áreas de depósito cada vez más lejanas. El problema previsto es para el tercer punto para el cual se requiere una modificación de la licencia ambiental que nos llevará a perder el control del tiempo en el proceso de tramitación de dicha modificación ante las autoridades ambientales que generaria una incertidumbre muy grande en el cronograma de construcción de por sí ya muy apretado

De tal pronunciamiento se observa que la propuesta de INTEGRAL estaba conformada por tres elementos, que si bien pudieron haberse materializado total o parcialmente, los tres son comprendidos por el reproche realizado por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, pues todos ellos se refieren al aumento de la altura de la presa; así, el primer aspecto a destacar es que en el escrito de descargos allegado por las imputadas se presentan los tres elementos de la propuesta necesariamente como alternativos y no como complementarios de un mismo tema: la altura de la presa, como sí fueron expuestos a la junta directiva de Hidroituango en julio de 2009, cuerpo colegiado que aprobó tal propuesta en su integridad sin salvedades y solo exponiendo preocupaciones sobre uno de los puntos, en los siguientes términos:

> Después de un debate sobre las implicaciones de la propuesta del realce de la presa y el riesgo del trámite de la licencia se considera que los beneficios que se podrían obtener son de tal magnitud que la Junta Directiva autoriza que se afronte esta posibilidad y se le dé el trámite que requiere ante las autoridades ambientales para obtener la modificación a la Licencia y ante el Ministerio de Minas para realizar el ajuste que corresponde a la declaratoria de utilidad pública por los predios que se deben incorporar por el aumento de la cola del embalse. Todo lo anterior con una estrategia de apoyo político que incluya una solicitud a la Presidencia de la República, cumpliendo así el cronograma propuesto hasta este momento. Si después de realizar todos los esfuerzos para lograrlo, y en el evento en que en el desarrollo del trámite se aprecie que no se puede cumplir, la Administración lo informará a la Junta Directiva.

Así las cosas, de la asesoría brindada por INTEGRAL, la Junta Directiva de Hidroituango decidió aprobar la propuesta de incremento de la altura de la presa, tal como fue presentada por los diseñadores. Ahora bien, al analizar la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009[731], que fundamenta el punto de las preocupaciones que entonces se expusieron en la Junta Directiva de Hidroituango, se observa que la misma fue otorgada acogiendo el Concepto Técnico 56 del 28 de enero de 2009, pues sus consideraciones exponen:

> "(…) El concepto Técnico 56 de enero 28 de 2009 que por este acto administrativo se acoge, concluyó que la información presentada por la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P.,

[731] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_3/Ambiental y social/15-CT-2019-000004/Precontractual/Especificaciones Tecnicas/ Anexo 3. Licencia ambiental, modificaciones y resoluciones asociadas.zip

> para la solicitud de licencia ambiental es suficiente y en consecuencia se considera viable su otorgamiento, de conformidad con las condiciones que se establecerán en la parte resolutiva de la presente resolución. (…)".

De la revisión de tal concepto, igualmente citado en la Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009, se encuentra que las condiciones de altura de la presa originales hacen parte de sus fundamentos, pues al describir el proyecto se indican las siguientes características:

> "*"La presa del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), tiene una altura de 220m, con corona de 12 m de ancho y de 500 m de longitud, a la cota 430. La impermeabilidad del lleno de roca, se logra mediante un núcleo de tierra con taludes 0,4H:1V en el lado de aguas abajo y 0,08H:1V en el lado de aguas arriba. Entre el núcleo de tierra y el lleno de roca, se ha dispuesto, en la cara de aguas arriba, una zona de transición de 10 m de espesor, conformada por material con un tamaño máximo de 0,20 m y, en la cara de aguas abajo, una transición compuesta por dos filtros de 4 m de espesor, uno de arena y otro de cascajo.*
> *"El talud de aguas abajo de la presa, tendrá una inclinación promedia del orden de 1,75H:1V; sobre este, se construirá una vía, cuyos objetivos fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y a la descarga intermedia. Dicha vía, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa, es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas.*
> *"La fundación del núcleo y de los materiales de filtro y transición, se hará sobre material de roca tipo IIB, por lo cual será necesario excavar hasta encontrar esta calidad de roca en la fundación; los espaldones de roca serán fundados, principalmente, sobre roca tipo IIA".*

En tal medida, como la decisión de la Junta Directiva de Hidroituango no se limitó a acoger el segundo elemento de la propuesta de INTEGRAL, sino que por el contrario, la aprobación realizada **SÍ FUE** respecto de una modificación a diferentes componentes de la altura de la presa, y como la altura de la presa es un factor tenido en cuenta por la licencia ambiental, no es cierto que "el punto 2 (borde libre de la presa) no es un asunto que aparezca mencionado en la licencia ambiental, y tal decisión de la Junta Directiva de HI de acoger la segunda propuesta de INTEGRAL no tuvo ninguna incidencia en las demoras que han llamado la atención del ente de control fiscal", pues si los estudios tenidos en cuenta para su otorgamiento consideraron una presa de 220 metros de alto con límite en la cota 430, el incremento de tal altura, independientemente si se trata del aumento del nivel del embalse o del borde libre de la presa implica sobrepasar dicha cota, y por tanto no se encuentra contemplado en lo que se aprobó mediante la Resolución No. 0155 del 30 de enero de 2009, que en su artículo decimo noveno indica:.

> **"ARTÍCULO DÉCIMO NOVENO.-** La licencia ambiental que se otorga mediante esta resolución no ampara ningún tipo de obra o actividad diferente a las

descritas en el Estudio de Impacto Ambiental, el Plan de Manejo Ambiental y en la presente resolución.
(…)"

Cabe destacar que en todo caso, aun cuando se tratara solo de un incremento de 5 metros del borde libre de la presa, el Estudio de Impacto Ambiental[732] igualmente contempla una descripción del proyecto como la transcrita del Concepto Técnico No. 56 acogido por la licencia ambiental y por tanto, no se trató de un asunto ajeno a los estudios desarrollados por INTEGRAL, sino que como se señaló en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, la propuesta de INTEGRAL estudiada en la Junta Directiva No. 100 de Hidroituango fue una respuesta improvisada y contradictoria con los conceptos emitidos hasta entonces y con su conocimiento del proyecto.

Respecto de las demoras en la ejecución del proyecto hidroeléctrico es necesario precisar que como la propuesta de INTEGRAL fue presentada en julio de 2009 (en el contexto de la Junta Directiva No. 100), un comportamiento mínimamente prudente de su parte haría necesario tener en cuenta que el proyecto ya presentaba retrasos que impactaban el cumplimiento de los plazos inicialmente previstos. En efecto, de la revisión de los antecedentes contenidos en la misma licencia ambiental se encuentra:

"Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3110-1-21381 de **29 de diciembre de 1999**, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., solicitó Licencia Ambiental para el proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango.
Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3111-1-2153 de 11 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto enunciado.
Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 3111-1-2896 de 22 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO – ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto.
(…)
Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-127638 de **3 de diciembre de 2007**, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto citado y anexó copia de la certificación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en donde consta que en el área de influencia del proyecto no existen comunidades ni parcialidades indígenas; copia de la certificación de la Gerencia de Negritudes del departamento de Antioquia en la que consta que en el área del proyecto no existen organizaciones de base o consejos comunitarios; certificación de la Dirección General para comunidades negras minorías étnicas y culturales del Ministerio del Interior en la que consta que si existen comunidades negras en el área del proyecto; y certificación del Instituto Colombiano de Desarrollo

[732] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_3/Ambiental y social/15-CT-2019-000004/Precontractual/Especificaciones Tecnicas/ Anexo 2. Plan de Manejo ambiental.zip

> Rural – INCODER en la que se establece que en los municipios de Buriticá, Peque, Ituango, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Valdivia no se ha detectado la presencia de comunidades afro descendientes.
> Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-15485 de 14 de febrero de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia del pago realizado por concepto del servicio de evaluación del proyecto.
> (…)
> Que mediante Auto 1917 de **16 de junio de 2008**, este Ministerio solicitó a la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P. información adicional, y suspendió el trámite del proceso de licenciamiento tratado.
> Que mediante escrito radicado en este Ministerio con el número 4120-E1-92192 de **15 de agosto de 2008**, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió la información complementaria al Estudio de Impacto Ambiental solicitada en el Auto 1917 de 2008.
> (…)" (Negrilla fuera de texto)

En tales términos, para un proyecto concebido desde 1962, del que se presentó la solicitud de licencia ambiental en 1999, que en adelante fue varias veces adicionada, para cuya decisión solo se presentó el Estudio de Impacto Ambiental elaborado por INTEGRAL en 2007 y respecto del cual en 2008 fue necesario solicitar información complementaria -situación que ocasionó la suspensión de la actuación administrativa a cargo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial por cerca de dos meses-, la licencia ambiental solo fue expedida en enero 2009, siendo considerablemente extenso el tiempo que tal trámite tomó, lo cual da lugar a que si tan solo seis meses después de haber logrado obtener la licencia ambiental se planteaba en la Junta Directiva de Hidroituango una propuesta que implicaba su modificación o la alteración de los presupuestos que sirvieron de fundamento para su expedición, los beneficios reportados al adoptar esa propuesta deberían ser indiscutiblemente muy superiores a los obtenidos al continuar en las condiciones previstas hasta entonces.

Sin embargo y aún cuando no se encuentra demostrado, si la hipótesis del reporte indiscutible de beneficios superiores al introducir total o parcialmente la propuesta resultara cierta, llama la atención que las modificaciones bajo estudio solo se plantearan en julio de 2009, teniendo en cuenta que la planeación del proyecto tomó varias décadas y que de ella conoció y participó activamente INTEGRAL, destacando que en 2007 realizó los estudios de complementación a la factibilidad. En tal medida, pasará a analizarse el argumento según el cual "no es cierto que el realce del borde libre de la presa constituya una contradicción frente a conceptos previos de INTEGRAL", el cual fundamenta en que:

> "se pasó de una altura de 185 m a una de 220 m, **considerando que los socios de HI en 2007 tenían una finalidad distinta a la expresada cuando se hicieron los estudios más antiguos (factibilidad): no ya el afán de rentabilidad con la menor inversión, y menor tiempo de construcción, que eran los criterios que, con el ambiental, condujeron a definir una altura de la presa de 185 m en 1999; sino ahora una necesidad de maximizar el sitio por los altos beneficios económicos, lo cual condujo**

> **a adoptar una altura de 220 m**, la presa más alta, aun cuando representara la necesidad de mayor inversión".

Frente a este punto, resulta clara la diferencia de posturas e intereses que llevaron a la Junta Directiva de Hidroituango a cambiar la postura expresada en 1999 y adoptar las variaciones aprobadas en 2007 que se tradujeron en la licencia ambiental obtenida en enero de 2009, sin embargo, lo que llama la atención a este proceso de responsabilidad fiscal es la diferencia en la postura de INTEGRAL entre 2007 y 2009 con posterioridad a la expedición de la licencia ambiental.

Ahora bien, es importante destacar que en el Acta 103 de la Junta Directiva de Hidroituango[733] se mencionó en el informe emitido por la gerencia de tal sociedad el punto de la elevación del nivel del embalse de la central, así:

> c. Elevación del nivel del embalse de la Central. Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que en consideración a los requerimientos del cronograma de la subasta y las dificultades para que el Ministerio del Ambiente realice las modificaciones a la Licencia Ambiental, se han dado instrucciones al Consorcio Generación Ituango para que continúe con el concepto original, porque de lo contrario no se podría asegurar la información que requiere el proceso de subasta para diciembre. El ganador de la subasta podrá hacer el trámite de solicitud para ampliar el realce de la presa.
>
> (…)

Entonces, de acuerdo con lo expresado en tal sesión de la Junta Directiva de Hidroituango, la decisión adoptada en julio de 2009 sí tendría implicaciones directas respecto de la licencia ambiental y el cronograma de la subasta y en atención a ellas se dieron indicaciones a INTEGRAL para que continuara con el concepto original a fin de asegurar la información requerida para la subasta que en tal momento se tenía prevista.

Por otro lado, si bien en la sesión No. 71 del 31 de agosto de 2007[734] la Junta Directiva de Hidroituango acogió el criterio de "la mayor altura posible", como se destacó en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, allí también se indicó que:

> "La presa podría levantarse más pero no conviene ambientalmente dados los impactos para una zona grande de Santa Fe de Antioquia porque la cola del embalse depositaría allí sedimentos, basuras y lodos que serían muy feos y perjudiciales para la zona que es una de las de mayor vocación turística del departamento.
> Para esta altura [220 metros] una mayor capacidad instalada no genera beneficios económicos adicionales, el análisis marginal de capacidad instalada implica que los KW-hora adicionales que se logren instalando un KW más por encima de los 2400 MW, tendría un costo superior a la tarifa usada como referencia"

---

[733] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P53, 56 y 57_HI/Actas de Junta Directiva/Acta no. 103 -30-09-2009.tif

[734] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P53, 56 y 57_HI/Actas de Junta Directiva/AJ_71.pdf

No obstante, en julio de 2009 INTEGRAL presentó la propuesta de modificación a la altura de la presa que se viene analizando, que según lo planteado en los escritos de descargos, corresponde a un cambio de intereses de los socios del proyecto, aun cuando dos años antes se expuso que "una mayor capacidad instalada no genera beneficios económicos adicionales", lo que nuevamente acredita el actuar negligente de INTEGRAL que pese a adoptar una conclusión semejante en 2007, en 2009 modificó su propuesta argumentando un cambio de intereses que no sobrevino al concepto de 2007 sino que es anterior a el.

Ahora bien, las imputadas indican que el cambio en la altura de la presa se fundamentó también en la obligación de INTEGRAL de optimizar los estudios de factibilidad y los diseños conceptuales en la etapa de diseños detallados, siendo posible incorporar variaciones según lo indica el apartado 4.1.6 del pliego de condiciones del proceso de contratación 003 de 2008, haciendo referencia a las modificaciones aprobadas en 2007, momento en el que no se había entregado aun el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) al Ministerio de Medio Ambiente y para el cual se detallaron "los criterios de decisión, los limitantes en materia de información disponible y los condicionamientos tenidos en cuenta para el estudio de las alternativas de altura de la presa" en el informe F-PHI-HYS-ESS-C0020 del 18 de mayo de 2006[735], que expone:

> "El presente documento técnico tiene como objetivo definir las alturas máxima y mínima de los tipos de presa que deben ser analizados en el desarrollo de los estudios de factibilidad del proyecto hidroeléctrico de Ituango, considerando los efectos de la depositación de sedimentos en el embalse. Para esto se contó con la información disponible de los estudios anteriores, tal como se previó en el alcance de la propuesta presentada. Dicha información está relacionada especialmente en los estudios de factibilidad y de actualización de la factibilidad desarrollados en los años 1982 y 1999 (Referencias 1 y 2).
>
> Con relación al nivel máximo del embalse o altura máxima de la presa, la condición definida en los Términos de Referencia es la de no afectar la zona de Paso Real, con el delta de sedimentos que se formará en la cola del embalse. Y con respecto al nivel mínimo, el condicionante es evitar que durante la vida útil del proyecto, los sedimentos interfieran, por colmatación del embalse, con las obras de captación afectando los equipos de la central".

Dado lo anterior, respecto de la altura máxima de la presa tal documento de 2006 consideró:

> **"3.1 Altura máxima de la presa**
>
> Debe advertirse en primer lugar que la altura máxima de la presa del proyecto hidroeléctrico Ituango, no está limitada por las condiciones topográficas del sitio, que admitirán una presa de mucha mayor altura que la admisible, de acuerdo con la restricción que se establece a continuación.

[735] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 96/FOLIO 20231 ER0139867

Tal como se dijo en principio, para definir la altura máxima de la presa, en los Términos de Referencia se establece la condición de no afectar con impactos ambientales negativos, la zona de Paso Real. En consecuencia, para definir este parámetro se partió de un análisis de esta zona, cuya cartografía se presenta en la Figura 3.1 resaltando la ubicación del Puente de Occidente, considerado monumento nacional, y el puente de Paso Real, que hace parte de la vía que comunica a Medellín con el municipio de Santa Fé de Antioquia, y que corresponde a la vía al Mar, que llega al Urabá Antioqueño.

Con el fin de tener una seguridad razonable de que el criterio anterior se cumpla durante toda la vida útil del proyecto, **se consideró prudente** definir la altura máxima de la presa, partiendo del hecho de que el remanso del embalse, afectado por la cuña de sedimentos, no debe comprometer el Puente de Occidente, durante la ocurrencia de una creciente de hasta 100 años de período de retorno, que corresponde al nivel de seguridad definido por el INVIAS para este tipo de estructuras viales.

Para analizar la afectación en el Puente de Occidente, se analizó la sección tomada durante el desarrollo de los estudios de la década de los 80` (Figura 3.2), que muestra cómo el gálibo del puente con respecto al nivel medio del río es de unos 15 m, el cual puede reducirse sin comprometer la seguridad el puente. Para estimar esta reducción se hizo una evaluación hidráulica que permitió estimar la cota hasta donde podría subir el fondo del lecho (por efecto de la depositación de sedimentos en el embalse), considerando los siguientes aspectos:

- El borde libre entre el límite inferior de la estructura y el nivel máximo del agua alcanzado durante la creciente de 100 años debe ser de 1,0 m.

- La pendiente hidráulica que tendrá el río en el sitio del puente será de 0,06% que corresponde a la pendiente de equilibrio del delta de sedimentos que se formará en la cola del embalse y con la cual se estima una profundidad normal del flujo, que sumada al borde libre, daría el gálibo mínimo entre el puente y el fondo del cauce sedimentado.

En consecuencia se definió que el delta de sedimentos en la zona de Paso Real, más precisamente en el Puente de Occidente, podría alcanzar la cota 440 msnm, aproximadamente. Con este nivel, además de garantizar la estabilidad del Puente de Occidente, no se generaría ningún impacto negativo en los terrenos aledaños al Río Cauca en el sector de Paso Real.

Partiendo de los 440 msnm como nivel máximo admisible para la cuña de sedimentos en la cola del embalse y retomando la conclusión del análisis del delta de sedimentos para diferentes alturas de presa, presentado en el capítulo anterior, en donde se definió que entre el nivel del punto final de la cuña de sedimentos y el nivel de mayor permanencia del embalse, debe haber una diferencia altimétrica de unos 25 m; se concluye que el nivel de

mayor permanencia máximo admisible en el embalse, corresponderá a la cota 415 msnsm.

Con base en el máximo nivel de mayor permanencia seleccionado se estableció la altura máxima de las presas de roca y concreto para cada uno de los dos ejes que, de acuerdo con los Términos de Referencia, deben ser considerados en el estudio de alternativas (Ver Figura 3.3). Dichas alturas se relacionan en la Tabla 3.1, cuyos parámetros están esquematizados en la Figura 3.4, para lo cual se consideró que:

- El nivel de mayor permanencia corresponderá a una cota intermedia entre el nivel máximo normal y mínimo normal, el cual corresponde a 5 m por debajo del nivel máximo normal.

- El borde libre entre el nivel máximo normal y la cresta de la presa será de 10 m para el caso de presa de roca y de 6 m para el caso de presa de concreto, según datos tomados de los diseños de los estudios anteriores, que se consideran válidos para este propósito.

- De acuerdo con la Figura 3.3, el nivel de fundación en el eje 1, o sea el ubicado aguas abajo, corresponde a 210 msnm y en el eje dos esta cota se asume que estará unos 3 m más alta debido a la pendiente del río. El nivel de fundación es aproximado y puede depender del tipo de presa; en principio y para efectos de este análisis, la cota de fundación se está asumiendo con base en lo planteado en el estudio del año 1999, donde se consideraba una limpieza de 5 metros por debajo del lecho.

En conclusión la altura de presa máxima estará entre 213 y 220 m dependiendo del eje y del tipo de presa. En el caso de la variación del eje, este influye en unos 3 m y el tipo de presa -considerando igual nivel de fundación- influye en unos 4 m.

Tabla 3.1 Altura máxima aproximada de las presas

Eje	Altura en metros, según el tipo de presas	
	Presa de roca	Presa de Concreto
Eje 1 (Aguas abajo)	220	216
Eje 2 (Aguas arriba)	217	213

(…)"

En tal sentido, en agosto de 2007 los estudios de complementación a la factibilidad[736] adoptaron la altura máxima de 220 metros, de acuerdo con lo expuesto en el informe precitado y en la descripción de la presa en el esquema de desarrollo del proyecto seleccionado indicó:

[736] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 74/DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI/Nueva carpeta/AL-/Entes de Control/46. Documentación enviada RCA-RFI. Preguntas de 16 páginas. 36 Gb. 08-05-2019/Integral/Anexo7.5/01_Informe_Factibilidad/01_InformeFactibilidad

> "La presa, del tipo de enrocado con núcleo de tierra (ECRD), está localizada en el sitio del eje de aguas abajo (Eje 1), el mismo adoptado en los estudios de factibilidad de los años 1982 y 1999, y cuyas ventajas respecto al de aguas arriba fueron confirmadas en los presentes estudios. Su altura es de 220 m medidos a partir del lecho del río (cota 210), con corona de 12 m de ancho y de unos 480 m de longitud, a la cota 430. El talud de aguas abajo de la presa tiene una inclinación promedia del orden de 1,75H:1V, resultante de un talud básico 1,4H:1V, suavizado con la construcción de una vía de acceso a través del talud. Esta vía sobre el talud, cuyos objetivos fundamentales son facilitar la colocación de roca durante construcción y, posteriormente, permitir el mantenimiento y acceso a galerías de drenajes y a la descarga intermedia, se proyectó con un ancho de 10 m y una pendiente longitudinal del 15%, aproximadamente. El talud de aguas arriba de la presa es de 1,8H:1V, dispuesto en forma continua, esto es sin bermas (…)"

Así mismo, ese criterio fue aprobado por la Junta Directiva de Hidroituango en sesión No. 71 del 31 de agosto de 2007[737] y por tanto, sirvió como fundamento para el Estudio de Impacto Ambiental y demás documentación necesaria para el trámite de la licencia ambiental, radicada en diciembre de 2007 en el Ministerio de Medio Ambiente. No obstante, la discusión sobre este punto se retomó en el Acta No. 89 de la Junta Directiva de Hidroituango del 12 de noviembre de 2008[738], a raíz del planteamiento del modelo de negocio que socializaba el IDEA en los siguientes términos:

> "(…)
> El docto Álvaro Vásquez ratifica el saludo presentado por el señor Gerente, y apoya su intervención sobre la búsqueda de esquemas audaces de financiación del proyecto.
>
> Por esta razón, y teniendo en cuenta la bondad del proyecto, han venido trabajando sobre un modelo de negocio que quiere presentar a los demás miembros de la Junta y a la Administración de la Sociedad, no para someterlo a su aprobación, sino para que sea socializado y considerado.
>
> Esta es una metodologia de negocio que permitiría que la financiación no sea asumida directamente por la Sociedad, ni tampoco por los accionistas, descargando esa responsabilidad sobre un tercero que quiera beneficiarse durante un periodo determinado de la energía firme del proyecto, sin ceder la propiedad del mismo
>
> Invita al ingeniero Carlos Uribe quien por invitación del IDEA realizará la propuesta.
> (…)"

Entonces, como el contexto y objeto de la reunión se encontraba definido por el planteamiento del modelo de negocio, cuya elaboración se estaba socializando y no aprobando, sumado a que en tal reunión no se discutía directamente una propuesta de INTEGRAL, los apartes traídos a colación en el escrito de descargos para acreditar que

[737] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P53, 56 y 57_HI/Actas de Junta Directiva/AJ_71.pdf
[738] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P53, 56 y 57_HI/Actas de Junta Directiva/AJ_89-noviembre-12-2008.PDF

"INTEGRAL advirtió que la altura sugerida era una consecuencia de los criterios que se priorizaran", solo es tenida en cuenta en el sentido que hasta tal momento los criterios que permitían la adopción de decisiones sobre el particular dependía de los criterios adoptados en los documentos precitados y aprobados por la Junta Directiva de Hidroituango, que constituyeron la documentación necesaria para adoptar una decisión sobre el particular en 2007, realizar los trámites de la licencia ambiental y estimar la propuesta de un modelo de negocio, situaciones que permiten concluir que se trata de estudios con un alto grado de solidez para avanzar en el proyecto.

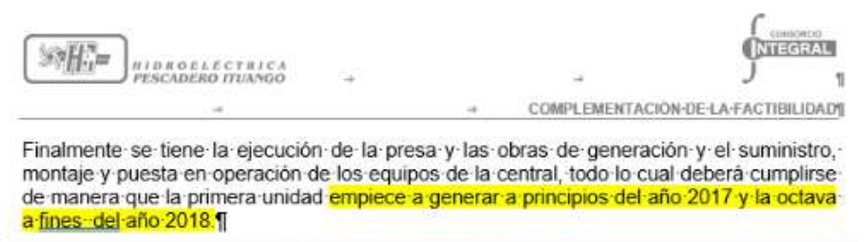
Hasta este punto -2007-, es claro cuáles fueron los criterios desarrollados por INTEGRAL y aprobados por Hidroituango para determinar la altura de la presa, sin embargo, el escrito de descargos plantea que las modificaciones aprobadas con posterioridad a 2007 ocurrieron con ocasión a "la obtención de mejor información y la ocurrencia de ciertos eventos en el proyecto, que condujeron a HI a solicitar que INTEGRAL analizara alternativas para su modificación y para optimizar los diseños conceptuales)". Pasarán a ser analizadas tales circunstancias:

(i) Se modificó el Programa Director original, que contemplaba la entrada en operación de la primera unidad de generación a finales de 2017 (Cronograma inicial, **Anexo 8**), quedando como nueva fecha de inicio de operación finales de 2018, según consta en el Acta No. 89 del 12 de noviembre de 2008 de la Junta de HI (**Anexo 7**). La fecha original de entrada en operación de la primera unidad consta en el Estudio de Complementación de la Factibilidad presentado por INTEGRAL en 2007 (**Anexo 6**):

En·la·primera·fase·de·las·obras·principales·se·construirán·en·un·período·de·dos·años·las·obras·para·la·desviación·del·río.¶

Ituango\Informe·de·Factibilidad → → 31/08/2007¶

9.1¶



Finalmente·se·tiene·la·ejecución·de·la·presa·y·las·obras·de·generación·y·el·suministro,·montaje·y·puesta·en·operación·de·los·equipos·de·la·central,·todo·lo·cual·deberá·cumplirse·de·manera·que·la·primera·unidad empiece·a·generar·a·principios·del·año·2017·y·la·octava·a·fines··del·año·2018.¶

Al aplazarse la entrada en operación, HI había decidido contar con un mayor tiempo de construcción, haciendo posible construir una presa más alta, teniendo en cuenta que desde 2007 se había hecho evidente el interés de los socios en *"maximizar el sitio por los altos beneficios económicos la presa sería la más alta, lo que representaría la necesidad de mayor inversión"* (p. 374 del auto de imputación).

Sobre este punto es necesario destacar que siempre ha sido claro que el cronograma inicial[739] del proyecto, en lo previsto con el estudio de complementación de la factibilidad de 2007, preveía la entrada en operación de las cuatro primeras unidades para final de 2017 y la de las últimas cuatro unidades para final de 2018. Sin embargo, no es de recibo que se argumente que en 2008 -y concretamente a través del acta de junta directiva No. 89-, se haya aprobado una modificación de tales fechas, pues tal como se citó anteriormente las discusiones respecto del alcance de tal sesión no fue el de aprobar modificaciones, así lo reafirman los comentarios allí documentados, por ejemplo:

"(…)

Propone el doctor Álvaro Vásquez que mientras se avanza en este tema se invite al doctor Carlos Uribe para las dos próximas reuniones de la Junta Directiva. Se aprueba.

Propone, igualmente, que la Gerencia de la Sociedad teniendo en cuenta como avanza el tema, considere la posibilidad de invitar a los técnicos de Integral para que presenten su visión al respecto.

(…)"

Adicionalmente, las modificaciones que pudieran surgir de tales fechas, a las que hace referencia el escrito de descargos, se refieren a un asunto propio del proceso de negociación de energía en firme adelantado con la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) que no se encuentra relacionado con la contribución reprochada a INTEGRAL en esta actuación.

Finalmente respecto de este punto se reitera que según el mismo documento técnico elaborado por INTEGRAL (F-PHI-HYS-ESS-C0020 del 18 de mayo de 2006), el argumento según el cual al contar con un mayor tiempo de construcción se podría construir una presa más alta carece de fundamento, pues allí se expuso claramente que el limitante en la altura máxima de la presa estaba dado por la afectación al Puente de Occidente y no por un límite temporal, y que bajo tales condiciones la altura máxima admisible sería de 220 metros con límite en la cota 430, pues ello sería el desarrollo del criterio de prudencia que tales estudios concluyeron, el cual con la modificación realizada fue ignorado.

Continúa el escrito de descargos exponiendo:

[739] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_1/P38/Informe Presa/Anexo 1_Est_Prev/Inf_Fact_082017/01_Informe_Factibilidad/02_Cronogramas_Fig_9.1-9.2/Figura_9.1

(ii) Falta de capacidad de almacenamiento del Depósito Cuní: Cuando INTEGRAL realizó la complementación a la factibilidad en 2007, se basó en una cartografía a escala de 1:25000, pues al tratarse de una factibilidad, se trabajó con el nivel de precisión que permite la información disponible. Sin embargo, a medida que INTEGRAL obtuvo más información, en 2009 en el marco de la elaboración de los diseños detallados de las obras principales, con cartografía detallada, tuvo que descartar el Depósito Cuní en el Río San Andrés, que era uno de los botaderos que se habían previsto como disponibles para la disposición de materiales sobrantes. Ello condujo a un desbalance entre los volúmenes de excavación y de llenos (según se previó desde los pliegos del contrato de diseño, **Anexo 4**), haciendo necesario buscar zonas adicionales y de mayor capacidad para disponer de materiales sobrantes. A esto también contribuyó una tercera situación, a saber…

(iii) Una vez se avanzó en *"los diseños de las principales obras civiles, con la topografía levantada en campo"* también redundó en un *"significativo desbalance entre los volúmenes de excavaciones y de llenos, dando lugar a que sea necesario buscar y disponer de zonas adicionales y de mayor capacidad para la disposición de materiales sobrantes"*. (**Anexo 5**)

(iv) Se mapearon antiguos megadeslizamientos, algunos de los cuales fueron generados presumiblemente por sismos, que motivaron una serie de estudios y análisis realizados por INTEGRAL para HI en abril de 2009 en relación con las olas que pudieran formarse durante el nivel máximo normal de operación, las posibles olas debidas a eventuales megadeslizamientos generados por sismos, los asentamientos en presas debido a sismos en otras partes del mundo, entre otros factores que hacían en ese momento recomendable la elevación del borde libre de la presa (**Anexo 5**).

(v) A diferencia de lo realizado (con métodos semiempíricos) en 1999 para estimar el delta de sedimentos, en 2009 se realizó un análisis de la variación de la cota de sedimentos y de nivel de agua para el paso de la creciente de 100 años de período de retorno en la sección del Puente de Occidente, considerando las alternativas relativas al nivel máximo de operación para bajar la cuña de sedimentos, y aprovechar los grandes caudales para arrastre y mejor acomodación de la cuña de sedimentos, INTEGRAL pudo recomendar sumir 5m el borde libre. (**Anexo 5**)

Al respecto, es necesario destacar que el informe F-PHI-HYS-ESS-C0020 (al que la cita mencionada hace referencia como anexo 5), no tiene la vocación probatoria para demostrar los hechos que las imputadas alegan como sobrevinientes en el año 2009, pues data del 18 de mayo de 2006 y con fundamento en él se adoptaron las decisiones técnicas originales de altura de la presa de 2007.

Así mismo, si bien tal documento tomó en cuenta en la metodología utilizada el transporte de sedimentos y en general realizó diferentes análisis para establecer las diferentes posibilidades de altura de la presa con base en el delta de sedimentos, allí no se estableció indicación alguna con respecto a la capacidad del Depósito Cuní ni la eventualidad de modificaciones al criterio que allí se sugería por

megadeslizamientos. Al exponer el "delta de sedimentos para diferentes alturas de presa" tal informe de 2006 solo indicó:

> "(…) el delta de sedimentos sobresale por encima del nivel de mayor permanencia del embalse; esta sobreelevación está directamente relacionada con la pendiente de equilibrio de la cuña de sedimentos y con la longitud en que se desarrolla la misma, a partir del "punto pivote", el cual ha sido estimado de tal manera que el volumen de la cuña de sedimentos fuese igual al volumen de material grueso transportado por el río en el período de tiempo considerado. Este resultado tendrá que ser verificado con un modelo matemático de transporte de sedimentos en una etapa posterior de los estudios".

No obstante tal advertencia, acogió como conclusión:

> "De este análisis se puede concluir como, para el caso de presas altas, condicionadas por las afectaciones en el sector de Paso Real, los efectos de la cuña de sedimentos esperada al cabo de 50 años, implican que el nivel de mayor permanencia del embalse debe estar unos 25 m por debajo de la cota donde remataría la cuña de sedimentos (<<H1>>), lo que a su vez significa que la longitud de la pendiente de equilibrio (<<L1>>) es de unos de 42 km y que la distancia horizontal entre el punto original de la cola del embalse para el nivel de mayor permanencia y el punto final de la cuña de sedimentos (<<D1>>) será de unos 17 km. Los datos anteriores se obtienen con base en el esquema mostrado en la Figura 2.2, para el delta que define la máxima altura de la presa y cuya explicación se presenta posteriormente".

Así, llama la atención que si las condiciones para determinar la altura de la presa fueron detalladamente estudiadas en 2006 para adoptar la complementación de la factibilidad en 2007, solo en 2009, en razón de una solicitud de Hidroituango, se determinaron las condiciones reales que debieron incluirse en tal estudio, de manera que de no haberse realizado tal solicitud, entonces necesariamente los estudios realizados por INTEGRAL en 2006, que fundamentaron la complementación de la factibilidad, no habrían cumplido su cometido, que fue determinar la altura que tendría la presa y no elaborar todo un estudio para establecerlo en una etapa posterior, situación que difiere de las modificaciones de optimización de diseños que estaba permitido proponer, las cuales, como es lógico deben guardar una relación de racionalidad y proporcionalidad con el momento de avance del proyecto globalmente considerado.

Así mismo es necesario recordar que como se indicó anteriormente, ya desde la licencia ambiental se habían considerado las diferentes características del proyecto en cuanto a la altura de la presa y no solamente sobre el nivel del embalse, lo cual ha sido ignorado por INTEGRAL en la presentación de sus descargos, aun cuando fueron tales imputadas quienes desarrollaron los estudios para definir la altura que debería tener la presa según los criterios que le eran entregados, de manera que contrario a lo manifestado por el testigo Gabriel Jaime Lacouture en declaración del

14 de julio de 2021[740], las implicaciones que tendría adoptar acciones para incrementar el alto de la presa (en cualquiera de los puntos aprobados por Hidroituango en julio de 2009) sí debían ser consideradas a fondo por INTEGRAL.

Sin embargo, la consideración de las implicaciones del aumento de la altura solo se hizo parcialmente con el objetivo de lograr una solución a la falta de capacidad de almacenamiento del depósito Cuní que no fue evaluada en sus consecuencias desde el primer momento al determinar la altura de la presa para la documentación que debía entregarse al Ministerio de Ambiente para tramitar la licencia ambiental, en efecto, en tal primer momento habían sido objeto de estudio por INTEGRAL aspectos que permitían establecer los límites máximo y mínimo de la altura de la presa, que fueron repentinamente modificados, pues el medio de prueba invocado por INTEGRAL no es idóneo para demostrar información sobreviniente que no haya

---

[740] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 133/FOLIO 27610/ UCC-PRF-014-2019 TESTIMONIO GABRIEL JAIME LACOUTURE-20210714_091614-Grabación de la reunión (1).mp4. A minuto 1:21:51 de la diligencia el testigo manifestó ante la pregunta ¿Este cambio en la altura generó una necesidad de una nueva licencia?: "No. Dentro de esas alternativas de estudiar la atura de la presa, alguna posibilidad se vio de que no solamente subir el nivel de la presa sino de subir el nivel del embalse cinco métricos mas sin afectar el puente de occidente, se veía que había un colchoncito y eso se descubrió porque se hizo una variación topográfica con mayor detalle, con mayor información cartográfica (…) pero al final INTEGRAL dijo «no, si usted se pone a mover la cota del nivel de inundación, ahí sí usted afecta predios, inunda más área, tiene que tener aprovechamiento forestal adicional y eso sí le implicaría una modificación de licencia, pero si usted solamente sube la presa cinco metros, usted está en el mismo sitio, no está afectando nada, no esta dando un impacto adicional (…)», ahora yo no domino el tema ambiental pero lo que decían los ambientales es que ahí no hay que hacer mayor afectación porque no estamos modificando ninguna situación, será un ajuste de cambio menor pero no de cambio de licencia, como sí lo hubiera sido decir que el nivel se sube cinco metros en el embalse, cambia todo (…), pero en este caso el aumento de los cinco metros del borde libre no tenía una implicación ambiental, lo digo yo no porque lo sepa sino por lo que he oído de los ambientales y lo que leo en el informe, que obviamente fue hecho con la participación de ellos en ese punto específicamente".

Adicionalmente, frente a la pregunta ¿El tema de modificar la altura de la presa generó algún cambio en los diseño que inicialmente presentó INTEGRAL? Y más o menos ¿cuánto tiempo generó a INTEGRAL realizar las modificaciones de las sugerencias realizadas en ese momento? indicó "Yo, digamos no lo recuerdo, pero sí lo leí, por ahí hay una cosa que dice que INTEGRAL tenía que entregar unos diseños y pidió tres meses de más, en parte por el tema de la presa pero más que eso habían otros temas involucrados porque obviamente la presa ya había un diseño, unos planos que se habían hecho en el 2007 y ya estaba el plano elaborado, muy bonito y ya era simplemente cambiarle el rótulo y decir este plano ya no es de licitación sino que es de construcción, obviamente con los ajustes que requieren y los detalles que requiere pasar de un plano de una etapa a la otra, cuando uno ya hace esta modificación obviamente toca cambiar las lineas del plano y dibujar otro esquema de presa y sí implica algún pequeño (…) pero no es mayor el cambio para que uno se demorara tres meses, lo que hay es una argumentación por ahí, en la que se argumenta un mundo de situaciones donde en una de las viñetas se dice que una de las argumentaciones es por el cambio en la altura de la presa, pero obviamente habían otros factores que dieron origen a esa ampliación de los tres meses (…), la presa se empezó a construir con esa situación de la [cota] 435 y sin ningún problema en el cronograma, por lo que en ese momento (…) no había ningún compromiso de la fecha de entrada en operación".

podido ser identificada en la planeación, por ejemplo, en las conclusiones del Estudio de Impacto Ambiental, se indicó:

> "La depositación de sedimentos formará un delta en la cola del embalse que limita la altura máxima de la presa, para evitar que al cabo de la vida útil del proyecto, se vea afectado el Puente de Occidente".

En tales términos, el argumento expuesto por INTEGRAL se traduce en invocar su negligencia en la elaboración del informe de 2006 para determinar la altura de la presa para acreditar la ausencia de ella en las modificaciones que sobre el mismo punto se realizaron en 2009, por lo que teniendo en cuenta que nadie puede obtener provecho de su propia culpa no es posible acoger la línea argumentativa expuesta, pues las consecuencias del desconocimiento de la situación geológica de la zona para el momento en que se realizó la complementación de la factibilidad no puede admitirse como favorable para excusar los efectos de la conducta bajo análisis.

Respecto del principio general del derecho que indica que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, la Corte Constitucional ha expresado:

> "No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares"[741].

Adicionalmente, al escrito de descargos se adjuntó el Cronograma del Contratista CCCI que data de 2013 con el objeto de acreditar que:

> "La presa terminaría su construcción el 23 de abril del 2018, lo que demuestra que la presa estaba concebida para ser ejecutada hasta la cota 435 (es decir, incluyendo ya el borde libre de 15, como se había definido desde el 2009) y que está terminaría antes de la entrada en operación de la primera unidad a finales del 2018. Por tanto, es claro que el cambio en el borde libre de la presa (la optimización que hicieron en el 2009, con respecto al estudio de factibilidad del 2007) no tiene ninguna incidencia en los retrasos del proyecto, ni incidió en la adopción posterior del plan de aceleración.
>
> Lo anterior puede corroborarse consultando el Cronograma Maestro del BOOMT (**Anexo 10**), resultado de la última etapa de planificación previa a la construcción del proyecto, incluyendo los Hitos del Contrato BOOMT. En este adjunto queda en evidencia que el haber construido una presa con Borde Libre de 15 m (con cresta en la cota 435 msnm) no redundó en un incumplimiento del cronograma que, a su vez, hubiese desencadenado en el plan de aceleración. Por el contrario, en este cronograma se puede constatar que para evitar retrasos en la contratación, se decidió licitar de manera independiente el túnel de desviación (renglón 103) y las obras principales (línea 167):

[741] Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

> Así pues, habiéndose entregado los diseños definitivos en abril de 2010, los procesos de contratación iniciaron el 4 de mayo para las obras principales y el 27 de septiembre de 2010 para el túnel de desvío y túnel de acceso a CM, con lo cual se aprovechó el tiempo adelantando la contratación de las obras principales cuyos diseños estaban terminados, precisamente para no retrasar el proyecto. Y, en todo caso, este mismo Cronograma Maestro preveía que el acopio de materiales para la presa iniciaría el 13 de agosto de 2012 (línea 275); y que el inicio de los trabajos en la fundación de la presa inicial el 14 de febrero de 2013, luego de haber desviado el río en enero de 2013), según se observar en la línea 246 del cronograma):
>
> Con este cronograma (**Anexo 10**), que ya tomaba el aumento del borde libre de la presa de 15 m (no de 10 m), el lleno de la presa hasta la cota 435 msnm se culminaba el 1 de abril del 2018 (línea 285) y la entrada en operación de la primera unidad (Hito 8) sería el 29 de septiembre de 2018 (Línea 1406 del cronograma):
>
> (…)
>
> No fue entonces la modificación en los diseños la que llevó a atrasos en el cronograma, sino que el contratista no logró realizar el "Hito 1: Desviación del rio Cauca" el 15 de enero de 2013, lo cual a la postre dio origen a tener que desviar un año más tarde, sin haber podido construir las estructura para el cierre de compuerta en los túnel de desviación original.
>
> Así las cosas, **el aumento del borde libre de la presa no solamente resolvía los problemas anotados, sin generar retrasos en el cronograma, sino que -una vez removidos los limitantes mencionados- mejoraba los indicadores del proyecto, además de reportar ventajas de orden sísmico, de asentamientos y de seguridad frente a las olas.** Esta alternativa, por tanto, permitió evitar deterioros o fallas de la presa durante eventos extraordinarios, como un sismo y una creciente excepcional; teniendo presente las limitaciones ambientales por la formación del delta de sedimentos en la zona del Puente de Occidente, según se explica en detalle en el Memorando adjunto (**Anexo 5**).

(…)"

Frente a lo anterior es necesario destacar que la interpretación realizada en los descargos de las demoras en que incurrieron las vinculadas, así como los retrasos referidos por el señor Lacouture Correa son limitados a la contingencia ocurrida en abril de 2018 y desconoce que como se acreditó en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, el proyecto presentó demoras y diferentes "planes de aceleración" o estrategias para atravesar la "ruta crítica" del proyecto desde mucho antes del 2018.

En tal sentido, para el 2009 se esperaba que la primera unidad de generación de energía entrara en operación en 2017, sin embargo, desde una óptica que abarca todo el trámite del proyecto, lo cierto es que situaciones como la reprochada a INTEGRAL contribuyeron a que se adoptaran decisiones que pusieron en un estado de vulnerabilidad al proyecto, lo cual incidió en los hechos de 2018, como la modificación extraordinaria de los diseños en 2009 que sustentan como un medio para solucionar inconvenientes derivados de las diferencias de los factores tenidos en cuenta inicialmente para determinar la altura de la presa, aun cuando solo seis meses antes se habían desarrollado los estudios para la presentación de información necesaria para la obtención de la licencia ambiental, que cuando fue expedida contempló que la presa sería construida hasta la cota 430 msnm y en

dicho corto tiempo ya se sugería una reforma, que entre otros aspectos pretendía llevarla hasta la cota 435 msnm, indicando entre otros argumentos que para ello no era necesario tramitar modificaciones de la licencia.

Dados los elementos de la responsabilidad fiscal que se acreditaron en esta actuación, no es de recibo que las imputadas limiten su defensa a la desviación del río Cauca o a la contingencia ocurrida en abril de 2018, pues ignoran que esta actuación se ocupa de una serie de hechos concatenados que llevaron a la destrucción del valor presente neto y la generación del lucro cesante demostrados en el acápite del daño.

En tal orden de ideas, si para el 2009 se tenía conocimiento de los retrasos a los que estaba sometido el proyecto y las modificaciones introducidas implicaban una modificación de los diseños que realizó INTEGRAL, es claro que era necesario buscar una alternativa para minimizar el impacto que la consolidación de tales variaciones tendría en el cronograma y tal como lo indican los escritos de descargos la alternativa se encontró en iniciar dos procesos de contratación separados para los túneles de desviación y para las obras principales, sin embargo, lo cierto es que si alguna de tales estructuras (túneles de desviación u obras principales) presentaba retrasos, las consecuencias para materializar la megaobra recaerían en su funcionalidad efectiva.

Ahora bien, agrega el escrito de descargos que en todo caso:

> “el seguimiento al avance del cronograma estaba a cargo de HI, EPM y la interventoría, pero no de INTEGRAL. Y quedó demostrado en la etapa probatoria anterior a la imputación que EPM decidió no declarar el incumplimiento del constructor, incumplimientos que en muchas ocasiones eran puestos de presente por la propia INTEGRAL. Era obligación de EPM notificar a HI sobre posibles efectos adversos en la ejecución, así como presentar avances mensuales de construcción y montajes de obras y equipos, siendo directamente responsable ante HI por las obligaciones del contrato, sin que INTEGRAL tuviese incidencia en la estructuración y seguimiento al cronograma o Programa Director, o en las modificaciones a los hitos del mismo.”

Ante tal afirmación se precisa que la responsabilidad fiscal no busca el establecimiento de responsabilidades de orden contractual, sino el resarcimiento de un daño al patrimonio del Estado, y por tanto, si bien las obligaciones contractuales establecen un marco en el que las acciones y/u omisiones de las imputadas son desarrolladas en el contexto de los hechos bajo investigación, también es cierto que la contribución a la gestión fiscal que permitió que se profiriera imputación en contra de INTEGRAL no se encuentra por sí misma restringida a las previsiones contractuales. Por el contrario, en este escenario de responsabilidad fiscal también es necesario valorar elementos como el conocimiento, influencia y participación que los presuntos responsables tienen del proyecto, que a su vez tiene unas metas materiales y temporales ampliamente conocidas y a cuya realización es legítimo esperar que aquellos involucrados coadyuvaran.

En tal sentido, se destaca que no es un argumento valido que como “EPM decidió no declarar el incumplimiento del constructor (…) que en muchas ocasiones eran puestos de presente por la propia INTEGRAL” y que como “era obligación de EPM notificar a HI sobre los posibles efectos adversos en la ejecución así como presentar avances mensuales de construcción y montajes de obras y equipos, siendo directamente responsable ante HI por las obligaciones del contrato”, entonces “INTEGRAL tuviese incidencia en la estructuración y seguimiento al cronograma o Programa Director, o en las modificaciones a los hitos del mismo”, pues para el caso de la conducta reprochada que se estudia fue señalada concretamente la manera en que INTEGRAL contribuyó a que el cronograma y en general el proyecto sufriera alteraciones injustificadas, así, desde el primer momento en que INTEGRAL formula una propuesta de modificación de la altura de la presa, no corresponde a una exigencia desproporcionada a la diligencia debida que se estudiasen las consecuencias de su implementación en el proyecto, del cual se tenía conocimiento desde su planeación, por el contrario hasta una persona negligente con sus propios negocios adelantaría tal análisis teniendo en cuenta que del mismo también depende el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues desde 2008 se conocía que eventualmente INTEGRAL desarrollaría la etapa de asesoría durante la construcción del proyecto, sobre la cual el PC-003-2008 previó el siguiente alcance:

> “En la medida que lo requiera la Hidroeléctrica, el Consultor prestará asesoría durante la construcción de las obras y el montaje de los equipos del proyecto sobre la interpretación y alcance los planos, especificaciones y documentos de diseño, y para las soluciones de ingeniería, de problemas técnicos que puedan presentarse durante su ejecución, o para ajustarlos a las características de los equipos o a condiciones del terreno imprevisibles o diferentes a las establecidas durante las investigaciones, o en los casos en que por la naturaleza de la obra y de la información necesaria para el diseño, su ajuste y diseño definitivo queden supeditados a la información que se obtiene durante el mismo proceso de construcción. También cuando así lo determine la Hidroeléctrica, durante la Etapa 2, el Consultor se encargará de la medición, procesamiento y análisis de la instrumentación geotécnica que se instale durante la construcción de las obras.
> Igualmente el Consultor deberá implementar un sistema de gestión de cambios, en el cual se incluya, mediante informes periódicos, las consecuencias mas importantes de los cambios de diseño sobre las estructuras, cantidades y costos involucrados en dicho cambio.
> También, el Consultor deberá realizar los ajustes y rediseños necesarios originados por condiciones diferentes a las previstas o por coordinación con los datos definitivos de los equipos”.

Para el efecto, se enlistaron las siguientes actividades:

> “**-Evaluación técnico-económica de propuestas**
> De acuerdo con el alcance que determine la Hidroeléctrica en cada caso, el Consultor deberá evaluar las propuestas recibidas para las diferentes

licitaciones, asesorará a la Hidroeléctrica durante la negociación de los contratos y producirá los informes correspondientes.
El Consultor deberá tener actualizado el Manual de Características del proyecto, de acuerdo con los cambios de diseño y construcción, el cual tendrá una periodicidad mínima semestral.

-Conceptos técnico-económicos de propuestas

De acuerdo con el alcance que determine la Hidroeléctrica en cada caso, el Consultor deberá analizar y conceptuar sobre las propuestas reciidas para las diferentes licitaciones, asesorará a la Hidroeléctrica durante el perfeccionamiento y legalización de los contratos y producirá los informes que se requieran.

-Revisión de diseños y documentos de fabricantes

Oportunamente, el Consultor ejecutará una revisión detallada de los planos y documentos que suministren los fabricantes para verificar que los bienes se ajusten a los requisitos de los planos, especificaciones y documentos contractuales y que tengan la calidad necesaria para proporcionar adecuada confiabilidad en el servicio y producir las observaciones pertinentes.

-Diseños e instrucciones complementarias para montaje

El Consultor ejecutará todos los planos, especificaciones, procedimientos, instrucciones y coordinación de documentos complementarios a los de los fabricantes y necesarios para la instalación, montaje, pruebas y puesta en marcha del proyecto, incluyendo coordinación con obras civiles y otros equipos, diseños de preparación del sitio, planos de instalación, rutas de tuberías, cable, bandejas portacables, disposición y localización de equipos, tablas de tendido de cables, tablas de cableado, red de puesta a tierra, precauciones de seguridad, manejo de equipos, etc.

-Revisión de procedimientos y diseños de contratistas

Cuando la Hidroeléctrica lo solicite, el Consultor revisará los procedimientos, métodos constructivos, planos de trabajo y planos de taller producidos por los contratistas de obras civiles para verificar si se ajustan a los planos, a las especificaciones y demás documentos de los contratos.
Igualmente, el Consultor estudiará los cambios y modificaciones propuestos por el interventor, los contratistas y proveedores a los planos y especificaciones y documentará la naturaleza, causas y consecuencias de dichos cambios, mediante un sistema de control de cambios que deberá implementar el Consultor con previa aprobación de la Hidroeléctrica durante el desarrollo del contrato.

-Documentos y servicios para inspección y gestión de la calidad

Para cada uno de los equipos y materiales correspondientes al proyecto y para las demás componentes del proyecto que solicite la Hidroeléctrica, el Consultor preparará listas de verificación en concordancia con los planos y especificaciones para asegurar que el producto tiene las características y se ajusta a la calidad determinada en los plano y las especificaciones.
Si la Hidroeléctrica lo requiere, el Consultor preparará términos de referencia para la contratación de los servicios de inspección en fábrica de los equipos y materiales requeridos para el proyecto.
Si la Hidroeléctrica lo requiere, el Consultor proveerá los recursos necesarios para hacer la inspección en fábrica, total o parcial, de los equipos y materiales a ser incorporados al proyecto.

> **-Manual de procedimiento de pruebas y puesta en marcha del proyecto**
> El Consultor deberá prepara un manual para las pruebas y puesta en marcha de cada una de las estructuras y partes componentes del proyecto. Este manual incluirá y hará referencia de todos los procedimientos y protocolos de pruebas y puesta en marcha establecidos por el propio Consultor, la Hidroeléctrica y los fabricantes de equipos e incluirá los elementos organizacionales, operacionales y de todos los procedimientos y protocolos de pruebas y puesta en marcha establecidos por el propio Consultor, la Hidroeléctrica y los fabricantes de equipos e incluirá los elementos organizacionales, operacionales, y de control requeridos para las pruebas y puesta en marcha del proyecto, de tal manera que puedan desarrollarse en forma planeada, sistemática y documentada.
> **-Manual de operación y manetenimiento**
> El Consultor preparará un manual de operación y mantenimiento del proyecto que incluya tanto las obras civiles como los equipos electromecánicos. Este manual resumirá las características técnicas y procedimentales requeridas para la operación y mantenimiento del proyecto, hará referencia a la instrumentación instalada y a los valores esperados de la misma de acuerdo con los criterios y consideraciones de diseño de las obras, y relacionará todos los documentos requeridos para ese propósito como planos de referencia y documentos del Consultor, fabricantes de equipos y otros.
> **-Planos según construcción y montaje**
> De acuerdo con la información suministrada por la Hidroeléctrica o la obtenida por el propio Consultor, éste actualizará los planos y documentos de diseño y construcción, de tal manera que reflejen la obra tal como quedó construida y montada, y las tolerancias y ajustes de montaje en campo de los equipos electromecánicos.
> Sin embargo, el Consultor deberá implementar un sistema de control de cambios, en el cual se incluya mediante informes periódicos, las consecuencias más importantes de los cambios de diseño sobre los planos, estructuras, cantidades y costos involucrados en dichos cambios"[742]

Así, aun las actuaciones de INTEGRAL en dicho momento no eran aisladas al desarrollo conjunto y por diferentes actores del proyecto, por el contrario, desde sus obligaciones como diseñador y como asesor en etapa constructiva cuyos términos de referencia eran ampliamente conocidos se desarrollaban actividades que incidían posteriormente en el curso del proyecto y debía tener conocimiento de los trabajos realizados por otros actores con el fin de dar cumplimiento al objetivo común de entregar una obra funcional.

Tal fue la lógica claramente establecida si se considera que con fundamento en lo previsto en los términos de referencia del PC-003-2009, se suscribió el contrato No. 2011-009, perfeccionado el 23 de marzo de 2011, en el que se indicó que:

[742] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Informacion_HI_Mayo/07-Contratos HI/CT-007-2008 Diseños Detallados y Asesoria/ PC-003-2008_UT INTEGRAL-SOLINGRAL.pdf

"El alcance de la ejecución de la «Asesoría durante la construcción del proyecto» se establece en los Términos de referencia del proceso de contratación No. 003-2008 en su numeral 6.11 y consagra:

- Asesoría durante la construcción y el montaje
- Evaluación técnico-económica de propuestas
- Concepto técnico económico de propuestas
- Revisión de diseños y documentos de fabricantes
- Diseños e instrucciones complementarias para montaje
- Revisión de procedimientos y diseños de contratistas
- Documentos y servicios para inspección y gestión de calidad
- Manual de procedimiento de pruebas y puesta en marcha del proyecto
- Manual de operación y mantenimiento
- Planos según construcción y montaje

Igualmente el numeral 6.2.5., señala actividades que hacen parte de la fase 2.

- Investigaciones complementarias de la fase 2 del diseño, este tema está relacionado con investigaciones adicionales o estudios especiales para complementar los estudios o investigaciones realizados en la fase 1.
- Estudios sobre rutas y transporte de carga pesada.
- Estudios especiales en temas técnicos, ambientales, socioeconómicos u otros «directamente relacionados que permitan obtener resultados concluyentes de los trabajos»

Los servicios de asesoría que prestará EL CONSULTOR en las fases iniciales de la etapa de construcción del proyecto, son: preparación y adecuación de los documentos técnicos requeridos para el proceso de contratación de las firmas que construirán las obras y fabricarán y montarán los equipos del proyecto; atención a los requerimientos y preparación de la información que sea solicitada por las autoridades ambientales en desarrollo de las revisiones, ajustes y modificaciones de la licencia ambiental; evaluación de las ofertas técnicas de construcción o en los programas de construcción y finalmente, en las demás actividades que en relación con la construcción del proyecto HIDROELÉCTRICO ITUANGO se encuentre conveniente llevar a cabo.

La ejecución de esta etapa se podrá realizar en forma parcial, total o con la inclusión de otras actividades que requieran para la correcta asesoría, es decir, las actividades descritas en los párrafos anteriores no son taxativas, sino enunciativas"[743].

En tal medida, si bien el seguimiento del cronograma no es una actividad a cargo de la asesoría, lo que INTEGRAL adelantara como diseñadores o asesores tenía clara incidencia en el cumplimiento de las metas propuestas en los cronogramas que se adjuntan a los descargos y por tanto, es de la diligencia que le era exigible

[743] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 59/FOLIO 12749 ANEXOS VERSIÓN LIBRE DE ESTEBAN POSADA REPRESENTANTE LEGAL DE INTEGRAL/Anexo 5/Contrato Asesorias Proy.2194.pdf

que procurara su cumplimiento realizando acciones coherentes en los diferentes momentos de planeación y de asesoría durante la construcción y ello no se ve reflejado en el trámite dado a la propuesta de aumento de la altura de la presa, que llevo a considerar 3 puntos que implicaban un retroceso en el avance del proyecto por modificaciones en los diseños, afectando incluso el correcto desempeño de las actividades posteriores que se exponen en los términos de referencia y en el contrato de asesoría en etapa constructiva.

Continúa el escrito de descargos indicando que “no es cierto que la recomendación de elevar la altura libre de la presa carezca de fundamento en el estado del arte de la ingeniería vigente”, que fundamenta en que el Estudio de Alternativas que INTEGRAL presentó a Hidroituango en noviembre de 2006 contemplaba la valoración técnica de la propuesta realizada, en la cual se fundamentó la complementación de la factibilidad de 2007, sin embargo, se reitera que en este proceso no se está reprochando el criterio emitido en 2007 con fundamento en las investigaciones e información obtenida para complementar la factibilidad, sino que por el contrario, la primera conducta a la que hace referencia la valoración realizada en el Auto 1484 del 2020 se refiere a un sorpresivo cambio entre el concepto de 2007 y la propuesta planteada en 2009.

Según INTEGRAL, “no es cierto que el cambio en la altura de la presa haya generado demoras en el inicio de la construcción por demoras en la entrega de los diseños de detalle de las obras principales, causados a su vez por los cambios en las especificaciones técnicas tanto de la altura como de la cola del embalse”, lo cual fundamenta en que:

> “Como consta en la comunicación D-PHI-CCE-ADM-1.1-C0125 del 26 de agosto de 2009, (radicado No. 29224387) con la cual INTEGRAL solicitó al Gerente General de HI un plazo adicional de tres meses -hasta el 31 de marzo de 2010- para la entrega de los diseños detallados del proyecto (Anexo 14), la prórroga era necesaria debido a una multiplicidad de factores como el rechazo inicial de la empresa propietaria del predio a autorizar los levantamientos topográficos en la margen izquierda, la grave situación de inseguridad en enero, febrero y abril, limitando la presencia de personal en la zona, al punto de requerir apoyo de autoridades militares en junio, y también la revisión de diseños para optimizar el esquema del proyecto, siendo la altura de la presa apenas uno de los puntos mencionados allí y no, como se presenta en el auto de imputación, la causa de atrasos en la entrega de diseños”.

De la revisión de la comunicación D-PHI-CCE-ADM-1.1-C0125 del 26 de agosto de 2009 se observa que allí se indicó:

En la ejecución de los estudios que son objeto del contrato de la referencia, el Consorcio ha mantenido continuamente informadas a la Hidroeléctrica y a la Interventoría sobre el desarrollo de los mismos. En particular, en los informes mensuales de avance y en las reuniones periódicas sostenidas, tanto del Comité de Diseño como temáticas de lotes de control y de trabajo, hemos tratado los diferentes aspectos, logros y dificultades que se han presentado durante dicha ejecución, siendo consecuentemente de su conocimiento que, respecto al programa previsto en la propuesta del Consorcio, el avance general de los estudios, en especial el de las investigaciones de campo, presenta a la fecha un atraso que no es posible recuperar totalmente dentro del plazo restante del contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior y sin pretender un inventario exhaustivo, queremos recordar y destacar los principales hechos y circunstancias que han impedido que la ejecución del contrato se ajustara a las condiciones consideradas en la oferta y que, de acuerdo con nuestros análisis, justifican una ampliación de plazo para la terminación de los estudios; son éstos:

(…)

- Dentro de las actividades de diseño conceptual, se han retomado y examinado asuntos que si bien se consideraban finiquitados, han sido objeto de revisión y examen, y han requerido la asignación de recursos de personal y tiempos mayores a los previstos en el programa de trabajo. Es así como en el desarrollo de los estudios, la Hidroeléctrica y la Interventoría acogieron en su momento, la solicitud del Consorcio de postergar en un mes, el plazo previsto en el programa para la ejecución y adopción del diseño conceptual.

- Estos trabajos, que valga señalar, se adelantaron buscando la optimización del esquema del proyecto y han proporcionado una mayor confianza en a las decisiones finalmente adoptadas, tuvieron influencia en el avance de los trabajos. Es el caso del número de unidades generadoras, el esquema de almenaras de aguas abajo, el arreglo del grupo turbina – generador, la salida de los cables de potencia y, aún, la misma altura de la presa. Debe destacarse que sobre este último parámetro, de gran importancia en el esquema general del proyecto y de clara influencia en otros, no se ha tomado aún una decisión final.

En consideración de lo expuesto, el Consorcio atentamente solicita ampliar hasta el 30 de marzo del año 2010 el plazo para la terminación de los estudios, manteniendo sin variación el costo del contrato. No obstante que, de acuerdo con el programa general actual del proyecto, esta ampliación no afecta los planes directores de la Hidroeléctrica para la terminación y entrada en operación del proyecto, es propósito del Consorcio estudiar conjuntamente con la Interventoría y la Hidroeléctrica acciones y medidas que favorezcan la reducción de caminos potencialmente críticos de dichos planes.

Esperamos que la Hidroeléctrica y la Interventoría encuentren aceptable esta solicitud y quedamos a su disposición para atender cualquier aclaración o complementación sobre los asuntos aquí tratados.

Así, como la comunicación D-PHI-CCE-ADM-1.1-C0125 del 26 de agosto de 2009 expresa que la solicitud de ampliación del plazo para terminar los estudios a cargo de Integral se basa entre otras razones en que se adelantaron estudios adicionales que según su dicho buscaban la optimización del proyecto, entre los cuales se

encontraron la nueva evaluación de lo que resultó ser la propuesta de incremento de altura de la presa, y como dicha comunicación es explícita en señalar que las situación allí contenidas no pretenden constituir un "inventario exhaustivo" de las principales circunstancias que fundamentan la solicitud de ampliación del plazo, esta Contraloría se encuentra llamada a concluir que los estudios para el incremento de la altura de la presa **SÍ** resultaron importantes para realizar tal ampliación del plazo y no son meramente enunciativos como erradamente lo expresa el escrito de descargos, pues si no fuesen relevantes para tal solicitud no se habrían incluido en el listado precitado, que solo reunió las causas relevantes del retraso en la entrega de los diseños a Hidroituango, que contribuyó a la materialización del daño.

Finalmente, el escrito de descargos señala que "el realce del borde libre de la presa no hizo necesaria mayor adquisición predial", pues tal advertencia "se refiere a la alternativa número 3 presentada en la Junta Directiva de HI reflejada en el Acta No. 100 y no a la alternativa 2, que fue la que sí se implementó", sin embargo, es necesario reiterar que la propuesta planteada en tal junta directiva constituía 3 elementos complementarios y no alternativos por lo que como INTEGRAL no tomaba la decisión directamente sino que contribuía en la toma de tal decisión, el planteamiento en sí mismo desconoce las condiciones anteriormente destacadas que hacían su propuesta, que fue aprobada, inviable como a la postre se evidenció sin que se pudiera materializar en su totalidad, pero que con tal planteamiento y aprobación resultó suficiente para contribuir a la causación del daño probado en este proceso, pues fue el Acta No. 100 de la Junta Directiva de Hidroituango la que manifestó las preocupaciones sobre mayor adquisición predial y el trámite adicional de declaratoria de utilidad pública que generaría la propuesta de INTEGRAL ante la propuesta relacionada con la altura de la presa, que para el momento no se trataba de una decisión pendiente.

b) SOBRE LA SEGUNDA Y TERCERA CONDUCTAS REPROCHADAS:

El escrito de descargos presentado agrupa la segunda y tercera conducta reprochadas a INTEGRAL por encontrarlas relacionadas con la modificación de los diseños del proyecto para incorporar el sistema auxiliar de desviación (SAD). Tales reproches son:

- *"Haber realizado una precaria modificación a los diseños del proyecto, en su rol de diseñador, sin contar con la evidencia y fundamentación necesarias para la incorporación de la Galería Auxiliar de Desviación, pese a las advertencias y salvedades expuestas por el BOARD de expertos que asesoraba el proyecto.*

- *Omitir sin justificación las advertencias formuladas por el BOARD de expertos, sobre la inconveniencia de la modificación de los diseños para la incorporación del Sistema Auxiliar de Desviación, en la asesoría*

durante la etapa constructiva, sin hacer ninguna salvedad a las solicitudes de modificaciones que EPM le encargaba".

Al respecto, en primer lugar, los descargos bajo análisis aclaran la diferencia entre el Sistema Auxiliar de Desviación (SAD) y la Galería Auxiliar de Desviación (GAD), para indicar que "no es claro en que se diferencian el segundo y tercer reproche realizados, destacando que en todo caso, el Auto de apertura no mencionó entre los hechos que motivaron la vinculación de INTEGRAL, su rol en el diseño de la GAD".

De la revisión del Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 se observa que las conductas bajo estudio presentan claras diferencias pese a referirse a ambas al SAD o a la GAD que forma parte de aquel. Tal situación se evidencia en que la segunda conducta hace referencia a la modificación de los diseños realizada por INTEGRAL y las circunstancias en que tal cambio se dio en relación con el conocimiento de las salvedades formuladas por el BOARD, mientras la segunda se refiere concretamente a no haber formulado ningún reparo ante las modificaciones solicitadas, aun cuando eran conocidas las circunstancias anotadas.

Sin embargo, como los descargos decidieron analizarlas conjuntamente, así mismo se realizará la valoración de los argumentos de defensa, sin perjuicio de las diferencias señaladas.

Las imputadas exponen que "es falso que la modificación a los diseños se hubiese realizado omitiendo sin justificación "las advertencias y salvedades expuestas por el BOARD de expertos" sobre la inconveniencia de modificar los diseños del proyecto para incorporar el SAD", pues según manifiestan, tal conclusión *"*parecería responder a la lectura de apenas algunas de las actas de la Junta de Asesores (la No. 2 del 16 de agosto de 2013 y la No. 3 del 29 de noviembre de 2013, y parcialmente la No. 4), pero no otras posteriores ni, en general, las demás actas en las cuales la junta indica su conformidad con la GAD, acogiendo entre otras la recomendación de la firma INTERTECHNE, que fue precisamente el consultor con alta experiencia en obras de este tipo que fue contratado para reforzar el equipo Diseñador en este asunto, según se decidió en el Informe No. 4*".*

Sin embargo, de la revisión de las actas del BOARD de expertos se observa que desde la segunda reunión de tal junta se exponían preocupaciones en cuanto a la variación sustancial de los diseños originales para lograr el desvío de río Cauca en enero de 2014, pues en el acta de tal reunión se documentó que:

"El diseño original del desvío contempla la excavación de una plataforma a la cota 260m, para la instalación y operación de las compuertas de los pozos, llevando a cabo una excavación sistemática del talud de roca, descendiendo desde la plataforma de la cota 340m. De igual manera, se llevarían a cabo las excavaciones para el emboquillado de los túneles cuya solera está a la cota de 213m. El cronograma de la obra, desafortunadamente no se pudo mantener,

> especialmente por el retraso en la excavación del talud superficial, y el progreso actual de la obra no permite realizar el programa anticipado para desviar el rio en Enero del 2014. En vista de esta situación, Integral esbozo un diseño conceptual de una alternativa, que permitiría el desvio del rio para la fecha de Enero del 2014, instalando unos pozos adicionales en los ramales del túnel de aguas abajo (izquierdo), postergando las excavaciones superficiales, reduciendo los requerimientos de tratamientos en los túneles de desvio y ejecutando una serie de tareas complejas en un tiempo reducido.
> La Junta tuvo la oportunidad de evaluar la alternativa conceptual para acelerar las obras de desvío, incluyendo una reunión con el contratista, CCC, para investigar la viabilidad de estas obras y su posible cronograma. Como resultado de esta evaluación, la Junta considera que los riesgos técnicos asociados con la aceleración no son aceptables para un proyecto de esta envergadura, y además, es de la opinión que existe aún incertidumbre de que las múltiples y delicadas tareas restantes para lograr el desvío se ejecuten oportunamente. En opinión de la Junta, el mayor riesgo técnico es el postergamiento de las excavaciones y adecuado tratamiento de los taludes marginalmente estables de roca encima de los pozos, lo cual genera un alto riesgo de comprometer el cierre de los túneles. Por consiguiente la Junta recomienda ejecutar el diseño original, con el contratista CCC optimizando el soporte y la secuencia de excavación del talud encima de los pozos y en la zona de emboquille de los túneles para tratar de lograr el desvío en el primer trimestre del 2014. En caso de no lograr esta meta, se ejecutaría el desvío a mediados del 2014 y se tomarían las medidas necesarias para recuperar el cronograma inicial agilizando la construcción de la presa, lo cual en nuestra opinión se puede lograr más favorablemente y con un riesgo mucho menor que la aceleración del desvío. Se sugiere además, eliminar la descarga de fondo actual sustituyéndola por una descarga intermedia modificada a la cota 240m, lo cual reduce sustancialmente el riesgo de esta operación. Esta opción requeriría el uso de cuatro compuertas en lugar de dos como se contempla en el esquema actual. El soporte técnico para esta sugerencia se presenta a continuación, junto con una evaluación de los aspectos geotécnicos del desvió".

En dicho contexto, el BOARD manifestó desde el primer momento su preferencia por seguir los diseños originales, adoptando una posición conservadora frente a la implementación de alguna estrategia de aceleración del desvío del río, aunque esto conllevara no desviarlo en enero de 2014, prefiriendo recuperar el cronograma agilizando la construcción de la presa. Sin embargo, en los meses siguientes se continuó buscando alternativas para lograr la desviación en enero 2014, tal como lo manifestó el testigo Juan Luis Cadavid Restrepo, en declaración rendida el 12 de julio de 2021, en la que indicó:

> "Antes de la reunión con los asesores [refiriéndose a la tercera reunión del BOARD de expertos], EPM nos había solicitado a nosotros estudiar la alternativa de un tercer túnel que le había propuesto CCCI, la firma constructora, y para esta reunión nosotros habíamos hecho un estudio conceptual que se lo presentamos a la junta de asesores. Nosotros llegamos a la reunión con los asesores un lunes, que es lo que habitualmente se estila, presentamos todos los estudios en que estamos enterando al Board de los avances de los estudios nuestros y el avance del proyecto (…)"[744].

En efecto, para la tercera reunión del BOARD de expertos, realizada en noviembre de 2013, el tema particular del SAD fue tratado en la junta de asesores, y allí se expuso que:

> En esta reunión la Junta fue sorprendida con la decisión ya tomada de abandonar los elementos de control y cierre de los túneles y adoptar un tercer túnel (T3) de desvío aguas arriba, que permita el cierre final con la construcción de los tapones definitivos al final de la obra.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la misma junta de asesores indicó que:

> Reconociendo que la decisión de desviar el río por los túneles sin dispositivos mecánicos de cierre colocó el proyecto en una situación inusual, la Junta de Asesores dedicó gran parte de su atención al tema de procurar alternativas físicamente viables para cerrar temporalmente los túneles T1 y T2, para construcción de sus tapones definitivos, con el desvío del río por el túnel T3.

En tal sentido, lo ocurrido no fue que los estudios sobre el sistema auxiliar de desviación fueran una posibilidad libremente considerada por el BOARD de expertos sino que al ser una decisión unilateral de EPM, se planteó como la única alternativa posible desde la tercera junta de asesores, por tanto, en adelante los comentarios que sobre el particular realizara la junta deben ser leídos en tal contexto, sin que ello desconozca que tal cuerpo se manifestó escéptico a una modificación de los diseños originales para el desvío del río Cauca, lo cual se corrobora en que en el informe de la junta de asesores No. 4 se documentó la situación así:

> "El desvío del río en febrero último se hizo por los dos túneles sin las estructuras para la instalación de las compuertas de cierre. Para su cierre, está prevista la construcción de una galería auxiliar de 14 m de diámetro (inicialmente denominado túnel T3) y la construcción de una ataguía que permita cerrar los dos túneles (cuatro bocas de entrada) y

[744] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 132/FOLIO 27293/ UCC-PRF-014-2019 TESTIMONIO JUAN LUIS CADAVID RESTREPO-20210712_140115-Grabación de la reunión.mp4 Minuto 31:30

> conducir la totalidad del caudal del río (800 a 1.000 m^3/s) por la misma galería auxiliar, para el cierre final por compuertas.
> **La Junta discutió en detalle este problema en la 3a reunión de noviembre de 2013 y había recomendado postergar el desvío del río por los túneles T1 y T2, hasta que se definiera en detalles la fase de desvío por la galería auxiliar, que es una operación poco ortodoxa sin precedentes. El acto está consumado, y ahora resta estudiar el problema en detalle para definir una alternativa factible para realización del desvío final.**
> La Junta recomendó que EPM entre en contacto con un consultor, con experiencia en obras del género, que pueda reforzar el equipo del Diseñador y auxiliarlo a llegar a buen término en esta tarea poco común. Las diligencias están en proceso en este sentido y la Junta aguardará la oportunidad para contribuir de su parte para el éxito del diseño y materialización del cierre final de los túneles de desvío y relleno del embalse" (negrilla fuera de texto).

Así las cosas, las recomendaciones acogidas por el BOARD de expertos y los conceptos emitidos por tal cuerpo en adelante deben ser leídos bajo el contexto de una decisión impuesta, respecto de la cual tal junta de asesores manifestó sus preocupaciones y salvedades oportunamente, de manera que los argumentos para fundamentar la calificación de la conducta de INTEGRAL al proferirse la imputación de responsabilidad fiscal, y particularmente la lectura de los informes de la junta de asesores allí documentados no fue sesgada sino que por el contrario responde a la aplicación de los principios de sana crítica y la persuasión racional que orientan la valoración probatoria.

Ahora bien, según se expuso en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 llama la atención a esta Contraloría la actitud asumida por INTEGRAL frente a tal decisión explicada, que fue controvertida en el BOARD de expertos, pese a lo cual nunca manifestó preocupación alguna. Al respecto, el escrito de descargos plantea que "cuando apenas se estaba empezando a discutir la alternativa del tercer túnel, en plena reunión, los asesores internacionales Y TAMBIEN INTEGRAL fueron sorprendidos con la declaración de EPM en el sentido de que la decisión del tercer túnel estaba tomada", lo cual también es retomado por el ingeniero Cadavid Londoño en su declaración.

Sin embargo, aunque INTEGRAL expone que se encontraba en una situación igual o muy similar a la del BOARD en la medida que conocieron de la decisión de implementar un tercer túnel en el mismo momento, se observa que en la realidad se encontraban en circunstancias diferentes, pues según lo expuso el testigo Juan Luis Cadavid Londoño en la declaración precitada, INTEGRAL tenía conocimiento de la propuesta concreta que había realizado CCCI de incorporar un tercer túnel y estaba desarrollando los estudios para presentarlo al BOARD, ahora bien, según lo expuesto por los ingenieros Cadavid Londoño y Gabriel Jaime Lacouture en sus declaraciones, INTEGRAL no tenía conocimiento de que para tal junta de asesores No. 3 EPM ya había adoptado la decisión de aprobar dicho tercer túnel que se materializaría en la GAD.

Al respecto, si bien INTEGRAL no tenía conocimiento de que EPM adoptaría la opción del tercer túnel para realizar la desviación, no es menos cierto que sí tenía conocimiento sobre las consideraciones que se tenían al respecto, tanto así que pretendía realizar una exposición de tal propuesta en la reunión No. 3 de la junta de asesores, para que el BOARD la valorase y pudiendo haberse acogido a las salvedades que los asesores formularon, no lo hizo, tal como lo indicó el testigo Cadavid Londoño quien frente a la pregunta del Despacho acerca de si la reacción de INTEGRAL frente a la decisión de EPM (que también califica de sorpresiva) fue tomar alguna instrucción técnica o realizar alguna comunicación que manifestara ese descontento de sorpresa, dijo que no, así:

> "PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Teniendo en cuenta que Usted manifiesta que fue una decisión sorpresiva. Ustedes qué procedieron a hacer frente a esta decisión sorpresiva. Se la escalaron a la Empresa a alguien o Integral se refirió o habló con EPM o con alguien mas. Hizo alguna anotación por escrito, sobre el tema?. Se dio alguna instrucción técnica, o se realizó alguna comunicación en la cual se manifestara ese descontento?. CONTESTADO. No. Nosotros no sabíamos de la decisión que iba a tomar EPM. Pero nosotros si habíamos discutido con EPM que teníamos un diseño conceptual muy preliminar que ya lo conocía EPM y que era el que se le iba presentar al BOARD, y se lo presentamos en esa reunión. Como la actitud de la Junta era de malestar, pues nosotros en ese momento logramos que ellos miraran la presentación que nosotros llevábamos para que analizáramos la posibilidad de hacer ese tercer túnel. Ellos la miraron, hicieron algunas observaciones que teníamos que mirar con mas detalle pero ellos empezaron a ver que la alternativa era viable pero teníamos que hacer unos estudios mas detallados para confirmar. Y en esa junta nos hicieron unas recomendaciones para profundizar en esos estudios. La principal recomendación que nos hicieron era que no podíamos hacer una desviación para ese tercer túnel usando una sola ataguía sino que requeríamos hacer una desviación mediante diferentes ataguías, aunque en esa reunión ellos intentaron que estudiáramos diferentes formas de hacer esa desviación, ellos plantearon allá varias ideas".

Dicha afirmación coincide con lo indicado por INTEGRAL en los descargos en el sentido que:

> "(…) desde el 4o informe de la Junta se observa que, a medida que aumenta la información con la que se cuenta sobre la GAD, el Board de Asesores va manifestando su aceptación del mismo, al punto que en el informe No. 6 de la Junta de Asesores (Anexo 20) se lee:

3. GALERÍA AUXILIAR DE DESVIACIÓN

Desde la última reunión de la Junta de Asesores en julio de 2014, Integral estudió 5 alternativas para complementación de la desviación del río e su cierre final, contando con la colaboración de la firma consultora Intertechne, como fue decidido anteriormente. Las alternativas estudiadas se enumeran a seguir:

- A – Galería Auxiliar Conectada con el Túnel de Descarga 4.
- B – Galería Auxiliar Conectada el Túnel de Desviación Derecho.
- C – Readecuación de las Estructuras de Cierre en el Túnel de Desviación Derecho;
- D – Readecuación de las Estructuras de Cierre en el Túnel de Desviación Izquierdo.
- E – Dos Galerías Cortas Conectadas con los Túneles de Desviación Derecho e Izquierdo.

El análisis de costos, incluyendo las consideraciones de logística de construcción y riesgos correspondientes a las principales actividades de cada alternativa, fue seleccionada la Alternativa A, que presentó el menor costo ponderado por riesgos de las operaciones de construcción. La Junta de Asesores, cuyo miembro N. Pinto tuvo oportunidad de discutir los principales puntos de la Alternativa A, con el personal de Intertechne, está de acuerdo con esta decisión.

La Alternativa A es la más sencilla entre todas y tiene la ventaja de no necesitar intervenciones en los túneles de desviación existentes. Como depende exclusivamente de obras y acciones comunes en construcciones de obras de este tipo, su viabilidad puede ser garantizada desde ahora. Consiste en la construcción de un túnel de 14 m de diámetro, 2 km de longitud, semejante a los dos túneles de desviación existentes, que empalma en el túnel 4 de la central en su mitad de aguas abajo, Incluye la instalación de las dos compuertas de cierre como se previa en el proyecto inicial.

Si se mantiene la obligación de prever una descarga de fondo, no habrá dificultad de instalarla en un by-pass de la galería auxiliar, como fue concebido en el proyecto inicial (la

Junta tiene confianza que las autoridades ambientales permitirán la eliminación de este dispositivo cuya operación por tiempo muy corto tiene un beneficio ambiental despreciable).

Para proveer el espacio para la construcción de los diques de enrocado, necesarios para elevar el nivel del río cerca de 12 m, Intertechne sugirió mover la toma de la galería auxiliar para una zona aguas arriba del puente vial existente, en la zona en que se construye al momento un acopio provisorio de suelo, en la margen derecha. Para reducir el desnivel necesario para esta desviación se recomendó también colocar la solera de la nueva galería en la El. 210,0, o sea, 3 m por debajo del nivel del piso de los túneles de desviación actuales.

En estas condiciones, para desviar un caudal de la orden de 800 m^3/s por la galería auxiliar, será necesario construir 3 ó 4 diques de enrocado lanzado, partiendo alternadamente de una y otra margen, empujando el río contra la margen opuesta, hasta crear en cada sección estrechada un desnivel del orden de 3 m. Esta operación se realizará cuando la presa esté por arriba de la El. 420,0 y el vertedero sea operable. La operación está planeada para un momento en que el caudal del río Cauca esté por debajo de 800 m^3/s.

Los cálculos analíticos muestran que esta operación es factible, pero no proveen una confirmación experimental en un modelo hidráulico. El modelo ya está siendo contratado con el Laboratorio de CEHPAR, en Curitiba y debe tener su construcción iniciada lo más temprano posible. Su inicio depende de la disponibilidad de los datos topográficos del valle del río, desde aguas arriba de la nueva posición de la toma de la galería auxiliar hasta el pie de la presa, incluso las excavaciones "como están construidas" de los portales de los túneles de desviación, y de la batimetría del río en este mismo trecho, así como de la batimetría y curva llave aguas abajo del portal en la descarga del túnel.

Las principales acciones en el sentido de definir el diseño de la galería auxiliar se enumeran abajo, con los plazos estimados, para orientación del planeamiento general de los trabajos.

(…)"

De acuerdo con lo expuesto, la aceptación de la alternativa A realizada en la junta de asesores No. 6 corresponde al desarrollo de los estudios que se anunciaron en el informe No. 4 del BOARD de expertos, de manera que, como se observa de los apartes traídos a colación por INTEGRAL, tales estudios se desarrollaron en el contexto de la decisión adoptada por EPM y comunicada a la junta desde su visita No. 3, por lo que se hace evidente que lo que correspondería a una lectura sesgada del concepto emitido por la junta de asesores es pretender que lo documentado en el informe No. 6 constituye un cambio absoluto de criterio frente a las salvedades previamente formuladas, cuando entre tales salvedades y el criterio asumido en la visita No. 6 el BOARD no tuvo oportunidad de estudiar alternativas diferentes a la decisión comunicada en noviembre de 2013, a diferencia de INTEGRAL que pese

a los estudios realizados no realizó ninguna salvedad y mal entendió las sugerencias del BOARD en el sentido de una aprobación que nunca existió. En otras palabras, no existe una relación de identidad entre lo cuestionado en el informe No. 3 y lo aprobado en el informe No. 6.

En tal medida, tampoco es cierto que esta Contraloría se equivocara al indicar que la modificación a los diseños del proyecto fue precaria, sin contar con la evidencia y fundamentación necesarias para la incorporación de la GAD y sin realizar ninguna salvedad a las solicitudes de modificaciones que EPM le encargaba en la asesoría durante la etapa constructiva, pues si bien INTEGRAL trae a colación el Informe "Análisis de Alternativas para el Cierre de los Túneles de Desviación y Llenado del embalse"[745] preparado en octubre de 2014 y el informe de la firma INTERTECHNE titulado "Evaluación de alternativas para el cierre de los túneles de desvío"[746], tales documentos, al igual que el informe No. 6 de la junta de asesores parten de la base de la decisión de modificar los diseños y realiza los estudios de alternativas para lograr la desviación del río Cauca bajo un diseño diferente del original, en tal medida la precariedad reclamada y el fundamento que se echa de menos se evidencian en que la decisión trascendental de modificar los diseños en el primero de los puntos "inmodificables" del proyecto ignoró las salvedades que se habían formulado a una propuesta de aceleración para la desviación del río, pues aún con los estudios que se realizaron por su cuenta antes que EPM adoptara la decisión unilateral de incorporar la GAD al proyecto, no se presentaron unas conclusiones que desvirtuaran las preocupaciones presentadas por el BOARD, desatendiendo los diseños que ellos mismos habían elaborado hasta entonces.

De acuerdo con lo expuesto, los estudios realizados por INTERTECHNE y el mismo modelo hidráulico reducido implementado en los laboratorios de LACTEC no contemplan la fundamentación de un cambio del diseño original a lo que posteriormente fue el SAD, pues fueron realizados sobre la base de haberse adoptado la modificación, lo cual no constituye irregularidad alguna en la base de los informes producidos en tal perspectiva pues metodológicamente no deberían contemplar el escenario de diseño original, a diferencia de INTEGRAL, quien si hubiese actuado mínimamente prudente sobre este punto habría reaccionado a la modificación, bien desvirtuando contundentemente las salvedades formuladas por la junta de asesores o bien expresando sus salvedades ante el proceder de EPM, lo cual no sucedió.

Así, contrario a lo que indican las imputadas en sus descargos, las solicitudes de modificación presentadas por EPM sí fueron avaladas por INTEGRAL y los estudios

[745] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_4/P4 Actas y contratos CM/Anexo 2 y 3 actas comitès/2. Informes y Recomendaciones/Integral
[746] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Respuesta_4/P4 Actas y contratos CM/Anexo 2 y 3 actas comitès/2. Informes y Recomendaciones/Intertechne

adecuados e independientes a los que hacen referencia no son el medio idóneo para estudiar la conveniencia de la modificación realizada, pues no contemplan el escenario original respecto de las opciones de cambio, lo cual metodológicamente puede ser acertado para estos terceros independientes que colaboran en la realización de los estudios pero no respecto de INTEGRAL que conoce y diseñó el proyecto desde sus inicios.
Los escritos de descargos aportan un correo electrónico del 16 de mayo de 2015 en el que Jaime Aristizábal de INTEGRAL informa al ingeniero Jorge Mesa de EPM que considera prudente realizar una consulta a la ANLA pues se observa que para el nuevo desvío del río por la GAD y la intervención que ello supone, se requeriría una modificación de la licencia ambiental, lo cual no contradice el reproche realizado en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, pues la culpa grave de las imputadas no se acreditó por haber permitido la construcción del SAD sin licencia ambiental, sino por realizar las modificaciones a los diseños sin advertir los riesgos previsibles desde entonces.

Teniendo en cuenta que la imputación de responsabilidad fiscal a INTEGRAL realizada en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 se basó, entre otros, en el documento técnico “Central Hidroeléctrica Ituango Colapso del Túnel Auxiliar de Desviación Póliza de Construcción Todo Riesgo No. 2901211000362 Análisis de causa raíz” (en adelante el informe causa raíz preparado para las reaseguradoras del proyecto)[747], INTEGRAL indica en sus descargos:

> “La CGR, entonces, entiende probada la supuesta “precariedad” en los diseños por el hecho de que (…) el informe preparado para las reaseguradoras (allegado por MAPFRE) cuestiona la correlación de los valores de Q y GSI, y considera que el diseño de la GAD tenía que coincidir 100% con el de los dos túneles originales de desviación. No hay, en el auto de la Contraloría, una explicación de la manera en que valoró esta prueba -que utiliza como prueba reina, sin haberle dado traslado a los investigados para pronunciarse sobre ella-, ni la incidencia de los supuestos diseños precarios en la ocurrencia de la contingencia o los motivos por los cuales, a su juicio, tales “diseños que condicionan un deficiente rendimiento del proyecto”

Al respecto se destaca que el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 trajo a colación los apartes del estudio causa raíz preparado para las reaseguradoras del proyecto que sobre la correlación de los valores de Q y GSI expuso:

> “7.20 Los parámetros de resistencia al cortante mb, s, a y el parámetro de deformabilidad, Em para el diseño del TAD, se estimaron utilizando la metodología de Hoek y Brown, con los datos de entrada de GSI,

747 /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 79/FOLIO 16629 USB MAPFRE/Informe Causa Raiz

Ei[748], mi[749] y daño por voladura D[750], banco de datos de diseño[751] utilizando el software Rocklab. Los valores se convirtieron a los del macizo rocoso siguiendo la metodología de Hoek y Brown para cada tipo de terreno. Los rangos de Q en la Tabla 7 para los tipos de terreno se tomaron de la compilación de los cálculos de diseño.

Tipo de terreno	Q (a)	GSI (b)	mb (c)	s (d)	a (e)	Em [GPa] (f)	D (g)
I	>25	>70	8,002	0,0204	0,5020	12,63	0,7
II	3-25	55-70	5,613	0,0067	0,5040	8,17	0,4
III	0,1-3	30-55	3,19	0,00127	0,5114	3,19	0,1
IV	<0,1	<30	1,63	0,00041	0,5223	1,63	0

Tabla 7. Propiedades del maciso rocoso utilizadas para el diseño del TAD[752]

7.21. Los Expertos realizaron un ejercicio para correlacionar los valores de Q y GSI (columnas a y b) con los parámetros de resistencia al corte del diseño (columnas c a f) tal y como se usan en un proceso de diseño normal. El Apéndice E presenta nuestra verificación de la compatibilidad entre Q, GSI y los parámetros de resistencia al corte utilizados en el diseño del TAD. En esta verificación se presentaron incompatibilidades entre los rangos del valor Q, los rangos equivalentes de GSI y los valores calculados de resistencia al cortante para diseño, lo que significa que hay inconsistencias en el proceso de diseño"[753].

Al respecto es necesario destacar que en el aparte transcrito anteriormente –y en la calificación de la conducta de INTEGRAL realizada en el auto de imputación-, se indican la metodología y la fuente utilizadas para realizar la correlación de los valores relacionados en la tabla 7 de dicho documento, para concluir que de la verificación de la compatibilidad entre los valores Q, GSI y los parámetros de resistencia al corte utilizados en el diseño de la GAD, se encontraron las inconsistencias que fundamentan parte de la precariedad reprochada en la conducta que se estudia, pues tal como se deriva del análisis realizado en este acápite, la precariedad de los diseños de la GAD no solo devienen de este punto.

Así, la compilación de cálculos de diseño utilizada fue la de la comunicación con radicado I-M-2194-034-GYG-01-R0[754], de autoría de INTEGRAL. Por ejemplo de la verificación de esta comunicación que data del 28 de agosto de 2018 con observación de "recopilación y organización de todas las memorias de cálculo", se encuentra que en cuanto a la geología local allí se expuso que:

[748] Ei es la deformabilidad de la roca intacta. El rango de los valores de diseño es 15 GPa a 20 GPa.
[749] mi es la constante del material, adoptada en el diseño como igual a 28±3.
[750] Tal como se usa en los planos geológicos
[751] Integral (2010) Caracterización Geológica y Geotécnica D-PHI-CCE-ADM-C0082 Ver. 3
[752] Integral (2018) Compilación de los Cálculos del diseño: I-M-2194-034-GYG-01-R0, Tabla 12, Página 5.6
[753] Páginas 41 y 42 del Informe Causa Raíz elaborado por los ajustadores
[754] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\15. Documentación enviada. RCA-Costos-CCI. 28-12-2018

> "La GAD se proyectó en su totalidad en gneis cuarzo feldespático, el cual representa una alta variabilidad textural en distancias muy cortas. La foliación del gneis tiene rumbo paralelo al tren estructural regional N-S, con buzamiento general entre 20º y 30º hacia el este en general. En los sondeos exploratorios a profundidades mayores a 200 m se encontró una roca sin ningún tipo de alteración, por lo que se puede deducir que el agua de infiltración no la ha afectado. La roca en esta zona corresponde a un nivel de meteorización IIB, que en el proyecto se ha registrado como una roca dura, de alta resistencia a la compresión, y variable resistencia al corte, dependiendo de la orientación consiste en oxidación en las paredes de las discontinuidades y en ocasiones a alteraciones locales de los minerales, relacionadas a la presencia de cizallas. (…)".

Así mismo, al tratar la caracterización del macizo rocoso en la metodología de diseño se establecieron entre otros los siguientes parámetros geotécnicos:

"(…)

- Experiencia en proyectos similares, valores típicos y correlaciones disponibles en la literatura.

  (…)

- Análisis de tipo empírico, analítico, numérico y cinemático para los túneles".

Adicionalmente, al considerar los métodos para caracterizar el macizo rocoso y obtener los valores necesarios para tal fin se incluyó el método de Hoek-Brown que permitió la clasificación geotécnica con base en los tipos de terreno dependiendo de los valores Q establecidos así:

TIPO	Q MÍN	Q MAX
I	20	-
II	3	20
III	0,3	3
IV	-	0,3

Tal información coincide con lo expuesto en los planos para construcción D-PHI-034-TUN-EXC-010 R1 de julio de 2015[755], que establecen los soportes según la clasificación de terreno, en los que además se incluyó una guía que permite la identificación del macizo rocoso en los cuatro tipos que puede clasificarse:

[755] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 93\FOLIO 19628 ER0139326\Excavaciones y tratamientos\Planos de tratamiento

Tipo de terreno	Q (GSI)	Guía para la identificación del macizo rocoso
I	>20 (> 70)	Roca sana, masiva, dura donde se puede avanzar sin soporte en el frente. Las discontinuidades pueden ser desde planas rugosas hasta onduladas rugosas. Las paredes de las discontinuidades carecen de relleno y pueden presentar pátinas. La excavación puede estar seca, presentar pequeños flujo de menos de 5 l/min o infiltraciones altas a través de fracturas que no afectan la estabilidad de la excavación.
II	3 - 20 (54 - 70)	Excavación en roca fracturada y muy fracturada, corresponde a un macizo rocoso masivo e inalterado o parcialmente alterado. Se pueden presentar varias familias de diaclasas. Las discontinuidades pueden ser desde planas rugosas a onduladas lisas. Las paredes de las discontinuidades carecen en su gran mayoría de relleno y pueden presentar pátinas localizadas. La excavación puede presentar un flujo medio o a presión sin que se presenten desprendimientos que afecten la estabilidad de la excavación.
III	0,3 - 3 (33-54)	Roca fracturada alterada y desintegrada corresponde a un macizo plegado con bloques angulares y algunos redondeados, formados por la intersección de estructuras. Debe tener un techo de roca entre dos y cinco diámetros. Las discontinuidades pueden ser desde onduladas lisas hasta planas rugosas. Las paredes de las discontinuidades están ligeramente alteradas y se pueden presentar rellenos arenosos o roca desintegrada. La excavación puede presentar un flujo medio o a presión que genere desprendimientos.
IV	<0,3 (<33)	Excavación en suelo y/o roca foliada o cizallada macizo con planos débiles (cizalla o esquistosidad) poco espaciados entre si y que no define bloques. Puede presentarse bloques de roca de tamaño variable en el rango de centímetros a decímetros con rellenos de suelo de espesor similar, la excavación presenta un flujo alto o a presión. La excavación debe realizarse en etapas y con cruces cortos para no comprometer su estabilidad.

En tal medida, la conclusión a la que llega el estudio preparado para las reaseguradoras del proyecto guarda especial relevancia si se tiene en cuenta que para la clasificación de terreno prevista para los túneles de desviación originales (túneles de desviación izquierdo y derecho) fueron utilizados unos valores diferentes[756] a los anteriores, así:

TIPO	Q MÍN	Q MAX
I	30	-
II	4	30
III	0,15	4
IV	-	0,15

En la memoria de cálculo geotécnico I-M-2194-034-GYG-01[757] se indicó al respecto que:

> "A partir de las características de macizo rocoso encontradas durante la excavación de los túneles de desviación, los intervalos del índice q para el terreno Tipo I y II se modificaron debido a la dificultad de encontrar variaciones de este índice superiores a 30. De forma análoga, se modificaron las recomendaciones de soporte para los diferentes tipos de terreno asociados a los nuevos rangos del índice Q (Tabla 8), con el objetivo de aumentar el porcentaje de terreno Tipo I, en las zonas donde el macizo rocos solo requiera el tratamiento de la bóveda por la presencia de pequeños bloques potencialmente inestables durante el avance o por relajación posterior o cizallas intrafoliales de bajo espesor que puedan afectar la seguridad durante la

[756] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\15. Documentación enviada. RCA-Costos-CCI. 28-12-2018
[757] Ibidem

> construcción; evitando así, la instalación de un tratamiento de soporte a toda la sección, definido para el terreno Tipo II, sin ser requerido".

En tal medida, el diseño se relajó al incorporarse el SAD, pues la modificación de los valores previstos para la clasificación del terreno llevaron a que a voluntad de los intervinientes en el proyecto, se pretendiera encontrar mayor cantidad de roca tipo I, aun cuando como se indica en el extracto precitado, se conocía que en una valoración con los parámetros inicialmente previstos sería difícil encontrar esta clase de terreno, tal como lo afirman los expertos que prepararon el informe causa raíz para las reaseguradoras del proyecto, haciendo referencia a la misma comunicación, así:

> "6.17. Se afirmó que un objetivo del análisis de los valores de Q existentes fue incrementar la cantidad del TAD que pudiera clasificarse como terreno tipo I en comparación con el TDI y el TDD".

Ahora bien, es claro que el estudio causa raíz preparado para las reaseguradoras no indica que la modificación de los diseños en los términos señalados hubiese dado lugar a la contingencia de abril de 2018 sino que influyó en las circunstancias que permitieron analizar dicha causa, pues las conclusiones del análisis indican que se trató de un evento complejo que requirió el estudio de la responsabilidad de diferentes actores, pero que en todo caso, en el punto de la elaboración y seguimiento de los diseños desde la asesoría en etapa constructiva, demuestra el patrón de conducta adelantado por INTEGRAL, que resulta relevante para las conclusiones que se adopten en esta causa fiscal, en tanto el daño al patrimonio del Estado que acá se investiga no tiene por causa única la contingencia de abril de 2018.

Los demás documentos técnicos que forman parte del expediente no exponen conclusiones relevantes que desvirtúen el punto analizado, por ejemplo, el estudio causa raíz preparado por el Consorcio Generación Ituango, aportado por las imputadas en su versión libre[758] realizó el estudio de causas hipotéticas del colápso de la GAD, dividiéndolas entre causas relacionadas con los diseños y causas relacionadas con la construcción; entre las causas relacionadas con los diseños trajo a colación:

- Eventual erosión del revestimiento por alta velocidad del flujo
- Inadecuada operación hidráulica
- Soporte insuficiente de la excavación
- Revestimiento permanente inadecuado de la GAD
- Inestabilidad en el portal de entrada

[758] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 59/FOLIO 12749 ANEXOS VERSIÓN LIBRE DE ESTEBAN POSADA REPRESENTANTE LEGAL DE INTEGRAL/Anexo 8/ 20190227 I-I-2194-034-TAP-01 causa raiz_def.pdf

Al respecto y sobre el aspecto geológico destacado del estudio preparado para las reaseguradoras, según las conclusiones del análisis de INTEGRAL:

> "(…) al analizar los registros geotécnicos de la excavación levantados en la obra en el tramo donde se presentó el colapso remontante, conformándose la chimenea que alcanzó la superficie del terreno, delimitado por las abscisas km 0+480,00 y km 0+585,00 de la Galería (la abscisa inicial de la Galería es la km 0+437,65), registros que se anexan al presente informe, no se encuentra evidencia de problema geológico alguno que pudiera constituir, previamente a la entrada en operación de la GAD, un factor de alarma contra un eventual colapso y mucho menos de la formación de una chimenea como la que realmente se presentó.
> Los registros geotécnicos mencionados incluyen la descripción de los soportes de construcción aplicados a lo largo de dicho tramo, correspondientes básicamente al denominado terreno Tipo III, los cuales fueron especificados utilizando reconocidas metodologías aplicadas y validadas ampliamente a nivel mundial, descritas en el presente informe. Es de recordar que estos mismos tipos de soporte, presentaron un comportamiento estructural completamente satisfactorio durante los 44 meses de la operación de los Túneles Originales de Desviación del propio Proyecto Ituango.
> Por otra parte, al analizar las condiciones morfológicas y geológico - geotécnicas prevalecientes en la superficie del terreno, en la zona donde se formó la chimenea, resultantes de análisis fotogeológicos, inspecciones de campo por parte de geólogos y geotecnistas de amplia experiencia y conocimiento de la zona y algunas perforaciones profundas, tampoco se evidenciaron características o rasgos que permitieran anticipar la posibilidad de un inadecuado comportamiento del macizo en el que fue excavada la Galería".

Sin embargo, como la metodología de análisis utilizada por los expertos del Consorcio Generación Ituango fue la de proponer causas hipotéticas para el estudio de la causa raíz de la contingencia mientras que la de los expertos contratados por las reaseguradoras fue comparativa en el sentido de comprender el proyecto desde lo ocurrido en los túneles originales de desviación y en la GAD, los estudios realizados por aquellos respecto de las causas hipotéticas enunciadas anteriormente no son suficientes para desvirtuar el dicho del informe aportado por MAPFRE, que además se sustenta en varios documentos elaborados por INTEGRAL.

En este contexto es preciso recordar que en el caso concreto no se está reprochando la causa raíz del colapso de la GAD ocurrido en abril de 2018 sino una conducta negligente que relajó el diseño, lo que lo convierte en un diseño precario, lo que contribuyó a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto ocasionando mayores inversiones y el lucro cesante por la no entrada en operación.

Por otro lado, en lo que respecta al estudio complementario al del Consorcio Generación Ituango[759], este documento se limita a realizar una critica metodológica en respuesta al documento principal y complementario elaborados por la firma SKAVA[760], que a su vez se centran en un estudio de lo ocurrido en el tramo inicial del sector 2 de la GAD, a través del planteamiento de múltiples hipótesis del colapso, por lo que en la valoración de los medios de prueba pertinentes, conducentes y útiles para el análisis de la segunda y tercera conducta reprochada a INTEGRAL tampoco conllevan a concluir si las modificaciones a los diseños fueron adecuadamente realizadas.

En tal medida, el argumento según el cual el Auto 1484 del 2020 “en lugar de desvirtuar las conclusiones del informe Causa Raíz preparado por el Consorcio, se limita a indicar que hubo «improvisación» determinante de la ocurrencia del daño” y que los documentos técnicos no han sido valorados conjuntamente, basándose enteramente en el informe preparado para las reaseguradoras para concluir que hubo un debilitamiento del macizo rocoso con la incorporación de la GAD, no dejan de ser expresiones retóricas que desconocen la diferencia entre la metodología adoptada por los diferentes documentos técnicos, sumado a que hacen caso omiso de los hechos generadores de la perdida de la inversión por destrucción del valor presente neto del proyecto y lucro cesante acreditados en esta actuación y erróneamente pretenden simplificarlo en la contingencia de abril de 2018, que si bien guarda una relación, no es un evento que constituya el daño en sí mismo.
En todo caso no se comprende la razón de las imputadas para afirmar que se impidió que los investigados pudieran controvertir el mencionado informe causa raíz y que este nunca se incorporó mediante auto, pues es evidente que tal documento fue decretado como medio de prueba documental por el Auto 933 del 08 de septiembre de 2020 y una vez fue allegado al expediente se encontró disponible para que los sujetos procesales lo conocieran, de manera que la falta de conocimiento o consulta de las piezas que conforman el plenario y de las decisiones que adoptó este Despacho en el curso del trámite no son causal alguna para que válidamente no se adopten las decisiones con base en el acervo probatorio sino que, por el contrario tal hipótesis concluiría en el absurdo de proferir decisiones de fondo exclusivamente con base en los medios de prueba que son aportados por los presuntos responsables, lo cual contraría la facultad de decretar pruebas de oficio de este órgano de control fiscal y el interés general que persigue el proceso de responsabilidad fiscal.

Indica el documento de descargos que:

---

[759] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 59/FOLIO 12749 ANEXOS VERSIÓN LIBRE DE ESTEBAN POSADA REPRESENTANTE LEGAL DE INTEGRAL/Anexo 11/20190429 Informe complementario Causa Raiz Final.pdf
[760] Ambos archivos, el del informe principal y el del complementario se encuentran en: /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Informacion_Adicional_Visita_26062019/Anexo 7

> "Si de veras se hubiese analizado el informe técnico preparado para las reaseguradoras en conjunto con otras pruebas, no se habrían calificado los diseños como factor contribuyente ni se habría concluido que hubo "un debilitamiento del macizo rocoso con la incorporación de la GAD al proyecto" (p. 395), ya que al menos tres informes contradicen tal conclusión. No está probado este supuesto debilitamiento (dado que el informe que presentó MAPFRE compara el diseño de la GAD con los diseños de los túneles de desviación originales, sin explicar por qué tenían que ser idénticos en atención a las condiciones de uno y otro terreno), y las premisas en las cuales se funda el informe son todas equivocadas, como se explica en el Anexo Técnico (Anexo 23 de este memorial)".

En este punto y con base en la metodología utilizada por el informe causa raíz presentado por MAPFRE, lo concluido en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 a efectos de establecer los elementos de la responsabilidad fiscal de INTEGRAL, fue que dicho informe compara el procedimiento adelantado en la planeación, diseño y construcción de los túneles de desviación originales del proyecto y en la galería auxiliar de desviación, que colapsó en abril de 2018, por lo que no es posible reducir el análisis adelantado por los expertos de las reaseguradoras ni las conclusiones de este proceso a que todos los túneles debieran ser iguales, sino que la experiencia de los túneles de desviación originales es indicativa dentro del proyecto para establecer la razón del colapso, que es la finalidad del documento, tal como además lo indicó la metodología de diseño de la compilación de cálculos de diseño I-M-2194-034-GYG-01-R0, y tales conclusiones respecto de la causa raíz del colapso serán pertinentes para este proceso en la medida que guarden relación con las conductas reprochadas.

En efecto, el ingeniero Gabriel Jaime Lacouture manifestó en diligencia de testimonio que:

> "el tercer túnel es un túnel convencional como cualquier túnel, construir ese túnel y ponerlo a funcionar es algo convencional, incluso el sexto informe de asesores lo dicen los asesores, el túnel no tiene ningún problema, hacer un tercer túnel no era problema el tema era que tenía que volver a hacer que el río Cauca que ya lo habían metido por dos túneles lo hiciéramos meter por un solo túnel, eso es como meter el agua en un embudo, entonces el tema era la tarea inicial de meter el agua, secar el río y hacer meter el agua, ya una vez el río se meta en el túnel no hay problema, y el túnel no tendría porqué fallar, porque es un túnel completamente convencional sin ninguna complicación, lo que es el túnel".

Sin embargo, de la misma afirmación del testigo se observa que en el contexto global del proyecto, la construcción del túnel no puede ser analizada aisladamente de su finalidad funcional, lo que conlleva a que necesariamente se establezcan una serie de relaciones entre los diferentes componentes del proyecto, como se realizó

por los expertos contratados por las reaseguradoras y a establecer la especialidad que implicaba la modificación en los diseños al añadir un nuevo túnel para la desviación.

Ahora bien, el escrito de descargos y el anexo "Análisis Informes Técnicos Skava y Reaseguradoras"[761] plantean que el informe preparado para las reaseguradoras del proyecto presenta una serie de errores, los cuales pasarán a ser desvirtuados para los efectos de esta actuación fiscal, reafirmando las razones que fundamentan que se haya acogido dicho documento técnico como elemento que acredita la culpa de INTEGRAL. En tal orden, los argumentos de defensa indican que:

- "No es cierto que el diseño de la GAD se hubiese "relajado" generando riesgos para la estabilidad del proyecto

i. Las representaciones estereográficas de las obras de margen derecha, en particular los túneles de desviación y la GAD, reiteran lo establecido en la etapa de diseño sobre las características del macizo

ii. Si se tiene en cuenta la longitud del túnel en que se encontró cada tipo de terreno, la calidad del macizo rocoso de la GAD es incluso mejor que la de las desviaciones originales.

iii. El potencial erosivo del flujo y el esfuerzo cortante de la GAD son menores a los que estaría sometido el TDD trabajando como único sistema de desviación (es decir, cuando se clausurara el TDI), ya que por los túneles de desviación originales alcanzaron a pasar unos 4226 m3/s el día 17 de mayo del 2017, generando un potencial erosivo de 6,6 kw/m2,mientras que por la GAD el caudal mayor que circulo fue de unos 1711 m3/s el en la media noche del día 12 de abril del 2018 generando un potencial erosivo de 4,9 Kw/m2.

(…)

iv. Las diferencias entre el diseño de la GAD y los túneles principales no afectó los factores de seguridad de diseño, que siempre fueron superiores a 1

1. El espaciamiento de 1,5 m al tres bolillo entre los pernos de bóveda en la GAD no afectó los factores de seguridad

2. La malla electrosoldada de D-188 cumplió los factores de seguridad requeridos

3. Las diferencias estaban justificadas por distintas premisas de diseño entre los túneles de desviación originales y la GAD: rangos de Q, cobertura de roca y factor de seguridad.

Al respecto se destaca que el análisis causa raíz realizado por las reaseguradoras indica que:

> "El macizo rocoso del TAD era más débil cerca de las zonas de cizalla que las suposiciones del diseño para el terreno Tipo III y se le permitió relajar más de

[761] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 96/FOLIO 20231 ER0139867/ Anexo 23 I-2194-PHI-010-AIT-SK-REA-001.pdf
/Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 96/FOLIO 20231 ER0139867/ Anexo 23 Resumen de objeciones.docx

> lo esperado según el diseño porque se realizaron avances de la cara antes de que curara la lechada. En consecuencia, la roca excavada no era controlada por el soporte instalado, y el soporte no fue aumentado para compensar la sobre-relajación de la roca, por ejemplo con soporte activo, para eliminar estas debilidades, tal y como se habría hecho si se hubiese implementado correctamente el MO, tal como se hizo en el TDI y el TDD. Adicionalmente, la malla de acero requerida para las zonas de cizalla no fue instalada en el lugar del colapso".

En tal orden de ideas y teniendo en cuenta la modificación introducida a los parámetros de clasificación del terreno que se estudiaron anteriormente, demostrando que la conducta de INTEGRAL estaba encaminada a obtener mayor clasificación de terreno tipo I, aun modificando los criterios adoptados y aplicados en el diseño y construcción de los túneles de desviación originales, lo cual es claramente aceptado en la memoria de calculo I-M-2194-034-GYG-01, así como en el documento Análisis Informes Técnicos Skava y Reaseguradoras, por lo que los argumentos comparativos traídos a colación en el escrito de descargos y desarrollados en este análisis no parten de los mismos criterios generales de diseño y por tanto no podrán ser acogidos.

Si bien el estudio de las reaseguradoras indica que la relajación del diseño no es por sí misma la causa exclusiva del evento de abril de 2018, el punto del método observacional será objeto de análisis al referirse a la cuarta conducta reprochada y en todo caso, la situación observada deja las debilidades del proyecto por ajustes en los fundamentos de clasificación de terreno realizadas en los diseños, sujetas al seguimiento del proceso constructivo.

Destacan los descargos como un segundo error:

- No es cierto que el diseño de la GAD fuese inadecuado

> i.No se requiere revestimiento de piso de manera general a lo largo del túnel ya que según quedó demostrado con la valoración del potencial erosivo, de la roca tipo III, II y I (donde no se proyectó revestimiento de solera en el piso) en las zonas de pero condición por efecto de las foliaciones que tenía resitúa entre 130 y 2000 KW/m^2, lo cual es mucho mayor al potencial erosivo generado por el paso flujo de las creciente de diseño (50 años con caudal evacuado por la GAD de 3027 m3/s) que alcanzaba los 26 Km/m^2. Además de esto, hay que decir que Skava en su informe decía;"...Se evaluó la resistencia a la erosión del macizo rocoso clasificado como tipo III promedio; del peor escenario de macizo rocoso tipo III encontrado durante la excavación; y de las zonas de cizalla. En esta tabla se puede ver que el potencial erosivo del flujo es menor al potencial crítico para el macizo Tipo III promedio y para el peor escenario de macizo rocoso Tipo III encontrado durante la construcción. Sin embargo, también se puede ver que potencial erosivo del flujo, determinado tanto mediante métodos numéricos como analíticos, es

mayor que el potencial crítico de las zonas de cizalla. Esto implica que es improbable que se genere erosión en el macizo rocoso clasificado como Tipo III, pero es probable que ocurra en las zonas de cizalla".

ii. Los túneles de desviación sin revestimiento son apropiados, cuando su uso es temporal (como en la GAD) tal como ser aclaro en el literal anterior.

iii. Aun cuando la mayor parte de la GAD tiene alta resistencia a la erosión según las condiciones de erodabilidad K, los pocos puntos de mala calidad en las inmediaciones de la abscisas km 0+600 tuvieron solera de concreto.

En este punto, se recuerda que las conclusiones del estudio causa raiz de las reaseguradoras señalaron:

"a) El diseño de la Central de un túnel de desviación fue debilitado para el TAD, de tal manera que no era robusto para una zona de cizalla conocida. Este diseño de soporte no era suficientemente robusto porque:

i. El espaciamiento entre pernos de roca en la bóveda fue aumentado tal que se instalaron 25% menos pernos de roca en la misma sección de la bóveda del túnel.

ii. La malla de acero de refuerzo fue cambiada tal que el concreto lanzado tenía menos resistencia a los movimientos de tierra que empujaban contra él.

iii. No había piso de concreto para prevenir la erosión de la roca.

b) Este diseño más débil era más sensible a las desviaciones de la geometría idealizada del techo circular esperada por el diseño de manera que era marginalmente estable, e inestable bajo ciertas condiciones de operación".

Así, se destaca que como la metodología utilizada para la elaboración del documento técnico preparado para las reaseguradoras realiza una contextualización de lo sucedido en el proyecto a partir de la experiencia de los túneles de desviación originales, se reitera que las condiciones modificadas de los criterios de clasificación de terreno y los soportes correspondientes, definidos en los diseños de la GAD, respecto de las utilizadas en el TDD y el TDI, que no se encontraron suficientemente fundamentadas, si bien no fueron causa exclusiva de la contingencia ocurrida, sí contribuyeron a que con una ejecución precaria manifestada en las actividades posteriores adelantadas por múltiples actores en la construcción de la GAD, diera lugar a la contingencia de 2018, dada la debilidad de los diseños.

En tercer y cuarto lugar, los argumentos de defensa plantean que:

- El informe para las reaseguradoras malinterpreta y/o tergiversa los levantamientos topográficos de la GAD realizados por INTEGRAL

i. Para determinar la calidad del macizo en la GAD, el informe ha debido tener en cuenta la proporción de túnel que representa cada uno se los

datos levantados, con el fin de evitar errores en la caracterización del terreno (ponderando los datos con la longitud del terreno)

ii. El grosor real de la cizalla encontrada en la excavación de la sección superior del túnel en la abscisa km 0+529,60 es inferior al considerado

iii. El informe supone, sin sustento, que la cizalla se proyectó hacia la solera

iv. El informe para las reaseguradoras confunde cizalla con mala calidad de la roca

- El informe para las reaseguradoras supone convergencias superiores a las reales, debido al error en los registros geotécnicos

i. Según los resultados de la instrumentación, las máximas deformaciones medidas al final de la construcción no superaron el 0,8%, siendo la mayoría de mediciones no superiores al 0,2%

ii. De ser cierta la clasificación que supone el informe, el soporte no habría permitido avances de 2.8 m

iii. Comparación de resultados analíticos y de modelación de la GAD

De estos puntos es necesario destacar que los registros geológicos de obra terminada utilizados por los expertos contratados por las reaseguradoras nuevamente son de la información documentada por INTEGRAL y las conclusiones que allí se enuncian son adoptadas explicando la fuente de la información consultada y las secciones concretas en que analizaron los fenómenos estudiados, información que se relaciona en el apéndice D3[762].

Finalmente, INTEGRAL destaca que:

- El informe para las reaseguradoras llega a conclusiones que requiere de premisas inexistentes

i. El informe para las reaseguradoras realiza los análisis a partir de los sectores con las mayores sobreexcavaciones, aun cuando ellos no coinciden con el sitio donde presuntamente se presentó el taponamiento de la GAD

- El informe para las reaseguradoras supone, equivocadamente, que se superaron las condiciones máximas de resistencia,

i. Con base en el análisis de caudales máximos se estimaron las condiciones extremas a las que podrían someterse los túneles de desviación para permitir el paso seguro de las crecientes de 50 años de período de retorno. Al respecto hay que aclara que el máximo caudal que paso por la GAD, fue de unos 1700 m3/s (el 12 de abril a la media noche) que equivale casi a la mitad del caudal estimado que pasaría durante la creciente de diseño (Tr 50 años donde se estimaba debería que pasarían unos 3027 m3/s por la GAD); por lo que desde este punto de vista se pude afirmar

[762] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 79/FOLIO 16629 USB MAPFRE/Informe Causa Raiz/References D.3/Ref 1 Integral (2018) As Built drawings with Geological Map and Installed Support

que el túnel de la GAD no estuvo sometido a mayores caudales del esperado y por tanto no se debieron haber superado las condiciones máximas de resistencia No es cierto que el túnel de desviación sólo debería operar a flujo libre.

ii. Todo los túneles de desviaciones construido para ejecutar este tipo de presas en el mundo entero, siempre están sometido a trabaja en condiciones de fujo libre y flujo a presión; así ha sido el estado del arte y las buenas prácticas de la ingeniería que se aplica a estos tipo de obras; y el caso de los túneles de desviación original de Ituango, así como la GAD, no es la excepción; por lo que no se puede afirmar que por el solo hecho de que el túnel haya trabajado a presión se hubieran superado las condiciones máximas de resistencia.

iii. Velocidad de diseño no equivale a velocidad máxima de operación. Como se presentado antes, la velocidad máxima a la que estuvo sometido el túnel de la GAD durante el paso del máximo caudal ocurrido el 12 de abril de 2018 fue de unos 10 m/s y la GAD para la creciente de diseño debería está sometido a velocidades de unos 17 m/s , por lo tanto tampoco se pude decir que este túnel estuvo sometido a condición no prevista en el diseño

iv. El modelo físico a escala reducida desarrollado en los laboratorios de LACTEC no reveló problemas de sumergencia o vorticidad inapropiados. Las bondades de esta transición se evidenció también en el modelo físico a escalar reducida realizado en los laboratorios de LACTEC en la ciudad de Curitiba, Brasil (ver ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.) donde no se detectaron efecto de pulsaciones , situación que también pudo observarse en campo durante la operación de la GAD y los túneles de desviación originales.

v. La GAD no sobrepasó las velocidades máximas admisibles para túneles de desviación sin revestimiento, referenciadas en la literatura técnica y las buenas prácticas de ingeniería

En la siguiente tabla se muestran los valores límites de velocidad siguiere el el Numeral “ 3.5.2 - Desvio Através de túnel” presentado en el manual “Criterios De Projeto Civil De Usinas Hidreléctricas”, de Eletrobras se define que “Nos túneis sem revestimento, a velocidade de escoamento máxima admissível será definida em função da resistência da rocha à erosão, não devendo ultrapassar os valores da tabela 3.3”.

TABELA 3.3

TEMPO DE RECORRÊNCIA	VELOCIDADE MÁXIMA
10 anos	15 m/s
100 a 200 anos	20 m/s
500 anos	25 m/s

Figura 1 Velocidades máximas admisibles en función del período de retorno.

Es de destacar que dicho manal presenta diferentes criterios técnicos para el diseño y construcción de centrales hidroeléctricas. El documento se

> generó el apoyo del CBDB (Comité Brasilero de Presas) y surgió como una iniciativa para uniformizar y definir los criterios utilizados en el desarrollo de los proyectos hidroeléctricos. El manual se basó en los modelos y manuales producidos por el USBR (Bureau of Reclamation), las concesionarias de energía eléctrica de Brasil y diferentes diseñadores.
> En conclusión, y como se detalla los informe de causa raíz emitido por Integral, para la condición de diseño, los túneles de desviación originales y la misma GAD no sobrepasaban las velocidades máximas admisibles para túneles de desviación sin revestimiento, referenciadas en la literatura técnica y las buenas prácticas de la ingeniería.
> Sobre lo anterior es de precisar que es normal encontrar otras referencias bibliográfica que tienen límites inferiores de velocidades para túnel revestidos en concreto lanzado (como fue el caso de la mayor parte de los túneles de desvío de Ituango), pero estas limitaciones están referenciadas a conductos diseñados para operación permanente (como los sistema de condiciones hacia la casa de maquinas) y no temporal, como es el caso los sistemas de desviación cuyas velocidades máximas se darían solo en caso de presentarse la creciente de diseño y por un tiempo limitado".

Tal como se ha venido insistiendo en el análisis realizado, este punto nuevamente incurre en imprecisiones que conllevan a entender que el reproche realizado a la conducta de INTEGRAL tiene una relación directa con el colápso de la GAD como si este evento constituyera el daño investigado, cuando lo cierto es que para la definición de la segunda y tercera conductas bajo análisis, el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 tomó como base la modificación a los diseños realizados por INTEGRAL para incorporar el SAD al proyecto, evidenciando, como se ha reiterado en esta providencia, errores en la definición de los diseños que permitieron calificarlos de precarios y que sumados a otras actividades realizadas por diferentes actores del proyecto conllevaron a que se perdiera la inversión por destrucción del valor presente neto con ocasión de mayores inversiones injustificadas.

Así, el diseño original comprendía el funcionamiento de los túneles de desviación izquierdo y derecho como sistema de desviación pero incluyendo para el proceso del llenado del embalse, el uso de sus correspondientes compuertas de cierre, las cuales permitirían la construcción de los tapones de concreto para el cierre definitivo de los túneles; por lo tanto funcionaron bien, pero su construcción no contó con la construcción e instalación de sus respectivas compuertas estipuladas y necesarias dentro del diseño original, motivando con esto la construcción de la GAD, ayudando este ultimo al proceso de pre taponamiento de los túneles de desviación originales.

En tal orden de ideas, la lectura que INTEGRAL realiza del estudio hecho para las reaseguradoras del proyecto, que no se centra en los hechos que dieron lugar a la perdida del valor presente neto sino concretamente en el colápso de la GAD, no tiene en cuenta la diferenciación anteriormente planteada al pretender establecer si los errores identificados por tal documento técnico se presentaron en el sitio donde se presentó el taponamiento de la GAD o no, pues independientemente de las

actividades que le fueran exigibles a INTEGRAL al momento de la contingencia, se ha acreditado negligencia de su parte desde el mismo momento en que se realizó la modificación de los diseños, tal como lo comprenden la segunda y tercera conducta reprochadas por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 y adicionalmente esos diseños -ya precarios- fueron desmejorados en su ejecución en la etapa constructiva en la que intervinieron otros actores.

Por otro lado, se indicó en los descargos que "haber prescindido de la instalación de las compuertas en los dos túneles de desviación fue una decisión adecuada, siendo posible modificar los "inmodificables", dados los retrasos que tenía el proyecto (no imputables a INTEGRAL), al punto que un aplazamiento en el desvío del río habría causado graves perjuicios", pues en su entender:

> "el solo hecho de que, a petición de EPM y luego de los análisis e investigaciones de rigor, INTEGRAL hubiese cumplido su rol de asesor durante la construcción presentando los diseños de una alternativa que, además de viable, era necesaria, no puede asemejarse a una suerte de vulneración del contrato o de la ley, máxime cuando la misma Junta de Asesores o Board de Expertos participó en el análisis de las alternativas para suplir la falta de cierre de las compuertas".

En este punto se indicó que "EPM tomó la decisión de implementar la GAD antes de que hubiesen culminado los estudios y discusiones al respecto (…) que, a la postre, terminaron corroborando que era esa la mejor de las alternativas que propuso INTERTECHNE".

Sobre la decisión de prescindir de la instalación de las compuertas es necesario destacar que el hecho de que fuera posible modificar los inmodificables no la hace una decisión adecuada, por el contrario, la hace una decisión que llama la atención por requerir un control adicional de la sociedad Hidroituango al implicar alteraciones en el primer hito del contrato BOOMT. Adicionalmente, como bien lo afirma el escrito de descargos, la decisión fue tomada desde antes que se culminaran los estudios y discusiones sobre el particular, sin que en tal momento se planteara salvedad alguna por parte de INTEGRAL, quien si bien no podía tomar la decisión, influía en el concepto favorable o desfavorable que se adoptara, y ante el desconocimiento de la favorabilidad que a la postre tendría la decisión, la postura prudente esperada no es la de asumir silenciosamente que la unilateralidad de la decisión la hace adecuada, o cuando menos que su omisión de llamar la atención oportunamente sobre este punto no le fuera reprochable al ser claro que como asesor influía en la gestión fiscal de los recursos del proyecto Hidroituango para la materialización del principio de planeación y consecuente cumplimiento de los fines del Estado.

Ahora bien, los estudios realizados posteriormente por INTERTECHNE, como se indicó anteriormente, fueron realizados sobre la base de la decisión ya adoptada de haber prescindido de la instalación de compuertas y construir un tercer túnel en el marco del SAD, por lo que, lo correcto es afirmar que los estudios elaborados por

tal firma precisaron la forma adecuada para construir dicho sistema y no como se insinúa en el escrito de descargos, que tal informe avalara la construcción del sistema auxiliar de desviación como una modificación de los diseños originales, pues las alternativas que INTERTECHNE analizó fueron propuestas con base en diferentes fuentes, entre ellas la información entregada por INTEGRAL como diseñador y asesor en etapa constructiva, así como de los otros intervinientes en el proyecto.

Así mismo, las imputadas destacaron que existió una precaria estructuración del contrato con ATB RIVA CALZONI S.P.A., lo cual fundamentó en el escrito de descargos aportado por el apoderado de las sociedades Ferrovial Agroman Chile S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A. “En reorganización” (miembros del Consorcio Túneles Ituango FS – En adelante CTIFS), en el sentido de que “en la programación y contratación de estas compuertas (por un motivo que desconozco pero que desde ningún punto de vista puede ser atribuible a INTEGRAL) no se tuvo en cuenta el programa de ejecución de las obras de desviación, lo cual probablemente explica la DECISIÓN UNILATERAL DE EPM de construir el tercer túnel, pues no tendría las compuertas operativas ni siquiera en la nueva fecha de desviación”.

Según lo indicado en los descargos, mediante el oficio D-PHI-CCE-ADM-1-C4566, INTEGRAL advirtió sobre atrasos y deficiencias de CTIFS, destacando que el estado del proyecto en tal momento hacían de la GAD la mejor alternativa, mitigando los riesgos geológicos y las dificultades para la instalación de las compuertas, el riesgo de embalsamiento prematuro y sobrepaso de la presa durante la construcción, así como también implicaba menores costos que aplazar un año la entrada en operación de la presa.

Sobre el particular se destaca que el reproche realizado a la conducta desplegada por INTEGRAL no es por no haber tenido en cuenta el programa de ejecución de las obras de desviación en la contratación de las compuertas con ATB RIVA CALZONI S.P.A., pues el control de tal negocio resulta ajeno a su rol como diseñador y asesor, tal situación se evidencia en que como lo expresa el aparte citado, la decisión adoptada por EPM de prescindir de la instalación de las compuertas fue de orden unilateral, en su rol de contratante, sin embargo, lo que se echa de menos es que INTEGRAL no advirtiera los riesgos previsibles de tal decisión, dando por hecho que era la mejor alternativa desde el momento en que se adoptó por parte de EPM, aun cuando ni siquiera se contaba con estudios terminados sobre la viabilidad de las modificaciones, descartando que el BOARD de expertos manifestó la posibilidad de acelerar la construcción de la presa y no la desviación del río, pues en aquel periodo aun se contaba con la posibilidad en tiempos para tomar esta alternativa.

Por otro lado, de acuerdo con lo manifestado por el testigo Tito Tulio Martínez en declaración del 13 de julio de 2021[763] ante la pregunta ¿Usted tuvo conocimiento de si esas compuertas estaban o no estaban listas o estaban en proceso de construcción al momento en el cual se estaban construyendo los túneles y más o menos si iban a estar listas o no al momento del cual debían estar instaladas?, indicó:

> "las compuertas que estaban previstas para los 4 ramales de entrada en los dos túneles de desviación eran las compuertas que no se iban a instalar en el momento de la desviación del río. Lo que se tenía que instalar era toda la parte correspondiente a los embebidos metálicos de las guías y las cajas de protección de esas guías, para que no se fueran a dañar durante la desviación del río. Pero esos elementos eran del alcance de CITFS y ese contratista CITFS contrató la construcción de esos elementos metálicos de embebidos, de guías y de cajas de protección y todo, con una industria que se llama, de Medellín industria *CENO* y esos elementos pues, llegaron a la obra y estaban en obra. Las compuertas no habían llegado porque es que las compuertas estaba previsto montarlas posteriormente, antes del desvío, entonces eso era un proceso de licitación que tenía EPM de equipos electromecánicos por separado".

Por otro lado, del análisis de la comunicación D- PHI-CCE- ADM-1-C4566[764], que se refiere a la respuesta a solicitud realizada por EPM a INTEGRAL, se observa que en la misma INTEGRAL advierte sobre los incumplimientos de otros actores en el proyecto, más sin embargo la misma data del 27 de septiembre de 2019, por lo que en todo caso, no tiene la virtualidad para atacar el reproche realizado a INTEGRAL, pues este se refiere a hechos anteriores al colápso de la GAD en abril de 2018.

Adicionalmente, las imputadas en sus escritos de descargos indican que no es cierto que no se hubiesen realizados diseños específicos para el tercer túnel y que adicionalmente en su construcción se aprovechó la experiencia y aprendizaje obtenidos en la construcción de los túneles originales, pues la GAD contaba con un Manual de Desviación, donde aparecen las actividades que debían realizarse antes y durante la desviación.

Ante este punto es necesario destacar que el hecho de que existiese un Manual de Desviación del Río Cauca por la GAD, que precisara las actividades previas, concomitantes y posteriores a la desviación no da fe que este tercer túnel tuviera unos diseños independientes que a su vez garantizara la estabilidad y factores de seguridad, que son los puntos destacados al calificar la conducta de INTEGRAL en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, en efecto, resulta lógico que ante la modificación del proyecto por la incorporación de un nuevo túnel, existieran

[763] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 133/FOLIO 27606/ UCC-PRF-014-2019 TESTIMONIO TITO TULIO MARTINEZ CIFUENTES-20210713_090620-Grabación de la reunión 1.mp4
[764] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\E-

modificaciones operativas como las introducidas por el Manual de desviación del túnel e incluso existieran planos que orientaran las variaciones para la construcción de la GAD, sin embargo, ello por sí mismo no demuestra que INTEGRAL no haya actuado negligentemente al no haber presentado salvedad alguna a la modificación de los diseños para implementar la GAD que le fue encargada o al asumir que las salvedades propuestas por el BOARD de asesores no cobraba importancia, aun después de los estudios realizados por INTERTECHNE y de los modelos puestos a prueba en el laboratorio de LACTEC, pues su rol dentro del proyecto (diseñador – asesor en etapa constructiva) le permitía una evaluación de las decisiones desde una concepción mucho más amplia del proyecto que sencillamente acatar irrestrictamente una decisión unilateral.

Así las cosas, si bien la experiencia de los túneles de desviación izquierdo y derecho resultaba indicativa para los diseños de la GAD en cuanto a la estabilidad, erodabilidad, calificación y clasificación del terreno existen variables que influían en el estado del macizo una vez intervenido por la construcción de los túneles derecho e izquierdo, que hacen necesarios estudios posteriores al realizado por INTERTECHNE que concreten el modelo analizado en un diseño efectivamente aprobado.

En todo caso INTEGRAL reafirma que los diseños del SAD fueron adecuados, para lo cual destaca que SKAVA Consoulting, el informe causa raíz entregado en la versión libre rendida antes de imputación y la firma Lombardi lo reconocen así, y que aunque el informe preparado para las reaseguradoras del proyecto indica que existieron debilidades en el diseño, no se explica como ellas incidieron en el colapso, sin embargo al respecto es necesario remitirse a los argumentos antes expuestos en cuanto a la diferenciación del daño contractual que estudia el documento preparado para las reaseguradoras y el daño fiscal que investiga esta actuación, así como la influencia de algunos factores demostrados en aquel contexto que resultan de relevancia para este.

Las imputadas reiteran que el informe preparado para las reaseguradoras reconocen que el túnel no fue construido de acuerdo con el diseño, frente a lo cual INTEGRAL manifestó en varias ocasiones que nunca hubo desacuerdo sobre quién debía remediar los problemas constructivos, los expertos malinterpretaron los levantamientos geológicos, nunca se superaron las condiciones de resistencia de roca y no se requiere revestimiento de piso de manera general a lo largo del túnel, pues la resistencia típica de la roca (USC aprox. 70 MPa) es superior a la del concreto.

Sobre este punto se destaca que los puntos reiterados fueron analizados al estudiar los argumentos del anexo 23 del escrito de descargos, en el que se formularon los que a juicio de INTEGRAL fueron los errores del análisis preparado para las reaseguradoras, sin embargo, ellos fueron desvirtuados para los efectos del proceso de responsabilidad fiscal, confirmando los elementos acreditados en el

Auto 1484 del 2020, en el contexto de las responsabilidades que desde la perspectiva fiscal le eran exigibles a INTEGRAL, teniendo en cuenta su rol de diseñador y asesor en el proyecto, independientemente de la responsabilidad que pueda derivarse para otros actores.

INTEGRAL también indica que "no es cierto que (…) ejecutase sin reparo toda instrucción de EPM. (…) Lo que se hacía era analizar una a una, muchas de las cuales fueron rechazadas e incluso llevaron a tensiones entre las partes, puesto que el criterio de INTEGRAL siempre fue expuesto con total independencia, previos los análisis de rigor", lo cual acredita trayendo a colación el Acta de Comité de Diseño y Construcción No. 85.

Sin embargo, en este punto se aclara que el Acta de Comité de Diseño y Construcción No. 85 no propone elementos relevantes en el contexto reprochado, pues su contenido no es idóneo para demostrar que la alternativa de modificación de los diseños resultaba adecuada en el contexto de las salvedades formuladas por el BOARD de asesores ni tampoco para acreditar que INTEGRAL expuso a EPM salvedades semejantes sobre la alteración de la desviación del río Cauca respecto de los diseños originales.

En efecto, dicha Acta de Comité de Diseño y Construcción No. 85. Data del 14 de mayo de 2015 y como la decisión de modificar el diseño de la GAD tuvo lugar en noviembre de 2015, las situaciones que allí se referencian no guardan relación con la conducta reprochada.

Finalmente, se expuso que es falso que las especificaciones técnicas para el tercer túnel y/o las actividades de desviación del río Cauca fuesen erróneas, argumento desarrollado al referirse a la cuarta conducta reprochada, por lo que será igualmente analizado en tal contexto.

SOBRE LA CUARTA CONDUCTA REPROCHADA:

> *"No haber realizado un riguroso seguimiento metodológico de observación a la implementación de los diseños de la galería auxiliar de desviación (GAD) que hace parte del sistema auxiliar de desviación (SAD), que condujo a omitir la incorporación de los soportes necesarios para este túnel, en el que se presentó la contingencia de abril de 2018, elemento determinante que contribuyó a la causación del daño".*

En primer lugar INTEGRAL aclara que el método aplicable era el de diseño predefinido (MDP) y no el método observacional (MO), pues indica que este no corresponde a sus obligaciones contractuales ni a la práctica estándar en Colombia. A efectos de ilustrar la diferencia entre tales métodos expone:

"(…)

El Método de Diseño Predefinido	El Método Observacional
Normalmente un grupo de parámetros del suelo: p.ej moderatamente conservador o valores characteristicos (EC7) – pero puede hacerse estudio paramétrico.	Se considera el rango de parémtros esperables del suelo: p.ej má probable y más desfavorable.
Un diseño y un grupo de predicciones basado en consideraciones limitadas del método de construcción.	Dos o más diseños y métodos de construcción se desarrollan de manera suficiente para incluir predicciones para los criterios de desencadenamiento.
Una opción de método de construcción se puede esbozar de manera suficiente para que el diseño progrese. Esta opción es subsecuentemente desarrollada por el contratista en la definición del método.	Se hace una definición flexible del método de construcción que puede incorporar cambios en el diseño y estrategias de modificación. Es a menudo desarrollado de manera conjunta por el contratista y el diseñador.
El monitoreo se limita a verificar que las predicciones no sean excedidas.	Monitoreo eshaustivo y robusto que se revisa regularmente como base para el manejo y la toma de decisiones.
Es improbable que se excedan las predicciones. Por lo tanto, el programa de construcción no está limitado por los resultados del monitoreo. Si las predicciones se exceden entonces se desarrollan condiciones imprevistas y el trabajo puede necesitar pararse mientras el problema se resuelve.	El diseño, método de construcción y el programa de construcción puede cambiar dependiendo de la revisión de los resultados del monitoreo.

(…)"

Continúa indicando que, dadas tales diferencias, y teniendo en cuenta que el MDP era el aplicable, es importante tener en cuenta las siguientes precisiones derivadas del archivo titulado "Acerca del método observacional"[765]:

> "(i) en los diseños se utilizó un grupo de parámetros moderadamente conservadores, y no dos juegos de parámetros;
> (ii) se definió un diseño y un grupo de predicciones basadas en condiciones esperadas de construcción. No se tenían dos diseños y dos métodos de construcción suficientemente desarrollados;
> (iii) el proceso constructivo no era un trabajo concertado entre el Contratista y el Diseñador, ni había un método de construcción flexible. Por el contrario, según las Especificaciones Técnicas el Contratista es responsable de proponer, antes de iniciar trabajos, el método constructivo que pretende analizar, el cual debe ser oportunamente aprobado;

[765] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 107/FOLIO 22275 ER0040116/ Anexo 3. Documento Titulado - Acerca del Método Observacional.pdf

> (iv) el monitoreo durante construcción de los túneles seguía las prácticas normales y no era diseñado según requisitos del MO;
> (v) las predicciones de deformación no se excedieron, el programa de construcción no estaba limitado por los resultados del monitoreo. Es decir, el contratista no tenía que esperar y no esperaba a que el diseñador le indicara si con base en el monitoreo debía alterar su programa de construcción".
> INTEGRAL también indica que "el contrato de asesoría durante la construcción es por demanda" por lo que "las actividades de Asesoría contratadas con el Consorcio no suponían reemplazar al Contratista CCCI, ni al Interventor, ni mucho menos a EPM como dueño del Proyecto. Por el contrario, se trata de una serie de actividades a ejecutar, a pedido de EPM y en la medida que esta lo necesitase".

Sobre este punto conviene señalar que el documento causa raíz preparado para las reaseguradoras indicó que:

> "El Método de Observación es un procedimiento reconocido en el que se verifica constantemente un diseño sólido a través de la interpretación de los datos de monitoreo y se reajusta siempre que sea necesario. El MO se usa para verificar que el diseño implementado durante la construcción funciona de conformidad con los requisitos del proyecto y el comportamiento previsto. El rendimiento esperado de la obra se define durante el diseño. El rendimiento se mide y monitorea durante la construcción a través de observaciones, que por lo general se realizan a través de instrumentación y monitoreo. El diseñador debe interpretar y analizar de manera proactiva las observaciones durante la construcción frente al diseño y esta comparación es la base para modificar el diseño para responder de manera oportuna a las condiciones reales de campo".

Así las cosas, la interpretación para valorar las conclusiones de tal informe en lo pertinente a este proceso de responsabilidad fiscal deberá atender a dicho alcance, que además limita la imputación realizada a INTEGRAL, pues de conformidad con el desarrollo que las imputadas han tenido en el proyecto, resulta razonable concluir que sus obligaciones no se limitaban a predefinir un diseño, tal como lo demuestra su rol como asesor en etapa constructiva y su participación en el contexto del Comité de Diseño y Construcción.

En efecto, la necesidad del contrato de asesoría (Contrato 2011-009) se estableció con fundamento en que podría necesitarse de INTEGRAL durante la etapa constructiva para tratar asuntos "*sobre la interpretación y alcance los planos, especificaciones y documentos de diseño, y para las soluciones de ingeniería, de problemas técnicos que puedan presentarse durante su ejecución, o para ajustarlos a las características de los equipos o a condiciones del terreno imprevisibles o diferentes a las establecidas durante las investigaciones, o en los casos en que por*

la naturaleza de la obra y de la información necesaria para el diseño, su ajuste y diseño definitivo queden supeditados a la información que se obtiene durante el mismo proceso de construcción", previendo incluso la posibilidad de realizar rediseños, dada la naturaleza de la obra.

Así mismo, en cuanto a la participación de INTEGRAL en los Comités de Diseño y Construcción es necesario destacar que allí le fueron expuestos diferentes situaciones que requerían de su concepto a fin de que los diseños fueran adecuados a las necesidades y particularidades de la construcción, de manera que aun en el proceso constructivo la asesoría adelantada por INTEGRAL implicó un papel determinante para que la obra se desarrollara según los objetivos y cronogramas inicialmente dispuestos, para el desempeño de las tareas encargadas a los diferentes actores.

Es claro que la asesoría no contempla actividades que tengan la virtualidad de reemplazar el rol de los contratistas constructores o interventor, ni mucho menos a EPM como contratante o a la sociedad Hidroituango, sin embargo, sí resulta claro que el resultado de esta asesoría condicionaba el conocimiento que los actores estratégicos del proyecto tuviesen, así como también operaba como una suerte de filtro técnico en relación a lo que estuviese ocurriendo en la obra, dada la naturaleza de las actividades que le eran encomendadas, estando en la posibilidad de llamar la atención sobre las situaciones irregulares que de su posición evidenciara.

Sobre la forma en que se practicaba la comunicación entre los diferentes actores del proyecto resulta relevante la declaración del testigo Tito Tulio Martínez Cifuentes[766] en la que indicó:

> "Nosotros el sistema de comunicaciones que estaba establecido por EPM era que la asesoría se comunicaba con EPM y nosotros como interventoría recibíamos comunicaciones de EPM, nosotros no teníamos ninguna comunicación con la asesoría. La asesoría tampoco tenía ninguna comunicación directa con, o sea contratista-asesoría no tenían relación de comunicación"

Y precisó que "*La relación para conectar el contratista con la asesoría era a través nuestro*", siendo ellos la interventoría, destacando que sumado a las comunicaciones escritas que pasaban por los canales anteriormente enunciados, uno de los espacios para llevar los asuntos planteados por el contratista era el Comité de Diseño y Construcción, en el que "*se trataban muchos temas de procedimientos constructivos, de ajuste, de control de materiales, de oportunidad de materiales en la obra, de la parte de seguridad industrial e inclusive algunas partes también tocamos temas ambientales, temas de seguimiento de programa temas de resultados de calidad de obra, todos esos temas y los temas que tenían que ver específicamente con diseño, alguna modificación, alguna cosa que tocaba el diseño era lo que llevábamos nosotros al comité de diseño*".

---

[766] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CP 133/FOLIO 27606/ UCC-PRF-014-2019 TESTIMONIO TITO TULIO MARTINEZ CIFUENTES-20210713_090620-Grabación de la reunión 1.mp4

En tal orden, la imputación realizada bajo el concepto de método observacional desarrollado por el estudio causa raíz preparado para las reaseguradoras no resulta excluyente del rol adelantado por INTEGRAL en el proyecto pues involucra algunas de sus obligaciones como asesor, independientemente de las diferencias doctrinales que las imputadas traen a colación, pues para el reproche realizado en esta actuación el método de observación fue entendido y limitado al papel que INTEGRAL desempeñaba, que como se ha insistido en esta providencia, iba más allá de hacer la entrega de unos diseños predefinidos.

Según lo exponen las imputadas, "resulta contradictorio que, por un lado, se atribuya la causa del colapso a supuestos errores en las especificaciones técnicas (sin indicar cuáles son o cómo causaron o contribuyeron al daño) y, al tiempo, se atribuya la contingencia en parte a la falta de seguimiento de las mismas especificaciones, suponiendo en cambio que de haberse aplicado correctamente se habría evitado el colapso (y que, por tanto, las especificaciones eran correctas y necesarias)".

Al respecto se precisa a INTEGRAL que tal como se ha insistido en esta causa fiscal, si bien los presupuestos de diseño presentaban debilidades, tal diseño fue ejecutado sin el seguimiento necesario por parte de diferentes actores, omisión que conllevó a que se presentara el colapso de la GAD de abril de 2018. Así lo expusieron los expertos contratados por las reaseguradoras del proyecto al concluir:

> "Se afirmó que el TDI y el TDD habían funcionado satisfactoriamente durante cuatro años de operación, por lo que la Asesoría utilizó la experiencia y datos de estos y otros túneles para optimizar el diseño del soporte del TAD. El soporte del TAD fue, sin embargo, más ligero comparado con el del TDI y el TDD, de tal manera que el soporte del TAD era vulnerable a una forma altamente irregular, la erosión y los cambios de presión del agua. Además, el análisis de la Asesoría mostró que el soporte tenía que instalarse completamente y estar funcionando antes de avanzar la cara del túnel".

Dado lo anterior, si bien los presupuestos de diseño eran vulnerables, el desarrollo de la observación no se realizó adecuadamente y el resultado de tales diseños precarios sumados a la observación inadecuada fue el colapso de la GAD en cercanía de la abscisa 0+540, por lo que ni en el Auto de imputación ni en ninguna oportunidad se ha afirmado que sean las tareas de diseño la causa exclusiva de tal contingencia, sino por el contrario, que ha sido la suma de una serie de situaciones, que guardan relevancia para esta actuación en la medida que contribuyan al daño que acá se investiga, que no es el colapso de la GAD sino la perdida del valor presente neto del proyecto y el lucro cesante, en la que influyó tal colapso pero que no se vio determinada por aquel.

Sin embargo, INTEGRAL indica que las especificaciones técnicas para la construcción definen los soportes y tratamientos apropiados, lo cual no implica que los registros de excavación, mapeos geológicos y la elección de los soporte sea

tarea suya, dada la distribución de funciones y la aplicación del MDP que, según su dicho, era el exigible, tal como lo ejemplifica el Acta No. 85 del Comité de Diseño y en las notas de campo obrantes en la carpeta No. 93 del expediente.

Al respecto, es necesario destacar que el desarrollo de las actividades en obra demuestran que si bien los soportes y tratamientos estaban determinados en las especificaciones técnicas, la asesoría al realizar los mapeos geológicos, que sí estaban a cargo suyo, podía hacer observaciones como parte de sus actividades de asesoría. En efecto, el testigo Tito Tulio Martínez explicó que:

> "Ese mapeo de acuerdo con las especificaciones técnicas estaba previsto que los ejecutaría personal experto geología tenían del contratista y de la asesoría. Supongo que el contratista hacia sus evaluaciones también y hacia sus planos y la asesoría pues hacia el levantamiento en campo con sus expertos y esa información se la llevaba pues para su oficina, eso es lo que a mí me consta
> (…)
> El mapeo geológico estaba establecido por especificaciones técnicas de que tenía que hacerse a cada avance, o sea si yo en la excavación de un túnel avanzo 2.5 m ahí a los 2.5 m se tiene que parar la obra, hacer la limpieza correspondiente dar las condiciones de seguridad para que el personal encargado de mapeo entre y haga la verificación. Si se hace otro avance que sea un poquito más corto o más largo que eso siempre se hacía el mapeo antes de continuar.".

Así se evidencia del contenido de las especificaciones técnicas[767] elaboradas por INTEGRAL que dice:

> "3.1.1.1 Aspectos Generales
> A continuación se describen algunos aspectos generales relativos a las excavaciones subterráneas, los cuales se tratan en detalle más adelante, en este capítulo.
> (…)
> • Mapeo geológico. EPM realizará en todos los frentes, a medida que avanza la excavación, el mapeo de la superficie expuesta, registrando aspectos como litología, diaclasas, flujos de agua, y cualquier otro accidente que presente. Si el contratista ejecuta túneles piloto, el mapeo se hará en la medida que el avance lo permita en cada túnel piloto; el Contratista no podrá iniciar el ensanche del pozo o túnel antes de que se termine el mapeo. El Contratista prestará toda la colaboración que EPM requiera para realizar el mapeo y lo mantendrá informado de las voladuras en las zonas que requieran protección con concreto lanzado, con el fin de que el mapeo se pueda realizar antes de que se cubra la roca.
> (…)

[767] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 79/FOLIO 16629 USB MAPFRE/Informe Causa Raiz/References B.1/Ref 9. Especificaciones Técnicas de Construcción.pdf

3.1.1.2 Clasificación de la roca

Para establecer los sistemas de soporte temporal y definitivo de las excavaciones de las obras subterráneas, las condiciones de la roca se han clasificado en cuatro tipos según la clase de material y la calidad del mismo, que requieren secuencias de excavación y de soporte diferentes por presentar comportamientos diferentes, así: Sección tipo I, Sección tipo II, Sección tipo III y Sección tipo IV, dependiendo de los valores del parámetro Q (Índice de calidad de la roca del Instituto Geotécnico de Noruega), como se indica en los planos.

En esta clasificación deberán intervenir el ingeniero o geólogo del Contratista y el ingeniero o geólogo de la Asesoría, los cuales deberán dejar los formatos debidamente firmados en un tiempo no mayor a las 24 horas posteriores a un avance determinado. En caso de no presentarse acuerdo entre las partes, el caso específico pasará a estudio de EPM en un lapso no mayor a las 72 horas. En este último caso, el Contratista deberá ejecutar los trabajos que le ordene EPM y proseguirá las actividades normales del contrato. La decisión que tome EPM no eximirá al Contratista de su responsabilidad en la excavación y soporte de la obra subterránea. La participación obligatoria de personal competente de EPM y del Contratista en la clasificación del terreno, trata de eliminar la posible subjetividad que se pueda presentar en la clasificación de la roca durante las excavaciones.

Por lo anterior, la hoja de vida del ingeniero Geotecnista y/o Ingeniero Geólogo encargado de la clasificación geotécnica por parte del Contratista será puesta a consideración y aprobación de EPM por lo menos 60 días antes de iniciar los trabajos de excavación. EPM podrá rechazarla debiendo el Contratista proceder con la presentación de otra hoja de vida para consideración y así sucesivamente, hasta que EPM apruebe finalmente al profesional encargado de este aspecto del proyecto.

El refuerzo de la roca en las excavaciones de las obras subterráneas estará constituido por pernos o barras de acero y concreto lanzado aplicado por vía húmeda, reforzado con fibra de acero o malla electrosoldada, de acuerdo con lo mostrado en los planos o lo señalado por EPM. En la sección de roca tipo IV se deberán usar perfiles de acero estructural para soporte, de acuerdo con lo mostrado en los planos o lo indicado por EPM. Los procedimientos de excavación y soporte, de las obras subterráneas, dependerán de la clasificación del tipo de terreno encontrado, que se realizará en el frente de excavación por el Contratista y EPM, de acuerdo con los parámetros de clasificación establecidos en los planos correspondientes a cada una de las obras subterráneas. Si existieren discrepancias entre las partes sobre la clasificación del tipo de terreno, EPM la definirá; esa decisión no relevará al Contratista de su responsabilidad contractual en la excavación y soporte de las obras subterráneas. No se reconocerá al Contratista el soporte colocado sin la aprobación previa de EPM.

En el numeral 3.1.3 de este Capítulo se establecen los porcentajes de la longitud por excavar en cada tipo de terreno para las obras subterráneas. Estos valores son aproximados y reflejan la distribución estimada de los tipos de terreno que se espera encontrar en desarrollo de las excavaciones. No obstante, teniendo en cuenta que dichos porcentajes podrán variar en relación con los estimados originalmente y dar lugar a modificaciones en los plazos contractuales de construcción de las obras subterráneas, en el numeral 3.1.3 se establece un

> procedimiento para efectuar ajustes de los plazos de construcción y de los costos reconocibles al Contratista por las variaciones en la distribución de los tipos de terreno realmente encontrada, distinta a la esperada.
> En los planos y en el documento: "Caracterización geológica y geotécnica" se presenta información sobre las características geológicas y geotécnicas de las formaciones en que se excavarán los túneles y demás obras subterráneas, incluyendo registros de perforaciones, ensayos y otras exploraciones efectuadas en esos sitios.
> Para efectos de pago de las excavaciones subterráneas, se considerará como: Excavación en roca a las excavaciones ejecutadas en las rocas Tipos I, II y III, y Excavación en roca descompuesta y/o suelo a las excavaciones ejecutadas en la roca Tipo IV" (negrilla fuera de texto).

Entonces, bajo tal contexto, si la asesoría participaba del mapeo geológico podía realizar salvedades y observaciones como fruto de las actividades desarrolladas sin que ello lo convirtiera en una suerte de interventoría, sino que por el contrario aseguraría diligentemente el cumplimiento de sus obligaciones futuras. No obstante, INTEGRAL indica que las notas de campo que obran en el expediente permiten además demostrar que la Asesoría no tenía presencia permanente en obra y que ella solo participaba a petición de la interventoría en visitas de campo conjuntas, en las que "lo que INTEGRAL terminaba encontrando y documentando era que en ocasiones sus recomendaciones no eran seguidas, y hacía los requerimientos para que hubiese controles más estrictos. Como ejemplo de ello están las Notas de Campo NC-390-16 y NC-409-16 (Anexos 9 y 10), donde la Asesoría puso de presente que la información que se le había entregado a la Asesoría para análisis estaba incompleta y que el constructor no seguía los diseños. Estas actas demuestran, de paso, que el conducto oficial entre la Asesoría y el Contratista era a través de EPM y de la Interventoría".

Sin embargo, en relación con el mapeo geológico el Despacho preguntó al testigo Tito Tulio Martínez "si se dio algún evento en el que por la razón que fuera y de manera definitiva no se hizo un mapeo geológico que debería haberse hecho", ante lo cual contestó que "siempre se hizo el mapeo", lo cual es indicativo de que INTEGRAL estaba en la posición para identificar las irregularidades que determinaron el colapso de la GAD y en todo caso, no las advirtió. Sumado a lo anterior, es claro para este Despacho que INTEGRAL no solo tenía conocimiento de lo sucedido en la obra a partir de lo que ocurriese al realizar el mapeo geológico sino que además se realizaban recorridos con el fin de documentar información necesaria para sus actividades de asesoría como fue indicado por el ingeniero Martínez al señalar:

> "el personal de asesoría permanentemente está en los frentes de obra, está haciendo recorridos por diferentes frentes de obra y solamente hay una reunión citada por el interventor a los representantes del contratista y la asesoría para la clasificación de terreno en el momento en que los frentes están listos para esa tarea. Pero la asesoría está haciendo permanente seguimiento y así lo han expresado la asesoría en comunicaciones como la ADM-1C4264 del 26 de noviembre del 18 en la que ahí claramente dice que ellos tienen suficiente personal y hacen sus recorridos y fijan los rasgos y hacen todo el seguimiento a la obra también desde el punto de vista de diseño".

Al respecto es necesario destacar que dadas las condiciones en que se produjo la implementación del Sistema Auxiliar de Desviación al proyecto, lo destacado por el estudio causa raíz preparado para las reaseguradoras del proyecto fue que no se adelantó el método observacional por los diferentes actores en lo de su competencia, así las cosas, aunque existieron algunas situaciones particulares de diseño que fueron estudiadas al analizar el segundo y tercer reproche realizado a INTEGRAL mediante el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, el incumplimiento de las especificaciones técnicas y en general la identificación de las debilidades que se presentaron en el diseño y construcción de la GAD habrían sido advertidas de haberse desarrollado el método observacional que era exigible y que estaba en posibilidad de realizar, según se deriva del cumplimiento de las especificaciones técnicas, el análisis de las obligaciones del contrato 2011-009 y tal como lo confirmó el ingeniero Martínez Cifuentes en su declaración.

No obstante lo anterior, INTEGRAL argumenta que "la verificación de que el contratista instalase correctamente los soportes y tratamientos previstos en las especificaciones técnicas y planos tampoco es de la asesoría", al respecto este Despacho observa que si bien las obligaciones contractuales de la interventoría constituyen un marco de análisis para determinar si le es endilgable o no responsabilidad fiscal por los hechos investigados en este proceso, lo cierto es que comunicaciones como la C4264 dan cuenta por parte de INTEGRAL de que en la ejecución de la obra la asesoría sí realizó actividades de inspección para poder dar cumplimiento a sus obligaciones, que evidentemente difieren de las de la interventoría pero que requieren de actividades propias del desarrollo del método observacional.

Dicha comunicación D-PHI-CCE-ADM-1-C4264 del 26 de noviembre de 2018[768] indica que:

> Con respecto a los fundamentos de las diferencias entre el revestimiento de los túneles de desviación originales y de la GAD, referentes al revestimiento de piso, se detalla que inicialmente los túneles de desviación originales fueron concebidos con solera en toda su longitud. Sin embargo, durante la construcción y por temas programáticos, EPM solicitó a la Asesoría evaluar la posibilidad de suspender la construcción de la solera. Después de realizar las respectivas verificaciones desde el punto de vista hidráulico y geotécnico, la Asesoría recomendó dejar la solera obligatoria para la sección Tipo IV y donde se requiriera, de acuerdo con la inspección visual detallada que se fuera realizando durante los levantamientos de campo (Ver Anexo 3).
>
> Cuando se realizaron los diseños de la GAD, y con base en la experiencia que se había tenido en los túneles de desviación originales, se determinó el mismo criterio de colocar solera obligatoria en los tramos con roca Tipo IV y donde se requiriera, según los resultados que arrojara la inspección que se realizara durante los levantamientos de campo.

[768] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 48/FOLIO 10362 INFORMACION DD95/7. Correspondencia/Recibida/Informacion_Adicional_Visita_26062019/Anexo 8/Estudios y Diseño GAD/Geol-Geot-Revest-Solera/ C4264.pdf

Así las cosas, no era algo ajeno a las actividades que desarrollaba INTEGRAL evidenciar las irregularidades que en cercanía de la abscisa 0+540 se presentaron, sin embargo, no lo hizo, al respecto se destaca que ni las Notas de Campo NC-390-16 y NC-409-16, ni las demás notas de campo obrantes en la carpeta principal No. 93 del expediente, ni el Acta No. 85 del Comité de Diseño, ni las comunicaciones enlistadas en el anexo 1 de sus descargos complementarios tienen la virtualidad de haber advertido sobre dichas irregularidades en soportes, clasificación de terreno y demás factores relacionados con la causa raíz de la contingencia.

En efecto, se trae a colación las notas de campo, actas e instrumentos relacionados por INTEGRAL en sus descargos:

Instrumento	Fecha	Pertinencia
Acta No. 85 del Comité de Diseño	14 de mayo de 2015	No se trataron asuntos relacionados con las causas del colapso de la GAD en 2018.
NC-390-16	13 de octubre de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD
NC-409-16	23 de octubre de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD
NC-287-17	28 de julio de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD

En el mismo sentido, las comunicaciones relacionadas por INTEGRAL en sus descargos no tienen la virtualidad de acreditar que se hubiese realizado el método de observación de cara a haber alertado sobre las irregularidades que dieron lugar al colapso de la GAD, así:

Comunicación	Pertinencia
D-PHI-CCE-ADM-1-C2553 del 22 de septiembre de 2015	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento.
D-PHI-CCE-ADM-1-C2694 del 01 de diciembre de 2015	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2714 del 01 de diciembre de 2015	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2718 del 01 de diciembre de 2015	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, por el contrario se refiere a una fase exploratoria.

D-PHI-CCE-ADM-1-C2766 del 25 de enero de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, por el contrario se refiere a la entrega de planos.
D-PHI-CCE-ADM-1-C2770 del 27 de enero de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2915 del 21 de abril de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2962 del 19 de mayo de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2969 del 24 de mayo de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2971 del 26 de mayo de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2832 del 29 de febrero de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2848 del 03 de marzo de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2898 del 13 de abril de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2971 del 26 de mayo de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2987 del 02 de junio de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3072 del 08 de julio de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3076 del 11 de julio de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3140 del 12 de agosto de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3156 del 23 de agosto de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3233 del 23 de septiembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3262 del 04 de octubre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3276 del 06 de octubre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3282 del 07 de octubre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3306 del 21 de octubre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3307 del 21 de octubre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3329 del 27 de octubre de 2016	

D-PHI-CCE-ADM-1-C3347 del 03 de noviembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3358 del 10 de noviembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3378 del 21 de noviembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3409 del 02 de diciembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3426 del 12 de diciembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3447 del 19 de diciembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3465 del 26 de diciembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3555 del 01 de marzo de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3558 del 07 de marzo de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3591 del 27 de marzo de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3660 del 09 de mayo de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3693 del 09 de junio de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3728 del 27 de junio de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2788 del 05 de febrero de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, por el contrario se refiere a la cotización de unas perforaciones.
D-PHI-CCE-ADM-1-C2810 16 de febrero de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, por el contrario se refiere a
D-PHI-CCE-ADM-1-C2901 del 14 de abril de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3012 del 13 de junio de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3031 del 23 de junio de 2016	

D-PHI-CCE-ADM-1-C3043 del 28 de junio de 2016	situaciones de la descarga de fondo.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3055 del 30 de junio de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3064 del 06 de julio de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3131 del 29 de julio de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3137 del 11 de agosto de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3145 del 18 de agosto de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3182 del 02 de septiembre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3264 del 04 de octubre de 2016	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3504 del 27 de enero de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3532 del 16 de febrero de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3939 del 03 de noviembre de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C2981 del 01 de junio de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere a las especificaciones técnicas para cotización de elementos metálicos sin realizar salvedad o alerta alguna.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3108 del 29 de julio de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere al control de cambios de los equipos hidromecánicos por la implementación del SAD.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3342 del 02 de noviembre de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del

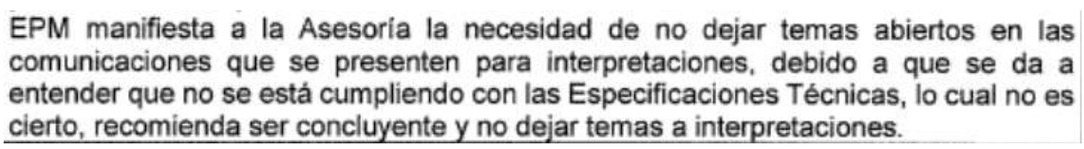
	colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere al procedimiento de montaje y desmontaje de la estructura de las cajas de protección de las guías de las compuertas de cierre de la desviación.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3349 del 03 de noviembre de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere al complemento de las especificaciones técnicas del SAD.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3458 del 23 de diciembre de 2016	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere a la respuesta de una consulta sobre el tratamiento a tapones naturales de roca.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3475 del 17 de enero de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere a la propuesta de INTEGRAL de generar un jarillón de protección complementario para la excavación del Portal de Entrada del SAD.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3599 del 31 de marzo de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere a la cronología de algunas recomendaciones dadas por

	INTEGRAL respecto del tipo de soporte que se debería instalar para el portal de entrada y excavaciones de los primeros 30 metros de la GAD.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3715 del 15 de junio de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere al procedimiento para la ejecución de ataguías.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3888 del 04 de octubre de 2017	
D-PHI-CCE-ADM-1-C3780 del 27 de julio de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere al Manual de Desviación del Río Cauca por la GAD.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3794 del 08 de agosto de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, que hayan sido estudiadas como causa de dicho evento, se refiere al control de cambios por implementación del SAD.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3799 del 11 de agosto de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, sino a los comentarios formulados por el Dr. Nelson Pinto en relación a la operación de compuertas del túnel del SAD.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3889 del 04 de octubre de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, sino a la verificación de curva de calibración y estado en el que quedaron excavados los diques de los portales de

	entrada y salida de la GAD, así como a una solicitud de información periódica de niveles y autorización para cotizar nueva batimetría.
D-PHI-CCE-ADM-1-C3970 del 28 de noviembre de 2017	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, sino al diseño de barreras flotantes.
D-PHI-CCE-ADM-1C4093 del 22 de marzo de 2018	No llama la atención de situaciones ocurridas en el tramo de cercanías al lugar del colapso de la GAD, se refiere a la fecha de cierre de la galería G1.

Ahora bien, INTEGRAL manifiesta que "advirtió que las especificaciones técnicas no se estaban aplicando correctamente, o que el Contratista CCCI simplemente las estaba haciendo a un lado, ante lo cual EPM trataba de minimizar la situación o la INTERVENTORIA de manera pasiva simplemente indicaba que iba a requerir al contratista".

Así, verificada el Acta de Comité de Diseño y Construcción No. 209 del 12 de abril de 2018 se observa que se trató el tema de la comunicación D-PHI-COP-0356-2018 sobre los ensayos de los materiales de las diferentes zonas de la presa, en el que pese a que la Asesoría realizó un llamado para que se cumplieran lo acordado en previos comités, se indicó que:


EPM manifiesta a la Asesoría la necesidad de no dejar temas abiertos en las comunicaciones que se presenten para interpretaciones, debido a que se da a entender que no se está cumpliendo con las Especificaciones Técnicas, lo cual no es cierto, recomienda ser concluyente y no dejar temas a interpretaciones.

En el mismo sentido, INTEGRAL indica que

> "(…) según la información suministrad
> a por la Interventoría a través de planos rojo/verde, utilizados para la elaboración del plano de obra terminada D-PHI-034-PDE-EX-C-020, la obra supuestamente fue construida cumpliendo a cabalidad con lo indicado en el documento, lo cual incluye una solera en concreto de 30 cm en el tramo entre abscisas km 0+449.65 – km 0+465.50".
> Pero esa información reportada por la Interventoría no coincide con la realidad (…) [pues] en la Zona donde según plano para construcción e información rojo/verde de la Interventoría supuestamente se había

> construido solera, en realidad no la tenía pocos días antes de la puesta en operación de la GAD".

A efectos acreditar de lo anterior, se presentan fotografías que indican ser tomadas el 09 de septiembre de 2017 entre las abscisas km 0+449.65 – km 0+465.50, sin solera en concreto, que según indica fue reportada como construida.

Sin embargo, esta al igual que las comunicaciones referidas anteriormente no tienen la virtualidad de haber generado un efecto sobre las causas del colapso de la GAD en 2018, pues si bien advirtieron sobre la perdida de la línea teórica de diseño por exceso de cargas de voladura, no advirtieron a EPM sobre la posibilidad de que a consecuencia de sus decisiones se presentaba el inminente riesgo de colapso. Cabe destacar que el evento de abril de 2018 ocurrió en cercanías de la abscisa 0+540 más sin embargo la advertencia presentada por INTEGRAL se refiere a tramos diferentes de este, por lo que los argumentos traídos por las imputadas no son idóneos para desvirtuar el cuarto reproche realizado por el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020.

Por otro lado indica que "no está probado que hubiese omisión en la incorporación de los soportes necesarios para el túnel, o que de haberla ella sea la causa del colapso" pues realiza un análisis del informe causa raíz realizado por la firma Skava, que según indica, al no haber realizado una evaluación visual del macizo ni haber verificado sus parámetros individuales, llega a conclusiones que califica de suposiciones infundadas, como es el caso de:

> "(i) que en efecto se presentaron zonas de cizalla no identificadas, (ii) que, por tanto, no se eligió el soporte de piso adecuado para tales zonas de cizalla, (iii) que ello ocasionó problemas de erosión, y (iv) que ellos tuvieron una magnitud suficiente para ocasionar la contingencia".

Así mismo, indica que el estudio de Skava parte de la suposición de una cizalla de piso, más sin embargo, tal documento concluye que debieron coexistir seis eventos para explicar el colapso de la GAD, y en todo caso, los informe causa raíz elaborados por Lombardi y el Consorcio Generación Ituango desvirtúan que el proceso erosivo de la GAD haya iniciado en la cizalla de piso.

Adicionalmente, de lo anterior concluye que "ni tenía que aplicarse un soporte diferente en la zona donde supuestamente inició el colapso, ni se requería revestimiento a lo largo de todo el túnel", lo cual soporta en el anexo 23 de sus descargos, estudiado al analizar la segunda y tercera conducta reprochada. Sin embargo, agrega que aun si la cizalla de piso fuese la causa de la contingencia, ello no sería atribuible a INTEGRAL.

En términos generales, INTEGRAL llama la atención en relación a que "No están probadas las singularidades geológicas que supone SKAVA, ni tampoco una supuesta insuficiencia en el soporte instalado".

Sobre estos puntos es importante destacar que el documento causa raíz aportado por MAPFRE, que como se ha insistido en esta providencia fue elaborado con base en información de autoría de INTEGRAL, así como de otros actores de la megaobra indicó que:

> "La causa raíz del evento fue una combinación de problemas no resueltos con los procesos diseño, supervisión y construcción en un área de una zona de cizalla que hicieron al túnel vulnerable a un grupo particular de condiciones hidráulicas que ocurrieron a mediados de abril de 2018. Esto es desarrollado con mayor detalle a continuación.
>
> a) El diseño de la Central de un túnel de desviación fue debilitado para el TAD, de tal manera que no era robusto para una zona de cizalla conocida. Este diseño de soporte no era suficientemente robusto porque:
> i. El espaciamiento entre pernos de roca en la bóveda fue aumentado tal que se instalaron 25% menos pernos de roca en la misma sección de la bóveda del túnel.
> ii. La malla de acero de refuerzo fue cambiada tal que el concreto lanzado tenía menos resistencia a los movimientos de tierra que empujaban contra él.
> iii. No había piso de concreto para prevenir la erosión de la roca.
>
> b) Este diseño más débil era más sensible a las desviaciones de la geometría idealizada del techo circular esperada por el diseño de manera que era marginalmente estable, e inestable bajo ciertas condiciones de operación.
> c) Aun cuando se encontró una zona de cizalla, el soporte y protección que eran ambos obligatorios y prudentes de acuerdo con el diseño, no se implementaron y el frente del túnel fue avanzado antes de instalar el soporte completo.
>
> d) El perfil excavado fue muy irregular, desviándose significativamente del techo curvo asumido en el diseño, impidiendo así la formación de un arco estructural. La sobre-excavación de la bóveda resultó en hastiales verticales más altos que lo establecido en el diseño, haciéndolos menos estables para los pernos de roca instalados.
>
> e) El macizo rocoso se relajó y el túnel probablemente convergió durante construcción mas allá del límite de seguridad porque los tramos de avance eran excesivos, y el soporte no era instalado completo antes de avanzar el frente del túnel, y la instrumentación para monitoreo de convergencia fue instalada y monitoreada después de que había ocurrido la mayor parte de la convergencia.
>
> **f) El Método Observacional (MO) no se aplicó correctamente durante la implementación del diseño del TAD. La convergencia no fue medida a tiempo y por tanto, el diseño no pudo ser ajustado a las condiciones encontradas del terreno, según lo requerido por el MO, en específico.**

> **i. La convergencia del túnel debía medirse para validar el TAD construido. Esto no se hizo correctamente. En consecuencia, no había forma de saber como era el desempeño del soporte instalado.**
> **ii. La estabilidad del techo del túnel no pudo controlarse resultando en una pérdida del perfil debido a sobre-excavacion significativa, incluso con soporte adicional sustancial que no estaba previsto en el diseño.**
> **iii. El soporte y roca se cayeron del techo del túnel en varias ocasiones durante construcción, lo cual demostraba que el soporte no estaba funcionando según lo esperado, lo cual debió iniciar revisiones del diseño de acuerdo con el método observacional.**
> g) En consecuencia, el túnel construido era aún más débil que el diseño ya marginal" (negrilla fuera de texto).

En tales términos, en el punto de la aplicación del método de observación es claro para este Despacho que dadas las obligaciones de asesoría y la forma en que se desarrollaron en la obra, de haberse realizado adecuadamente para el sector de la GAD en que se produjo el colapso de abril de 2018, habría podido advertirse las irregularidades que allí se presentaron.

INTEGRAL destaca que sus funciones "no son equivalentes a las de la INTERVENTORÍA (ni podían serlo), ni había presencia permanente del Asesor en obra", lo cual no obstó para afirmar que "sin ser su obligación, la Asesoría de manera permanente hizo énfasis en el incumplimiento de las especificaciones técnicas en los múltiples comités de diseño y en decenas de comunicaciones", sin embargo:

> "(…) la Asesoría no podría, por iniciativa propia, efectuar trabajos que no se encuentren explícitamente relacionados en el alcance del contrato o que no se hayan acordado por escrito en Actas de Modificación Bilateral-AMB o actas de reunión grupos o mesas de trabajo en las que participen, al menos, EPM y la Asesoría. Por tanto, ni estaba presente permanentemente la Asesoría -como al parecer lo supone la CGR-, ni podía ella desplazar n al Constructor ni al Interventor en el cumplimiento de sus respectivos objetos contractuales que, como es natural, tienen alcances distintos precisamente para evitar duplicidad de labores (lo cual, además de estar prohibido, habría generado sobrecostos e interferencias entre los actores).
> Se concluye a partir de lo anterior que la Asesoría no tuvo responsabilidad alguna en cuanto a la adecuación del frente, identificación, tratamiento de cizallas (a menos que se encontraran condiciones especiales, caso en el cual debía recibir el correspondiente aviso de parte de la Interventoría o del Contratista para proponer la solución debida), ni garantizar que el Contratista implementara el tratamiento previsto en las Especificaciones Técnicas (…)"

Adicionalmente a los argumentos expuestos en esta decisión que contextualizan las obligaciones de asesoría de INTEGRAL, la forma en que ellas se desarrollaron y la posibilidad de alerta que los asesores tenían al realizar inspecciones en obra, resulta importante destacar que contrario a lo manifestado en el escrito de descargos, la simple

observación y alerta para dar cumplimiento a los fines propuestos no implica que este organismo le atribuya funciones de interventoría, sino que dada su intervención en la obra, estaba en posibilidad de advertir y proponer una solución a las debilidades identificadas, tal como lo realizó para un sector diferente al del colapso, según se observa de la comunicación C3475 de 2017.

En sus descargos INTEGRAL también se refiere a los puntos que el informe presentado para las reaseguradoras del proyecto le cuestionó, precisando que el contratista tardó en tener disponible el frente de obra con las argollas de medición instaladas, pero los resultados analíticos demostraron que la convergencia fue inferior a la prevista y que los valores de Q de la tabla 12 (mencionada en el capítulo 7.21 del mencionado estudio), no son los empleados para estimar los parámetro de resistencia, sin embargo, tal como se acreditó y se ha insistido en esta decisión, todos los mapeos geológicos fueron realizados. Ahora bien, en el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de HI, la misma no es la única causa del daño, ni este es un escenario de responsabilidad contractual.

Finalmente se indica que “sí hubo errores constructivos de CCCI, INTEGRAL elevó oportunamente las alarmas ante los incumplimientos tanto de CTIFS como de CCCI, sin que en todos los casos hubiese una gestión satisfactoria de EPM o la INTERVENTORIA frente a los reparos de INTEGRAL”, sin embargo, precisa que “la CGR no puede asumir la culpa de INTEGRAL, con base en los incumplimientos del constructor”, y procede a identificar los incumplimientos de terceros en el desarrollo del proyecto.

Al respecto, se destaca que no tiene ningún fundamento afirmar que la culpa de INTEGRAL fue acreditada con base en el incumplimiento del constructor, pues tal como se deriva del estudio de las cuatro conductas reprochadas, ellas fueron analizadas con base en las obligaciones y las capacidades de INTEGRAL en el marco del proyecto y como contribuyente con ocasión a la gestión fiscal.

No obstante, tal como se indicó en el Auto de imputación, la posibilidad de que el hecho de un tercero exima de responsabilidad a un sujeto debe ser analizado conforme a las reglas fijadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, a saber:

> “(i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subrogue en los derechos del afectado para pretender del

otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención[769] .

(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado[770] .

(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor"[771].

En relación con la imprevisibilidad, se señala que este elemento no se excluye la responsabilidad con la simple posibilidad vaga o abstracta de que el hecho pueda ocurrir, sino con la posibilidad concreta y real de que tal hecho pudiera ser previsto. Y en relación con la irresistibilidad, cabe señalar que ésta se vincula con juicios de carácter técnico y económico, es decir, que la valoración sobre la resistibilidad de los efectos del suceso involucra una valoración de los avances de la técnica, pero también de los recursos de que deba disponerse para conjurar los del daño.

Para que el hecho del tercero constituya causa extraña y excluya la responsabilidad de la entidad demandada no se requiere ni que aparezca plenamente identificado en el proceso ni que el tercero hubiere actuado con culpa, porque la relación causal es un aspecto de carácter objetivo. Lo determinante en todo caso es establecer que el hecho del tercero fue imprevisible e irresistible para la entidad demandada, y que su actuación

---

[769] Ver Sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 2466. En sentencia de 22 de junio de 2001, exp. 13.233 dijo la Sala: "El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2.344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibídem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño".

[770] Sobre ese aspecto puede verse MAZEAUD Y TUNC. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo II Volumen II, pág. 237.

[771] Luis Josserand, Derecho Civil, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y cia, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

> no tuvo ningún vínculo con el servicio, amén de haber constituido la causa exclusiva del daño.[772]»[773]

Del análisis de lo anterior a la luz de los hechos de CCCI, Refocosta, EPM y la Interventoría traídos a colación por INTEGRAL se observa que ninguno de ellos cumple con los requisitos previstos para ser tenidos como eximente de responsabilidad.

En efecto, el incumplimiento de los diseños y las especificaciones técnicas, el uso de cargas dinámicas superiores a las indicadas, las sobreexcavaciones, la tardanza en la instalación de las argollas de convergencia, la falta de limpieza de los frentes de excavación e indebido manejo de material flotante durante el llenado del embalse por parte del contratista CCCI, eventos traídos a colación por INTEGRAL, no constituyen hechos totalmente ajenos, imprevisibles e irresistibles para estas sociedades, pues según se determinó de la valoración anteriormente realizada, es claro que con las inspecciones y recorridos realizados por INTEGRAL ella se encontraba en capacidad de advertir sus consecuencias, como en varias de estas situaciones lo hizo, sin embargo, estas no constituyen la causa exclusiva del daño, sino que por el contrario las conductas reprochadas a INTEGRAL en gran medida resultan diferentes a estas traídas a colación, que en todo caso, resultarían oportunas al valorar la calificación de la conducta de los constructores, más no para exonerar de responsabilidad a INTEGRAL.

Por otro lado, las acciones y/u omisiones reclamadas a Refocosta, que a juicio de INTEGRAL ocasionaron el fenómeno del golpe de ariete no son tenidos en este proceso de responsabilidad fiscal pues según se deriva del documento técnico que permitió explicar la conducta de las imputadas en todo el proyecto, tal causa, que en todo caso es hipotética de acuerdo con la metodología del documento técnico aportado por INTEGRAL[774], no guarda una probabilidad lógica de ocurrencia para desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal que sí fueron acreditados para

---

[772] Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 18148.

[773] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Radicado No. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912) C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 28 de enero de 2015.

[774] En efecto, el documento técnico aportado por INTEGRAL indica en su capítulo sexto: "En este capítulo se analiza una serie de causas hipotéticas que eventualmente pudieron incidir en el desarrollo de los eventos que dieron origen al taponamiento definitivo de la GAD el 30 de abril de 2018, lo cual generó la contingencia que presenta actualmente el proyecto. Estas causas hipotéticas tienen que ver con hechos o eventuales deficiencias relacionadas con los diseños o con el proceso constructivo de las obras en consideración.
No obstante, es de tener presente que a pesar de que en este capítulo se cubre un amplio rango de posibilidades, dado el grado de complejidad de los fenómenos que pudieron presentarse, donde incluso varios de ellos podrían haber interactuado, las hipótesis sobre las causas del taponamiento de la GAD no pueden considerarse concluyentes, tanto las presentadas en este documento como las consideradas en otros estudios, entre otros aspectos porque no ha sido posible tener acceso directo a la zona colapsada, de manera que se pueda llegar a conclusiones más allá de la duda razonable sobre la causa real del colapso".

los diseñadores y asesores en etapa constructiva sobre la base de lo ocurrido en el proyecto y no de la formulación de hipótesis.

Así mismo, en relación con las acciones y omisiones que señala respecto de EPM, es necesario precisar que respecto de las conductas que las situaciones que llamaron la atención de INTEGRAL en la ejecución del proyecto no guardan una relación de identidad con las conductas que acreditan la culpa grave de INTEGRAL en este trámite, por lo que los argumentos traídos a colación no son idóneos para eximir de responsabilidad sino que máxime llaman la atención sobre irregularidades que en todo caso son advertidas en este proceso en la calificación de la conducta de los diferentes presuntos responsables.

En tal sentido, la situación expuesta en el escrito de descargos sobre una estrategia de EPM “para hacer ver a INTEGRAL como el responsable del colapso” carece de fundamento en el contexto de esta causa fiscal, pues ninguna de las decisiones adoptadas por los órganos directivos de tal sociedad determinó eficiente, irresistible e imprevisiblemente la culpa que sí se encuentra acreditada respecto de INTEGRAL, que en todo caso excede el ámbito de la causa raíz del colapso, por lo que dada la naturaleza de esta actuación no podrá ser tenido en cuenta para eximirse de responsabilidad fiscal.

Finalmente, respecto de lo alegado en relación con las acciones y omisiones de la interventoría se destaca que las obligaciones de supervisión que le son propias y en general la posición en que la Interventoría las desarrollaba son estudiadas al referirse a su responsabilidad fiscal, sin que ello implique que su conducta eximiera la culpa de INTEGRAL.

Así mismo se invocó como eximente de responsabilidad la fuerza mayor o el caso fortuito, teniendo en cuenta que ante la existencia de varios documentos técnicos con tesis encontradas sobre el punto del colapso de la GAD, según su interpretación, no existe certeza sobre la causa de tal evento.

Frente a tal argumento se reitera lo expuesto en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, a saber:

> “para resolver esta solicitud (…) es necesario contemplar los requisitos que la legislación civil ha planteado para la configuración de este eximente de responsabilidad, que son los criterios acogidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:
>
> > «Sus elementos han sido desarrollados, principalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil y allí se ha indicado que el hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor debe reunir las siguientes tres características:
> >
> > • Imprevisible (imprevisibilidad). Significa que quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para

> actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia; es decir, que no había alguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el hecho imprevisible es aquel «que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia» .
>
> • Irresistible (irresistibilidad). Implica que el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Es decir, hace referencia a que quien alegue la fuerza mayor debe probar que la situación que invoca conllevó la imposibilidad de cumplir o de obrar de manera diferente a como lo hizo; por lo tanto, no se trata de una simple dificultad sino de un verdadero obstáculo insuperable.
>
> • Extraño o exterior (no imputabilidad o ajenidad). Significa que no puede alegar esa causa quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado; es decir, el afectado no puede haber intervenido en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, de forma que no haya tenido control sobre la situación ni injerencia en esta . Por esa razón el acontecimiento no puede ser imputable a la persona.
>
> Sobre este último elemento la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en señalar que la exterioridad se concreta en que el acontecimiento o circunstancia que se invoca como causa extraña, también debe resultarle ajeno jurídicamente, esto es, que quien lo alega no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma, es decir, que estuvo fuera de su acción y por el cual no tiene deber jurídico de responder»[775]".

Al respecto se destaca que el argumento traído a colación no es suficiente para demostrar que existió un hecho imprevisible, irresistible y extraño que exculpe de responsabilidad a INTEGRAL, en efecto, la afirmación según la cual no existe certeza sobre la causa del colapso de la GAD es una interpretación de las imputadas ante la existencia de múltiples estudios de la causa raíz del evento, más no un hecho cierto. Cabe destacar que los diferentes documentos técnicos que obran en el plenario han sido valorados para adoptar las conclusiones que han permitido estudiar el colapso de la GAD en el contexto del daño acreditado en esta causa fiscal que no es otro que la perdida del valor presente neto del proyecto por mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación de la hidroeléctrica de Ituango.

En tal medida, como se ha reiterado al estudiar los argumentos de defensa de INTEGRAL, los mismos se han centrado en una seria confusión entre el evento de 2018 y el daño probado en este proceso, el cual resulta independiente de la responsabilidad contractual

[775] Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

que se derive por dicho evento. Al respecto, se destaca que el carácter autónomo e independiente de la acción fiscal ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia constitucional, así:

> "de acuerdo con los principios que orientan la organización del Estado colombiano, la competencia asignada a los órganos de control fiscal se ejerce de manera autónoma e independiente y sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera de los órganos que componen las ramas del poder público o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía"[776].

SITUACIONES PROBATORIAS Y ARGUMENTOS EN RELACIÓN AL NEXO DE CAUSALIDAD:

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **<u>destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.</u>**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> "L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **<u>eficiente y determinante</u>** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **<u>resulte idóneo para su configuración</u>**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **<u>causa idónea y eficiente para la producción del daño</u>**"[777].

---

[776] Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis

[777] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> "Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que **no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción**. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[778].
>
> Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que **los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo**[779]:
>
> "Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.
>
> *"(…).*
>
> "**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".

---

[778] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[779] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[780]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

[780] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERONMITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los

intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[781] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[782], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

En tal contexto, es claro que la asesoría contradictoria que se acreditó en este proceso por parte de INTEGRAL respecto del aumento de la altura de la presa conllevó a que se

---

781 "La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso"" CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

782 Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

incidiera en la extención los plazos para la elaboración de los diseños de detalle del proyecto y se analizaran posibilidades inciertas de modificar una licencia ambiental que ya había tomado varios años en ser expedida, lo cual contribuyó a la perdida de las holguras del cronograma.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

Sobre este punto es necesario destacar que fue INTEGRAL quien negligentemente realizó un diseño marginal con la finalidad de que se lograra la aceleración en la desviación del río, lo cual incidió en que con una deficiente ejecución del método observacional para el seguimiento de la construcción de la GAD, se produjera el colapso de 2018, destacando que son diferentes los actores a cargo del método observacional pero que en todo caso su negligencia contribuyó a la perdida producto de las mayores inversiones realizadas y por tanto a la consolidación del daño acreditado en esta causa fiscal.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Así, la conducta de INTEGRAL "con ocasión" de la gestión fiscal se encuentra acreditada pues contribuyó indirectamente a la causación de un detrimento patrimonial al Estado. El artículo sexto de la ley 610 de 2000 regula el concepto de daño patrimonial causado al estado, en el párrafo segundo de este artículo se lee:

> "Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente **o contribuyan al detrimento al patrimonio público**." (Negrilla fuera de texto.)

De igual manera el artículo primero de citada ley, menciona:

> "El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal **o con ocasión de ésta,** causen por

> acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado." (Negrilla fuera de texto)

A su vez, la sentencia C-840 de 2001[783] declaró exequible la expresión "con ocasión de ésta" "en el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal."

De conformidad con lo anterior, es importante conocer el concepto de gestión fiscal, en aras de explicar la vinculación de INTEGRAL a esta causa. El artículo 3 de la ley 610 de 2000 define la gestión fiscal de la siguiente manera:

> "Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, **planeación**, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, **gasto, inversión** y disposición de los **bienes públicos**, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales." (Negrilla fuera de texto)

De este modo, este Despacho considera que la Ley 610 de 2000 no exige que únicamente los gestores fiscales puedan ser objeto de investigación en un proceso de responsabilidad fiscal. También pueden vincularse personas cuyo actuar guarda una conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal, sin que esto implique que esas personas sean gestores fiscales directamente. En este caso es evidente que la participación de INTEGRAL fue fundamental para que con ocasión a la gestión fiscal se causara un daño.

Por otro lado, al referirse al daño, el escrito de descargos señala que "no se ha valorado el daño ocasionado por los hechos generadores contenidos en el auto de imputación, que además son múltiples", sin embargo, en este punto es necesario reiterar lo expuesto en el Auto 474 del 24 de marzo de 2021:

> "los conceptos de hecho generador y conducta guardan diferencias sustanciales. En efecto, si bien el hecho generador de daño puede definirse como el suceso que da lugar al daño, la conducta es aquella acción u omisión desplegada por el presunto responsable que desencadena el hecho generador, bien a título de gestión fiscal o a título de contribución en el proceso de responsabilidad fiscal".

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que

[783] http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-840_2001.html#1

generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

Tal precisión resulta de utilidad ante el argumento de INTEGRAL en la medida que como se ha señalado anteriormente los hechos que dieron lugar a esta actuación y fundamentan la unidad del trámite nunca han sido modificados y se encuentran claramente definidos desde la apertura del proceso, sin embargo, dada la confusión entre las nociones expuestas se ha llegado a considerar que las conductas que acreditaron la culpa grave y que fueron extensamente definidas en el auto de imputación configuran aquellos hechos.

En tal orden, ante la confusión de los elementos de la responsabilidad fiscal y su prueba, el escrito de descargos incurrió en la imprecisión de afirmar que se estaban investigando “varios daños que se habrían producido en épocas distintas”, pues malentendió que fue la conducta de las imputadas con ocasión a la gestión fiscal de los recursos destinados al proyecto Hidroituango, la que contribuyó a que se produjeran los hechos definidos desde el Auto 948 del 2019, que generaron el daño al patrimonio del Estado que acá e investiga.

Así las cosas, tal como se indicó en el acápite del daño, este elemento de la responsabilidad fiscal no fue probado solamente con el informe técnico elaborado por la Universidad Nacional, sin embargo, pasarán a revisarse los reparos probatorios realizados por INTEGRAL en relación con su incorporación al expediente, al respecto indicó:

> “(i) La CGR dio traslado únicamente del informe financiero que hizo la Universidad, dejando de lado tanto la información primaria como el cuestionario que la CGR hizo a la Universidad para que esta orientara sus informes, los modelos financieros, los flujos de caja asociados, entre otros documentos importantes para el análisis.
> (ii) La CGR no decretó (sin razón válida para ello) las solicitudes de aclaración y complementación pedidas por los investigados, impidiéndoles por tanto controvertir el informe inicial.
> (iii) El informe complementario no atiende, ni siquiera, todos los puntos decretados, y no fue incorporado al expediente ni puesto a disposición de los interesados para ejercer su derecho de contradicción y defensa frente al mismo”.

Al respecto se destaca que el traslado ordenado mediante el Auto 943 del 08 de septiembre de 2020, cuyo término se amplió a través del Auto 993 del 16 de septiembre de 2020 y reiterado por el Auto 1148 del 09 de octubre de 2020 se materializó respecto de INTEGRAL a través de correo electrónico del 14 de octubre de 2020:

Dicha carpeta compartida contenía la totalidad de los documentos que conforman el Informe Técnico elaborado por la Universidad Nacional, que coincide con la obrante en la Carpeta Principal No. 48 del plenario[784], así:

Cabe destacar que adicionalmente los sujetos vinculados a esta causa fiscal han tenido acceso al expediente desde el momento de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal y como el Informe elaborado por la Universidad Nacional es un medio de prueba que fue incorporado al expediente junto al hallazgo con incidencia fiscal derivado del Informe de la Actuación Especial de Fiscalización a los recursos del proyecto Hidroituango que adelantó la Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, no tienen ningún fundamento las alegaciones expuestas por INTEGRAL. Es necesario recordar que el artículo 28 de la Ley 610 del 2000 indica que:

> "ARTICULO 28. PRUEBAS TRASLADADAS. Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, de responsabilidad fiscal, administrativo o disciplinario, podrán trasladarse en copia o fotocopia al proceso de responsabilidad fiscal y se apreciarán de acuerdo con las reglas preexistentes, según la naturaleza de cada medio probatorio.
>
> **Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos**

[784] /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 48/FOLIO 10362 INFORMACION DD95/4. Informes entregados por el equipo de la Universidad Nacional de Colombia/Informe Final U. Nacional 2019ER0071740

sustanciales de ley" (negrilla fuera de texto).

Por otro lado en cuanto a las complementaciones y aclaraciones solicitadas a dicho Informe, es preciso reiterar lo expuesto en el Auto 1533 del 10 de diciembre de 2020, a saber:

> "es importante señalar que tal como lo expuso el solicitante en la contextualización realizada en su escrito, "la garantía de contradicción debe permitirse de acuerdo a lo previsto en las normas que la regulan", en tal sentido, trantandose de la contradicción unmedio de prueba como el informe técnico es importante destacar que el artículo 277 del Código General del Proceso previó que podrían realizarse solicitudes de aclaración, complementación o ajuste **a los asuntos solicitados**.
> De lo anterior, resulta claro que (i) las solicitudes de aclaración, complementación o ajuste deberán guardar una relación de pertinencia, necesidad y proximidad con el asunto debatido, lo cual se ha de determinar a partir del objeto y tema de prueba y (ii) de la valoración en conjunto de los medios de prueba, las reglas de la sana crítica y la persuación racional imponen que los informes técnicos sean estudiados a la luz de los diferentes medios de prueba, que pueden ser aportados o solicitados por los presuntos responsablesen el proceso de responsabilidad fiscal.
> Así, como cada uno de los medios probatorios están dirigidos a satisfacer el tema objeto de prueba, de tal suerte que, el tema de prueba del que se ocupa el Informe Técnico "Propuesta técnica para el apoyo a la gestión y ejecución del control excepcional al proyecto generación hidroeléctrica de Hidroituango" se encuentra relacionado con las irregularidades que constituyen el daño probado en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019.
> En tal sentido, tal informe ha adoptado un objeto, además de una metodología expresados en su cuerpo, así:
> "El documento tiene como objetivo analizar, el impacto económico y financiero de las decisiones de estrategia corporativa y de alta gerencia que se presentaron en virtud del desarrollo del proyecto de generación hidroeléctrica Hidroituango, como apoyo para la gestión y ejecución del control excepcional a Hidroituango.
> Para tal finalidad, se desarrolla el capítulo segundo denominado Efecto Directo de la Evaluación Financiera en el que se determina la estimación de los efectos generados por la no entrada en operación y mayores inversiones del proyecto hidroeléctrico Ituango, utilizando los modelos financieros proyectados trabajados por Inverlink.
> Posteriormente, en el tercer capítulo se presenta el comportamiento de los principales rubros del CAPEX ejecutado durante la construcción de la hidroeléctrica, mediantel contrato BOOMT de EPM y se identifican los cambios entre las ocho distintas versiones de modelos presentados, desagregados en los once conceptos que conforman cada una de las versiones de dichos modelos.
> En el cuarto capítulo se realiza la valoración del proyecto mediante el método de múltiplos, para establecer si el valor de la inversión estimada en el proyecto Hidroituango se encuentra dentro del rango establecido para las

compañías del sector que transan acciones a nivel mundial 2018 y así estimar la razonabilidad financiera del mismo.
En el quinto capítulo se identifican y analizan aspectos técnicos a partir de la revisión y comparación de los costos por kW instalado para proyectos hidroeléctricos a gran escala, con el fin de compararlos y establecer los impactos generados por los retrasos de la entrada del proyecto en las proyecciones y escenarios oferta-demanda de la UPME. De la misma manera se analiza el impacto y la incertidumbre en el abastecimiento de energía eléctrica 2022 y 2023.
Es importante resaltar que la información correspondiente a los análisis y evaluaciónde los modelos financieros parte de las cifras entregadas por la Contraloría General de la República en virtud del ejercicio del control excepcional a la Universidad Nacional de Colombia; en ningún caso el equipo consultor de la Universidad modificó o alteró las cifras allí registradas".
En el mismo sentido, cada uno de los capítulos mencionados plantean una metodología específica, el capítulo "evaluación económica y financiera de las inversiones en la construcción, operación y mantenimiento del proyecto" explica que:

Con el fin de establecer los cambios ocurridos en el proyecto es necesario determinar una línea base o punto de partida, sobre la cual se van a realizar las comparaciones pertinentes a las diferentes versiones del modelo financiero.

Considerando que la planeación inicial del proyecto concibe entre otros el alcance, tiempo, recursos y las expectativas esperadas por el desarrollo de este, se establece que la línea base del proyecto corresponde a la versión denominada *"P6.1 - Anexo 1. Modelo Evaluación Ituango Definitivo.xlsm"*. A partir de la información contenida en este modelo se hacen los análisis comparativos correspondientes a cambios registrados en las demás versiones del modelo de Inverlink y de EPM.

La Tabla 1 ilustra el comportamiento de los indicadores financieros y las inversiones en cada una de las versiones del modelo financiero analizadas:

VERSION MODELO FINANCIERO	Linea Base	P6.3. Anexo 1. Modituango SPV_EPMituang o_PlaFro 2011	P6.3. Anexo 2. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2014-2017	P6.3. Anexo 3. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2015-2018	P6.3. Anexo 4. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2016-2019	P6.3. Anexo 5. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2017-2020	P6.3. Anexo 6. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2018-2021	P6.3. Anexo 7_ModInverlink BalanceEPM_Anexo Contig 2018	P6.3. Anexo 8. ModInverlink BalanceEPM PlanInver 2019-2022
WACC (USD Corrientes)	10,58%	11,97%	10,20%	10,43%	10,17%	10,17%	10,17%	10,24%	10,27%
VPN sep 2010 (USD$ mm)	0,00	492,93	-349,10	-773,65	-97,09	-30,59	-214,97	-428,96	-921,49
Inversión (COP$ miles de mm)	6.090,01	8.118,27	8.612,90	8.431,07	9.205,54	9.289,02	9.609,70	9.664,95	11.296,65

Tabla 1. Indicadores de bondad P.6 Modelo Inverlink (Cifras en Miles de MM COP$) - Fuente: Información entregada por EPM a CGR

Como se observa, los indicadores no son estrictamente comparables pues los flujos de caja y el CAPEX están expresados en diferentes momentos de tiempo, las unidades monetarias y las tasas de descuento son diferentes en cada período.

Con el fin de hacer consistente el análisis comparativo, se homogeneizaron las unidades de las siguientes variables: unidades monetarias expresadas en la misma moneda y en el mismo momento, y una misma tasa de descuento (WACC) en corrientes.

Con respecto a la primera variable, los análisis y resultados serán valorados en pesos colombianos corrientes a junio de 2019. Dado que el contrato de BOOMT considera un horizonte de 50 años, la evaluación financiera se trabajará hasta el año 2061, consistente con los periodos de tiempo utilizados en la mayoría de las versiones del modelo financiero entregadas.

La segunda consideración metodológica se refiere a la tasa de descuento (WACC) a utilizar. Este concepto se menciona ya que se encontraron 7 tasas de descuento diferentes, tal y como se reflejó en la Tabla 1. Fue necesario, por lo tanto, definir una única tasa de descuento para el análisis de resultados.

En la versión de línea base, la tasa de descuento se calcula de manera que el valor presente de los flujos de caja en dólares (USD) sea igual a cero, en este modelo la tasa de descuento (WACC) encontrada está expresada en USD corrientes. Utilizando la misma metodología, se estimó la tasa de descuento como aquella que hace que el valor presente de los flujos de caja, en pesos colombianos a junio de 2019, sea igual a cero en la versión de línea base, el resultado obtenido es una tasa de descuento (WACC) en corrientes de 12,422065%. Dado que el modelo de línea base considera las características iniciales con que fue concebido el proyecto, se eligió utilizar ésta como parámetro de evaluación.

Los flujos de caja de referencia para el análisis son los registrados en cada una de las versiones del modelo financiero y expresados en pesos corrientes colombianos. Se ha considerado conveniente expresar todas las cifras en precios corrientes a junio de 2019 pues corresponde al último periodo en curso.

Finalmente se aclara que no se considera la estimación de un valor terminal para el proyecto toda vez que en un periodo de 50 años el uso de valor terminal es indiferente. Este mismo concepto metodológico es utilizado por EPM.

En cuanto al capítulo relacionado con el "Comportamiento de los principales rubros del Capex", la metodología indica que:

Para realizar el comparativo de los principales rubros se consideró como línea base el modelo financiero de Inverlink (P6.1 - Anexo 1 - Modelo Evaluación Ituango Definitivo), sin embargo, teniendo en cuenta que el CAPEX de éste presenta sólo dos rubros (Inversiones de Capital en Activos - Etapa de Construcción e Inversiones de Capital en Preoperativos - Etapa de Construcción), se compararon los modelos a nivel de periodos únicamente, sin entrar al detalle de los conceptos del modelo inicial.

El análisis del comportamiento de los principales rubros se realizó entre los modelos de EPM en razón a que es esta entidad contratista del contrato BOOMT, se unificaron las unidades monetarias con el ánimo de hacer consistente los análisis comparativos y se trabajaron las cifras en pesos colombianos corrientes.

Por otro lado, la "Valoración del proyecto por múltiplos" fue realizada bajo el siguiente orden metodológico:

> La metodología de valoración por múltiplos consiste en calcular el rango de valor de mercado de una compañía por analogía con el valor de mercado de otras compañías comparables que cotizan en bolsa.
>
> Para este efecto, se seleccionan las empresas comparables y para cada una se analizan los múltiplos más relevantes que muestren la relación entre el valor de cada empresa y algunas medidas de sus resultados financieros. Sobre la muestra definitiva de empresas comparables se calcula el rango resultante para el múltiplo, es decir cuál es el valor mínimo, el promedio y el máximo de cada múltiplo.
>
> Luego los múltiplos identificados se aplican a la misma medida del resultado financiero de la compañía objeto de la valoración, obteniendo así un rango de valoración comparativa.

Y por último, la "identificación y análisis de los aspectos técnicos para la construcción del documento UN de apoyo para la gestión y ejecución del control excepcional a Hidroituango" indicó en su acápite 5.2:

> Para realizar la revisión y comparación de los costos de inversión en los proyectos hidroeléctricos, se partió de la identificación de cuáles son los costos preoperativos que se contemplan para un proyecto hidroeléctrico, posterior a esto se realizó la comparación en US$/kW de Hidroituango con diferentes plantas y referencias nacionales e internacionales.
> El impacto de Hidroituango en la planeación nacional, los impactos económicos y ambientales, se analizaron de acuerdo con las proyecciones y los diferentes escenarios de Oferta-Demanda planteados por la UPME, además de los resultados de las subastas de largo plazo y de cargo por confiabilidad realizadas en el país posterior a los eventos sucedidos en el proyecto Ituango.

En tal sentido, para este Despacho es claro que el control realizado mediante el Auto No. 1346 del 12 de noviembre de 2020, por medio del cual se resolvieron las solicitudes de aclaración y complementación al informe técnico reseñado, no implicó nada diferente a uncontrol del objeto y tema de prueba, aspectos obvios a tener en cuenta en el ejercicio de valoración de los medios de prueba, del cual no puede predicarse una violación de los derechos de defensa y contradicción, propios del debido proceso".

Así las cosas, el informe técnico al que se refiere el argumento de INTEGRAL siempre ha hecho parte del expediente de este proceso, su incorporación, traslado y contradicción ha atendido las disposiciones sustanciales y procesales que la orientan en aras de hacer efectivo el derecho al debido proceso los sujetos vinculados a esta causa fiscal, en la que el material probatorio recaudado resultó suficiente para acreditar los elementos su responsabilidad fiscal.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, en la parte resolutiva de este proveído se fallará con responsabilidad fiscal, de forma solidaria, a título de culpa grave y por contribución con ocasión de la gestión fiscal en contra de INTEGRAL S.A. e INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S., en cuantía de CUATRO BILLONES TRESCIENTOS

TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte, indexada.

INTEGRANTES DEL CONSORCIO INGETEC-SEDIC (INTERVENTOR).

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a CONSULTORES CIVILES Y ELECTRÓNICOS S.A.S. - INGETEC S.A.S., con NIT. 860.001.986-1 y SEDIC S A, con NIT. 890910447-2, en cuantía de CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte, a título de culpa grave y por contribución con ocasión de la gestión fiscal, considerando que:

Se reprocha fiscalmente a INGETEC y SEDIC, en su calidad de miembros del Consorcio INGETEC-SEDIC, por las siguientes acciones y omisiones con ocasión de la gestión fiscal antieconómica, ineficiente e inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango por:

1. Haber permitido que se prescindiera de las estructuras hidromecánicas para el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo lo que generó la necesidad de construir obras no incluidas en los diseños originales y que, como se explicó en el acápite de hechos, implicó la modificación de características determinadas contractualmente como “inmodificables”. Así como no haber realizado observaciones pertinentes sobre la modificación de los planos originales y puesta en marcha de tales obras, consistente en la construcción de la GAD, como consecuencia de fallas en los servicios de interventoría al incumplir la ejecución planeada, controlada, sistemática, oportuna y documentada, bajo un enfoque de gerencia de proyectos, gestión de calidad, gestión de riesgos y protección del medio ambiente , asociados con la gestión del alcance, calidad, tiempo y costos de las obras intervenidas.

2. Haber permitido que se realizaran y haber recibido, obras defectuosas como consecuencia de fallas en los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles asociadas con la gestión del alcance, riesgos y calidad de estas.

3. Haber permitido la Iniciación de las obras para construir el tercer túnel de desviación (GAD) sin haberse obtenido la modificación de la licencia ambiental, lo que denota falta de diligencia en la supervisión realizada por parte de la interventoría**.**

ARGUMENTOS EN RELACIÓN A LA CONDUCTA Y VALORACIÓN PROBATORIA:

Se analiza de manera conjunta la conducta de las sociedades SEDIC S A e INGETEC SAS, porque aunque su responsabilidad es individual, ambas sociedades al hacer parte del Consorcio INGETEC – SEDIC, desplegaron conjuntamente las actividades relacionadas con el Contrato CT-2011-000008, así mismo no se encuentra probado en el plenario de que alguno de los miembros se hubiera opuesto o hubiera propuesto conductas diferentes a las desplegadas de manera consorciada así mismo, las dos sociedades presentaron sendos escritos de versión libre, con iguales argumentos de defensa.

Se precisa que las acciones y omisiones que se analizarán en esta causa fiscal en relación con los miembros del consorcio interventor se encuentran enmarcadas en las actividades realizadas en desarrollo del contrato CT-2011-000008.

Bajo tal contexto, se destaca que en el término de traslado para presentación de descargos del Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 se recibieron los siguientes escritos de descargos contentivos de solicitudes probatorias y/o argumentos de defensa de las sociedades INGETEC y SEDIC, de forma conjunta:

- ER0139839 del 20201218 (FL_19705-19777)
- ER0139841 del 20201218 (FL_19778-19829 y FL_19830-19850)
- ER0139480 de 20201221 (FL_20433-20504)
- 20210308 (FL_21238-21274)
- 20210308 (FL_21640-21661)
- ER0027603_de 20210308 (FL_21498-21579)
- ER0027607_de 20210308 (FL_21580-21639)
- 20210308 (FL_21195-21237)
- ER0042227 de 20210409 (FL_22607-22644 y FL_22645-22696)
- ER0042229 de 20210409 (FL_22697-22786)

Por otra parte, los miembros del Consorcio INGETEC – SEDIC, presentaron los siguientes escritos adicionales:

1. Escrito de fecha 30 de julio de 2021, denominado: "*Peritaje técnico de parte respecto al proceso ordinario de responsabilidad fiscal UCC-PRF-014-2019 (auto de imputación No. 0945 de 2019) y auto de imputación no. 1484 del 2 de diciembre de 2020 – Contraloría General de la República"*[785]

Al respecto, es necesario precisar que, si bien el documento mencionado fue incorporado al expediente como prueba documental técnica y fue estudiado por el

785 Peritaje Técnico de Parte Hidrotuango. Z:\PRF-014\DIGITAL\CP 133\FOLIO 27645 ER0098128

Despacho, no es posible deprecar las exigencias del artículo 226 del Código General del Proceso, aplicables a las pruebas de contenido técnico, toda vez que las mismas no pueden versar sobre puntos de derecho. Incluso, el mismo documento cita:

> *"No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas."*

Téngase en cuenta, que el señor Germán Pardo Albarracín, quien lideró la elaboración del documento denominado *Peritaje técnico de parte"* es Ingeniero Civil egresado de la Escuela Colombiana de Ingeniería; Máster en Túneles y Obras Subterráneas y Especialista en Gerencia de Proyectos, por lo tanto, los argumentos presentados no pueden ser tenidos como alegaciones de parte.

En efecto como puede verse desde el título del informe, se identifica que se van a tratar puntos de Derecho y en su objeto general, ello se establece plenamente:

> *"El objetivo del servicio propuesto es: (i) a partir de los informes de causa raíz que se han elaborado en torno al colapso de la GAD (Skava, Advanta e Integral), y los eventos acaecidos entre el 28 y 30 de abril de 2018**, analizar si se presentó alguna desviación por parte de LA INTERVENTORÍA de los deberes, estándares y obligaciones** que le impone el CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE INTERVENTORÍA CT-2011000008, cuyo objeto es "la ejecución planeada, controlada, sistemática, oportuna y documentada, bajo un enfoque de gerencia de proyectos, gestión de calidad, gestión de riesgos y protección del medio ambiente, de la prestación de los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles y el montaje de los servicios complementarios requeridos por Empresas Públicas de Medellín, en adelante EPM, asociados con la gestión del alcance, calidad, tiempo y costos de las obras intervenidas, según los documentos del contrato", que tuviese relación con la producción del daño; y (ii)**brindar concepto sobre la imputación de la Contraloría** en torno a la responsabilidad de LA INTERVENTORÍA en la iniciación de las obras para construir la GAD sin licencia"*

Ahora, en el mismo documento se hacen las siguientes aseveraciones.

> *"CONCLUSIONES*
> *Según el CONTRATO BOOMT Páginas 7 y 79, es claro que ninguna subcontratación que realice el Contratista (EPM) lo liberará de las obligaciones que adquirió en el contrato, y continuará él, siendo directamente responsable ante Hidroituango como si los actos y cumplimientos de*

cualquiera de sus subcontratistas fueran suyos. En este sentido, los subcontratos celebrados para construcción, asesoría e interventoría no lo desligan de su absoluta responsabilidad técnica, contractual, ambiental, social, etc., para con el proyecto.

Por otro lado, LA INTERVENTORÍA no participa en la clasificación de la roca ni en las evaluaciones para definir los revestimientos en ninguna obra del proyecto.

(…) Es importante recordar que, en los TÉRMINOS DE REFERENCIA PROCESO DE CONTRATACIÓN No. PC-056-201, se definió la experiencia de los profesionales de LA INTERVENTORÍA para ejecutar labores relacionadas únicamente con interventoría y supervisión mas no de diseño o asesoría.

(…) Se puede inferir que el mecanismo de falla está asociado al diseño del túnel con respecto a las condiciones de operación, que correspondían a una obligación del Diseñador-Asesor; y no al Interventor cuyas únicas responsabilidades eran las de verificar el cumplimiento del Contratista de las especificaciones de diseño del Diseñador-Asesor, y registrar la clasificación de la roca por parte de los geólogos de esos dos actores, a medida que avanzaba el frente de excavación, tal como está consignado en los documentos contractuales.

De acuerdo con la información analizada se evidencia que el consorcio Interventor conformado por las firmas Ingetec – Sedic, cumplió a cabalidad sus obligaciones objeto del pliego de condiciones para presentar su oferta, asumir el contrato y las obligaciones particulares, la metodología, la organización y el cumplimiento de sus labores como Interventor, que nunca fueron objetadas por el cliente EPM. Se debe resaltar que, de acuerdo con las condiciones contractuales, las decisiones de diseño, operativas, programáticas, de responsabilidades ambientales y sociales son de EPM como ente constructor, y como ha sido ratificado por los directivos de Hidroituango, las decisiones en relación con la GAD fueron unilaterales y de absoluta responsabilidad de EPM. Por lo tanto, el Interventor no tiene responsabilidad alguna derivada de las deficiencias en las decisiones que se tomaron sin su concurso, que no le correspondían ni eran su responsabilidad y que eventualmente llevaron al colapso de la GAD.

EPM en calidad de constructor delegó las responsabilidades de diseño y asesoría de construcción al Consorcio Generación Ituango y la construcción al Consorcio CCC Ituango y, por lo tanto, cualquier situación que haya afectado la operación del proyecto deberá ser aclarada y asumida por el constructor EPM."

De acuerdo con lo anterior, es necesario recordar que la determinación de los elementos de la responsabilidad fiscal es un punto de Derecho que es de competencia exclusiva del operador fiscal, por lo que se encuentra que el mismo no se dirige a ilustrar puntos de orden técnico relacionados con su profesión.

Por lo que este Despacho de conformidad con la ley procesal, no puede tener en cuenta las aseveraciones allí realizadas.

2. Escrito de fecha 19 de agosto de 2021, que tiene por asunto: "*Solicitud de cesación de la acción fiscal y en subsidio de exoneración de responsabilidad fiscal de Ingenieros Consultores Civiles y Eléctricos S.A.S. – INGETEC S.A.S. y SEDIC S.A.* (en adelante La Solicitud De Cesación De La Acción Fiscal)"786

Si bien el documento en cuestión señala: "*El artículo 16 de la Ley 610 de 2000, en su versión vigente para la fecha de inicio del proceso de la referencia, en concordancia con el artículo 47 de la misma Ley, dispone que, en cualquier estado del proceso de responsabilidad fiscal, procede la cesación de la acción fiscal y el correspondiente archivo del proceso, entre otras circunstancias, cuando aparezca demostrado que los hechos en los que se fundan los cargos imputados por la Contraloría no existen, no son constitutivos de daño o no comportan el ejercicio de gestión fiscal, o cuando se acredite la existencia de una causal eximente de responsabilidad fiscal"*

Es necesario precisar la argumentación presentada para la solicitud de la cesación de la acción fiscal tiene un contenido similar a los diferentes escritos de descargos presentados por el Consorcio con anterioridad y que, en el fondo, constituyen argumentos de defensa, por lo que los mismos serán analizados en el presente Auto.

Ahora, en el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020, este Despacho resolvió imputar responsabilidad fiscal a las firmas INGETEC y SEDIC, miembros del Consorcio Interventor, en los siguientes términos:

> *"En efecto, como se explicará en detalle más adelante, la interventoría permitió el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo sin las estructuras necesarias para ello, lo que generó la necesidad de construir obras no incluidas en los diseños originales y que, como se explicó en el acápite de hechos, implicó la modificación de características determinadas contractualmente como "inmodificables". Así mismo, el interventor no realizó las observaciones pertinentes sobre la modificación de los planos originales y puesta en marcha de tales obras, consistente en la construcción de un*

786 10_20210819_ER0108688_Otorga Poder Ingetec y solicita archivo_FL_27894-27922. Z:\PRF-014\DIGITAL\CP 135

tercer túnel de desviación (GAD) y también incurrió en fallas en los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles asociadas con la gestión del alcance, riesgos y calidad de estas y la iniciación de las obras para construir el GAD sin la modificación de la licencia ambiental".

En la solicitud de cesación de la acción fiscal, la apoderada del Consorcio Interventor parte de la siguiente premisa:

"Los hechos en los que se fundan los cargos imputados por la Contraloría a INGETEC y SEDIC no existieron puesto que, entre otras cosas, reprochan al Consorcio Interventor la desatención de deberes y obligaciones que no le fueron contractual ni legalmente asignados, lo cual determina a su vez la inexistencia de una supuesta culpa grave"

Para dar paso al estudio de los diferentes argumentos de defensa, el Despacho los analizará desde las consideraciones contenidas en el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020:

I. Haber permitido que se prescindiera de las estructuras hidromecánicas para el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo lo que generó la necesidad de construir obras no incluidas en los diseños originales y que, como se explicó en el acápite de hechos, implicó la modificación de características determinadas contractualmente como "inmodificables".

Adicional a lo anterior, los diseños preliminares se fueron ajustando conforme al desarrollo de la obra, la ejecución del método de observación, los comentarios y observaciones de la Interventoría y el Constructor CCCI. Puntualmente, se observa que la Interventoría coadyuvaba y aprobaba decisiones constructivas que generaban impacto en el proyecto, tal como lo indica el informe trimestral octubre a diciembre de 2015787, trae*:*

"Producto de estas reuniones, el Contratista realizó ajustes al programa con aceleración entregado a finales del año 2014, y entrego el 28 de agosto de 2015 por medio de la comunicación CI-04418 la nueva versión del programa de trabajo. Igualmente, por medio de la comunicación CI-04415 entregó el programa para las actividades relacionadas con la galería auxiliar de desviación.

Después de realizar algunos ajustes solicitados, por medio de la comunicación CI-04657 del 16 de octubre de 2015, el Contratista envió el

787 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P41\Ingetec - Sedic\2015

programa para obras con aceleración. Este programa fue aprobado por la Interventoría el 20 de octubre de 2015 por medio de la comunicación INT-OCCCCI- 1241-15.

Utilizando el programa aprobado el 20 de octubre de 2015, se realizó el seguimiento al avance en los distintos frentes de trabajo. A continuación, presentamos el resultado obtenido de dicho ejercicio

1.2.9 Obras para la galería auxiliar de desviación
Para realizar la desviación del rio Cauca, se requiere la construcción de una galería la cual ha sido integrada al túnel de descarga No. 4. ***Para la ejecución de estas obras se aprobó al Contratista la construcción de varias galerías auxiliares de acceso, que permitan adelantar las excavaciones desde aguas abajo, en la parte media y desde aguas arriba de la galería de desviación****.*

(…) Acta de Modificación Bilateral 15 – AMB15

Dada la premura y la necesidad de desviar el río Cauca en febrero de 2014, fue necesario adecuar los diseños de la desviación en lo relacionado con: descartar excavaciones en el portal de entrada de la desviación por encima de la elevación 260 y autorizar el diseño de un sistema adicional de desviación, denominado GAD, para poder construir los tapones en concreto de la desviación inicial e instalar las compuertas de cierre definitivo que permiten iniciar el llenado del embalse. ***Es de anotar que la construcción del sistema GAD hace parte del Programa acelerado del proyecto, por tal razón, se considera que las obras de este sistema deben estar en operación el 30 de julio de 2017, ya que se requieren para desviar el río Cauca para acometer la construcción de las ataguías y poder construir tapones de cierre de los túneles de desviación actuales, y así iniciar el llenado del embalse a más tardar el 30 de junio de 2018. EPM con el apoyo de la Asesoría, ha visto la necesidad de ejecutar la construcción de la GAD como obra extra****.*

En consecuencia, EPM ordenó a EL CONTRATISTA su ejecución, y entre LAS PARTES, acordaron sus precios unitarios y cantidades estimadas de acuerdo con los diseños y ordenes de EPM. Estas obras no estaban previstas originalmente, pero siendo de la naturaleza de la obra contratada, se requieren para la completa terminación, adecuado funcionamiento y oportuna entrega de la obra. Dichas obras están relacionadas con: a) Trabajos de excavación subterránea de la galería auxiliar de desviación, de sus galerías o ventanas auxiliares de construcción, galería de acceso a la cámara de operación de las compuertas de desviación y cámara de compuertas, pozos de compuertas, galería de acceso a la descarga de fondo, túnel de descarga de fondo y la excavación con sección ampliada del túnel de descarga No 4;

b) Ejecución de los tratamientos de soporte en cada una de las galerías, túneles, ventana, pozos y cámara, consistentes en la colocación de concreto lanzado, pernos de soporte e inyecciones complementarias para los mismos, malla de refuerzo, fibra de acero o fibra sintética para el reforzamiento del concreto lanzado y marcos metálicos de soporte en caso de ser necesarios; c) Control de aguas para mantener libre de aguas las áreas de trabajo de sistema GAD; d) Concretos para la losa de piso en las galerías del sistema auxiliar de desviación; e) Perforaciones para drenaje; f) Argollas de convergencia para control de deformaciones durante la excavación de la GAD, los túneles, galerías, o ventanas auxiliares de construcción, galería de acceso a cámara de operación de las compuertas, pozo de compuertas, galería de acceso a descarga de fondo y túnel de descarga de fondo; g) Trabajos de excavación, tratamientos de soporte y concretos de la losa de piso adicionales en el túnel de descarga 4, para las cantidades que superan las cantidades teóricas de obra ordinaria previstas para este túnel, originadas por el cambio de dimensionamiento necesarias para adaptarlo al sistema auxiliar de desviación; h) Transporte de materiales llevados a la trituradora con destino inicial presa de los sectores 1 y 2 de la GAD" (Subrayas fuera del texto)

Pero antes de esto, los diseños originales fueron modificados, porque en principio, el Río Cauca se desviaría a través de dos túneles paralelos ubicados en el Cerro Capitán al lado derecho de la presa, los cuales permitían evacuar, entre ambos, un caudal de hasta 4.700 m3/s que estaría controlado mediante la instalación de las compuertas deslizantes de cierre de los túneles de 7 metros de ancho por 14 metros de alto, las cuales finalmente no fueron instaladas y esta fue una de las decisiones que mayor impacto causó, no solo en los costos del proyecto — los cuales aumentaron directamente en el costo del denominado tercer túnel - sino también en la entrada en operación del proyecto.

Esa modificación tuvo objetivo "*acelerar la entrada en operación de la presa*", prescindiendo de las compuertas para el cierre de los Túneles de Desviación Izquierdo y Derecho, con el objetivo de acelerar el llenado de la presa (aún antes de que esta hubiera sido siquiera terminada), construyendo el Sistema Auxiliar de Desviación. Adicional a lo anterior, las acciones anteriores se permitieron incluso, sin que se hubieran construido estructuras esenciales para la seguridad del proyecto y de las comunidades vecinas, como la descarga de fondo y el vertedero, que tienen la finalidad de minimizar los riesgos relacionados con la erosión, eclosión de la presa y la catástrofe derivada de tales hechos, que hubiera sido de unas dimensiones tales, para ser considerada como uno de los peores siniestros ambientales y humanos de la historia universal.

Se evidencia que la Interventoría permitió que se prescindieran de las estructuras hidromecánicas para el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo,

desde los Términos de Referencia PC-056- 2020788 se indicó que la desviación del río Cauca se haría mediante dos túneles excavados en roca con sección transversal en forma de herradura de 14 m de ancho, 14 de alto y 972 y 1.040 m de longitud, diseñados para un caudal de 4.700 m3/s correspondiente a una creciente de 50 años.

Posteriormente, el informe trimestral abril a junio de 2015[789] dice:

> *"Las mesas de trabajo se reiniciaron a partir del 22 de abril de 2015. Desde esta fecha hasta el 30 de junio de 2015, se han realizado en total 12 reuniones en las cuales se han tratado básicamente los temas relacionados con las obras de la galería auxiliar de la desviación, los tratamientos a realizar en las cavernas, las medidas a implementar para recuperar el desfase en las obras de la central, lo mismo que la forma de recuperar el desfase que se ha acumulado en algunos frentes de trabajo.*
>
> *Producto de estas reuniones, el Contratista está realizando ajustes al programa con aceleración entregado a finales del año 2014.* ***En esta versión del programa, se están incorporando las obras de la galería auxiliar de desviación, las cuales no habían sido incluidas en la versión del programa entregado en noviembre de 2014****.*
>
> *A pesar de que el programa para obras con aceleración, no ha sido aprobado, debido a los ajustes que se están realizando al mismo, la Interventoría con el objeto de evaluar el compromiso del Contratista para acometer las obras de aceleración, ha realizado el seguimiento al avance de las mismas utilizando el programa entregado por el Contratista el 21 de noviembre de 2014.*
>
> *Las excavaciones y tratamientos avanzaron hasta la plataforma de la elevación 250, donde llegaron el 19 de septiembre de 2014. El Contratista envió una nueva metodología de trabajo para realizar las excavaciones de los canales de descarga, con esta nueva metodología, se dio inicio a las excavaciones de los mismos el 9 de febrero de 2015. El 6 de marzo de 2015, se ordenó suspender la excavación del canal para la estructura de salida del túnel 4, en espera de los diseños definitivos de la galería auxiliar de desviación, antes de continuar con el avance. Las excavaciones se retomaron nuevamente en el mes de junio. A la fecha se registra avance en excavación y tratamiento de los cuatro canales".* (Subrayas fuera del texto)

788 Términos de Referencia PC-056-2010 con adendas en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic\Precontractual\9. Pliego de Condiciones

789 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P41\Ingetec - Sedic\2015

El contratista es un colaborador[790] de la administración en el logro de los fines del Estado: así el fin efectivo era tener un hidroeléctrica funcional y los diseños son la concreción del principio de planeación.

Adicional a esto, la Interventoría estuvo en las reuniones con el Board en donde se dijo que EPM los estaba sorprendiendo con ese cambio en los diseños originales y que ellos no estaban de acuerdo por considerarlo técnicamente inconveniente, sin que la Interventoría haya dicho nada, aun cuando ellos son especialistas y sí tenían que velar desde una obligación de medio con que se cumpliera la finalidad de la obra con los mejores criterios de calidad.

Era conocida la inconveniencia de desviar el río Cauca sin las estructuras para la instalación de las compuertas de cierre; ya que, por recomendación de la Junta de Asesores, se analizaron diversas opciones de desviar el río por los túneles izquierdo y derecho sin la instalación de los marcos y guías de las mencionadas compuertas y, esto lo conocían los miembros del consorcio interventor.

En efecto, desde el informe N° 2 de la Junta de Asesores (Board) de agosto de 2013 y posteriormente en el informe No. 3, ellos advierten sobre la inconveniencia de la Galería Auxiliar de Desviación y está probado que la Interventoría conocía este informe ya que participaba en las visitas del Board y en las reuniones de entrega de resultados, toda vez que se encuentra enlistado entre quienes estuvieron presentes en dichas reuniones.

Ahora, sobre el Informe No. 10 de la Junta de Asesores (Board) el recurrente, realiza la siguiente disertación:

> *"La referencia que realizó la Junta de Asesores de EPM en su Informe No 10 está relacionada con el riesgo de realizar un único proceso de desvío completo por la GAD, cerrando los túneles originales en una fecha y recomendando que la presa estuviera al menos en la elevación 380, más nunca se refirió a "la incapacidad que tenía el tercer túnel de evacuar la totalidad del agua" como lo tergiversa la Contraloría. Estas fueron recomendaciones suministradas por la Junta de Asesores al Diseñador-*

790 "*En este punto, cabe recordar, entonces, que el particular contratista es un colaborador de las entidades públicas en el logro de los fines que éstas persiguen con la contratación y, por lo mismo, cumple una función social que, como tal, implica obligaciones (artículo 3 de la Ley 80 de 1993). Una de tales obligaciones es propender porque el objeto del contrato se cumpla y sea de la mejor calidad (artículo 5, numeral 2 de la Ley 80 de 1993), de modo que cuando el actuar del contratista no está orientado a cumplir dichas obligaciones se soslaya el imperativo legal y, por consiguiente, resulta responsable de su actuar contrario a la ley*". CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 85001233100020020036201

> *Asesor, ya que la secuencia inicial planeada para el cierre de los túneles de desviación originales se modificó con la inclusión de la GAD. Es decir, la Contraloría no hace mención a la participación de la Junta de Asesores durante el diseño y construcción de la GAD, y sí le da gran relevancia a la advertencia de riesgos que fueron subsanados oportunamente y nunca se concretaron".*

El recurrente equivocadamente pretende citar, sin contexto, la razón por la que el Despacho cita el Acta No. 10 de la Junta de Asesores. La razón de ser de la cita en el Auto de Imputación fue demostrar, dentro de una línea argumental, que el Board de Expertos hizo una serie de advertencias sobre los inconvenientes del modificar el diseño original, cerrar los túneles izquierdo y derecho sin las compuertas y construir la GAD.

Adicional a lo anterior, tanto en relación con el hecho de prescindir de las estructuras de cierre de los túneles de desviación, como de construir el tercer túnel de desviación resulta probado que el Board de expertos no apoyó tales decisiones constructivas, en efecto, en el informe N° 3 de la Junta de Asesores (Board) de noviembre de 2013:

> *"El Jueves 28 de Noviembre se inició la redacción de este informe que se presentó a los representantes de Integral- Solingral. Interventoría y EPM en la mañana del Viernes 29 de Noviembre.*
>
> *(…) Además, la alternativa de desviar el río sin las estructuras de cierre previstas y construir un tercer túnel para viabilizar el cierre futuro de los dos túneles de desvío, para garantizar el mantenimiento de la fecha enero 2014, no fue apoyada (…)*
>
> *En esta reunión, al examinar este esquema, la Junta encontró que el desvío el río por estrechamiento gradual por el avance de un dique de enrocado contra el estribo derecho, como el primer desvío no es viable*"

Dentro de las obligaciones señaladas en el objeto del contrato y los términos de referencia de la Interventoría, tal como ya se indicó se encuentra la gestión de riesgos:

> *"6.3.28 Gestión de Riesgos*
>
> *(…) La gestión de riesgos que deberá controlar la Interventoría busca maximizar los efectos positivos y minimizar las consecuencias de los efectos negativos que pueden ocurrir en las distintas fases del proceso de Interventoría durante la construcción del proyecto.*
> *Dicha gestión comprende las actividades siguientes:*

> ***Identificación de riesgos****: ésta comprende la determinación del tipo de riesgo que puede afectar el proyecto de Interventoría y la documentación de las características del mismo.*
>
> ***Análisis y evaluación de riesgos****: se determinan las causas y efectos que tendría la materialización de las amenazas sobre el proyecto de Interventoría, la comunidad y el medio ambiente.*
>
> ***Prevención de riesgos****: en ésta actividad se definen los pasos y procedimientos para potenciar las oportunidades y respuestas a las amenazas propias de la ejecución del proyecto de Interventoría.*
>
> ***Control de respuestas a riesgos****: ésta actividad permite medir el efecto de las acciones o barreras de control aplicadas para mitigar los riesgos del proyecto de interventoría pudiendo llegar hasta los niveles de aplicación del plan de emergencia, contingencia y atención de desastres".*

Así las cosas, al conocer la Interventoría de los riesgos señalados por el Board de expertos, así como las estabilidades geológicas presentadas en el macizo en la construcción de los dos túneles de desviación originales, le permitían, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, identificar, analizar, evaluar riesgos que podían afectar el proyecto y buscar prevenirlos, advirtiéndolos por lo menos a EPM y la Asesoría.

En los términos de Referencia PC-056-2010, dentro del título 6.3.34 Sistema de Gestión de la Calidad de los trabajos, en la Evaluación de Cliente, aspectos técnicos, expresamente se indica que esos informes de la Interventoría deberán tener los siguientes aspectos:

- "*Orden, oportunidad y atención de solicitudes técnicas del contratista e HIDROITUANGO.*
- *Calidad de las respuestas técnicas*
- ***Atención a recomendaciones de los asesores externos.***
- *Calidad de los informes técnicos periódicos"*

A pesar de conocer los riesgos y haber sido advertido de la inconveniencia de las decisiones constructivas, tal y como se encuentra probado en los diferentes documentos que a continuación se relacionan, no mencionó tales riesgos y, por el contrario, avaló las decisiones constructivas y las obras producto de estas, para cumplir con los tiempos en lo que se consideró la forma más "expedita" se decidió ejecutar la obra prescindiendo de dichas estructuras, las cuales a 31 de diciembre de 2013 no se encontraban listas como consecuencia del hecho de que fueron contratadas tardíamente, tal y como da cuenta el Acta de Seguimiento Técnico con corte a esa fecha, en la cual se afirma lo siguiente:

> *"Los equipos hidromecánicos, conformado por las compuertas de desviación, vertedero y descarga del embalse, presentan un atraso del 21% con relación al avance programado,* ***fundamentalmente por la contratación tardía de las compuertas de cierre de los túneles de desviación, cuyo atraso, con relación a la fecha de orden de inicio de los trabajos es del 91% en el diseño, fabricación y transporte"***[791.] (Subrayas fuera del texto)

Por otra parte, contrario a lo afirmado por la apoderada, desde los términos de referencia, se deja claro que era posible que HI (EPM) solicitara al Consorcio el análisis792 y evaluación de alternativas constructivas, como efectivamente lo hizo, al solicitar su participación en las Mesas de Aceleración, en las reuniones con el Board de Expertos y los Comités de Diseño.

De hecho, la Interventoría si tuvo participación en la definición de los elementos del plan de aceleración, al participar en **las mesas de trabajo para programa con aceleración,** por ejemplo, se presentan a continuación tres actas de estas reuniones: en el Acta No. 011793 de 28 de agosto de 2014**,** participaron los señores Tito Tulio Martínez, Gustavo Zamudio, Clara Rosa Tamayo y Jhon Madrid del Consocio INGETEC SEDIC, en la cual se lee, que la interventoría presentó observaciones varias al programa de aceleración, que incluyeron el análisis de secuencias constructivas de la presa para el inicio del embalse y la solicitud de atención a la Asesoría sobre las propuestas de diseño de cada una de las propuestas de aceleración :

---

791 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Informacion_HI_Mayo\INFORMES SEGUIMIENTO TÉCNICO\2013

792 "6*.3.31 Trabajos adicionales*
Cuando lo solicite HIDROITUANGO, la Interventoría ejecutará los trabajos adicionales correlativos a la interventoría de las obras como trámites para obtención de permisos, licencias, análisis y evaluación de alternativas constructivas, trabajos de costos, etc.
6.3.32 Servicios complementarios
HIDROITUANGO se reserva el derecho de ejecutar bajo su dirección ciertos trabajos en relación con el objeto del contrato por sus propios medios o con recursos, totales o parciales, suministrados por la Interventoría; en éste caso, la Interventoría deberá suministrar oportunamente a HIDROITUANGO los recursos y servicios que éste solicite.
Si HIDROITUANGO lo solicita, la Interventoría prestará y pondrá a disposición de HIDROITUANGO oportunamente, los servicios complementarios y los recursos que éste requiera para la cabal ejecución y administración de la interventoría del proyecto, tales como contratación de asesores, subcontratos, personal, servicios de secretaría, mecanografía, dibujo, reproducción y edición de documentos, transporte, topografía, etc."

793 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\46. Documentación enviada RCA-RFI. Preguntas de 16 páginas. 36 Gb. 08-05-2019\Inteventoria\Lote 6.1-ok

Revisión del programa

Se presentan las siguientes observaciones al programa por parte de la Asesoría y la Interventoría, las cuales se anexan al acta.
Con respecto a las observaciones que la Interventoría presenta, las mismas incluyen el análisis de secuencia constructivas de la presa (para lo cual se debe definir por parte de la Asesoría la cota que se debe alcanzar en los rellenos de la presa para inicio del llenado del embalse (propuesta por el Contratista en la EL 415) (1)), del vertedero que no ha considerado en el programa la galería B de acceso a la aducción, la central subterránea que debe considerar en primer lugar la terminación de la unidad 4 y reprogramar la excavación de los túneles de aspiración, la secuencia constructiva de la conducción y de las obras para la descarga, para los cuales se realizan comentarios.
El Contratista precisa que el programa presentado es preliminar. Solicita dar a conocer el programa de montajes de EPM, el cual se debe ajustar a las nuevas condiciones de ejecución del contrato.
La Interventoría llama la atención a EPM, con respecto a la entrada al proyecto de la viga carrilera del puente grúa para lo cual se requiere tener terminada la vía Puerto Valdivia - sitio de presa, que debe estar terminada para marzo de 2016 y actualmente presenta atrasos en su ejecución.
Se plantea el tema de la propuesta del Consorcio para construir en galería los pozos de compuertas 1 a 4, lo que permitiría eliminar, según apreciación del Contratista, las excavaciones para la plazoleta prevista en el diseño para estos pozos y mejoramiento (a juicio del Contratista), de las condiciones de calidad de la roca en las mismas incluida las de las unidades 5 a 8. Al respecto el Contratista entregará su propuesta mostrada en planta para su evaluación por parte de la Asesoría (2).
Además, el Contratista entrega el esquema de propuesta de construcción de una galería adicional desde la caverna de transformadores en la culata norte y que da salida a la galería de construcción superior norte, la cual facilita la salida de vehículos que entran con equipos e insumos, tanto para el montaje como para la construcción de las obras civiles de la central. Se anexa el esquema respectivo para análisis de la Asesoría.

Tiempos de llenado del embalse a elevación

La Interventoría solicita a la Asesoría dar a conocer los tiempos estimados para que el llenado del embalse alcance las cotas 260 (descarga intermedia), 355,20 (captación) y definir la cota de llenado para las pruebas de la unidad 4 (3).

Interferencias para ejecución de actividades en la central por excavaciones en ár montajes.

La Interventoría llama la atención sobre la excavación de la zona de montajes que corresponde a un hueco de 31.90 m x 9.50 m x 24.50 m, para lo cual la Interventoría propone evaluar la reducción del ancho de dicho hueco y la construcción de dos galerías adicionales de conexión.
La Asesoría evaluará esta propuesta de la Interventoría (4).

Definición de diseños.

La Interventoría resalta el requerimiento de atención por parte de la Asesoría de los

diseños de cada una de las alternativas propuestas. Se tienen definidas secciones y tratamientos de las galerías auxiliares que concuerdan con los diseños de las galerías de construcción de la central, faltando detalles de tratamiento de intersecciones. Dentro de los faltantes esta lo correspondiente a la galería de paso desde la descarga intermedia a la presa a EL 252.
Confirmación de los estimativos de terrenos para galerías de construcción.
La Interventoría solicita a la Asesoría confirmar los porcentajes de los estimativos de los tipos de terreno para galerías de construcción proyectadas, necesarios para acordar con el Contratista los respectivos APUs de ejecución de dichos trabajos (5). Se llama la atención sobre la galería B que está en un 100% en terreno tipo I y para la galería a túneles de descarga que no considera terreno tipo IV.
Aspectos contractuales – Rendimientos programa vs rendimientos oferta.
La Interventoría presenta el cuadro comparativo de los rendimientos calculados de acuerdo al contrato y los propuestos en el programa acelerado, que están por encima o por debajo (6). Al respecto el Contratista revisará.

En la Reunión No. 016[794] del 9 de octubre de 2014**,** participaron los señores Tito Tulio Martínez, Gustavo Zamudio, Clara Rosa Tamayo y Jhon Madrid del Consocio INGETEC SEDIC, en la cual se lee, que la interventoría opinó sobre la mejora en un programa constructivo y su impacto en el programa de aceleración de informa que los compromisos relacionados con diseño, surgidos de la mesa del programa de aceleración se le han entregado y explicado al contratista:

La Interventoría indica que esta mejora de procedimiento constructivo como cualquier otra que pueda surgir, se debe considerar posterior a la entrega y aprobación del programa con aceleración. Por ahora el Contratista debe entregar el programa con la planeación y procedimientos constructivos que tiene estudiados a la fecha.
Estado de cumplimiento de compromisos
La Interventoría informa que los compromisos relacionados con diseño que han surgido en las mesas de trabajo para programa con aceleración, se están entregando vía comunicación al Contratista, los mismos han sido explicados en forma detallada en diferentes reuniones con el Contratista. Queda pendiente por parte del Contratista la entrega del programa con aceleración.

En la Reunión No. 036[795] del 9 de septiembre de 2015**,** participaron los señores Tito Tulio Martínez, Clara Rosa Tamayo y Germán Pinto Hernández de Consocio INGETEC SEDIC, en la cual se lee, que la interventoría hizo una breve descripción de la forma cómo se planea la ejecución de la GAD e indica que el Contratista

794 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\46. Documentación enviada RCA-RFI. Preguntas de 16 páginas. 36 Gb. 08-05-2019\Inteventoria\Lote 6.1-ok

795 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\46. Documentación enviada RCA-RFI. Preguntas de 16 páginas. 36 Gb. 08-05-2019\Inteventoria\Lote 6.1-ok

entregó el programa con aceleración y se acordó que la Interventoría se reuniría con EPM para seleccionar los planos que se consideran necesarios para entregar al contratista:

Programa de trabajo para las obras de la galería auxiliar de desviación
La Interventoria hace una breve descripción de la forma como se planea la ejecución de la galería auxiliar de desviación, la cual se ha proyectado realizar desde aguas abajo, desde la parte media y desde aguas arriba hacia aguas abajo, a través de la construcción de galerías que permiten el acceso. Se ha planeado además la construcción de galerías que permiten llegar a la zona de la cámara de compuertas, para iniciar lo antes posible actividades en dicha cámara. Indica que el Contratista entregó el programa, en el cual se tiene como fecha para el desvío del río Cauca el 31 de julio de 2017. Además, plasmó una serie de premisas requeridas para el cumplimiento del mismo, las cuales el
Contratista lista en la comunicación CI-04415 enviada a la Interventoría. En la mesa de trabajo se hace revisión a dichas premisas, entre las que se tienen las siguientes: - Se realizó el programa con los diseños entregados por EPM hasta el 28 de junio de 2015. Previendo que al menos 60 días antes del inicio de cualquier actividad, deben contar con todos los planos y Especificaciones técnicas necesarias. - Se consideró en el programa, modalidad de trabajo en jornada 14x7, para todos los frentes. - No considera excavaciones en el portal entrada de la galería auxiliar de desviación, por no contar con los diseños respectivos. - Se consideró la alternativa de mayor longitud del portal entrada, para la galería auxiliar de desviación.
Programa con aceleración
EPM manifiesta que revisando el programa entregado por el Contratista para la ejecución de las obras, observa simultaneidad en la instalación de las compuertas de la aducción, por lo que solicita al Contratista revisar los rendimientos en la instalación de estos elementos, con el objeto de contar con certeza de cumplimiento (6). Con respecto a las compuertas de los pozos de la aducción, se acordó que la Interventoría se reunirá con EPM y seleccionarán los planos que se consideraran necesarios para entregar al Contratista y poder realizar la cotización de elementos, no incluidos en el contrato original (7). Indica que a la fecha el Contratista solo dispone de planos de fabricante de los tubos de aspiración, cámaras espiral y de blindajes de la conducción inferior.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que la Interventoría en estas Mesas de Trabajo para el Programa con Aceleración presentó observaciones, participó en la revisión del programa de aceleración, realizo análisis sobre las secuencias

constructivas, hizo descripciones de la forma como se planeaba la programación del trabajo en la galería auxiliar de desviación y participó con EPM en la selección de planos para entregar al Contratista CCCI, razón por la que se desconoce porque la defensa pretende presentar a INGETEC – SEDIC, como un actor COMPLETAMENTE desligado en materia de planos, diseños, definición de programa de aceleración, entre otros.

En estos pronunciamientos se evidencian también en los informes de la Interventoría, como por ejemplo en el informe trimestral de octubre a diciembre de 2013[796]:

> "*El Contratista cumplió con la construcción del tapón y la finalización de soleras en los túneles de desviación, sin embargo no terminó las excavaciones y tratamientos del portal salida que llevó hasta un 91% de ejecución, por lo que el 1 de noviembre de 2013, se retiró del frente para dar paso al Consorcio CCC Ituango (…) Como alternativa adicional se están realizando ajustes al diseño para involucrar la construcción de un tercer túnel. Una vez se definan los trabajos a realizar para la desviación del rio Cauca con la opción antes mencionada, se solicitará al Contratista la presentación de un programa de obras para la ejecución de dichas actividades".* (Subrayas fuera del texto)

En el informe trimestral de la Interventoría de octubre a diciembre de 2013[797] se lee:

> "*El Contratista cumplió con la construcción del tapón y la finalización de soleras en los túneles de desviación, sin embargo no terminó las excavaciones y tratamientos del portal salida que llevó hasta un 91% de ejecución, por lo que el 1 de noviembre de 2013, se retiró del frente para dar paso al Consorcio CCC Ituango (…) Como alternativa adicional se están realizando ajustes al diseño para involucrar la construcción de un tercer túnel. Una vez se definan los trabajos a realizar para la desviación del rio Cauca con la opción antes mencionada, se solicitará al Contratista la presentación de un programa de obras para la ejecución de dichas actividades".* (Subrayas fuera del texto)

El informe mensual detallado de junio de 2014[798], trae:

796 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P41\Ingetec - Sedic\2013
797 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P41\Ingetec - Sedic\2013
798 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2014

"*3.2.9.6 Observaciones generales al programa de trabajo. Realizando simulación al programa de trabajo actual, tomando como base las fechas reales de entrega de los frentes de trabajo y considerando además el atraso que se registra en cada uno de los frentes, se deduce que para entrar en operación con la primera unidad a partir de noviembre de 2018, es necesario realizar ajustes al programa de trabajo vigente. Por tal motivo EPM encomendó el estudio de nuevas alternativas, que permitieran acelerar algunos trabajos en aras a lograr la meta propuesta. El estudio se lleva a cabo mediante la implementación de mesas de trabajo para programa con aceleración en las cuales participan EPM, la Asesoría,* ***la Interventoría*** *y el Contratista. Se espera contar prontamente con estas alternativas y ajustes al programa de trabajo actual, de tal forma que permita llevar un control más real al avance de las obras*

(…) 3.6 CONCLUSIONES DE LA INTERVENTORÍA
Las obras se continúan desarrollando con atrasos en actividades básicas que forman parte de la ruta crítica como son las excavaciones de las plazoletas de captación y de compuertas, las excavaciones de la central subterránea, las obras de la descarga y los llenos prioritarios de la presa apenas comienzan. La implementación de ajustes al cronograma de trabajo, que se adelanta a través de mesas de trabajo para programa con aceleración, debe permitir adelantar varias actividades de manera simultánea de tal forma que permitan finalizar los frentes de trabajo requeridos para entrar en operación con la primera unidad a partir de finales de 2018.

Se analiza conjuntamente con el Contratista, el impacto generado en el programa aprobado el 1 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta las fechas reales de entrega de los frentes de trabajo y los atrasos que se registran en la ejecución de las obras, con el objeto de establecer los tiempos de aceleración requeridos *en cada uno de los frentes de trabajo"* (Subrayas fuera del texto)

El informe mensual detallado de agosto 2014[799], trae:

"*Seguimiento al programa de trabajo. En el programa se estimó que la excavación y tratamiento del portal duraría 250 días. La cantidad total a excavar es de 310 000 m3, lo que indica que se debe avanzar a razón de 1240 m3/día. Se han excavado 174.557 m3, obteniéndose un rendimiento de 516 m3/día. Lo anterior indica que estas excavaciones se están realizando con rendimientos inferiores a los previstos. En la nueva versión del programa de trabajo con aceleración, la cual se encuentra en revisión, se consideró la*

799 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2014

> *construcción de una galería auxiliar que permite trabajar de manera independiente las obras exteriores de las subterráneas. Lo anterior permitiría recuperar el atraso que se registra en las obras de la descarga."* (Subrayas fuera del texto)

En el informe mensual detallado de noviembre 2014[800], se concluye:

> "*Como resultado de las mesas de trabajo para programa con aceleración, el Contratista entregó el 21 de agosto de 2014 una primera versión del programa acelerado. El 18 de septiembre de 2014 en la Mesa de trabajo para programa con aceleración No. 14 hizo entrega de una segunda versión preliminar, el 23 de octubre de 2014 hizo entrega de una nueva versión de programa, incluyendo las obras civiles requeridas para la ejecución de los montajes. El 21 de noviembre de 2014, entrego la versión definitiva del programa con aceleración****. Esta versión cumple con todas las observaciones realizadas por la Interventoría en el transcurso de las conversaciones, por lo que se envió a EPM para los ajustes finales en cuanto a hitos y revisiones por parte del grupo de montajes***
>
> *Es importante que el programa con aceleración sea acordado entre las partes (EPM y Contratista), con el objeto de realizar el seguimiento y control al avance con el mismo, lo que permitiría detectar cualquier desviación que se pudiese presentar con miras a tomas las medidas correctivas a la mayor brevedad".* (Subrayas fuera del texto)

Ahora, la apoderada en la Solicitud de Archivo, expone:

> *"Pero es que además se encuentra probado fehacientemente en el proceso que la definición de los diseños del Proyecto y sus modificaciones eran cuestiones del resorte exclusivo del otro contratista, esto es, del Diseñador-Asesor (Consorcio Generación Ituango) y de EPM, según lo explicó el Ingeniero Otoniel Augusto Corrales, en su calidad de Profesional C Experto adscrito a la Dirección de Desarrollo del Proyecto Ituango de EPM:*
>
> *"Pregunta Doctora Carolina Deik: Muchas gracias por esa aclaración tan importante. Usted nos ha mencionado que en los casos en los cuales, si se le presentaban al Asesor las inquietudes por parte de la Interventoría y del Contratista, porque si tenían dificultades en leer los diseños en interpretarlos o deseaban alguna modificación y la proponían etc., usted nos dice que entonces la asesoría presentaba un concepto de viabilidad ¿qué sucedía en los casos en los cuales, por ejemplo, el Interventor no estuviera de acuerdo*

800 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2014

con la Asesoría? Si el interventor decía alguna cosa y la Asesoría decía eso no se puede hacer eso no deberían realizarlo ¿quién definía entonces en esos casos?

Responde Ingeniero Otoniel: No, el diseñador es único, es la Asesoría la que da la línea y la que define si el diseño planteado se puede hacer o cuando se presentaban alguna modificación la Asesoría revisaba analizaba y daba viabilidad. Si era alguna alternativa presentada por el contratista se hacían los estudios los análisis respectivos. Pero al final se hacía lo que dijera la Asesoría, para eso el proyecto cuenta con un asesor, que es el encargado de atender todo lo que tenga que ver con diseño dentro del proyecto; la interventoría lo que hace es velar por el cumplimiento de esas especificaciones y esos planos que tiene que se le pasaron al constructor para su ejecución.

Pregunta Doctora Carolina Deik: De manera que, según lo que usted nos indica, entonces la Interventoría tenía una obligación de transmitirle 100% al contratista todas las recomendaciones de la Asesoría y también las especificaciones técnicas sin ninguna posibilidad puede alejarse de las especificaciones técnicas y de los diseños?

Responde Ingeniero Otoniel: Sí claro, ese es objeto al cumplimiento, para eso se contrata y dentro de uno de sus componentes del contrato interventorías es el técnico, que es el cumplimiento de planos y especificaciones técnicas de construcción de acuerdo a lo definido por el asesor, claro." (Énfasis del texto).

Sin embargo, en el testimonio del ingeniero GABRIEL JAIME LACOUURE CORREA[801], se lee que efectivamente EPM solicito a sus contratistas, incluyendo a la Interventoría propuestas para poder desviar en enero del 2014, quien de acuerdo con el ingeniero presento alternativas. También, se observa que era de conocimiento de todos los contratistas la oposición que puso de presente la Junta de Asesores de modificar los diseños originales, porque esto implicaba varios riesgos:

"JV. Puede indicar sobre el prescindir de las compuertas y construir la SAD. Podría darnos información sobre este punto.

GJLC. El proyecto tenía diseñados los túneles de desviación, donde se iban a instalar las compuertas y como estaban en el diseño original. El proyecto tuvo unos atrasos en la construcción de esos túneles y llegó un momento en que se vio que ya la fecha, el proyecto estaba previsto para desviarse en enero de 2013, ya estábamos en el año 2013 y no se podía, estaba para

801 Z:\PRF-014\DIGITAL\CP 133\FOLIO 27610

*2014 y llegamos a una fecha en que EPM, i**nterventoría** y los que estábamos ya vimos era imposible llegar a esa fecha, por los avances que tenía el contratista, entonces EPM solicitó a todos los que interveníamos tanto i**nterventoría**, contratistas, la asesoría que avaluáramos posibilidades, evaluar otras alternativas para ver cómo podemos desviar en enero de 2014. Integral participó indicando algunas opciones en la parte de los portales de desviación, incluso se hicieron obras diferentes a las del diseño original, el diseño original contemplaba excavar una plazoleta o una terraza, un talud a cota 260, finalmente se vio q eso no era viable porque el contratista no lo podía hacer como estaba planificado no iba llegar, de manera alterna se supusieron unos túneles, una galería para llegar al sitio y se hicieron muchas alternativas en esas etapas, buscando opciones. De ahí el contratista, el consorcio CCI en alguna oportunidad sugirió que por qué no hacer un tercer túnel, esa fue una de las ofertas del consorcio, **la interventoría también colocó algunas alternativas**, toda esa información nos la entregaron a la asesoría, nosotros miramos todas esas opciones, las valoramos y empezamos a analizarlas que posibilidades (…) Esa fue la situación que se llevó allá y el **Board** de asesores dijo que **no estaba de acuerdo** que no consideraba prudente correr esos riesgos de postergar esa excavación encima de los portales de entrada de los túneles de desviación, o sea, donde estaba entrando el agua del río cuando ya esté pasando el agua estar excavando allá, porque un derrumbe podía taponar esas entradas, entonces ese fue el cuestionamiento que ellos hicieron en el informe de agosto, de asesores (…)*

*(…) DSO: O sea que finalmente para el tercer túnel o la GAD ninguna de las partes estuvo en oposición, nadie manifestó estar en contra, ni los contratistas, ni los diseñadores, ni EPM, **ni la interventoría**.*

GJLC. No nadie, o sea hubo esa oposición al principio de ellos (Board) en el sentido de que fue una decisión que se tomó sin que ellos fueran consultados y lo dejaron así consignado que fueron sorprendidos, eso generó cierto recelo de ellos, de que no se había consultado la situación y obviamente ellos tenían una situación y tenían razón en algunos planteamientos (…)" (Subrayas fuera del texto)

Ahora, en el testimonio del ingeniero Tito Tulio Martínez, se evidencia que la Interventoría no fue ajena al estudio de alternativas ante la posibilidad de no instalar las compuertas en los túneles de desviación originales (izquierdo y derecho), sino que participó de las reuniones y ofreció opciones técnicas para el desarrollo del proyecto, así no haya elaborado los diseños finales de la GAD:

"TTM: (…) Y en el túnel izquierdo más o menos hacia la mitad del túnel coincidiendo con el eje de la presa ahí se tenía previsto en el túnel izquierdo de la desviación montar todas las estructuras de concreto más todos los

elementos mecánicos, electromecánicos para la operación de dos compuertas planas que se llama: cámara descarga de fondo. Esa cámara descarga el fondo, era con el objeto de poder manejar el caudal ecológico exigido por las autoridades ambientales. Cómo los túneles de desviación finalmente se ocuparon por la desviación del río sin las estructuras en la entrada para las compuertas principales ni tampoco se hizo nada con respecto a la cámara de descarga de fondo pues todas esas estructuras tanto de las compuertas principales de cierre como las compuertas de la descarga de fondo, todas se trasladarían en el nuevo diseño, se trasladarían para que fueran incorporadas allá en el tercer túnel que después de haber recibido nosotros los planes para la construcción efectivamente allí está ubicada entonces unos ramales dentro del túnel en donde se ubicarían las compuertas principales y también estaba otro ramal en la parte interior allá del túnel más o menos hacia la mitad del recorrido, dónde también se ubicaba la cámara de compuertas de la descarga de fondo para que todo volviese a operar como estaba inicialmente previsto pero con un tercer túnel. Así fue cómo se legalizó, se formalizó entre el consorcio CCC y EPM una AMB, que fue la AMB 15 para que con base en los planos de diseño geotécnico se hicieran las excavaciones de lo que correspondía a las galerías de acceso y a la cámara de compuertas de la GAD y la cámara de control de descarga de fondo más todo lo que corresponde al túnel principal de la GAD que ya se había definido después de un proceso largo también en el que participaron, inicialmente participaron unos expertos que le ayudaron al consorcio en sugerir algunas alternativas, Luego de esas alternativas para el tercer túnel también entró la asesoría pues a discutir el asunto.

A nosotros como interventora nos llamaron en algún momento también a presentarnos unas alternativas que opinábamos. Pues nosotros participamos en esas, creo que una o dos reuniones básicamente para decirles que el aspecto que tenía que mirarse también no solamente era el tema de si funcionaba hidráulicamente o no el túnel y en fin todo lo que tenían que ver los técnicos, sino que a nosotros nos preocupa el tema de que el nuevo túnel se acomodará también a lo que estaba exigiendo el programa de obra del proyecto. Desde ese punto de vista nosotros sugerimos, por ejemplo, que dentro de las alternativas que se presentaron había una que era conectar el nuevo túnel, el tercer túnel con un túnel que ya estaba diseñado y que había que hacer que se llama túnel de descarga 4 es el que saca las aguas turbinadas de una caverna que se llama Almenara 2*. Eso hacía que el recorrido de ese tercer túnel fuera mucho más corto y efectivamente esa fue la alternativa que se siguió estudiando. Entraron los nuevos expertos a hacer los estudios por dentro del tercer túnel (…)"* (Subrayas fuera del texto)

"TTM (….) Y de ahí nació pues las mesas de trabajo estuvieron una serie de alternativas y eso implicó unas alternativas que tenían unos cambios de

diseño, cambios de diseño que eran estudiados y avalados por un diseñador y nosotros participamos para mirar el tema de los procedimientos constructivos que iba planteando el contratista y lo mismo tema de cómo era el tema de programación y los rendimientos ya sin todo eso qué tiene que ver con el cumplimiento ya de programa. En eso consistieron bastante las mesas de aceleración y con eso se buscó un programa que buscaba que las metas de generación tal como EPM lo buscaba se cumplieran y así efectivamente salió ese programa para cumplir con las metas de generación que tenía establecidos EPM.

ISO: Ingeniero Tito me gustaría que nos indicará ¿Quiénes pactaron ese plan de aceleración?

TTM: A nosotros, nosotros como mesa de trabajo simplemente entregábamos unos resultados y unas en actas se iba dejando todo lo que se iba avanzando de estudio

De acuerdo con lo anterior, para el Despacho queda probado que la Interventoría no solo participó en la definición del programa con aceleración, sino que realizó observaciones sobre el mismo y que estas fueron tenidas en cuenta dentro del programa mencionado.

Ahora, tampoco obedece a realidad que la Interventoría no tuviera ninguna relación con aspectos relacionados con el diseño de la obra, ya que participaba justamente de los Comités de Diseño e incluso llegaba a presentar modificaciones que se evidenciaban en el desarrollo de las obras, porque ya desde los términos de referencia PC-056-2010802, se señaló que la Interventoría: "***diseñará, implementará y mantendrá un sistema para el análisis, seguimiento y control de los cambios o modificaciones en los planos****, **especificaciones técnicas o condiciones contractuales de cada uno de los contratos a ser intervenidos**. La Interventoría documentará la naturaleza, causas y consecuencias de dichos cambios*". Lo anterior se ilustra en el testimonio del ingeniero Tito Tulio Martínez[803]:

"(…) ISO: Yo quisiera pasar ahora otro a otro tema que hace parte del objeto de su declaración según lo leyó la Doctora Juliana y es el tema de los comités de diseño. Quisiera que nos explicará si la interventoría participaba en esos comités y cuál era el alcance de la participación de la interventoría en los mismos.

802 Términos de Referencia PC-056-2010 con adendas en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic\Precontractual\9. Pliego de Condiciones
803 Z:\PRF-014\DIGITAL\CP 133\FOLIO 27606

TTM: Si, esos comités de diseño dentro de los documentos del contrato nuestro estaba que nosotros teníamos que participar en unos comités de diseño pues establecidos desde los documentos por parte de EPM y que esos comités se realizarían periódicamente. Finalmente, eso se hicieron casi siempre semanalmente con participación de EPM, participación de la asesoría y participación de la interventoría.

ISO: Usted podría indicarnos si en esos comités de diseño a la interventoría le correspondía emitir algún concepto sobre la conveniencia o la idoneidad de los diseños o de las modificaciones al diseño.

*TTM: No, en esos comités de diseño no se hablaba sobre diseño mismo desde las obras, ahí lo que se hacía era plantearle a EPM o a la asesoría por parte la interventoría asuntos por ejemplo que tenían que ver con el diseño y que venían del contratista. O sea, el contratista decía yo tengo un diseño que venía así y así y así por asuntos constructivos necesito que se me le haga tal modificación. **Por ejemplo, una berma en el vertedero que estaba prevista de 3 metros de ancho, el contratista decía yo no puedo colocar los equipos en 3 metros de ancho y no puedo trabajar, solicito que por favor me pasen esas bermas a cinco metros**.*

*Esos temas por ejemplo se llevaban allá para que fueran estudiados por el diseñador y se discutían ahí y se miraba el tema de riesgos y de seguridad también para la gente y eso lo estudiaba la asesoría. Principalmente en esos comités se hacía seguimiento a que los diseños que tenían que entregarse por parte de EPM a la interventoría para luego entregar al contratista, se entregaran oportunamente porque nosotros el compromiso de acuerdo con los documentos y con las especificaciones que nosotros teníamos que entregarle 30 días a 60 días antes al contratista antes de la fecha prevista en el programa teníamos que entregar esos diseños. Entonces nosotros llevábamos los temas para que por favor se nos fuera entregando la información de todos los temas que se llevaban. **También se hablaba sobre los temas por ejemplo de que hay una obra que se estaba llevando a cabo en el proyecto y que presentó algunas inestabilidades entonces necesitaba que la asesoría volviera a revisar su diseño; cosas, así como eso era lo que nosotros llevábamos a ese comité de diseño y se hacía seguimiento**."* (Negrillas fuera del texto)

De lo anterior, el Despacho puede señalar, primero, que se presenta una contradicción en el testimonio, porque indica que eran "*en esos comités de diseño no se hablaba sobre diseño mismo desde las obras, ahí lo que se hacía era plantearle a EPM o a la asesoría por parte la interventoría asuntos por ejemplo que tenían que ver con el diseño y que venían del contratista*", entonces surge la inquietud de saber si eran o no sobre diseño tales comités y de acuerdo a lo dicho acto seguido por el mismo testigo, si se tocaban puntos de diseño en estos.

Ahora, es claro en el testimonio, que la Interventoría si podía llevar temas de diseño que impactaban en la obra e incluso, podía sugerir cambios sobre los mismos, que efectivamente eran aceptados por los diseñadores: "*Por ejemplo, una berma en el vertedero que estaba prevista de 3 metros de ancho, el contratista decía yo no puedo colocar los equipos en 3 metros de ancho y no puedo trabajar, solicito que por favor me pasen esas bermas a cinco metros. Esos temas por ejemplo se llevaban allá para que fueran estudiados por el diseñador*"

Incluso, en este mismo aparte del testimonio, se observa que se discutían temas relacionados con la inestabilidad del terreno, para que la Asesoría volviera a revisar los diseños.

Más adelante, en este mismo testimonio se señaló:

> *"CD: Eh pues simplemente repetir lo que él había dicho en la pregunta anterior pero bueno. Doctor Martínez cuéntenos usted nos manifestó que en estos comités de obra no se hablaba del diseño mismo pero que la interventoría planteaba unos puntos, perdón, en los comités de diseño no se hablaba del diseño mismo pero que la interventoría planteaba unos asuntos que venían del proceso del comité de obra y que requerían modificación. Entonces reformulando lo que le pregunté anteriormente y que proviene de su explicación ¿Podría indicarme qué criterio tenía en cuenta la interventoría para plantear los temas en el comité de diseño? Es decir, esa distinción que usted nos plantea entre construcción y diseño cómo la trazaban ustedes.*
>
> *TTM: Todo lo que tocará planos para construcción era asunto de diseño y era lo que nosotros llevábamos. O si había algún tema con respecto a alguna modificación especial que tuviera que ver con la especificación técnica la llevábamos al comité de diseño.*
>
> *(…) JV: ¿Me está escuchando bien? Ah perdón, discúlpeme. Lo que le preguntó la doctora Carolina era si en esos comités de diseño a los que llevaban, digamos las dudas que se presentaban en el comité de obra la única persona que podía llevar esas dudas que se presentaban eran las que a ustedes les pasaba el contratista directamente o si directamente el interventor podía llevar otras dudas a ese comité de diseño.*
>
> *TTM: Si.*
>
> *JV: ¿Le entendí bien doctora Carolina?*
>
> *CD: Sí señora.*

TTM: Si el interventor también llevaba otros asuntos que tenían que ver con diseño.
CD: Había posibilidad de que algunas inestabilidades de las que usted menciona como tema de discusión en los comités de obra tuvieran que ver con diseños y no se llevaran al comité de diseño o todo lo que tenía que ver con inestabilidades necesariamente llegaba al comité de diseño.

TTM: Todo llegaba al comité de diseño, ya sea en el comité o como le digo a través del otro medio que eran las comunicaciones escritas del contratista con todos sus argumentos y todas sus explicaciones."

Ahora, la apoderada de los miembros del Consorcio Interventor presenta como pruebas de la falta de autoridad y responsabilidad de la Interventoría respecto de los diseños del Proyecto el correo electrónico remitido por Javier Humberto Correa Murillo, Profesional de Finanzas y Gestión de Riesgos de EPM, a Oliver Thomas, director de Advanta Global, el 22 de enero de 2019:[804] y la comunicación 20200130004165 remitida al Consorcio Generación Ituango el 12 de enero de 2020, en la cual enfatiza que la Interventoría no está facultada para autorizar ninguna modificación en los diseños y planos de obra.

Respecto de esta última, es necesario llamar la atención que la misma tiene fecha de enero de 2020, mucho tiempo después de los hechos ocurridos en abril de 2018.

Sobre el particular, el Despacho ratifica lo ya mencionado, en el sentido de indicar que la labor de la Interventoría es una labor integral, que debía tener un enfoque de gerencia de proyectos y control de calidad, en pos de lograr que la obra cumpliera los fines para los que fue contratada, así no fuera el responsable de elaborar los diseños o de realizar los mapeos geológicos, tenía suficiente facultades legales y contractuales para haber realizado observaciones, alertas y análisis sobre los cambios que se presentaron dentro del Proyecto y respecto de que se lleven correctamente los procedimientos constructivos, en los términos que se expondrán en el segundo cargo, inclusive de participar en rediseños, como se estableció líneas atrás.

Dentro de un contexto ético, la Interventoría, como un profesional experto en la materia, de acuerdo con las definiciones y la jurisprudencia citada más adelante, debe ser ejercida aún si la entidad contratante, por motivos que no se logran establecer, cercena el alcance de la labor de vigilancia y control, para cumplir los fines del proyecto, porque en primer lugar es un especialista del que se exige una sólida experiencia y conocimiento en materia constructiva, con la capacidad y la información suficiente para ejercer una vigilancia no solo respecto del constructor, sino en general del Proyecto.

804 Z:\PRF-014\DIGITAL\CP 109\FOLIO 22786 ER0042229\PRUEBAS\DOCUMENTALES

Ahora, es pertinente recordar que la principal función de la Interventoría es que la obra cumpla la finalidad para la que el Estado la está desarrollando, incluso a pesar de las instrucciones de la entidad contratante y sus intereses de turno, porque tiene una responsabilidad social, al ser un colaborador de la Administración, por lo que si bien no le correspondía ser el interventor de los diseños si conoció de los riesgos e inconveniencia de las modificaciones (debido a lo dicho por el Board de Expertos) y al haber participado activamente en las mesas de trabajo para la definición del plan de aceleración y en los Comités de Diseño.

Ahora, en los descargos la apoderada afirma:

> *"Por otro lado, de acuerdo con la organización planteada por EPM para el Proyecto, la Interventoría no tenía un conducto directo de comunicación con el Diseñador-Asesor (Consorcio Generación Ituango). La Interventoría no tenía acceso a memorias de diseño y solo recibía de EPM los planos para construcción, especificaciones y cantidades de obras desarrolladas por el Diseñador-Asesor para ejecutar las obras. La interventoría no conoce, ni le compete conocer, los diferentes criterios, supuestos de diseño, metodologías de diseño, o perfil de riesgo del diseño implementado por el Diseñador-Asesor"*

En opinión del Despacho, lo anterior no obedece a la realidad, porque como ya se señaló tanto la Interventoría como la Asesoría participaban en diferentes comités (Comité de Diseño, Mesas de trabajo para el programa de aceleración), y en gracia de discusión, así no tuviera contacto directo con la Asesoría debía (y podía) plantearle las observaciones a EPM. En el testimonio del ingeniero de INGETEC, ALFREDO GUERRA TIBOCHA[805] se ve claramente cómo era este relacionamiento entre la Interventoría y la Asesoría:

> *"JV: Y sobre la manera cómo se daban las instrucciones específicamente con lo que tiene que ver con el tratamiento de las cizallas, la instalación de la losa del piso de la GAD y las instrucciones de relleno de las sobre excavaciones.*
> *AGT: Okay a ver nosotros como interventoría velábamos porque los planos de construcción, todo lo que estaba indicado en planos y en especificaciones técnicas se cumpliera nosotros directamente recibimos esta información de la asesoría pues a través de EPM y en los frentes nosotros vigilábamos para que el contratista cumpliera con todos estos requerimientos en cuanto a las disposiciones, las recomendaciones, las consideraciones que se hacían durante el avance de las obras. Nosotros recibimos las recomendaciones y especificaciones a través de EPM, **de la asesoría** y se lo transmitíamos directamente al contratista, esa era nuestra labor. Todo se hacía a partir de unos comités, comités de construcción es donde el contratista solicitaba o preguntaba, hacía inquietudes y nosotros se la transmitíamos al diseñador*

805 Z:\PRF-014\DIGITAL\CP 131\FOLIO 27180

en los comités de diseño ellos nos daban sus recomendaciones y así mismo se las devolvíamos al contratista*".* (Subrayas fuera del texto)

Ahora se analizará desde las consideraciones contenidas en el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020:

i. *Así como no haber realizado observaciones pertinentes sobre la modificación de los planos originales y puesta en marcha de tales obras, consistente en la construcción de la GAD, como consecuencia de fallas en los servicios de interventoría al incumplir la ejecución planeada, controlada, sistemática, oportuna y documentada, bajo un enfoque de gerencia de proyectos, gestión de calidad, gestión de riesgos y protección del medio ambiente, asociados con la gestión del alcance, calidad, tiempo y costos de las obras intervenidas*

En los argumentos de defensa presentados por la apoderada del Consorcio INGETEC – SEDIC, se indica:

- *"El Consorcio INGETEC-SEDIC (en adelante, la "Interventoría", el "Interventor" o el "Consorcio Interventor") de acuerdo con lo previsto en el Contrato CT-2011- 000008 (en adelante, el "Contrato de Interventoría"), sólo ejercía labores de interventoría respecto de la construcción de las obras y no de los diseños. La obligación del Interventor era supervisar que las obras se ejecutaran de conformidad con los diseños y planos elaborados por el Consorcio Generación Ituango (en adelante, el "Diseñador-Asesor") una vez estos hubiesen sido aprobados por Empresas Públicas de Medellín E.S.P (en adelante, "EPM") y entregados por esta, en su calidad de contratante"*

En la solicitud de cesación de la acción fiscal, se señala:

- *"EPM le prohibió expresamente a la Interventoría intervenir en asuntos relacionados con el diseño de las obras, como, por ejemplo, clasificar la roca, definir los sistemas de fortificación de roca y de soporte de las excavaciones y, por supuesto, decisiones como la de colocar o no estructuras hidromecánicas para el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo, en tanto constituyen decisiones de diseño, correspondientes a otros contratistas del Proyecto. Lo anterior fue expresado por EPM en los siguientes términos:*

  "Creemos que no se ajusta a los contratos actuales entre EPM con la Interventoría, con la Asesoría y con los propios constructores, la exigencia de la Interventoría de asumir el derecho decisional, en algunos casos de manera exclusiva, según entendemos la propuesta, en asuntos como la clasificación de los tipos de roca, la definición de los sistemas de fortificación y soporte de las excavaciones, la lectura y análisis de la igual o mayor relevancia, de los interventores, asesores y constructores. Es menester recordar, en este punto, que la forma como están estructurados y distribuidos estos asuntos en los contratos es el resultado lógico de las responsabilidades y roles técnicos de

cada actor, con amplio fundamento en la experiencia y aprendizajes ganados en el desarrollo de otros proyectos similares806 […].”

Al respecto, el Despacho comparte parcialmente lo dicho por la apoderada en el sentido de que el alcance de las funciones del Consorcio Interventor, se encuentran con claridad en la Ley, el Contrato de Interventoría y los Términos de Referencia del Proceso de Contratación No. PC-056-2010 para el "*servicio de Interventoría durante la construcción de las obras civiles y el montaje de los equipos electromecánicos del Proyecto Hidroeléctrico Ituango*", el cual dio origen al Contrato de Interventoría. En dichos términos de referencia se establece que la responsabilidad básica de la Interventoría es “*verificar y certificar de manera documentada que las obras intervenidas se realicen de acuerdo con la calidad, costo, plazos, gestión ambiental, salud ocupacional, seguridad industrial y gestión de riesgos, establecidos por Hidroituango".*

Desde la Ley 80 de 1993, se estableció en su segundo artículo que, son fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; en su artículo 4 se precisó, en el que las entidades para dar cumplimiento a tales principios podrán:

1. Exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado;

2. Adelantar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas;

3. Exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajusten a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias.

Para desarrollar este punto debemos partir, en primer lugar, de la definición de interventoría, que de acuerdo con la página de Colombia Compra Eficiente807:

“La interventoría es el seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal en los siguientes casos: (i) cuando la ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiera del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique.

806 Véase Comunicación de la Interventoría INT(CIS)-EPM-040-14.
807 https://colombiacompra.gov.co/content/en-que-consiste-el-contrato-de-interventoria

Cuando la Entidad Estatal lo encuentre justificado, puede determinar que la interventoría no sólo se refiera al seguimiento técnico, sino también a los aspectos administrativos, financieros, contables y/o jurídicos del contrato."

El Consejo de Estado, en Sentencia de veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)808, sobre la noción, definición y funciones de la Interventoría, dijo:

Con fundamento los artículos 28 y 29 del Código Civil, la Sala aprecia el criterio de interpretación gramatical, de conformidad con el cual se consulta el diccionario de la Real Academia de la Lengua, donde aparece como segunda acepción de "interventor", la de "persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección".

Desde la perspectiva legal, a la cual también remiten los artículos referidos, se tiene que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en el numeral 1, al tratar el contrato de obra hace referencia a la interventoría pero no la define, como tampoco lo hace ese artículo en su numeral 2, incisos 2 y 3, cuando se refiere la interventoría como una modalidad de consultoría, ni el artículo 53 del mismo estatuto, en el cual se prescribe respecto de la responsabilidad de los interventores. No obstante, una norma jurídica, y a la vez técnica, de la mayor importancia para efectos del caso concreto, el Decreto 2090 de 1989 "por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura", en el numeral 6 indica que "se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción". Por último, la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha afirmado que el contrato de interventoría "tiene por objeto supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato".

(…) Estas obligaciones se atribuyen al interventor aun cuando consten en un contrato del cual no es parte, pues la doctrina en casos como el presente, bajo la denominación de coligación negocial ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica. Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los

808 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00732-01(24266) Actor: ASTRID CONSTANZA CRUZ QUINTERO. Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS ENERGÍA

tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio".

Por su parte, acerca del ejercicio y la responsabilidad en la interventoría de contratos, contenido en los artículos 82, 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, se establece que, con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado, así:

"*(…) Artículo 82. Responsabilidad de los interventores. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así: Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría. Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría,* ***como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría****. (…)*

(…) Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Parágrafo 1°. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 (Sic, debe ser Ley 734 de 2002) quedará así: ***No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad****. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o*

> *pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.*
>
> *(…) Parágrafo 3°. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor. Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.*
>
> *Parágrafo 4°. Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio".* (Subrayas fuera del texto)

Tal como se deriva de las normas arriba transcritas, la responsabilidad del Interventor es la de un **profesional especialista**, que en el caso de INGETEC y SEDIC, resulta evidente ya que estas son empresas que tienen una amplia trayectoria, hoja de vida y reconocimiento, por su experticia técnica en obras de gran envergadura a nivel nacional e internacional, siendo este uno de los motivos por los que el Consorcio integrado por estas empresas fue seleccionado por EPM para el proyecto Hidrotuango, **por eso es exigible de estas personas jurídicas las más altas calidades éticas y profesionales**.

Ahora, el contrato de Interventoría CT-2011-000008 (7 de octubre de 2011)809, celebrado entre EPM (en nombre de EPM Ituango SA ESP) y el consorcio INGETEC-SEDIC, tiene por objeto:

> "*EPM encargará a LA INTERVENTORÍA y éste se obliga a ejecutar para aquellas, ciñéndose a los documentos del contrato, lo estipulado en los Términos de Referencia para la contratación PC-056-2010, cuyo objeto es la ejecución planeada, controlada, sistemática, oportuna y documentada, bajo un enfoque de gerencia de proyectos, gestión de calidad, gestión de riesgos y protección del medio ambiente , de la prestación de los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles y el montaje de los equipos electromecánicos, las pruebas y puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango y la prestación de los servicios complementarios*

809 Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic

requeridos por EPM asociados con la gestión del alcance, calidad, tiempo y costos de las obras intervenidas, según los documentos del contrato".

En este contexto, de acuerdo con los términos de referencia PC-056-2010810 el objeto del proceso de contratación era el siguiente:

> *"Servicio de Interventoría durante la construcción de las obras civiles y el montaje de los equipos electromecánicos del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, ejecutado en forma planeada, controlada, sistemática, oportuna y documentada, bajo un enfoque de gerencia de proyectos, aseguramiento de calidad, protección del medio ambiente y gestión de riesgos asociados con la gestión del alcance, calidad, tiempo y costos de las obras intervenidas, de acuerdo con los documentos del contrato, y demás obras complementarias que se requieran y le sean ordenadas para la ejecución del proyecto, y en las actividades y alcances no contratados en el contrato No 016-2009 cuyo objeto es la prestación de servicios de Interventoría durante la construcción de obras de infraestructura del Proyecto Hidroeléctrico Ituango".*

En este punto, es necesario revisar la definición de varios elementos de este objeto.

- Proyecto: El Project Management Institute[811,] define un proyecto *como un esfuerzo temporal que se lleva a cabo para crear un producto, servicio o resultado único*. El enfoque temporal que presenta esta definición, indica que un proyecto tiene un inicio y un fin, enmarcando las actividades en un tiempo de ejecución específico.

Partiendo de esta definición, se puede afirmar que un proyecto finaliza cuando se alcanza el objetivo para el cual fue creado, por lo que cada uno de los actores dentro del proyecto tiene sus funciones específicas (Interventor, Diseñador, Constructor), pero sus ***contratos están coligados en un fin común: lograr un objetivo específico por medio de una serie particular de tareas interrelacionadas y la utilización eficaz de recursos***[812]

Sobre la responsabilidad del interventor, el Consejo de Estado (Sentencia del 28 de febrero de 2013), advierte que es factible que se configure la coligación negocial, con lo cual es posible que sin ser parte en un acuerdo, de este se deriven obligaciones para esta parte contractual, por lo que concretamente señaló:

---

810 Términos de Referencia PC-056-2010 con adendas en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic\Precontractual\9. Pliego de Condiciones

811 Project Management Institute - PMI. (2010). Manual de Certificación PMP. USA: (s.e). En: https://editorial.universidadean.edu.co/acceso-abierto/Introduccion-a-la-gerencia-de-proyectos-conceptos-y-aplicacion-ean.pdf

812 Clements, J. G. (2009). Administración exitosa de proyectos. México: Thomson.

> *"Estas obligaciones se atribuyen al interventor aun cuando consten en un contrato del cual no es parte, pues la doctrina (Giuffre, 1998, pp. 454) en casos como el presente, bajo la denominación de* ***coligación negocial*** *ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser* ***voluntaria****, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o* ***funcional****, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica. Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales,* ***sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio****. La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro; no obstante, existen supuestos de coligación en los cuales sólo la suerte de un contrato depende de la del otro o solo algunos aspectos específicos de un contrato dependen de los del otro, mientras que el otro contrato u otros aspectos de ese contrato permanecen por fuera de tal dependencia".*

De acuerdo con lo anterior, si bien cada uno de los sujetos contractuales que participaron en el Proyecto Hidrotuango tiene su propio contrato y sus propias obligaciones, no puede perderse de vista que todos tenían un objetivo en común: la entrada en operación de la presa de una forma eficiente y con calidad, motivo por el cual las actividades de la Interventoría, la Asesoría y el Constructor necesariamente están interrelacionadas y parten de la premisa básica de poner toda su experticia y diligencia al servicio del proyecto, empleando de forma eficiente los recursos a su disposición.

- Gerencia de Proyectos:

> *"El término de gerencia de proyectos hace referencia a todas las actividades que se adelantan en la etapa de ejecución del proyecto, que por la magnitud de las inversiones, por la participación de un número creciente de contratistas animados por el cumplimiento de sus respectivos compromisos, por la diversidad y complejidad de las acciones que se realizan y la secuencia de las mismas, determinan la generación permanente de conflictos entre los diferentes actores,* ***lo cual advierte la necesidad de instaurar un modelo gerencial que dirija y coordine la diferentes actividades encaminadas a garantizar la entrega oportuna del proyecto dentro de las especificaciones de alcance, costo y calidad****"*[813]

De acuerdo con las dos definiciones anteriores, un "*enfoque de gerencia de proyectos*", tal como lo indica el contrato CT-2011-000008 supone que se encargó

813 Miranda, J. J. (2004). El desafío de la gerencia de proyectos. Bogotá: Universidad del Rosario

a la Interventoría de liderar y coordinación las diferentes actividades encaminadas a garantizar un producto, servicio o resultado único (la construcción y entrada en operación de la Hidroeléctrica Ituango. Es necesario también precisar, que, si bien las obligaciones de la interventoría son de medio y no de resultado, debe prestar sus servicios con la mayor diligencia posible, con miras a obtener el funcionamiento del proyecto.

- Gestión de calidad:

La gestión de la calidad ha sido definida814 como un conjunto de acciones y herramientas que tienen como objetivo evitar posibles errores o desviaciones en el proceso de producción y en los productos o servicios obtenidos a través de él. A su vez, debe observar los procesos requeridos para asegurar que el proyecto cumpla los requerimientos y necesidades, bajo las políticas de calidad, los objetivos y las responsabilidades de calidad, bajo los parámetros de estándares como ISO NTC 9000, sobre normas de gestión de calidad y aseguramiento de calidad, la ISO NTC 9004 Gestión de calidad y elementos del sistema de calidad, la ISO NTC 10006 de Directrices para la calidad en gestión de proyectos815.

Ahora, el plan de gestión de la calidad816 contiene los procesos requeridos para asegurar que el proyecto cumpla los requerimientos y necesidades por los cuales fue emprendido, por lo que describe los procesos involucrados en planificar, dar seguimiento, controlar y garantizar que se cumpla con los requisitos de calidad del proyecto, lo que incluye "**Planificar la Calidad**"

- Gestión de riesgos:

Esta implica[817] la planificación de la gestión de riesgos e incluye los procesos para llevarla a cabo, así como la identificación, análisis, planificación de respuesta y control de los riesgos de un proyecto. Los objetivos de la gestión de los riesgos del proyecto consisten en aumentar la probabilidad y el impacto de los eventos positivos, y disminuir la probabilidad y el impacto de los eventos negativos en el proyecto.

En el plan[818] se describen los procesos involucrados en la identificación, análisis y control de los riesgos para el proyecto, a saber**: planificar la gestión de riesgos, identificar los riesgos**, realizar análisis cualitativo de riesgos, realizar análisis

814 https://www.nueva-iso-9001-2015.com/2018/10/quiere-saber-lo-que-significa-la-gestion-de-calidad/
815 Caicedo Lemus, J. (2015). Gestión, calidad e interventoría en proyectos de construcción.
816 Caicedo Lemus, J. (2015). Gestión, calidad e interventoría en proyectos de construcción.
817 Ibid. Caicedo Lemus, J.
818 Caicedo Lemus, J. (2015). Gestión, calidad e interventoría en proyectos de construcción.

cuantitativo de riesgos, planificar la respuesta a los riesgos y dar seguimiento y controlar los riesgos.

El papel de la Interventoría resulta fundamental, porque de su diligencia dependerá que los proyectos sean o no desarrollados en condiciones riesgosas, que, de acuerdo a su gestión, estos sean previsibles, mitigables y remediables en condiciones óptimas, de forma que sucedan la menor cantidad de situaciones que afecten la calidad y eficiencia de la obra.

- Protección del medio ambiente.

La UNESCO[819] ha considerado este tema como uno de los grandes retos del siglo XXI, por tanto, surgirán gran cantidad de proyectos en el tema de la prevención de los impactos y la recuperación del medio ambiente, principalmente con lo que tiene que ver con biocombustibles, tecnologías de producción limpias, ecodiseño, edificios verdes, búsqueda de nuevas fuentes de agua y grandes proyectos de recuperación de fuentes hídricas y bosques.

Es necesario mencionar también, que el objeto del contrato hace referencia a que la Interventoría debe adelantarse durante *la construcción, las pruebas y la puesta en operación del proyecto,* por lo esto reitera lo dicho por el Despacho en el sentido de que el Consorcio INGETEC – SEDIC, **está llamado a realizar sus labores hasta la entrada, con éxito, del proyecto**, obviamente, esto limitado a los términos de vigencia del contrato, **pero contiene su espíritu llevar a buen término la obra para la que fueron contratados sus servicios**.

El autor German Urdaneta H.[820], precisa que la interventoría técnica tiene las funciones de*: "Vigilancia del contrato de construcción, controlar los materiales y sistemas de construcción, colaborar en la solución de todo tipo de problemas que afecte el desarrollo de las obras, controlar el personal que se contrate, proponer cambios de especificaciones, controlar el programa de trabajo aprobado, medir la cantidad de obra, revisar, aprobar y rechazar las actas de trabajo"*.

El arquitecto Sánchez Henao[821,] en su texto interventoría de proyectos hace un análisis de las funciones técnicas del interventor, señalando las siguientes:

- *"**Tener un conocimiento completo y detallado del proyecto**; de su pliego de condiciones, de sus especificaciones, y del cronograma de ejecución de la obra.*

819 UNESCO.(2009). World Conference on Education for Sustainabl Development. Bonn, Alemania.
820 Urdaneta, G. (1988). Interventoría de la obra pública. Bogotá: CEJA pp. 115-116.
821 SANCHEZ HENAO JULIO CESAR. Interventoría de Proyectos y Obras. Universidad Nacional de
Colombia, Facultad de Arquitectura, Medellín. 2010, p. 38.

- ***Realizar visita previa al sitio de la obra con quienes realizaron los presupuestos y los diseños*** *y, si fuera posible, con el director de la obra, con el objeto de conocer las características del sitio, la ubicación, las vecindades, los accesos, las áreas de trabajo y de almacenamiento, y todas las condiciones de la obra, los servicios domiciliarios y aspectos de ocupación.*
- *Evaluar el funcionamiento, la calidad, la cantidad y el estado del equipo de la obra, verificar su disponibilidad y exigir el cambio en caso de que sea necesario.*
- *Vigilar el cumplimiento de los cronogramas de ejecución de obra y en general del plazo del proyecto.*
- *Exigir y recibir de la empresa, para efectos de revisión y control, una programación gráfica de los trabajos y un flujo mensual de fondos.*
- *Someter previamente a consideración del promotor o empresa constructora las modificaciones a los diseños y especificaciones.*
- *Participar en el inicio de la obra y en forma activa en el control de la ejecución.*
- ***Ordenar la suspensión de los trabajos que se estén llevando a cabo en forma incorrecta, hasta tanto se cumplan las especificaciones precisadas.***
- *Inspeccionar los trabajos verificando el cumplimiento de las normas técnicas y las especificaciones exigidas.*
- *Ejercer un permanente control sobre la calidad de los materiales y elementos, vigilando su utilización y almacenamiento, y rechazando en forma oportuna aquellos que no cumplan las normas o las especificaciones.*
- *Verificar el avance de la obra, tanto desde el punto de vista de las metas, como de la inversión acumulada, para que se ajusten a los programas de ejecución.*
- *Efectuar, dentro del transcurso de la ejecución de la obra, mediciones periódicas de actividades ejecutadas, las cuales debe hacer constar en la bitácora o libro de obra, discriminando fechas, especificaciones, ubicación, unidad y cantidad de medida.*
- *Exigir a la empresa constructora o contratista, para la ejecución de la obra, materiales, mano de obra y elementos de primera calidad que estén conforme a las normas y especificaciones establecidas en los planos, cantidades de obra y pliegos de condiciones de la licitación o invitación, si es del caso, y que hayan servido de base para la adjudicación del contrato.*
- *Ordenar todos los análisis y pruebas de laboratorio que sean requeridos para establecer exactamente las condiciones técnicas de las actividades realizadas y con base en los resultados de los mismos, proceder a su aprobación si son satisfactorios y llenan todos los requisitos exigidos.*
- *Exigir la aplicación estricta de todas las normas técnicas y reglamentaciones establecidas en el Código Colombiano de Construcciones sismo resistentes y en los manuales de construcción de las empresas prestadoras de servicios*

públicos, en las resoluciones del Ministerio de Obras o su equivalente, y las demás convertidas en normas por las entidades competentes.

- *Exigir el total cumplimiento de todas y cada una de las especificaciones de construcción para todas las actividades de la obra así como las que aparezcan en los planos constructivos.*
- ***Exigir buena calidad de obra para todas y cada una de las actividades de la construcción, considerando que obra la Gerencia del proyecto, modificarla cuando por razones técnicas, o dada la naturaleza de la obra, esto se hace necesario. Cualquier modificación que sea realizada debe acompañarse de la respectiva reprogramación de la obra y el flujo de fondos correspondiente a ésta****.*
- *Vigilar y comprobar que la inversión de los diferentes anticipos a los subcontratistas y demás personal se ajusten al plan de inversiones del proyecto.*
- *Organizar el archivo propio de la interventoría, esencialmente en lo relativo a memorias de diseños, de cálculos, carteras de topografía, actas, etc. 107*
- *Solicitar Informes e Impartir órdenes"* (Subrayas fuera del texto)

Señala el Consejo de Estado (Sentencia del 28 de febrero de 2013) que para la buena marcha el interventor podrá **exigir** al contratista la **información que estime necesaria; efectuar, a nombre de la administración, las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras estén siendo ejecutadas, además, efectuará las revisiones periódicas indispensables con el fin de visualizar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados**, cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas y podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

Ahora, la doctrina ha reiterado la necesidad de integrar diversos modelos de control de proyectos constructivos a las actividades de la interventoría en la construcción, por su parte VIANA y ARISTIZÁBAL822, se plantearon en al año 2007, un "*Modelo de un sistema integral para la prestación del servicio de interventoría en la construcción de obras*", motivados por el hecho de que "*la experiencia indica que el acompañamiento y asesoría no deben limitarse solo al control o supervisión técnica sino que abarcan aspectos de igual relevancia como son el manejo en materia de aseguramiento de la calidad, de medio ambiente. De seguridad y salud*

822 Viana Ríos, Carlos Alberto y Aristizábal Bustamante, Jairo Alonso (2007) Modelo de un sistema integral para la prestación del servicio de interventoría en la construcción de obras. Universidad de Medellín, Especialización en Gerencia de Construcciones. Pág. 12.

ocupacional…" y cualquier otro factor que pueda considerarse para algún tipo específico de construcción que exija que la prestación del servicio **de interventoría sea integral, plena y total en todos los niveles del proyecto.**

La apoderada del Consorcio Interventor, alega sobre modificación de los planos por parte de la:

- *Asimismo, según lo definido en el Sistema de control de cambios, 'la Interventoría no tendrá atribuciones para autorizar ningún cambio sustancial a los planos, especificaciones técnicas o condiciones contractuales sin la aprobación escrita previa de EPM', esto debido a que la ejecución de los diseños es de exclusiva responsabilidad del Diseñador o Asesor y no una responsabilidad compartida con la Interventoría"*
- *"Dentro del objeto y alcance del Contrato de Interventoría citado, no se encuentra la responsabilidad de los diseños, levantamientos o mapeos geológicos, clasificación de los tipos de terreno, y modificar los diseños y especificaciones de las obras intervenidas. La Interventoría en cumplimiento de sus obligaciones contractuales verifica y certifica que el Contratista realice las obras que está interviniendo de acuerdo con lo establecido por la Asesoría en cuanto a las secuencias de excavación, los sistemas de soporte temporal y definitivo según la clasificación de la roca realizada conjuntamente entre el Contratista y la Asesoría, presenta observaciones que considera dentro del alcance de sus responsabilidades, teniendo claro que es EPM, a través de la Asesoría y las entidades de apoyo que considere pertinente, quien tiene la potestad de tomar las decisiones para definir las modificaciones a los planos y especificaciones técnicas para el correcto desarrollo de las obras"*
- *Sólo ejercía labores de interventoría respecto de la construcción de las obras y no de los diseños. La obligación del Interventor era supervisar que las obras se ejecutaran de conformidad con los diseños y planos elaborados por el Consorcio Generación Ituango".*

Es claro para este Despacho advertir, como se hizo en líneas anteriores, que no es obligación del interventor elaborar los diseños, sin embargo, si era su obligación conocer de manera detallada, toda la información relacionada con el proyecto, a tal punto de detalle que le permitiera controlar cada uno de los componentes en todo el íter de la obra, más cuando de la geología de detalle se tenía conocimiento de que esta una zona con alto tectonismo.

De lo anterior, resulta inconcebible que pretendan argumentar o señalar que "solo cumplía con una función de recolección de firmas, tal como lo indica el Ingeniero de INGETEC Tito Tulio Martínez, en su testimonio:

> *"DCU.: Le entendí, ingeniero, que esa clasificación de la roca para saber si era tipo 1 2 3 o 4 la hacían ingenieros expertos, dijo usted del contratista, es decir refiriéndose al consorcio CCC Ituango y del asesor. Le consta a usted si alguna vez en esa clasificación de roca hubo discrepancias, es decir que el asesor dijera no eso es tipo 1, o al contrario que el consorcio CCC dijera eso es tipo 1 roca muy sana y que el asesor dijera es roca tipo 4?*
>
> *TTM.: Pues yo no conocí y dentro de los documentos de protocolos que quedaban firmados y que nosotros tomábamos ese protocolo escrito y firmado tampoco dejaron observaciones en la casilla de observaciones, luego si no se dejaron observaciones entiendo que no hubo discrepancias".*

Resulta, que la Interventoría, cumple con un rol activo en la supervisión de la ejecución del proyecto, de manera fiel a los diseños entregados por Integral, los cuales se fueron ajustando conforme al desarrollo de la obra. Para poder realizar dicha tarea, en primer lugar, como experto que es en el tema, debe conocer, estudiar, analizar y valorar si dichos diseños cumplían con las necesidades de los requerimientos elaborados por el Diseñador y controlar que los mismos se construyeran con los requerimientos técnicos.

Tal como se indicó antes el objeto del contrato de Interventoría no se limitaba solo a qué se ajustara la obra a los diseños originales, o a que supuestamente fuera una "fotocopia" de los *planos rojo – verde,* aportados al expediente por el Consorcio Interventor, planos que por cierto estaban lejos de ser los definitivos, solo hay que observar el plano D-PHI-034-PDE-RF-S—040, en el que se lee el texto *PLANO PARA CONSTRUCCIÓN,* esta tachado con esfero verde y se coloca a mano alzada en lápiz rojo PLANO "*AS BUILT"*

En cualquier caso, claramente en el caso de la GAD las obras fueron "fiel copia de los diseños de los planos rojo – verde", porque la Interventoría permitió el inicio de las obras sin los diseños finales (y ni siquiera unos cercanos a serlos), ya que estos fueron prácticamente desarrollados en el proceso constructivo, denominándolos como "*planos actualizados*", así lo indica el informe de Advanta[823]:

> *"En las reuniones de diseño realizadas entre EPM, la Asesoría y la Interventoría, se presentaron recomendaciones adicionales con respecto al soporte del túnel y se emitieron planos del diseño revisados. Las actas de las reuniones muestran que la Asesoría discutió recomendaciones de soporte que no fueron incluidas en los planos revisados. Por ejemplo, en las actas de la reunión 88 del 28 de junio de 2012, se aprobó el uso de fibras de acero como una alternativa a la malla de acero D-188 para el tipo de soporte II, pero esta discusión no se reflejó en los planos."*

[823] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE

En ese mismo sentido, en su testimonio el ingeniero TTM, manifestó:

> *"ISO: ¿Cuándo y cómo se le notifican los planos y los diseños de la GAD a la interventoría?*
>
> *TTM: A nosotros se nos entrega por parte de EPM un conjunto de planos iniciales que fueron los planos son, como digo yo, con el diseño geotécnico, diseños de excavaciones inicialmente y lo primero que entregaron para construcción como planos fueron los que correspondieron a una galería de construcción en la parte de aguas abajo de la GAD y otra galería en la parte intermedia, eso fueron los primeros planos que nosotros recibimos para entregar al contratista".*

Lo cierto, es que, conforme a las obligaciones del contrato de Interventoría respecto de los diseños, era mucha más amplio a lo mencionado por la apoderada, contemplaba unas actividades muchas amplias que la mera supervisión, como:

- *"Estudiar y analizar los planos, informes, especificaciones técnicas, pliegos de licitación y propuestas a las que se les adjudicó la construcción de las obras intervenidas, con el fin de verificar que la construcción de las obras civiles, el montaje de los equipos electromecánicos y demás obras se realicen de acuerdo con dichos documentos, siguiendo el orden de prioridades establecido en el contrato.*
- *Mantener contacto permanente con el diseñador a través de la Hidroeléctrica en relación con planos, especificaciones técnicas, normas, procedimientos, etc.*
- *Estudiar los manuales de procedimiento de montaje, planos de montaje y de fabricación de los equipos electromecánicos y de las estructuras metálicas, y comprobar su calidad, claridad y oportunidad, así como verificar su aplicación correcta durante el proceso de montaje y prueba de los mismos. Revisar y aprobar los replanteos topográficos ejecutados por los contratistas antes de iniciar los trabajos y durante el desarrollo de los mismos; en general, ejecutar todos los trabajos de control requeridos para el cumplimiento de los planos y especificaciones técnicas de construcción o de montaje de los equipos electromecánicos y las estructuras metálicas.*
- *Diseñar, desarrollar y mantener un sistema para el análisis, seguimiento y control de los cambios o modificaciones en los planos, especificaciones técnicas o condiciones contractuales que se produzcan en cada uno de los contratos intervenidos".*

Contrario a lo que ha señalado la apoderada, a los Interventores no se les reprocha "haber autorizado la modificación de los diseños", porque como tal como se indicó antes para el Despacho es claro que no era el interventor de los diseños, pero tal

como se señaló, la función de una interventoría es una labor de la mayor relevancia social y económica, que debe observar los fines para los que fue desarrollado el proyecto de infraestructura, por lo que INGETEC y SEDIC podían haber realizado observaciones e incluso oposiciones sobre tales cambios, porque tal como se indicó con anterioridad el Proyecto Hidroeléctrico Ituango debía cumplir unos objetivos claros: entrar en funcionamiento en las mejores condiciones de operación, garantizando sus sostenibilidad en el tiempo, para cumplir con sus compromisos de generación eléctrica, en condiciones de protección con el medio ambiente y las comunidades circundantes.

Tampoco se les enrostra a los miembros del Consorcio Interventor el haber permitido la modificación del BOOMT, porque para que este Despacho esta acción no estaba dentro de sus funciones, por cuanto aquellos cambios a los "hitos inmodificables" ejecutados por EPM y HI, fue solo una de las consecuencias de que la Interventoría hubiera permitido prescindir de las estructuras de cierre de los túneles originales.

Y entonces, surge la pregunta: ***¿Por qué si el Consorcio no tenía la interventoría de los diseños ni era el sujeto para autorizar los cambios a los "hitos inmodificables se le hace una exigencia de conducta diferente?*** Y la respuesta, a esta pregunta ha sido anticipada en este fallo, al decir que cumple una función económica, social y política, en protección de los interese del Estado Social de Derecho y de sus ciudadanos, la definición de Interventoría incluye que esta debe cumplir un principio de planeación, ser integral, plena y total, porque hace parte de un proyecto que se desarrolla con contratos coligados, en el que en su calidad de especialista y en ejercicio de una ética profesional integral, debe tener conocimiento total y completo del proyecto, de sus estudios, antecedentes, diseños, de sus implicaciones y riesgos, porque el Interventor ejerce una función en nombre del Estado, es un garante del patrimonio público (o privado), más allá de la misma voluntad de su contratante o de sus funcionarios de turno.

Es importante no perder esto de vista, al ser lo esencial, aunque la defensa del Consorcio INGETEC – SEDIC, pretenda desviar la atención sobre lo fundamental, porque no se puede olvidar que estaba de por medio el proyecto energético más importante del país y que por su labor recibió, solo por el contrato CT-2011-000008, la suma de **CIENTO DIECISIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE ($117.296.031.331)** más IVA, que fue posteriormente adicionado por el acta de modificación bilateral No. 1[824] de fecha 3 de octubre de 2014 en DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL TREINTA Y OCHO PESOS ($2.566.491.038) y por el acta de modificación

824 AMB 1 en la ruta Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic\Contractual\AMB y Transacciones

bilateral No. 2[825] de fecha 9 de mayo de 2017, mediante el que se adiciono el valor del contrato, por los costos destinados para cubrir adicionales de personal, costos directos predecibles y costos directos no predecibles.

Ahora, teniendo en cuenta que los Interventores están en una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal, le son atribuibles los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, al contribuir en la causación del daño y es su obligación velar por el correcto destino que se realiza a los recursos públicos en cumplimiento de un interés general. Adicionalmente, el Consejo de Estado se ha referido al Principio de Planeación en los siguientes términos:

> *"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad* ***asegurar que todo proyecto esté precedido*** *de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico* ***requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar;*** *si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación;* ***así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demande****n"*[826]

La Interventoría tiene desde los términos de referencia PC-056-2010, entre otras, la obligación de:

> *"6.3.8 Revisión de procedimientos y diseños de contratistas*
> *La Interventoría estudiará y revisará los procedimientos, métodos constructivos, planos de trabajo y planos de taller producidos por los contratistas de obras civiles y de montaje de equipos electromecánicos, para verificar que se ajustan a los planos, especificaciones técnicas y requisitos contractuales*
>
> *(…) 6.3.14 Suministro de información para la actualización de planos y documentos de ingeniería según construcciones y montajes*

825 AMB 2 en la ruta Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic\Contractual\AMB y Transacciones

826 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).

La Interventoría como parte de los trabajos a ejecutar, deberá registrar y anotar todas las modificaciones o adiciones que se presenten durante el proceso constructivo de las obras o de los montajes de los equipos y estructuras metálicas. Es decir, los planos con todas las anotaciones, deberán reflejar la forma como fue ejecutada la obra y como fueron montados los equipos electromecánicos indicando las tolerancias y ajustes de construcción y montajes. Con base en la información contenida en estos planos, HIDROITUANGO podrá proceder a actualizar los planos definitivos del proyecto

(…)6.3.25 Modelos y planos

1. Correcciones en los planos de obra construida del proyecto.
Las correcciones de los planos deberán hacerse utilizando las opciones que brinda el Autodesk Volo View de Autodesk, tales como sobrescribir en el plano textos, líneas, círculos y nubes, entre otros, para identificar los cambios efectuados en la obra.

La Interventoría deberá recolectar y entregar, con una periodicidad que se acordará con HIDROITUANGO, toda la información necesaria y suficiente para que el asesor actualice los modelos CADD y los planos de obra terminada del Proyecto" (Subrayas fuera del texto)

ii. En el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020, la Contraloría señalo:

"*Haber permitido que se realizaran y haber recibido, obras defectuosas como consecuencia de fallas en los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles asociadas con la gestión del alcance, riesgos y calidad de estas*

(…) En conclusión, se encuentra demostrado con base en el acervo probatorio anteriormente evaluado que la interventoría no ejecutó en debida forma sus obligaciones legal y contractualmente establecidas e indican deficiencias en el seguimiento a los procesos constructivos adelantados por el contratista y en el método de observación que debía ser implementado por el Interventor- De acuerdo con el informe de los reajustadores, se incurrieron en errores en el diseño, hubo sobre excavaciones, existieron fallas en la construcción y en la revisión de las obras, sumado a la previsibilidad de la existencia de una zona de cizalla que no fue debidamente tratada, causas todas estas que derivaron en la contingencia de abril de 2018, hecho que fue determinante para que se generara el daño al patrimonio del Estado, toda vez que tales situaciones ocasionaron mayores inversiones las cuales, como se probó llevaron a destruir el valor presente neto del proyecto e imposibilitaron la entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha

programada, lo que, a su vez generó una merma patrimonial al Estado como consecuencia del lucro cesante".

Ahora, tal como lo indica el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, a la figura del interventor, le corresponde no solo cumplir con el contrato que suscribió con la entidad estatal, sino por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría. Esto implica, que su papel contractual y social dentro del Régimen de Contratación Estatal del Sistema Legal Colombiano, le exige ejercer un eficiente y adecuado control sobre el contrato de obra.

De acuerdo con los términos de referencia, el Consorcio Interventor tenía el deber de verificar que los procedimientos y métodos constructivos desarrollados por los contratistas de obras civiles se ajustaran: 1) a los planos, 2) a las especificaciones técnicas y 3) a los requisitos contractuales, tal y como se indica en la siguiente cláusula de los Términos de Referencia del Proceso de Contratación No. PC-056-2010*:*

> *"6.3.8 Revisión de procedimientos y diseños de contratistas. La Interventoría estudiará y revisará los procedimientos, métodos constructivos, planos de trabajo y planos de taller producidos por los contratistas de obras civiles y de montaje de equipos electromecánicos, para verificar que se ajustan a los planos, especificaciones técnicas y requisitos contractuales"*

Dicho lo anterior, no es de recibo lo dicho por la Interventoría en el sentido de indicar que su función solo era "recolectar una firma827" o "*La obligación del Interventor era supervisar que las obras se ejecutaran de conformidad con los diseños y planos elaborados por el Consorcio Generación Ituango (en adelante, el "Diseñador-Asesor") una vez estos hubiesen sido aprobados por Empresas Públicas de Medellín E.S.P (en adelante, "EPM") y entregados por esta, en su calidad de contratante*", porque efectivamente esto puede hacer parte de la labor, pero, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia, su papel tiene unas responsabilidades superiores a cumplir funciones meramente secretariales o circunscrita a un solo punto del contrato, porque debe ser visto dentro de una universalidad para lograr un objetivo: verificar que la obra realizada por el Estado, en beneficio de los

827 *Testimonio Tito Tulio Martínez: "DCU.: Le entendí, ingeniero, que esa clasificación de la roca para saber si era tipo 1 2 3 o 4 la hacían ingenieros expertos, dijo usted del contratista, es decir refiriéndose al consorcio CCC Ituango y del asesor. Le consta a usted si alguna vez en esa clasificación de roca hubo discrepancias, es decir que el asesor dijera no eso es tipo 1, o al contrario que el consorcio CCC dijera eso es tipo 1 roca muy sana y que el asesor dijera es roca tipo 4? TTM.: Pues yo no conocí y dentro de los documentos de protocolos que quedaban firmados y que nosotros tomábamos ese protocolo escrito y firmado tampoco dejaron observaciones en la casilla de observaciones, luego si no se dejaron observaciones entiendo que no hubo discrepancias".*

administrados, llegue a buen término y cumpla su función efectivamente. En este sentido la Corte Constitucional, señaló sobre la naturaleza técnica, el carácter de función pública y la intervención en el manejo de los recursos públicos atribuible a la interventoría de contratos estatales, (C-037 de 2003):

> *"Ahora bien, para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor* ***le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.***
>
> *Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.*
>
> *Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de* ***calidad ofrecidas por los contratistas;*** *podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financiaras que fueron previstas en él,* ***es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.***
>
> *La Corte llama la atención además sobre el hecho de que* ***el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la*** *labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con el se persiguen, implica la protección de esos recursos.*
>
> *Concluye la Corte entonces que* ***en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública*** *y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria".*

Tal como se vio en el punto anterior, dentro del objeto del contrato de interventoría estaba la obligación de tener un enfoque de una gerencia de proyectos, lo cual advierte la necesidad de instaurar un modelo gerencial que dirija y coordine las diferentes actividades encaminadas a garantizar la entrega oportuna del proyecto dentro de las especificaciones de alcance, costo y calidad.

Ahora, en el objeto del contrato de interventoría, también se habla de un aseguramiento de calidad828 que debe contener los procesos requeridos para asegurar que el proyecto cumple los requerimientos y necesidades por los cuales fue emprendido. Describe los procesos involucrados en planificar, dar seguimiento, controlar y garantizar que se cumpla con los requisitos de calidad del proyecto, lo que incluye:

- Planificar la Calidad
- **Realizar el Aseguramiento de la Calidad**
- **Realizar el Control de la Calidad.**

Esto es ratificado en los Términos de Referencia PC-056- 2010:

> *26.3.34 Sistema de Gestión de la Calidad de los trabajos ISO 9001*
>
> *La Interventoría se obliga a formular, desarrollar, elaborar, establecer, ejecutar, implantar, mantener y documentar un sistema de gestión de calidad de los trabajos, aceptable para HIDROITUANGO y que cubra, de conformidad con el alcance del contrato, los diferentes frentes y actividades bajo su responsabilidad, para asegurar la correcta y técnica ejecución y la verificación de los trabajos (…)*

Ahora, la interventoría se define[829] como el conjunto de funciones desempeñadas por una persona natural o jurídica, para controlar, seguir y apoyar el desarrollo de un contrato; asegurar su correcta ejecución y cumplimiento, dentro de los términos establecidos en las normas vigentes sobre la materia y en las cláusulas estipuladas por el contrato.

Tal como se indicó en el cargo anterior, la doctrina ha reiterado la necesidad de integrar diversos modelos de control de proyectos constructivos a las actividades de la interventoría en la construcción, por su parte VIANA y ARISTIZÁBAL[830], plantearon que "*la experiencia indica que el acompañamiento y asesoría no* ***deben limitarse solo al control o supervisión técnica,*** *sino que abarcan aspectos de*

828 Caicedo Lemus, J. (2015). Gestión, calidad e interventoría en proyectos de construcción.
829 Castro, Carlos Mario (2009) Interventoría de obra. Funciones y normas. Disponible en: http://elknol.wordpress.com/article/interventoria-de-obras-funciones-y-1i29ptfum49sf-40/
830 Viana Ríos, Carlos Alberto y Aristizábal Bustamante, Jairo Alonso (2007) Modelo de un sistema integral para la prestación del servicio de interventoría en la construcción de obras. Universidad de Medellín, Especialización en Gerencia de Construcciones. Pág. 12.

*igual relevancia como son el manejo en materia de aseguramiento de **la calidad**, de medio ambiente. De seguridad y salud ocupacional…*" y cualquier otro factor que pueda considerarse para algún tipo específico de construcción que exija que la prestación del servicio de interventoría sea integral.

Para cumplir con su objetivo, los autores acudieron a lograr la concurrencia de las normas ISO-9001: Sistemas de Gestión de la Calidad; ISO 14001: Sistemas de Gestión Ambiental; OHSAS – 18001: Sistema de Gestión en Seguridad y Salud Ocupacional. Los autores abordaron la construcción de su modelo con el objetivo de dar cumplimiento con este a la supervisión técnica, la gestión contractual, la gestión de la información, la gestión de costos, tiempos o programación, además de la gestión de la calidad, la gestión ambiental y la gestión de los factores relacionados con seguridad y salud ocupacional. Viana y Aristizábal describen en su trabajo las actividades de las funciones de dirección, logística, operación y control técnico o supervisión.

De acuerdo con todo lo anterior, podemos concluir que, de acuerdo con la legislación vigente, el objeto del contrato de interventoría y la doctrina, el interventor tiene funciones como la validación de los documentos contractuales; la vigilancia, control y colaboración durante la ejecución, para que el contratista cumpla a cabalidad las especificaciones técnicas, administrativas, normas legales y las normas pactadas entre el propietario y el contratista referente a costos, riesgos, duración y calidad de materiales a utilizar en la obra; la detección de deficiencias técnicas y, finalmente, efectuar análisis permanentes de la situación y los conflictos técnicos que se presenten antes, durante y después del proyecto, y servir de orientador para el mismo.

En estos términos se reitera lo dicho en líneas anteriores: las obligaciones de la Interventoría superaban el papel meramente formal que los recurrentes pretenden alegar, sino que efectivamente exigía una participación real y comprometida en miras del bien común, incluso, sobre las instrucciones de EPM como entidad contratante, porque de por medio se encuentra una función garantista con los recursos públicos del Estado Social de Derecho.

El Interventor no puede simplemente manifestar que no tenía ningún tipo de relación o injerencia sobre la condición del suelo o de la roca, porque justamente una de sus obligaciones era verificar que la obra fuera construida adecuadamente y con calidad. Entonces, durante el proceso constructivo tenía la facultad de realizar observaciones a la Asesoría en materias geológicas o topográficas, que podían tener incidencia tanto en los planos originales, como en el proceso constructivo, como en los planos definitivos.

También queda probado con el testimonio del ingeniero Tito Tulio Martínez, que la Interventoría podía solicitar visitas a obra por parte de la Asesoría cuando consideraba que podía haber situaciones que representaran algún riesgo:

"CD: Y entre las obligaciones y responsabilidades a cargo de la interventoría estaba convocar a la asesoría a visitas técnicas conjuntas cuando la interventoría manifestaba que se requerían.

TTM: Cuando el contratista en el frente de obra en alguno de los avances o cuando la interventoría veía alguna situación especial en el frente se buscaba a la asesoría, a los representantes de la asesoría para que hicieron una visita porque consideramos que había alguna situación que valía la pena estudiarse por parte de la asesoría.

CD: Cuando usted dice: considerábamos que valía la pena que el asesor lo estudiará ¿Quiénes considerábamos?

TTM: Personal del contratista y personal nuestro porque nosotros teníamos que velar por la situación de seguridad del personal si nosotros veíamos que avanzar en una zona con algún riesgo para el personal ameritaba que se mirara bien el tema lo hacíamos y quién tenía que estudiar el tema era el asesor para determinar qué estaba sucediendo ahí."

Ahora, la apoderada del Consorcio INGETEC – SEDIC, señala:

- ***"****En el caso que nos ocupa, la Contraloría pretende asignar a la Interventoría responsabilidades ajenas y extrañas al Contrato CT-2011-00008 celebrado con EPM, el cual siendo ley para las partes fija el contenido, el alcance y los límites de las responsabilidades de la Interventoría durante la ejecución del Proyecto En este orden de ideas, cualquier reproche de la Contraloría frente a la conducta de la Interventoría debe realizarse necesariamente circunscrito o en relación con los deberes u obligaciones emanados del Contrato de Interventoría*

  (…) más no le compete, ni es responsable de:

  (…) (iv) Realizar el levantamiento geotécnico de obras subterráneas, ni realizar la identificación o mapeo de cizallas.

  (v) Participar en la clasificación de la roca, ni en la prescripción del soporte temporal y definitivo de las obras subterráneas.

  (vi) Hacer lectura, análisis, ni interpretación de la instrumentación del Proyecto.

  (…) Las aseveraciones hechas por la Contraloría en el Auto de Imputación son absolutamente infundadas al no contar con ningún soporte contractual. Como pasa a verse, el Consorcio Interventor cumplió con las obligaciones que de acuerdo con el contrato de derecho privado

> *CT-2011-000008 celebrado con EPM estaban a su cargo Ninguna culpa puede imputarse al Interventor, quien de forma diligente desarrolló las labores que contractualmente le correspondía.*
>
> *(vii) Actualizar los diseños según el método observacional, descrito así por la Contraloría, ni de otros métodos alternativos para ajustar los diseños"* (Subrayas fuera del texto)

En primer lugar, es necesario aclarar que la afirmación "*Las aseveraciones hechas por la Contraloría en el Auto de Imputación son absolutamente infundadas al no contar con ningún soporte contractual",* resulta temeraria cuando en el Auto de Imputación se relacionaron las pruebas de lo dicho por el Despacho, diferente es que el recurrente no esté de acuerdo con los argumentos planteados por la Contraloría, lo cual no equivale a manifestar que las aseveraciones del Despacho sean infundadas.

Respecto de las sobre excavaciones en el Escrito de Solicitud de Archivo, la apoderada señaló:

> *"Lo señalado por el Ingeniero Guerra en el sentido de que no hubo órdenes por parte del Diseñador-Asesor ni de EPM respecto del relleno de sobre-excavaciones en el Sector 2 de la GAD y que, en los sectores donde las hubo, estas se cumplieron, fue ratificado por el Ingeniero Tito Tulio Martínez que en su declaración indicó:*
>
> *"Interviene Doctora Daniela Corchuelo: Usted sabe ingeniero, si la Asesoría, bien por comunicación de EPM o porque ustedes lo pusieron de presente en el Comité de Diseño, o porque lo pudo ver con sus propios ojos, en esos recorridos que usted menciona, se enteró de que había sobreexcavación en el sector 2 de la GAD.*
>
> *[…]Responde pregunta Ingeniero Tito Martínez: Sí, porque las sobreexcavaciones eran permisibles y adicionalmente también fue enterado por algunas comunicaciones del contratista, en las que el contratista manifestaba su preocupación por las sobreexcavaciones presentadas.*
>
> *Interviene Doctora Daniela Corchuelo: Okay y en lo que usted recuerda, ¿qué órdenes impartieron EPM, bien por su propia iniciativa o por iniciativa del Asesor, para el tratamiento de la sobreexcavación en la GAD?*
>
> *Responde pregunta Doctor Tito Martínez: No, EPM no determinó nada, solamente pues nos hacía paso de las notas de campo de la Asesoría y en las notas de campo la Asesoría lo que significaba era colocar otros pernos, colocar mayor espesor de concreto o colocar algunas mallas, eso era*

básicamente la decisión que nosotros recibíamos de EPM con base en lo que escribía la Asesoría.

Interviene Doctora Daniela Corchuelo: Y cuando usted recibía esa instrucción ¿se verificaba que el Consorcio CCC Ituango siguiera la instrucción?
Responde pregunta Ingeniero Tito Martínez: Sí claro se hacía cumplir exactamente lo que estaba determinado en la instrucción."

Por lo anterior, si a juicio de los expertos contratados por Advanta Global hubo sobre-excavaciones que hubiesen podido influir en la estabilidad de la GAD, esta circunstancia de ninguna manera es atribuible a la Interventoría, quien cumplió diligentemente con su obligación de verificar y certificar de manera documentada que los tratamientos ordenados por el Diseñador-Asesor a través de EPM fueran efectivamente realizados por el Consorcio CCC Ituango.

En relación con las sobre excavaciones, sobre todo producto del uso de cargas superiores, de acuerdo con las obligaciones del contrato, la Interventoría, contrario a lo que afirma, debía tener un papel activo en la verificación de la calidad de la obra y de los métodos constructivos, después de todo era el Interventor de las obras. En el caso de que verificara una sobre excavación debía servir más que de un canal de mensajería entre el Contratista CCCI y la Asesoría. Al respecto el ingeniero ALFREDO GUERRA TIBOCHA en su testimonio, ratifica que ellos como Interventoría solo "comunicaban" las inquietudes de CCCI a la Asesoría:

"*simplemente se le respondía de acuerdo a todo que estaba establecido en las especificaciones. Si el contratista manifestaba algo que estuviera por fuera de la especificación pues ahí mismo le contestábamos (…)* 831*"*

Incluso, solo para cumplir la función que tanto ha invocado la apoderada de "*verificar que los planos se cumplieran a conformidad*", la Interventoría debió haber observado una conducta más proactiva, máxime para advertir que se estaban presentando de forma reiterada situaciones que debían ser excepcionales como las sobre excavaciones y los derrumbes dentro del túnel de la GAD.

Adicional a lo anterior, al revisar las especificaciones técnicas del contrato se observa que la Interventoría debía hacer un exhaustivo seguimiento de los procedimientos constructivos, pudiendo mostrar desacuerdo en lo relacionado con la sobre excavación de la roca o si en obra se observaba la necesidad de instalar soporte adicional: la Interventoría está constituida por dos empresas profesionales.

831 Testimonio del ingeniero de INGETEC, ALFREDO GUERRA TIBOCHA. Z:\PRF-014\DIGITAL\CP 131\FOLIO 27180

Pese a lo anterior, y conociendo el contenido *de dichas actas, el Interventor, omitió cumplir con sus funciones y permitió que se* continuara con el desarrollo de dichas prácticas constructivas, las cuales más adelante se mostrarían inadecuadas, lo anterior como como consecuencia de fallas en la supervisión y control que le correspondía desarrollar a través de las siguientes actividades:

- *(…) Estudiar y analizar los planos, informes, especificaciones técnicas, Términos de Referencia de licitación y propuestas a las que se les adjudicó la construcción de las obras intervenidas, informes de evaluación de ofertas, con el fin de verificar que la construcción de las obras civiles, el montaje de los equipos electromecánicos y demás obras se realicen de acuerdo con dichos documentos, siguiendo el orden de prioridades establecido en el contrato.*
- *Mantener contacto permanente con el diseñador a través de HIDROITUANGO en relación con planos, especificaciones técnicas, normas, procedimientos, etc.*
- *(…)* ***Mantener un conocimiento adecuado de todos los problemas que puedan afectar la construcción de las obras y autorizar los cambios necesarios, con la aprobación previa de HIDROITUANGO832, y con la suficiente anterioridad para lograr que las obras se ejecuten de acuerdo con la calidad, gestión ambiental, salud ocupacional y seguridad industrial, gestión de riesgos, costos y plazos establecidos****.*
- *Determinar la necesidad de realizar obras extras o adicionales y recomendar su ejecución.*
- *realizar el seguimiento y control a la construcción, supervisar los materiales destinados a la construcción, revisar y aprobar los replanteos topográficos antes de iniciar y durante los trabajos e informar oportunamente y por escrito a EPM sobre anomalías que se detecten en la calidad de las obras:*
- *"(…)* ***Estudiar, supervisar, hacer recomendaciones, aprobar o improbar, los procedimientos de construcción*** *y de montaje de los equipos electromecánicos y de las estructuras metálicas, propuestos por los contratistas para la realización de las obras.*
- ***Estudiar y revisar los procedimientos, métodos constructivos, planos de trabajo y planos de taller producidos por los contratistas****, con el fin de que dichos trabajos se ejecuten de acuerdo con tales documentos.*
- *(…)* ***Informar oportunamente y por escrito a HIDROITUANGO sobre anomalías que se detecten en la calidad de las obras*** *o montaje de los equipos electromecánicos y las estructuras metálicas.*
- *Supervisar el oportuno suministro y manejo de materiales y aprobar o rechazar los materiales destinados a las obras intervenidas, los procesos de*

Cabe anotar en este punto que en principio el contrato fue celebrado por Hidroituango, sin embargo, como se explicó a lo largo de este Auto, después de suscrito el contrato BOOMT, el contrato con los interventores fue cedido a EPM I y posteriormente a EPM.

elaboración de los materiales y los certificados de garantía de calidad que otorguen los contratistas para cumplir con la calidad especificada.

- ***Revisar y aprobar los replanteos topográficos ejecutados por los contratistas antes de iniciar los trabajos y durante el desarrollo de los mismos; en general, ejecutar todos los trabajos de control requeridos para el cumplimiento de los planos y especificaciones técnicas de construcción o de montaje de los equipos electromecánicos y las estructuras metálicas.***
- *Diseñar, desarrollar y mantener un sistema para el seguimiento y control de la **gestión de la calidad** de las obras y trabajos intervenidos*
- *(…) Verificar mediante ensayos de laboratorio, la calidad de los materiales utilizados en las obras, tales como concretos, suelos compactados, filtros, etc."*
- *(…) Estudiar los incumplimientos de los contratistas y recomendar a HIDROITUANGO la aplicación de correctivos.*
- *Realizar, en compañía del representante del contratista y de HIDROITUANGO, una inspección final al terminar cada contrato para la recepción de las obras.*
- *Elaborar un informe final de construcción con inclusión de los elementos administrativos, contractuales y técnicos del contrato, incluyendo todos los datos sobre su desarrollo y memorias técnicas de la construcción de las obras".*

Ahora, el Informe Causa Raíz elaborado en el proceso de ajuste y contratado por los reaseguradores del proyecto[833], cuya incorporación en este proceso de responsabilidad fiscal fue decretada como medio de prueba mediante el Auto 933 del 08 de septiembre de 2020. Este informe fue elaborado por los expertos Dr. Christopher Snee, Prof. Luiz Guilherme de Mello, Mr. Bernard Murphy y Dr. Rafael Prieto y se indica:

"Causa Raíz del Evento

*2.13. La causa raíz del evento fue una **combinación de problemas no resueltos con los procesos diseño, supervisión y construcción** en un área de una zona de cizalla que hicieron al túnel vulnerable a un grupo particular de condiciones hidráulicas que ocurrieron a mediados de abril de 2018. Esto es desarrollado con mayor detalle a continuación.*

(…) 10. CONCLUSIONES

833 Ituango Expert RCA 20190905 Spa, en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz

10.2. El Proyecto operó un programa de gestión de riesgos a alto nivel, pero no cumplió con el Código de Práctica de túneles porque ***no tenía un sistema de gestión de riesgos para de bajo nivel para la fase de construcción y no controló los eventos usando un programa de mitigación de riesgos****.*

10.3. El diseño de los túneles de desviación generalmente estaba de acuerdo con los códigos, normas y prácticas normales la industria. ***El método observacional fue un componente significativo del proceso de diseño y construcción****. La construcción del TDI y el TDD siguió el MO, por ejemplo, se verificó el diseño durante la construcción mediante los datos de convergencia. Sin embargo,* ***el MO no se aplicó correctamente al TAD;*** *por ejemplo, la convergencia no se midió con la prontitud necesaria para ser usada para verificar el diseño y ajustar el soporte.*

10.4. Se afirmó que el TDI y el TDD habían funcionado satisfactoriamente durante cuatro años de operación, por lo que la Asesoría utilizó la experiencia y datos de estos y otros túneles para optimizar el diseño del soporte del TAD. ***El soporte del TAD fue, sin embargo, más ligero comparado con el del TDI y el TDD, de tal manera que el soporte del TAD era vulnerable a una forma altamente irregular, la erosión y los cambios de presión del agua****.* ***Además, el análisis de la Asesoría mostró que el soporte tenía que instalarse completamente y estar funcionando antes de avanzar la cara del túnel.***

10.5. El macizo rocoso del TAD era más débil cerca de las zonas de cizalla que las suposiciones del diseño para el terreno Tipo III y se le permitió relajar más de lo esperado según el diseño porque se realizaron avances de la cara antes de que curara la lechada. En consecuencia, la roca excavada ***no era controlada por el soporte instalado****,* ***y el soporte no fue aumentado para compensar la sobre-relajación de la roca, por ejemplo con soporte activo, para eliminar estas debilidades, tal y como se habría hecho si se hubiese implementado correctamente el MO tal como se hizo en el TDI y el TDD****. Adicionalmente, la malla de acero requerida para las zonas de cizalla no fue instalada en el lugar del colapso.*

10.6. ***Además, el túnel no fue construido de acuerdo con el diseño, ni las especificaciones técnicas porque el espesor del concreto lanzado no se medía con los pines de profundidad, los tramos de voladura fueron excesivos en ocasiones y no fue instalado un piso de concreto para proteger la roca débil y las zonas de cizalla de la erosión por el flujo de agua.***

*10.7. **El túnel mostró signos claros de dificultad durante la construcción debido a que el Contratista hizo frecuente uso de soporte adicional para avanzar la cara del túnel** (Spiles), la sobre-excavación persistente, desprendimientos de rocas y soporte de la bóveda y hastiales, fisuras y grietas en el concreto lanzado. **Estas señales de dificultades del túnel no fueron atendidas por el Proyecto según lo requerido por el MO.***

*10.8. Las partes que asesoraban a EPM (Asesoría e Interventoría) y junto con el Contratista tenían conocimiento de en donde **la obra no siguió el diseño**, **en donde en la construcción no se produjo el túnel con la forma y soporte esperados y donde el túnel colapsó durante la construcción**. Muchos de estos problemas no se remediaron porque dichas partes no estaban de acuerdo en la causa o quién era responsable de resolverlos.*

*10.9. El soporte instalado en el TAD fue degradado por el flujo turbulento porque tenía una forma altamente irregular y **el piso fue erosionado porque no tenía cobertura de concreto, lo cual afectó el soporte desde el inicio de operación**. Las partes tenían una divergencia crítica sobre la causa de los daños del macizo rocoso más allá de las suposiciones del diseño, en que la Asesoría consideraba que el daño era causado por las voladuras pobres y el Contratista consideraba que esto se debía a roca pobre preexistente. Este y otros asuntos no fueron resueltos, y el TAD fue puesto en servicio con estas vulnerabilidades".*

En el mismo sentido, el mencionado informe también indica que:

"c) Aun cuando se encontró una zona de cizalla, el soporte y protección que eran ambos obligatorios y prudentes de acuerdo con el diseño, no se implementaron y el frente del túnel fue avanzado antes de instalar el soporte completo.

d) El perfil excavado fue muy irregular, desviándose significativamente del techo curvo asumido en el diseño, impidiendo así la formación de un arco estructural. La sobre-excavación de la bóveda resultó en hastiales verticales más altos que lo establecido en el diseño, haciéndolos menos estables para los pernos de roca instalados.

e) El macizo rocoso se relajó y el túnel probablemente convergió durante construcción mas allá del límite de seguridad porque los tramos de avance eran excesivos, y el soporte no era instalado completo antes de avanzar el frente del túnel, y la instrumentación para monitoreo de convergencia fue instalada y monitoreada después de que había ocurrido la mayor parte de la convergencia.

*f) El Método Observacional (**MO**)15 no se aplicó correctamente durante la implementación del diseño del TAD. La convergencia no fue medida a tiempo y por tanto, el diseño no pudo ser ajustado a las condiciones encontradas del terreno, según lo requerido por el MO, en específico.*

i. La convergencia del túnel debía medirse para validar el TAD construido. Esto no se hizo correctamente. En consecuencia, no había forma de saber como era el desempeño del soporte instalado.

ii. La estabilidad del techo del túnel no pudo controlarse resultando en una pérdida del perfil debido a sobre-excavacion significativa, incluso con soporte adicional sustancial que no estaba previsto en el diseño.

iii. El soporte y roca se cayeron del techo del túnel en varias ocasiones durante construcción, lo cual demostraba que el soporte no estaba funcionando según lo esperado, lo cual debió iniciar revisiones del diseño de acuerdo con el método observacional.

g) En consecuencia, el túnel construido era aún más débil que el diseño ya marginal" (Subrayas fuera del texto)

En los términos de referencia 056-2010, en el título *6.7 RESPONSABILIDADES DE LA INTERVENTORÍA,* se indica que es obligación de INGETEC – SEDIC:

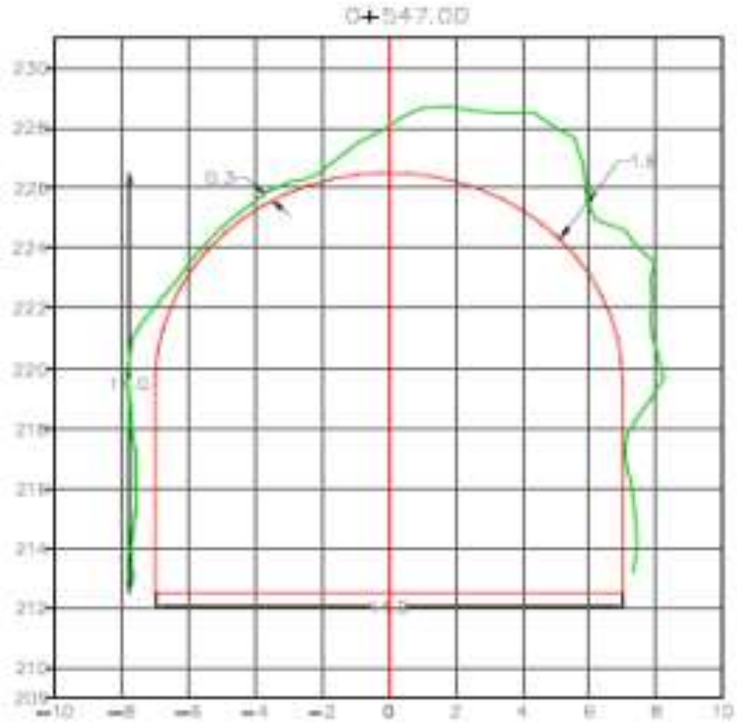
Estudiar, supervisar, hacer recomendaciones, aprobar o improbar, los procedimientos de construcción y de montaje de los equipos electromecánicos y de las estructuras metálicas, propuestos por los contratistas para la realización de las obras.

Estudiar y revisar los procedimientos, métodos constructivos, planos de trabajo y planos de taller producidos por los contratistas, con el fin de que dichos trabajos se ejecuten de acuerdo con tales documentos.

(…) informar oportunamente y por escrito a HIDROITUANGO sobre anomalías que se detecten en la calidad de las obras o montaje de los equipos electromecánicos y las estructuras metálicas.

De acuerdo a la clasificación realizada se instalaba un soporte más o menos complejo. Cerca de donde ocurrió el colapso (Km +547), en la abscisa km +437 de la GAD, habiéndose instalado el soporte y clasificado la roca, se presentaron derrumbes, hecho que debió conocer la Interventoría y que mostraba que el terreno en esa zona era débil. Teniendo la facultad de mostrar su desacuerdo en la clasificación de la roca utilizada y los procedimientos constructivos, lo que hubiese permitido la instalación de un soporte más avanzado y una obra de mejor calidad,

el Consorcio INGETEC - SEDIC, no lo hizo. También el informe causa raíz, obrante en la carpeta 79, refiere que en la GAD se encontró soporte que no había sido correctamente instalado. Por último, en su rol de Interventor, debía verificar que se construyera conforme a los diseños, no obstante, esa condición no se presentó en la zona del colapso. La siguiente imagen ilustra a comparación entre el diseño y lo realmente construido.834: Evidentemente, hay no solo una gran sobre excavación, visible aún para un no experto, sino que el producto final (en verde), se ajusta muy poco al diseño original (rojo)



Ahora, sobre el Informe Causa Raíz, elaborado por Advanta Global Services la apoderada del Consorcio Interventor presenta varias objeciones, que se describen a continuación:

- *La Contraloría emplea de manera errónea en la formulación de este cargo el Informe de Causa Raíz solicitado por el ajustador de siniestros, Advanta Global Services, y elaborado por expertos contratados para el efecto (en adelante, el "Informe de Advanta Global")71, desconociendo e ignorando injustificadamente los demás informes de causa raíz cuyas conclusiones son completamente distintas a las del Informe de Advanta Global, y en los que se reconoce que el Interventor cumplió cabalmente sus obligaciones, como lo*

834 X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE

es el caso del Informe de Estudio de Causa Raíz Física elaborado por Skava Consulting S.A. (en adelante, el "Informe de Skava")72.

- *Aunque en el Auto de Imputación la Contraloría hace referencia a los diversos informes de causa raíz que han sido emitidos, e indica que estos deben ser valorados en conjunto, en realidad no lo hace. Contrariando su propio dicho y el deber ser, el Despacho basa su decisión de imputación de responsabilidad fiscal única y exclusivamente en afirmaciones aisladas y sacadas de contexto del Informe de Advanta Global, desconociendo el alcance y las conclusiones de los demás informes de causa raíz.*

- *(…) A juicio de SKAVA, los procedimientos utilizados para el control de la calidad de los materiales del soporte se ajustan a las buenas prácticas internacionales de este tipo de obras. Hay evidencia que se hicieron los controles de calidad de los materiales del soporte y no se observan problemas en estos que podrían haber contribuido a la Causa Raíz Física Probable*

- *Así mismo, el Informe Complementario de Skava es concluyente al indicar que la elección de la protección del piso en zonas de cizalla, como factor contribuyente al colapso de la GAD, no era una labor atribuible a la Interventoría al indicar que "Debido a que la Causa Raíz Física Probable del colapso y posterior taponamiento de la GAD es la erosión producida en el piso, la elección de instalar losa de piso y/o de hacer el tratamiento de zonas de debilidad geológica en el piso en la roca expuesta al flujo de agua es un Factor Contribuyente muy importante La elección de la protección del piso con losa y de la zonas en la cuales se debe hacer el tratamiento de fallas o cizalla se debía hacer durante la etapa de construcción y era el Diseñador-Asesor quien debía ejecutar esta labor"*

- *No sobra aclarar que el Informe de Advanta Global no realiza imputaciones directas contra la Interventoría, sino que la Contraloría se vale de ciertas afirmaciones sacadas de contexto para realizar sus señalamientos (…) La Contraloría pretende trasladar erradamente las conclusiones del Informe de Advanta Global relacionadas con los incumplimientos de las obligaciones a cargo del Diseñador-Asesor a la Interventoría*

- *Así, por ejemplo, se debe tener en cuenta que cuando en el Informe de Advanta Global se hace mención a que se colocó menos soporte y protección de lo requerido en el diseño de la GAD, en realidad se está haciendo referencia al diseño que ha debido de hacerse de acuerdo con su interpretación geológica, es decir, la de los expertos contratados por Advanta Global, y no al diseño definido por parte del Diseñador-Asesor, revisado por la Junta de Asesores de EPM,*

- *Era responsabilidad del Diseñador- Asesor hacer el mapeo geológico de la GAD. No obstante los documentos del Contrato de Interventoría son claros en la identificación de las funciones de la Interventoría, se encuentra aún más deciente que Skava,*

- *Ignora además la Contraloría que en el Informe Complementario de Skava se indica expresa y claramente que el Interventor cumplió a cabalidad con sus obligaciones, en los siguientes términos*

- *Por su parte, el informe de causa raíz elaborado por Consorcio Generación Ituango concluyó "que la contingencia presentada en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango fue resultado de una combinación de fenómenos geológico geotécnicos e hidráulicos de CARÁCTER IMPREVISIBLE' , lo que claramente excluiría cualquier tipo de imputación a supuestas fallas de la Interventoría.*

A lo largo del proceso, se estudiaron los diferentes informes técnicos que reposan en el expediente y en el Auto de Imputación, se dijo:

> *"Del análisis de los diferentes informes causa raíz que obran en el plenario, se encuentra que ellos conllevan a atribuir la causa de la contingencia de abril de 2018 a diferentes factores, la firma Skava*[835] *indica que la causa física probable que inició el colapso sería la erosión progresiva de una zona de cizalla a nivel del piso de la GAD, causada por el flujo de agua en el túnel, sin embargo menciona otras causas probables contribuyentes, ya que ninguna de ellas por sí sola, puede explicar el colapso y taponamiento de la GAD, pero la simultaneidad y combinación de estos factores sí explican lo ocurrido.*
>
> *Por su parte, los expertos contratados por el Consorcio Generación Ituango (Integral)* [836]*. y Lombardi S.A*[837] *llegan a conclusiones que cuestionan la metodología y fundamentos con los que Skava soporta su informe, inclinándose por causas relacionadas con el proceso constructivo y concluyendo que la contingencia se debió a causas imprevisibles desde la ingeniería.*

835 Skava (2019) Informe de estudio de causa raíz física, en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz\Reference Report
836 Informe de Integral, en la ruta: \\?\Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Entes de Control\84. Documentación enviada (respuesta Contraloría con anexos) 06-08-2019\P4 carta 2019EE33925\Anexo 2 y 3 actas comitès\2. Informes y Recomendaciones\Integral
837 20190327 7758.0-R-10 Ituango - Causa raiz taponamiento GAD DEF, en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 59\FOLIO 12749 ANEXOS VERSIÓN LIBRE DE ESTEBAN POSADA REPRESENTANTE LEGAL DE INTEGRAL\Anexo 12

> *En este punto el Despacho encontró que tales informes deben ser valorados junto al Informe Causa Raíz elaborado en el proceso de ajuste y contratado por los reaseguradores del proyecto*838*, cuya incorporación en este proceso de responsabilidad fiscal fue decretada como medio de prueba mediante el Auto 933 del 08 de septiembre de 2020. Este informe fue elaborado por los expertos Dr. Christopher Snee, Prof. Luiz Guilherme de Mello, Mr. Bernard Murphy y Dr. Rafael Prieto"*

Sin embargo, como la metodología de análisis utilizada por los expertos del Consorcio Generación Ituango fue la de proponer causas hipotéticas para el estudio de la causa raíz de la contingencia mientras que la de los expertos contratados por las reaseguradoras fue comparativa en el sentido de comprender el proyecto desde lo ocurrido en los túneles originales de desviación y en la GAD, los estudios realizados por aquellos respecto de las causas hipotéticas enunciadas anteriormente no son suficientes para desvirtuar el dicho del informe aportado por MAPFRE, que además se sustenta en varios documentos elaborados por INTEGRAL.

En este contexto es preciso recordar que en el caso concreto no se está reprochando la causa raíz del colapso de la GAD ocurrido en abril de 2018 sino una conducta negligente que relajó el diseño, lo que lo convierte en un diseño precario, lo que contribuyó a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto ocasionando mayores inversiones y el lucro cesante por la no entrada en operación.

Por otro lado, en lo que respecta al estudio complementario al del Consorcio Generación Ituango839, este documento se limita a realizar una crítica metodológica en respuesta al documento principal y complementario elaborados por la firma SKAVA[840,] que a su vez se centran en un estudio de lo ocurrido en el tramo inicial del sector 2 de la GAD, a través del planteamiento de múltiples hipótesis del colapso, por lo que en la valoración de los medios de prueba pertinentes, conducentes y útiles para el análisis de la segunda y tercera conducta reprochada a INTEGRAL tampoco conllevan a concluir si las modificaciones a los diseños fueron adecuadamente realizadas.

838 Ituango Expert RCA 20190905 Spa, en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz

839 /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 59/FOLIO 12749 ANEXOS VERSIÓN LIBRE DE ESTEBAN POSADA REPRESENTANTE LEGAL DE INTEGRAL/Anexo 11/20190429 Informe complementario Causa Raiz Final.pdf

840 Ambos archivos, el del informe principal y el del complementario se encuentran en: /Volumes/CDI9/PRF-014/DIGITAL/CARPETA PRINCIPAL No. 65/FOLIO 13915 INFORMACION DD 094/Correspondencia/Recibida/Informacion_Adicional_Visita_26062019/Anexo 7

Por otra parte, es necesario precisar que no es cierto que la Contraloría le está trasladando ninguna de las obligaciones exclusiva del Asesor (Integral), ya que todas las conductas atribuidas a la Interventor han sido en marco de las obligaciones legales y contractuales exigibles este.

Ahora, el informe de Advanta Global tiene validez técnica y jurídica, porque el mismo no ha sido tachado de falso y el recurrente no logra acreditar ninguno de los supuestos argumentos que invoca para desvirtuar su legitimidad e idoneidad. El Despacho, después de una valoración conjunta de los informes técnicos, los documentos contractuales y demás pruebas que obran en el expediente, encuentra idoneidad y ecuanimidad en las conclusiones a las que llega dicho informe.

En todo caso, es preciso tener en cuenta que los expertos contratados por el Consorcio Generación Ituango para la elaboración del informe de causa raíz son todos empleados o exempleados de la firma Integral S.A., por lo que sus conclusiones no se pueden categorizar como independientes, ni tampoco resultan objetivas las observaciones que hacen en relación con el método de análisis de SKAVA o los procesos constructivos.

Estas mismas consideraciones son aplicables al informe denominado "Comentarios sobre el estudio de causa raíz física del taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación" contratado por Integral S.A y elaborado por Lombardi SA Ingenieros Consultores. Ahora, La Interventoría pone de presente las conclusiones a las que llega la firma SKAVA porque evidentemente sus conclusiones le resultan más favorables a sus intereses.

Tal como se dijo, desde el objeto del contrato una de sus obligaciones era adelantar su labor, con visión de una gerencia de proyectos y una gestión de calidad. Unas empresas de gran trayectoria como INGETEC y SEDIC, tienen la experticia y el conocimiento, por lo menos en el deber ser, para aplicar al proyecto las mejores prácticas de ingeniería.

En los términos de referencia PC-056-2010, expresamente se dice:

> *"La Interventoría deberá ejecutar los trabajos objeto del presente contrato de manera oportuna, planeada, sistemática y documentada por medio de personal calificado y con herramientas de trabajo validadas, de acuerdo con los documentos del contrato, con los requerimientos de HIDROITUANGO y* ***con base en buenas prácticas de ingeniería reconocidas y aceptadas, en precedentes probados, y según las reglas del arte, las prescripciones de los códigos y normas aplicables, la tecnología actual para el control de la calidad, la oportunidad y los costos****. La Interventoría deberá ejecutar los trabajos con un uso racional de recursos y costos".*

Como consecuencia de lo anterior, el diseño y el método constructivo de la GAD, sin observaciones por parte de la Interventoría, terminaron repercutiendo en la calidad de la obra, tal y como se demuestra con lo sostenido en el informe realizado por los reajustadores así:

> *"(….) Lo opuesto ocurrió con el TAD. En una hoja de cálculo de diseño, presumiblemente de una fecha anterior a la del diseño básico del TAD, el soporte en la bóveda y los hastiales era idéntico al de la última versión del TDI y el TDD, luego reducido para el diseño básico del TAD y fue reducido aún más para la fase de construcción. Los siguientes son los cambios específicos que en últimas llevaron a esta diferencia.*
>
> *i) Se incrementó la separación de los pernos de roca en la bóveda de 1,3 m a 1,5 m lo cual redujo en un 25% el número de pernos de roca instalados en la misma sección de la bóveda del túnel.*
>
> *ii) La malla de acero del TAD consistió únicamente de una capa de malla D-188 a diferencia de la malla D-355 más pesada. El reforzamiento del concreto lanzado del TAD era el 70% del reforzamiento de acero utilizado en el TDI y el TDD, lo que significa menor resistencia cargas y desplazamientos impuestos por el terreno.*
>
> *iii) La zona del parámetro D de daño por voladura del TAD fue escalada según el tipo de terreno y varió desde 0 para el tipo de terreno IV que corresponde a no daños por voladura porque se asumió que la excavación del túnel iba a ser de forma mecánica, a 0,7 para el tipo de terreno I el cual se asumió iba a sufrir el mayor daño por voladura, y con un valor de 0,3 para el Tipo III indicativo de un bajo grado de daños por voladura. Para TDI y el TDD múltiples referencias en el informe de caracterización geotécnica y el informe de diseño del TDI y el TDD no indican hipótesis similares a las del TAD o que el valor de D siempre se asumió como 0,7, lo cual llevaría a un diseño más conservador.*
>
> *iv) La malla de acero del TAD se instruyó "donde se requiera" y únicamente en la bóveda, mientras que fue sistemática para la bóveda y los hastiales del TDI y TDD. Un ejemplo de donde se requería era una zona de cizalla o falla, como la encontrada cerca de la abscisa 0+540".*

Ahora, la apoderada se basa en una suposición:

> *"Si a lo que alude Advanta Global es al Código de Práctica Profesional para la Gestión de Riesgos en Túneles, desarrollado en Gran Bretaña por el Grupo Internacional de Seguros para Túneles (ITIC), es necesario precisar que (i) este código no constituye una norma aplicable en Colombia (…)"*

El informe de Advanta se refiere a "*el Código de Práctica de túneles",* sin determinar si hace referencia a un documento particular o a un parámetro de lo internacionalmente aceptado en materia de construcción de túneles. Ahora, el Código de Práctica Profesional para la Gestión de Riesgos en Túneles, desarrollado en Gran Bretaña, tiene por objeto:

> *"El objetivo de este Código*[841] *es promover y afianzar la buena práctica con el fin de reducir y gestionar los riesgos asociados al diseño y construcción de túneles, cavernas, pozos y estructuras subterráneas relacionadas, incluida la reforma de estructuras subterráneas existentes, llamados ahora en adelante como Trabajos en Túneles.*
>
> *(…) El alcance de este Código abarca el desarrollo del proyecto, diseño, contrato para la construcción y fases de la construcción, de trabajos en túneles, dondequiera que éstos puedan llevarse a cabo geográficamente, el funcionamiento de trabajos en túnel durante el periodo de mantenimiento y el impacto frente a terceros incluida infraestructura"*

Tal como se observa, el "*Código De Práctica Profesional Para La Gestión De Riesgos En Trabajos En Túneles"* desarrollado por The International Tunnelling Insurance Group (ITIG), no se limita solo a lo referido al aseguramiento de túneles, sino que tiene por objetivo promover y afianzar la buena práctica con el fin de reducir y gestionar los riesgos asociados al diseño y construcción de túneles en general.

Sin embargo, sí hace la aclaración concreta acerca de lo que se le reprocha es que "*tenía un sistema de gestión de riesgos de bajo nivel para la fase de construcción y no controló los eventos usando un programa de mitigación de riesgos",* lo que a todas luces es independiente de si se habla del "*Código Práctica Profesional para la Gestión de Riesgos en Túneles*", desarrollado en Gran Bretaña o a cualquier otro código o simplemente del uso de las mejores prácticas de ingeniería comúnmente aceptadas, la Interventoría tenía desde el objeto de su contrato la gestión de riesgos para la fase de construcción.

Si bien la defensa argumenta que en su equipo no tenían geólogos o personas encargadas de realizar mapeos geológicos, mediante el acta de modificación bilateral No. 1[842] de fecha 3 de octubre de 2014 al contrato CT-2011-000008, se acordó que la Interventoría tendría "*un pequeño equipo, pero altamente calificado,*

---

841 CÓDIGO DE PRÁCTICA PROFESIONAL PARA LA GESTIÓN DE RIESGOS EN TRABAJOS EN TÚNELES. The International Tunnelling Insurance Group (ITIG). www.imia.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2013%2F05%2FEP24S-2006-Spanish-Version-of-the-Tunnelling-C-o-P.pdf&clen=188247&chunk=true

842 AMB 1 en la ruta Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic\Contractual\AMB y Transacciones

de apoyo técnico para ayudar a interpretar y analizar las situaciones relacionadas con los trabajos, de excavación y soporte de las obras subterráneas y superficiales y cualquier otra actividad especializada que EPM considere necesaria durante la construcción" y por la incorporación de este personal el valor del contrato se aumentó en 2.566.491.038.

En este sentido en el testimonio del Ingeniero Tito Tulio Martínez se lee:

> *"ISO: Yo quisiera preguntarle porque usted nos ha señalado que la interventoría no tenía a su cargo el mapeo geológico ni tampoco el tema de las cizallas, entonces yo quisiera preguntarle ¿A qué se dedicaba ese grupo de apoyo técnico si usted lo sabe al que se refiere esa acta de modificación bilateral número 1?*
>
> *TTM: Si nosotros como le decía le escribimos una carta a EPM creo que fue en el año 2014, comienzos del año 2014 como en marzo, precisamente planteando eso y planteábamos la posibilidad de que personal experto diferente al que sea, al de obra participara y ayudara en eso, EPM nos dijo "Ustedes no participan en esto, ni en esto, ni en esto" hay una carta de EPM qué es de abril, no la tengo aquí a mano pero sería bueno pues qué Doctora Ingrid pudiera entregar o llegar estas comunicaciones a la señora contralora si así nos lo permite y adicionalmente pues ya después de que dijo "Bueno voy a permitir que ustedes tengan unos, unas personas más calificadas en temas para que le ayuden a la interventoría" entonces hubo una AMB 1 que creo que fue una AMB 1 por ahí del mes septiembre del año 2014 y ahí claramente nos dicen que esas personas calificadas que entran ahí serán para ayudar a interpretar y analizar situaciones referentes a la excavación pero claramente dentro de la misma AMB 1 de EPM dice: dentro del marco de las responsabilidades que le competen a la interventoría. Pero no entrábamos ahí en ninguna parte dice que ese personal entraba a diseñar, lo que decía era ayuda a interpretar y a analizar y habla claramente la AMB sobre unas situaciones especiales. Entonces selectivamente ese personal entró a nosotros como interventores de supervisión en obra, **ese personal nos dio apoyo para ver muchas cosas de la parte de la geología y en fin y conocer los asuntos de riesgos que nos interesaba** y adicionalmente por petición de EPM nosotros hicimos intervención en unos sitios especiales. Esas personas que nos aprobaron a nosotros fueron 4 personas. Y **estuvimos por ejemplo tratando de ayudar en la interpretación compleja que tenía la geología y la parte geotécnica del estribo izquierdo de la presa**. Participamos también en el tema de mirar cómo había una condición de geología y de geotecnia ahí bastante difícil en un machón de roca que quedaba entre el canal de aducción del vertedero y la zona de la presa. Entonces el machón de roca que podía en cualquier momento tener una inestabilidad y generarnos problemas de seguridad en la presa. Ahí participaron nuestros especialistas y también, que recuerde, participaron en*

el tema de mirar cómo era la parte inestable de la parte alta de la subestación 500 que ya había sido excavada esa plataforma por un contratista de la infraestructura Vial y después se inestabilizó. Sobre esos asuntos puntuales en los que participó nuestro personal se le rindió informe a EPM y ese informe era entregado por el director de la interventoría al director del proyecto de EPM.

JV: Doctora Ingrid, perdón un segundo es que con ocasión de esa pregunta me gustaría que el testigo nos precisará algo y es lo siguiente ¿Por qué razón en esos eventos en los cuales de manera puntual se daban una serie de inestabilidades Ingetec hacia ese tipo de informes a EPM y por qué de pronto en el caso de la GAD esos informes nunca se realizaron?

TTM: ***Porque nosotros teníamos las personas especialistas en esos casos, nosotros las teníamos en este momento todo centrados allá en el tema del trabajo del estribo izquierdo de la presa por ejemplo ahí fue un trabajo como de año y medio que se nos fue mirando ese tema de lo que estaba pasando en la parte izquierda.*** *Luego nosotros con cuatro personas que normalmente pues eran un geólogo o un geotecnista algo así y unas personas especialistas en inyecciones. Esas personas no daban para estar en todos los frentes entonces nosotros atendíamos unos frentes específicos que normalmente le avisábamos a EPM vamos a participar en tales asuntos y tal sitio específico y ahí estaba nuestro personal en eso, pero nosotros no cubríamos la obra en general".*

De acuerdo con lo anterior, se contradice la apoderada al indicar que no tenían relación alguna con los temas geológicos, ya el equipo de la Interventoría sí contaba con geólogos y/o geotecnista. Diferente es el tema de que "*no daban para cubrir toda la obra*", porque razones organizacionales o funcionales del Consorcio INGETEC – SEDIC, pero eso no significa que no hubieran tenido la posibilidad de atender concretamente los trabajos de la GAD, por decisión propia o indicación de EPM, porque ellos podían tomar tal iniciativa en las palabras del Ingeniero Tito Tulio Martínez al indicar: "*Esas personas no daban para estar en todos los frentes entonces nosotros atendíamos unos frentes específicos que normalmente le avisábamos a EPM vamos a participar en tales asuntos y tal sitio específico y ahí estaba nuestro personal en eso (…)"*

En los términos de referencia 056-2010, en el *título 6.7 RESPONSABILIDADES DE LA INTERVENTORÍA,* se lee:

"Revisar y aprobar los replanteos topográficos ejecutados por los contratistas antes de iniciar los trabajos y durante el desarrollo de los mismos; en general, ejecutar todos los trabajos de control requeridos para el cumplimiento de los planos y especificaciones técnicas de construcción o de montaje de los equipos electromecánicos y las estructuras metálicas".

Ahora, se desconoce los motivos por los que EPM expresamente le señaló a la Interventoría que no interviniera en la clasificación de la roca y en el ejercicio del método de observación durante la construcción de la GAD o en general, pero por el contrario si autorizó una modificación bilateral para incrementar el valor del contrato por ese motivo. Pero lo que se ajusta a la definición doctrinal y jurisprudencial de Interventoría es un ejercicio integral, pleno y total, a todos los niveles del proyecto, para ejercer un adecuado control y gestión de riesgos.

Sobre este punto conviene señalar que el documento causa raíz preparado para las reaseguradoras indicó que:

> *"El Método de Observación es un procedimiento reconocido en el que se verifica constantemente un diseño sólido a través de la interpretación de los datos de monitoreo y se reajusta siempre que sea necesario. El MO se usa para verificar que el diseño implementado durante la construcción funciona de conformidad con los requisitos del proyecto y el comportamiento previsto. El rendimiento esperado de la obra se define durante el diseño. El rendimiento se mide y monitorea durante la construcción a través de observaciones, que por lo general se realizan a través de instrumentación y monitoreo. El diseñador debe interpretar y analizar de manera proactiva las observaciones durante la construcción frente al diseño y esta comparación es la base para modificar el diseño para responder de manera oportuna a las condiciones reales de campo".*

En otros conceptos, el método de observación ha sido definido[843] como un proceso continuo, gestionado e integrado de obtención de información, de diseño, de control de construcción, de monitoreo y de revisión, que permite incorporar modificaciones apropiadas previamente definidas durante (o después) de la construcción.

La falta de información se completa mediante observaciones y estas, ayudan a evaluar el comportamiento de la estructura durante la construcción, que luego puede modificarse de acuerdo con los resultados de las mediciones y la evaluación de las condiciones más probables y de las desviaciones concebibles más desfavorables de estas condiciones.

En los términos de referencia del contrato de Interventoría, se observa que, en primer lugar, esta tenía la obligación de conocer y acceder a toda la información relacionada con el Proyecto, lo que sería un método de observación durante la etapa de los diseños y por supuesto, un método de observación en la etapa de construcción, en ejercicio de recolectar la información necesaria para ejecutar su labor y realizar el seguimiento a las obligaciones del contratista CCCI con la

843 https://www.geotecnia.online/metodo-observacional-en-geotecnia-metodo-de-observacion/

información posible para ejecutar el apoyo con el fin de minimizar los riesgos de manera informada.

"RESPONSABILIDADES DE LA INTERVENTORÍA

*La responsabilidad básica de la Interventoría es verificar y certificar de manera documentada que **las obras** que está interviniendo se realicen de acuerdo con la calidad, costo, plazos, gestión ambiental, salud ocupacional y seguridad industrial, gestión de riesgos, establecidos por la Hidroeléctrica. Para cumplir con esta función básica la Interventoría deberá ejecutar correctamente, entre otras, las siguientes funciones:*

- *(…) Estudiar y analizar los planos, informes, especificaciones técnicas, pliegos de licitación y propuestas a las que se les adjudicó la construcción de las obras intervenidas, con el fin de verificar que la construcción de las obras civiles, el montaje de los equipos electromecánicos y demás obras se realicen de acuerdo con dichos documentos, siguiendo el orden de prioridades establecido en el contrato.*
- *Mantener contacto permanente con el diseñador a través de la Hidroeléctrica en relación con planos, especificaciones técnicas, normas, procedimientos, etc.*
- *Estudiar los manuales de procedimiento de montaje, planos de montaje y de fabricación de los equipos electromecánicos y de las estructuras metálicas, y comprobar su calidad, claridad y oportunidad así como verificar su aplicación correcta durante el proceso de montaje y prueba de los mismos.*
- *Revisar y aprobar los replanteos topográficos ejecutados por los contratistas antes de iniciar los trabajos y durante el desarrollo de los mismos; en general, ejecutar todos los trabajos de control requeridos para el cumplimiento de los planos y especificaciones técnicas de construcción o de montaje de los equipos electromecánicos y las estructuras metálicas.*
- *Diseñar, desarrollar y mantener un sistema para el análisis, seguimiento y control de los cambios o modificaciones en los planos, especificaciones técnicas o condiciones contractuales que se produzcan en cada uno de los contratos intervenidos.*

(…) Sistema de archivo

La Interventoría formulará, desarrollará, implantará, operará y documentará un sistema para el archivo y manejo de documentos, comunicaciones, planos, etc, que se produzcan durante la ejecución de los trabajos. Este sistema será compatible con la estructuración del proyecto, con la

codificación y registros utilizados para los documentos, y deberá ser aceptable para la Hidroeléctrica"

En el supuesto caso de que pese a lo anterior, por motivos que desconocemos, efectivamente la Interventoría no estuviera obligado (o tuviera prohibido) recopilar información o a practicar el método de observación en cualquiera de las etapas del Proyecto, el Consorcio INGETEC – SEDIC estaría desconociendo un elemento fundamental de esta figura, casi que desdibujando su esencia y su función social, al punto de poder hacer un reproche ético por la ejecución de un contrato de Interventoría cuya prestación conlleve recursos del Estado.

Ahora, de acuerdo con el informe de Advanta, en el punto de la aplicación del método de observación es claro para este Despacho que dadas las obligaciones de Interventoría y la forma en que desarrollaron la obra, de haberse realizado adecuadamente para el sector de la GAD en que se produjo el colapso de abril de 2018, habría podido advertirse y prevenir las irregularidades que allí se presentaron.

De lo anterior se concluye que la causa del colapso de la GAD obedeció a las fallas que anota el informe, las cuales indican deficiencias en el seguimiento a los procesos constructivos en lo que la Interventoría participó activamente y sobre los que tenía la obligación contractual y legal de supervisar, en los informes de Interventoría entregados a este despacho no se observó que el consorcio INGETEC – SEDIC haya hecho observación alguna sobre las deficiencias constructivas, y por el contrario, aprobó los trabajos del Consorcio CCCI y permitió la entrada en funcionamiento de la GAD, tal y como se explicó en la primera conducta.

En los informes de la Interventoría, se lee que el túnel de desviación auxiliar tuvo diferentes percances geológicos que eran indicio de las condiciones físicas de la GAD requerían que el método de observación fuera exhaustivo, por ejemplo, en el informe mensual detallado de febrero de 2017, se lee:

"· Portal de entrada de la galería auxiliar de desviación
La excavación exterior para el portal de entrada avanza hasta la cota 220. Durante el periodo, se suspendió la excavación de la galería auxiliar de desviación por derrumbe en la bóveda; se realizó la perforación colocación e inyección de 7 tensores en la cota 249 y se inició la construcción de los dados cabezales, según las indicaciones de la Asesoría".

De igual forma, respecto de las falencias constructivas que no fueron advertidas por el Interventor, en el informe No. 10 la Junta de Asesores de febrero de 2017, advirtió sobre la necesidad de reforzamiento en la GAD, debido a los incidentes presentados en la zona de pozo de compuertas:

"*Zona de Compuertas.*

Durante la inspección del área aguas debajo de las compuertas de la GAD y de las compuertas de la descarga de fondo se observó una zona de roca fracturada con cizallas que se extienden en una dirección semi-perpendicular al flujo e interseca ambas excavaciones, tanto el túnel de la GAD como los de descarga de fondo. Las medidas de convergencia instaladas en algunas de estas cizallas indican una rata de desplazamiento pequeña pero sostenida. En nuestra opinión los materiales de la cizalla son susceptibles de erosión tanto en las paredes como en la solera, por el flujo de gran velocidad y turbulencia que se genera aguas debajo de las compuertas.

En la zona de la descarga de fondo se propone instalar un revestimiento en los hastiales y la solera con shotcrete en la bóveda. Sin embargo, en el túnel de la GAD la zona inmediatamente aguas debajo de las compuertas tiene un tratamiento de shotcrete y pernos solamente en las paredes en las paredes y la bóveda pero no hay tratamiento en el piso. Dado que el túnel de la GAD va a operar por un periodo de un año y en los últimos 6 meses será el único túnel de desvió, nos parece indispensable instalar un revestimiento de concreto con un diseño similar al propuesto en la zona adyacente de la descarga de fondo"

Ahora, en gracia de discusión, aunque efectivamente la Interventoría no tuviera ninguna obligación especto al diseño o con el mapeo geológico, el hecho que durante la construcción el soporte y la roca se hubieran caído en varias ocasiones durante construcción (lo cual demostraba que el soporte no estaba funcionando según lo esperado), es prueba fehaciente de la inestabilidad de la roca y de calidad en la construcción, hechos que debieron ser tenidos en cuenta por el Consorcio INGETEC – SEDIC, en su labor de interventoría, para dar las alertas tempranas y tomar las determinaciones necesarias para realizar una gestión de riesgos, como era su deber, por lo cual debió revisar los procedimientos constructivos y por lo menos, sugerir iniciar revisiones del diseño.

Ahora, esta afirmación acerca de que la zona de cizalla en la abscisa 0+540 era previsible y pudo haberse evitado el colapso con una adecuada previsión, no lo afirma la Contraloría, sino que lo dicen los expertos de Advanta en su informe, que tal como se ha indicado es una prueba perfectamente valida, que no ha sido declarada o tachada de falsa, que tiene toda la rigurosidad técnica, y que tiene todo el valor y la fuerza probatoria, para que Despacho base sus conclusiones en él.

Por otra parte, del análisis, del material probatorio obrante en el plenario, se encuentra probado que era de conocimiento de la Interventoría la presencia de condiciones geológicas adversas en las obras de la galería auxiliar de desviación, tal como indica en el informe trimestral enero a marzo de 2016:

"Las dificultades presentadas durante el periodo en este frente de trabajo están asociadas a los siguientes factores:

· Se han encontrado condiciones geológicas diferentes a las previstas por el Diseñador.
· Se comparten recursos para la ejecución de actividades, lo que reduce los rendimientos.
· Se tiene un deficiente sistema de ventilación, que no permite el buen desempeño del personal"

A pesar de lo anterior, frente a las reclamaciones presentadas por el contratista CCCI, la Interventoría termina justificando las modificaciones realizadas a los planos originales, y da indicaciones en el sentido de continuar la construcción, tal como se lee en el informe mensual detallado de junio 2016:

"La Interventoría mediante la comunicación INT-OC-CCCI-1266/16 del 20 de julio de 2016, se pronunció frente a lo expuesto por el Contratista, que los impactos en el programa de construcción de la galería auxiliar de desviación son debido a los cambios de diseño presentados y a metodologías no contempladas para la excavación de las obras de la misma, presentando las siguientes observaciones: i) es cierta la variación de las longitudes de las galerías de construcción 4 y 3, y el acceso a la descarga de fondo; sin embargo, la longitud de la galería de acceso a la cámara de compuertas no ha variado, por lo que es pertinente precisar que: 1) la galería de construcción 4 terminó en la fecha prevista en el programa acelerado sin que la variación en la longitud generara impacto al programa; 2) la galería de construcción 3 comenzó con 39 días de desfase y en su construcción se obtuvieron rendimientos inferiores a los previstos; 3) la modificación de la longitud del túnel de acceso a la descarga de fondo favoreció el programa general ya que pasó de 326 m a 287 m; ii) para la cámara de compuertas de la galería auxiliar de desviación se presentó un plano en el que se consideraron modificaciones en las dimensiones geométricas de la misma y un incremento en los tratamientos, por lo que se solicitó al Contratista sustentar de manera detallada la incidencia en el programa de trabajo; iii) respecto al pozo de compuertas y cámara de descarga de fondo, también se solicitó al Contratista una mayor precisión en la valoración y sustentación de las posibles incidencias en el programa, con el fin de realizar el análisis, iv) sobre las inyecciones de contacto en las estructuras de cámara de compuertas y descarga de fondo, drenajes y tratamientos especiales, que según el Contratista no fueron informadas durante la planeación de la sobras de la galería auxiliar de desviación, la Interventoría señaló que dichos trabajos solicitados son actividades normales que han estado contempladas dentro del contrato; v) frente a la solicitud de metodologías de excavación no previstas aludida por el Contratista, la Interventoría indicó la pertinencia de las solicitudes hechas sobre las técnicas de voladura y el método de excavación, con el fin de generar la menor afectación posible a las obras adyacentes y adoptar los trabajos a las condiciones técnicas y de seguridad previstas en los documentos del contrato; vi) sobre la ejecución de las obras

> *de la galería auxiliar de desviación, señaló que en varias oportunidades ha manifestado al Contratista la desatención del procedimiento constructivo, la descoordinación entre las actividades de excavación y colocación de tratamientos y la rotación de equipos, situaciones que afectan los ciclos de excavación sí se ve reflejado en la obtención de rendimientos inferiores a los acordados en la AMB 15. Por lo anterior, con el fin de atender los intereses prioritarios del Proyecto, solicitó al Contratista presentar de manera detallada y soportada los impactos que considera ha tenido en el programa de construcción de la galería auxiliar de desviación y adicionalmente, reiteró la necesidad de continuar con el análisis de las causas de los desfases que presenta el mismo, a fin de aunar esfuerzos que permitan su cumplimiento.*
>
> *(…) 8.11. Se revisaron los informes diarios del Inspector del túnel, y se preparó una tabla de las actividades de construcción del túnel que tuvieron lugar en el Sector 2 de TAD en tipo de terreno III entre el 14 y 23 de diciembre de 2016, junto con una descripción de los comentarios del Inspector registrados en estas hojas y nuestras observaciones en relación con la importancia de cada comentario para el TAD. **En resumen, estos registros confirman que hubo problemas con el ciclo de construcción relacionados con demoras, instalación incompleta del soporte y en el k 0+543.2 la falta de aprobación por parte del Inspector de un avance del túnel "debido a las condiciones geológicas en el frente de excavación**".* (Subrayas fuera del texto)

Si bien el Despacho encuentra que la Interventoría manifestó "*al contratista la desatención del procedimiento constructivo"* y las dificultades geológicas presentadas, permitió que se siguiera adelante con el proceso constructivo sin dar solución a las diferencias surgidas entre el Contratista, EPM y la Asesoría.

La inestabilidad el macizo rocoso había sido ya evidenciado en la construcción de los túneles originales de desviación

> *"TTM: (…) Otro cambio que recuerdo yo que se dio fue el que cuando se llegó al sitio del portal de entrada de la desviación y se hizo la tala de árboles que estaba prevista en ese sector, se empezó a excavar el material de la ladera. **Lo primero que se encontró es que la topografía que tenía en el diseño no coincidía con la topografía real**; Debe entenderse que pues esas topografías en su época de estudio también las tomaron con equipos desde helicópteros y en fin, con unas tecnologías buenas que interrumpen los árboles y todo para tener una buena topografía, **entonces la condición topográfica no coincidía y la condición de las rocas tampoco**. **La condición de la roca era una roca bastante afectada por la intemperie, no era la apropiada para las estructuras de entrada entonces se modificó el diseño de esas estructuras,** como le digo, y lo que se dijo es: si la roca no está tan buena, cercana al río entonces corramos las estructuras*

hacia atrás, pero ya no se podían hacer estructuras cómo estaban previstas sino que en las compuertas se iban a instalar en unos Pozos. Esos pozos irían sobre cada uno de los ramales, esa fue una de las primeras modificaciones también importantes en ese punto.
***ISO:** Usted también se refirió a alguna pregunta de la doctora Juliana a un tema que es el programa de aceleración, a mí el tema no me quedó claro me gustaría que me explicara ¿En qué consistió el Plan de aceleración?*

***TTM:** Este tema del plan de aceleración nace de otro impacto que se estaba generando en el proyecto o que se dio en el proyecto, derivado primero de la no terminación oportuna de los túneles de desviación por parte del contratista CITFS porque pues eso empató todas las obras de preataguía, contraataguía, ataguía y luego pues todas las obras que había que hacer en la presa. Y esa presa pues era una obra importante pues para el tema de después de tener agua para conseguir las pruebas y para la generación. Entonces ahí se afectó con ese atraso se afectaba CCC. CCC a pesar de tener todos los equipos dispuestos para poder iniciar, pues no pudo iniciar los trabajos hasta que se hiciera la desviación del río. También hubo otro impacto, que fue el impacto causado por la no entrega por parte de CITFS de otra parte de la obra que era el túnel de acceso a la central subterránea y un ramal de una galería que iba hacia el norte de la central subterránea, que eran parte de su alcance y de este contrato con CITFS. Al no tener eso pues entonces el contratista CCC tampoco pudo entrar a terminar las otras galerías, a terminar el túnel de acceso y a empezar con la excavación de las cavernas. Ahí se generó también otro impacto grande y entonces el programa de las obras principales también se fue en impactando y aparte de que hubo ya también otra serie de eventos posteriores cómo fue el que nos encontramos con la situación de la estabilidad de las cavernas cuando se está avanzando con la excavación de las cavernas y se empezaron a generar deformaciones grandes de roca que afectaron el soporte que estaba colocando y hubo necesidad de volver a llenar las cavernas de roca, volver a meter equipos a la parte alta y volver a hacer un reforzamiento bastante pesado de las cavernas para su estabilidad. Todos esos fenómenos ahí, habrá otros seguramente, pero todos estos fenómenos llevaron también a que el programa de CCC se fuera impactando y entonces las obras de conducción que seguían se iban a impactar. Aquí había un asunto también importante que destacar y es que cuando se hizo el programa inicial del contratista de acuerdo con lo que estaba previsto por el diseñador se tenía que hacer primero las excavaciones exteriores para acometer algunas obras subterráneas caso de lo que corresponde a las obras de la captación y de la parte de las conducciones. Entonces al no tener nosotros la zona de la presa libre, no poder excavar la parte alta por riesgos, entonces se fue generando también unos atrasos en esas obras subterráneas de la comisión. Todo eso llevó a que más o menos hacia mediados del segundo semestre por ahí del año 2015 se estaba analizando ya un impacto de casi 19 meses al programa*

> *de las obras principales. Mirando este tema y ya pues habiendo estudiado todo lo que iba a hacer lo de la desviación del río, EPM pidió a las partes que se reunieran y fueran mirando alternativas y participaba todo el mundo en unas mesas de trabajo para mirar el asunto de cómo se podría buscar estrategias y algunas metodologías que nos permitirán avanzar la obra tal cómo estaban los diseños, pero buscando la manera de que se buscaran mayores frentes de trabajo.*

De lo contrario, sería necesario preguntarse *¿Cuál es la razón de ser de la Interventoría? ¿Por qué los proyectos constructivos (tanto en el sector público como en el privado) invierten miles de millones de pesos en contratar unos expertos cuya única función sea verificar que la obra sea la fiel copia de los planos, que ni siquiera fueran los definitivos, sin más consideraciones técnicas*? Esto a todas luces, tergiversa la figura del Interventor.

En gracia de discusión y en caso de que efectivamente el Consorcio INGETEC – SEDIC, no tuviera nada que ver con diseños, ni con mapeos geológicos, ni con lectura de instrumentos, pero, ¿Qué sucedió en la obra? Su objetivo como Interventor era verificar que la obra se realizara con criterios de calidad y sobre todo que esta cumpliera el objetivo para la que fue construida.

El Consorcio INGETEC – SEDIC conoció de los desprendimientos que se produjeron en otras secciones de los túneles e independientemente de la responsabilidad de EPM, la Asesoría y los Constructores, la Interventoría estaba llamado a ser más que un convidado de piedra, a revisar que una obra fuera la copia en pergamino de los *Plano Rojo – Verde*, sin consideraciones de calidad, método de observación, revisión de las sobre excavaciones, lechadas, pernos, soportes, porque aunque el Constructor podía solicitar a través de la Interventoría el reconocimiento de rellenos en concreto y soportes adicionales, la Interventoría, podía fruto del cumplimiento de su labor, hacer sugerencias, solicitudes y recomendaciones con miras a que la obra se realizara con criterios de calidad.

Desgraciadamente, los hechos del 2018 ocurrieron, fruto de la concurrencia de una cadena de decisiones y actuaciones de todos los hoy imputados en el presente proceso fiscal.

No resulta de recibo la justificación de que “todo lo demás funciono bien, no se cayó”, porque los hechos ocurrieron justamente en dónde ocurrieron, pese a las advertencias de la Junta de Asesores, de los desprendimientos que se dieron en otras zonas de las construcciones y de la debida diligencia que exige el estado de la técnica, más en una obra de la envergadura y complejidad de la que hoy nos ocupa.

Acto seguido la Defensa afirma:

> *"La conclusión a la que llega la Contraloría a través del Informe de Advanta Global es errada El proceso constructivo que supuestamente falló, al que se refiere en el párrafo anterior, es el concerniente a la medición, procesamiento y análisis de la instrumentación geotécnica, así como a los ajustes de diseño a las condiciones encontradas del terreno, todas responsabilidades del Diseñador-Asesor (Consorcio Generación Ituango)."*

De ninguna forma el Despacho ha dicho que solo existieron fallas en lo concerniente a la medición, procesamiento y análisis de la instrumentación geotécnica, porque, en primer lugar, a cada uno de los imputados en el presente caso se le han reprochado diferentes conductas y en particular a la Interventoría se le ha cuestionado una serie de acciones y omisiones, que abarcan muchos aspectos de su labor.

La afirmación del recurrente: "*La conclusión a la que llega la Contraloría a través del Informe de Advanta Global es errada. El proceso constructivo que supuestamente falló, al que se refiere en el párrafo anterior, es el concerniente a la medición, procesamiento y análisis de la instrumentación geotécnica"* no obedece a la realidad del Auto de Imputación ni al concepto general del Informe de Advanta, ya que no solo se reprocha lo relacionado con la medición, procesamiento y análisis de la instrumentación geotécnica, sino a muchos otros aspectos de orden constructivo, control, gestión de calidad, gestión de riesgos, entre otros.

La defensa del Consorcio argumenta:

> *"En el caso concreto, durante la construcción de la GAD, la Interventoría emitió comunicaciones y notas de campo solicitando al Consorcio CCC Ituango correcciones en los procedimientos constructivos o de calidad de los materiales, lo que demuestra el cumplimiento continuo y diligente de las obligaciones de seguimiento de las obras y los controles de calidad a su cargo*
>
> *(…) En el mismo sentido, la misma EPM manifestó en carta a la Interventoría que:*
>
> *"el' Consorcio Ingetec — Sedic, del cual Ingetec S A como empresa líder, como interventor durante la construcción del proyecto ha venido prestando el servicio de supervisión de manera adecuada"*
>
> *Lo mismo que dijiste sobre el hecho de que eso nol exime de responsabilidad.".*

La Interventoría no allega prueba de su dicho, acerca de haber enviado comunicaciones o notas de campo solicitando al Consorcio CCC Ituango correcciones en los procedimientos constructivos o de calidad de los materiales

relacionadas concretamente con los defectos constructivos que señala Advanta en la zona del colapso o dirigidas a EPM o a la Asesoría, en ese sentido.

Sobre el argumento de defensa:

> *"Es decir que, a diferencia del Informe de Advanta Global, el Informe Complementario de Skava sí tenía por objeto determinar una eventual desviación por parte de la Interventoría de normas, regulaciones o buenas prácticas de ingeniería que le eran aplicables, lo cual es un presupuesto necesario para imputarle responsabilidad fiscal a título de culpa grave, como se explicará en mayor detalle en la Sección 6 1 infra No obstante, el Despacho ha decidido ignorar injustificadamente la conclusión de Skava según la cual: "la documentación analizada elaborada por el Interventor no evidencia desviaciones de las prácticas comunes de la industria y refleja un control adecuado de la calidad de la ejecución"*

En este punto, no le asiste razón a la apoderada, toda vez que las pruebas sí fueron apreciadas en su conjunto, pero también es cierto que hay libertad probatoria en el proceso de valoración de las mismas. El Despacho debe determinar cuáles resultan adecuadas y suficientes para probar unos hechos u otros. En este contexto no todas las pruebas tienen ni pueden tener la vocación de llevar al juez al mismo grado de convencimiento, pues ello haría imposible la función de decidir que le corresponde.

Ahora, la apoderada indica:

> *"Lo anterior resulta relevante con respecto a la pertinencia de la información analizada por los expertos en el Informe de Advanta Global, por cuanto éste evidencia que no toda la información entregada por la Interventoría, y que tiene que ver con el control de calidad de la GAD, fue debidamente obtenida por los expertos".*

En este argumento, el Despacho advierte una contradicción, si fue la misma Interventoría quien en primera persona entregó la información a los expertos de Advanta Global, como puede pretender alegar su propia culpa a fin de justificar una supuesta falta de estudio por parte de los expertos y que, a juicio del Despacho, tampoco logra desvirtuar las conclusiones a las que llega el informe de Advanta Global.

En el Escrito de Solicitud de Archivo, la apoderada hace la siguiente afirmación:

> *"Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que Advanta Global Services es un ajustador de siniestros con un interés económico directo en el proceso puesto que la prueba de la existencia de culpa grave por parte de alguno de los contratistas de EPM en el Proyecto, de conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, excluye la posibilidad de reclamar la indemnización correspondiente en virtud de la Póliza Todo Riesgo Construcción y Montaje*

No. 2901211000362 otorgada por Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

El Despacho considera que no es de recibo esta afirmación porque tal como se indicó líneas atrás, el informe de Advanta tiene toda la fuerza e idoneidad probatoria y no ha sido probada o siquiera tachada de falsedad. Ahora, es está línea de defensa, no sería de recibo desmeritar o justificar los demás informes técnicos solo por el hecho de quien contrató su elaboración y de eso inferir, de que este hecho, derivo su conclusión.

iii. En el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, el Despacho señalo:

"*Haber permitido la Iniciación de las obras para construir el tercer túnel de desviación (GAD) sin haberse obtenido la modificación de la licencia ambiental, lo que denota falta de diligencia en la supervisión realizada por parte de la interventoría"*

El plan de gestión ambiental[844] mencionado desde el objeto del contrato de interventoría, debía prever y contener los procesos requeridos para la identificación y planificación de los factores que, dentro de las actividades del proyecto, pueden generar impactos medioambientales negativos. En cuanto al seguimiento y control del proyecto, este plan de gestión debe contener los ajustes de acuerdo con las normas estandarizadas de gestión ambiental.

Ahora, se debe destacar que se presentó una clara violación de la normatividad ambiental, ya que La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales mediante Resolución No. 02584 de 30 de diciembre de 2019 resolvió declarar a la sociedad HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. - HIDROITUANGO S.A. E.S.P., con NIT. 811.014.798-1, responsable ambiental.

"*Haber iniciado las actividades relacionadas con la construcción del Sistema Auxiliar de Desviación (SAD) y su infraestructura asociada, dentro del proyecto "Construcción, llenado y operación del proyecto hidroeléctrico Pescadero – Ituango", sin haber tramitado y obtenido previamente la modificación de la Licencia Ambiental.*

Lo anterior, en presunta infracción de lo establecido en los artículos Décimo Noveno y Vigésimo Cuarto de la Resolución No. 155 del 30 de enero de 2009, y el numeral 1° del Artículo 2.2.2.3.7.1 del Libro 2, Parte 2, Titulo 2, Capitulo 3, Sección 7 del Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, configurando las circunstancias asociadas a infringir varias disposiciones legales con la misma conducta, obtener provecho económico para sí o un tercero y renuencia

844 Caicedo Lemus, J. (2015). Gestión, calidad e interventoría en proyectos de construcción.

Los hechos que ameritan una indagación preliminar fueron relacionados por la Contraloría General de la República en el informe de observaciones de la auditoría 2018 efectuada al Proyecto Hidroeléctrico Ituango PHI con radicación 2018087720-1-000 del 5 de julio de 2018, el cual contiene el análisis de los Informes de Interventoría realizados durante la construcción de las obras civiles y el montaje de los equipos electromecánicos del proyecto Hidroeléctrico Ituango", en los cuales se evidenció que se habrían iniciado obras en el Sistema Auxiliar de Desviación – (SAD), desde el mes de agosto de 2015, es decir, antes de la ejecutoria de la Resolución 1139 del 30 de septiembre de 2016, mediante la cual se modificó la Licencia Ambiental otorgada al Proyecto Hidroeléctrico Ituango PHI, en el sentido de adicionar y autorizar la construcción y operación del Sistema Auxiliar de Desviación (SAD) y su infraestructura asociada y antes del 11 de julio de 2016, fecha en la cual se emitió el Auto 2995 del 11 de julio de 2016, mediante el cual se inició trámite administrativo de modificación de la Licencia Ambiental.

En tal sentido, la Contraloría General de la República realizó la revisión de los "Informes de Interventoría realizados durante la construcción de las obras civiles y el montaje de los equipos electromecánicos del proyecto Hidroeléctrico Ituango", en los cuales se identificó que al parecer se iniciaron obras en el Sistema Auxiliar de Desviación – SAD, desde el mes de agosto de 2015, es decir, antes de la ejecutoria de la Resolución 1139 del 30 de septiembre de 2016, mediante la cual se modificó la Licencia Ambiental otorgada al Proyecto Hidroeléctrico Ituango PHI (…)

Con base en la información destacada anteriormente de los informes detallados mensuales de interventoría de INGETEC – SEDIC, Interventores del proyecto Hidroeléctrico Ituango, respecto del periodo agosto de 2015 a octubre de 2016, resulta claro para esta Autoridad que la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. desarrolló las actividades de construcción del Sistema Auxiliar de Desviación (SAD), Una vez analizada la información anteriormente descrita, esta Autoridad concluye que la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. inició actividades de construcción del Sistema Auxiliar de Desviación (SAD) y su infraestructura asociada el 10 de agosto de 2015, esto es, con anterioridad a la expedición de la modificación de la Licencia Ambiental dispuesta por medio de la Resolución 1139 de 2016, trámite que fuera promovido por la mencionada sociedad para las actividades que ya había desarrollado, mediante radicado 2016035788 del 5 de julio de 2016. Cabe destacar que el SAD comprendía la construcción de un túnel donde se instalarían compuertas y estructura de descarga; la ampliación de la sección del túnel de descarga N° 4; la construcción de 5 galerías; sistema

> *de ataguías; vías industriales necesarias para la ejecución de las obras y el aprovechamiento de recursos naturales, entre otras actividades. Conforme a la "Tabla 4. Infraestructura y/u obras que hace parte del proyecto" (…)" del Concepto Técnico de modificación de Licencia Ambiental 4962 del 27 de septiembre de 2016, (acogido por Resolución 1139 del 30 de septiembre de 2016), estas obras corresponden a las que fueron objeto de solicitud de modificación.*
>
> *Para la fecha de ejecutoria de la Resolución 2239 (sic) del 30 de septiembre de 2016, esto es, el 8 de octubre de 2016 y de acuerdo con el análisis realizado a los informes de interventoría del periodo agosto de 2015 a octubre de 2016, dados a conocer por el Consorcio INGETEC – SEDIC Interventores del proyecto Hidroeléctrico Ituango, la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P., para el mes de septiembre de 2016 ya llevaba un avance total para esa fecha en la excavación de bóveda de la galería auxiliar de desviación de 1845 m, lo que equivale al 86,0% y para el mes de octubre de 2016 de 90.3 % para esta misma actividad".*

En este sentido, como primera medida resulta imprescindible enfatizar que acorde con la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1220 de 2005, *"Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada."*

Sobre las pruebas que fueron aportadas por el Consorcio INGETEC – SEDIC, relacionadas con la solicitud de la licencia ambiental, se aclara nuevamente que estas pruebas fueron estudiadas y valoradas en su oportunidad, una por una, pero de acuerdo a lo expresado en el Auto de Imputación y nuevamente expuesto en este fallo, la Interventoría tenía la obligación legal y contractual de revisar la normatividad ambiental a fin de establecer la necesidad de la modificación previa al inicio de las obras de la GAD, porque dentro de sus obligaciones se consagro expresamente que debía velar por el cumplimiento de las normas ambientales, y de la licencia, tal como se señala a continuación.

Desde los términos de referencia PC-056-2010[845], se indicó que: "*La Interventoría será responsable de asegurar que los proyectos, planos, especificaciones y recomendaciones producidas en desarrollo del contrato se ajusten a las disposiciones legales, reglamentos y códigos vigentes"*

845 Términos de Referencia PC-056-2010 con adendas en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic\Precontractual\9. Pliego de Condiciones

Mas adelante los términos de referencia PC-056-2010[846]:

> *"La Interventoría deberá informarse de todas las leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, estatutos, reglamentaciones, normas y regulaciones de todas las autoridades bajo cuya jurisdicción se ejecute el contrato y les dará estricto cumplimiento; igualmente, la Interventoría en todo momento velará para que ningún derecho sea infringido, para que ninguna persona sufra en su integridad física y para que ninguna propiedad sea dañada o destruida por causa o con ocasión de la ejecución del contrato".*

Dicho lo anterior, si en términos generales es una carga de los ciudadanos el conocer la Ley, más se debe predicar aquello de un profesional, que es contratado por el Estado para ejercer una labor de interventoría en la que es el experto técnico de reconocida idoneidad.

Por lo anterior, no es de recibo lo argumentado por la apoderada en el sentido de indicar que "*ellos preguntaron, pero EPM les dijo que no era necesaria la modificación de la licencia ambiental para adelantar los trabajos de la GAD*", porque ellos tenían la obligación legal y contractual de verificar el cumplimiento de las Leyes vigentes, más cuando el objeto del contrato expresamente indica que: *"El objeto de la Interventoría es la prestación planeada, controlada, sistemática, oportuna y documentada, bajo un enfoque de gerencia de proyectos, aseguramiento de calidad, protección del ambiente"*

Igualmente, en los términos de referencia PC-056-2010, se indica la obligación legal de la Interventoría de conocer no solo la legislación ambiental, sino la misma licencia ambiental y los documentos que la modifiquen:

> *"Recopilación de la información y estudio del proyecto.*
> *En relación con cada una de las obras o actividades a ser intervenidas, la Interventoría recopilará y estudiará los documentos de la contratación, las ofertas a las que se les adjudicaron los contratos, los contratos mismos, la licencia ambiental y los documentos que la modifiquen, adicionen o sustituyan, el estudio de impacto ambiental, la legislación ambiental vigente y los diseños y especificaciones y la demás información que pueda ser necesaria para la correcta ejecución de los trabajos de interventoría (…)."*

En el capítulo del Sistema de gestión ambiental, también los Términos de referencia mencionados, traen un objeto bastante amplio, relacionado con las obligaciones de la interventoría:

---

846 Términos de Referencia PC-056-2010 con adendas en la ruta: Z:\PRF 2019-01104_UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 65\INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT_2011_000008 Ing_Sedic\Precontractual\9. Pliego de Condiciones

> *"La gestión ambiental se fundamenta en la articulación de los medios físico, biótico y social y se constituye en la formulación de planes, estrategias, acciones y actividades que deben desarrollar los propietarios, los interventores y los contratistas constructores del proyecto hidroeléctrico Ituango, para lograr la viabilidad del proyecto y su adecuada inserción en el medio natural y social del área de influencia"*

Ahora, es claro para el Despacho que era obligación de la Interventoría efectuar seguimiento integral a las obras contempladas en la Licencia Ambiental, los planes de manejo, gestión y control ambiental (por ejemplo, el PIMMA), pero su función en la materia no se limitaba únicamente a ello, de acuerdo con los términos de referencia:

> *"La Interventoría diseñará, implementará y mantendrá, durante todo el proceso constructivo del proyecto, un sistema de gestión para el control y seguimiento integral de las obligaciones contempladas en la licencia ambiental del proyecto y sus modificaciones y los demás actos administrativos que expida el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT)*
>
> *La Interventoría ejecutará todas las actividades de interventoría ambiental contempladas y exigidas por el MAVDT en la licencia ambiental otorgada a HIDROITUANGO S.A. E.S.P. para el proyecto, mediante la resolución No. 2462 de diciembre 29 de 2008 y los actos administrativos que la modifiquen, complementen o sustituyan, así como en las visitas de seguimiento que realice el MAVDT.*
>
> ***(…) La Interventoría deberá prevenir y evitar a toda costa, la utilización de cualquier recurso natural por parte del Contratista que no esté debidamente legalizada mediante la licencia ambiental o sus modificaciones***
>
> *(…) La Interventoría debe velar porque el Contratista justifique la necesidad de modificación de la Licencia Ambiental, con la debida planificación y antelación, para que HIDROITUANGO S.A. E.S.P., adelante los trámites necesarios.*
>
> ***La Interventoría velará porque se garantice de manera estricta el uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables, autorizados tanto en la licencia Ambiental, como en los actos administrativos que la modifiquen**. La interventoría no permitirá el uso o aprovechamiento de recursos naturales que no estén autorizados en la licencia ambiental, o en los actos administrativos que la modifiquen*

(…) La Interventoría y el Contratista entregarán la información necesaria para que HIDROITUANGO S.A. E.S.P. gestione modificaciones de la licencia ambiental, siempre y cuando sea necesario

(…) La Interventoría vigilará que el Contratista implemente medidas de control necesarias con el fin de cumplir con la normatividad ambiental vigente

(…) La Interventoría verificará periódicamente que se estén acatando todas las normas ambientales establecidas por la ley."

Testimonio TTM, sobre la licencia ambiental:

JV: Perfecto, gracias. Específicamente y ateniéndonos al método del testimonio, me voy a referir al tema de construcción de la GAD sin la licencia ambiental. Según o las razones por las cuales se solicitó este testimonio precisamente radican en que usted tiene conocimiento precisamente sobre el hecho de que la interventoría hubiera permitido construir esa GAD sin la licencia ambiental ¿Sobre ese particular usted me podría dar mayores precisiones?

TTM: Sí, al tener un túnel con una derivación desde el túnel de descarga 4 hacia arriba que iba a hacer lo que es la GAD, esa obra pues era una obra importante y nosotros como interventoría hicimos varios llamados a EPM de solicitarle que por favor nos definiera si esa obra que estaba proyectada iba a requerir una modificación de licencia ambiental. Esa inquietud la teníamos nosotros igual que la tuvo el contratista que también manifestó lo mismo en una serie de reuniones que se fueron teniendo con el contratista, en unas reuniones de seguimiento del Programa con aceleración, que ya se estaban haciendo unas reuniones e inclusive desde el mismo momento que se estaba elaborando en las mismas mesas de trabajo de finalización del Programa con aceleración, también el contratista preguntó si esa obra iba a requerir modificación de licencia ambiental. Nosotros esa pregunta de que nos definiera EPM sí esa obra requería una modificación de licencia ambiental la fuimos exponiendo nosotros en comités de diseño, en comités ambientales, en comités de seguimiento de programación, lo hicimos en algunas reuniones técnicas. Después también lo hicimos yo creo que fue con la parte de los comités ambientales y ahí EPM al comienzo pues no nos manifestó nada, dijo que lo iba a estudiar. Entiendo que eso lo pasaron a estudio con el grupo ambiental de EPM y finalmente en alguno, en un comité de diseño creo que fue, los señores de EPM manifestaron que pues la definición ya de EPM al respecto era que esa obra era una obra adicional más pues de las obras subterráneas de la margen derecha y que no requería de modificación de licencia ambiental y qué debía de manejarse como cualquier otra obra subterránea de las obras pues de la central subterránea del proyecto. Dada esa aclaración ya por parte de EPM, pues nosotros ya continuamos con la

obra y le dijimos al contratista que podría ingresar a trabajar ya en la excavación de la GAD.

JV: Yo tengo una pregunta, en esa situación particular ustedes también contaban, entiendo yo, con un equipo de especialistas en el tema ambiental. Ustedes hicieron algún tipo de consulta interna digamos al interior de su empresa a efectos de determinar si esa decisión era la correcta.

TTM: No, nosotros internamente no discutimos el tema y lo que sí se discutió fue el tema de los comités ambientales por allá con los especialistas de EPM y la interventoría que participaba también en esos comités ambientales, pero nosotros no teníamos especialistas en diseños ambientales ni en evaluación de impactos ambientales pues desde el punto de vista de diseño. Nosotros no teníamos personal, pues teníamos solamente personal para supervisión de los planes de manejo ambiental y todos los cumplimientos ambientales que había que exigirle al contratista pero nosotros parte de diseño en ese tema ambiental no teníamos.

La apoderada de la Interventoría señala:

"La Contraloría interpreta de manera equivocada el alcance de la responsabilidad de la Interventoría en cuanto al cumplimiento de las obligaciones ambientales.

En efecto, a la Interventoría le corresponde vigilar que "el contratista" respecto del cual ejerce labores de interventoría, y lo cual no incluye al Diseñador- Asesor, cumpla con la legislación ambiental vigente y demás normas aplicables, los requisitos establecidos en las especificaciones técnicas, en la licencia ambiental del Proyecto y en sus modificaciones, según las directrices impartidas por Hidroituango y/o EPM Lo anterior presupone la existencia previa de una licencia ambiental debidamente obtenida, lo cual no es una responsabilidad a cargo de la Interventoría

Es decir que, contrario a lo argumentado por la Contraloría, al Consorcio Interventor le corresponde velar por el cabal cumplimiento de la legislación ambiental vigente por parte de los contratistas respecto de los cuales ejerce funciones de interventoría, mas no le corresponde recomendar ni adelantar los trámites requeridos para la modificación de la licencia ambiental".

Ahora, un tema es que la Interventoría no tenía la obligación de tramitar la modificación de la licencia ambiental, el Despacho no ha señalado lo contrario, y otra muy diferente es que haya permitido la iniciación de las obras de la GAD, en contravía de la legislación ambiental y de la licencia previamente otorgada. Adicional a esto ¿Cómo podía verificar que el Contratista CCCI cumpliera la licencia

ambiental, si esta no había autorizado obras subterráneas? Y en materia de licencias de cualquier naturaleza, bien es sabido, que solo se puede realizar lo expresamente consagrado en ellas y cualquier modificación sustancial a los permisos otorgados, deber ser objeto de solicitud y aprobación por la autoridad correspondiente.

Entonces, las obligaciones de la Interventoría en materia ambiental, no se limitaban a hacer el seguimiento del PIMA o del PIMMA, como erradamente lo quiere hacer ver la apoderada, porque para eso el Consorcio tenía todo un equipo especialista en el tema, con una serie de competencias y obligaciones, que hacen del tema ambiental una globalidad. En los términos de referencia, se lee:

> "*Es responsabilidad de la Interventoría el cabal cumplimiento por parte del Contratista de la legislación ambiental vigente y demás leyes, normas, decretos, resoluciones, autos, acuerdos y ordenanzas, de carácter nacional o internacional acogidas por Colombia, relacionados con la protección y conservación del ambiente"*

Ahora, los mismo Términos de Referencia, en su título *1.5.4.2 Obligación de presentar el programa de implantación de las medidas de manejo ambiental,* señala que

> *"Conforme a las especificaciones ambientales, al plan de manejo ambiental del Proyecto, a los lineamientos generales establecidos en la Licencia Ambiental para el proyecto hidroeléctrico Ituango, a las modificaciones de la misma, a la directriz social general de EPM, a la legislación ambiental colombiana, a los requerimientos de las entidades cofinanciadoras y a los criterios de diseño entregados por EPM, el Contratista deberá desarrollar un programa de implantación de las medidas de manejo ambiental (PIMMA), que se ajuste a las condiciones particulares de la obra encomendada a él.*
>
> *Este plan es de obligatorio cumplimiento y deberá presentarse a consideración de EPM, durante los treinta (30) días calendario, siguientes a la fecha de la orden de inicio de los trabajos Una vez el PIMMA sea revisado por EPM, le será devuelto a el Contratista para que haga los ajustes y correcciones del caso y lo devuelva para su aprobación definitiva dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la entrega del documento inicialmente revisado por el Interventor.*
>
> *Se entiende que la legislación ambiental aplicable, las guías ambientales expedidas por la autoridad competente, la licencia ambiental, estas especificaciones técnicas,* ***el PMA y el PIMMA son documentos complementarios****. Por lo tanto, si el Contratista no plantea en el PIMMA, algunas de las medidas que se deben ejecutar para la protección y preservación del medio ambiente, debe acogerse a los requerimientos de la*

> *legislación ambiental aplicable, las guías ambientales expedidas por la autoridad competente, la licencia ambiental, estas especificaciones técnicas o el PMA"* (Negrillas fuera del texto)

Aquí, claramente se establece que el PMA y el PIMMA son documentos **complementarios** a la legislación ambiental aplicable, a las guías ambientales expedidas por la autoridad competente y a la licencia ambiental. De esta forma, desde el objeto del contrato de Interventoría se deja claro que la gestión ambiental era un elemento esencial del contrato y era una premisa más amplia que solo los programas mencionados.

Acto seguido, la defensa argumenta:

> *"Se reitera que dentro de las funciones de la Interventoría no está la de vigilar las acciones ni formular observaciones frente a las decisiones que adopte EPM, Hidroituango o el Diseñador-Asesor, a quien Hidroituango y/o EPM encargó la atención de los requerimientos y preparación de la información que fuera solicitada por las autoridades ambientales en desarrollo de las revisiones, ajustes y modificaciones de la licencia ambiental."*

La debida diligencia de un experto que tiene a su cargo verificar el cumplimiento de la legislación ambiental, como lo era la Interventoría, era hacer una revisión de la normatividad aplicable, más allá de que su contratante simplemente le dé una instrucción, porque justamente es la función legal y social de la Interventoría: verificar que la obra cumpla con la reglamentación y con la calidad necesaria para su funcionamiento.

iv. En sus argumentos de defensa, el Consorcio INGETEC – SEDIC, señala que la Contraloría no logra acreditar el nexo causal:

> *"Finalmente, el Despacho no logra acreditar en el Auto de Imputación que la conducta del Interventor haya contribuido de manera directa y como causa eficiente al daño fiscal en los términos en que este fue definido por la Contraloría en el Auto No. 1484 del 2 diciembre de 2020*
>
> *(…) Contrario a lo señalado por la Contraloría, no existe prueba de la causa eficiente de la Contingencia de 2018 y tampoco de que el actuar de la Interventoría tenga nexo de causalidad alguno con la misma".*

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> "*La teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que resulte idóneo para su configuración. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la causa idónea y eficiente para la producción del daño"*

Los hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[847] .

Todas las conductas de la Interventoría descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones que se terminara tomando decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico.

v. Dentro de sus argumentos de defensa, la apoderada del Consorcio INGETEC -SEDIC señala:

> *"En relación con la Interventoría, en el Auto No. 0945 del 8 de noviembre de 2019 la Contraloría señaló que. "durante el desarrollo de las obras del contrato se dieron situaciones como por ejemplo la iniciación de las obras para construir el GAD sin licencia, lo que denota fallas en la supervisión realizada por parte de la interventoría".*
> *Atendiendo lo señalado en el Auto de Apertura y en el artículo 42 de la Ley 610 de 2000, las sociedades integrantes del Consorcio Interventor presentaron el 2 y 3 de marzo de 2020 versión libre y espontánea sobre los hechos materia de investigación (véase radicados 2020ER0022645 y 2020ER0023313). A través de sus escritos, cada una de las sociedades expuso las razones de hecho y derecho por las que debería cesar la*

847 "La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso"" CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

acción fiscal en su contra respecto del único reproche que había hecho la Contraloría referente específicamente a "la iniciación de las obras para construir el GAD sin licencia.

(…) Sin embargo, en forma sorpresiva e infundada, la Contraloría a través del Auto No. 1484 del 2 de diciembre de 2020 a través del cual se imputó responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y archivó respecto de otros el proceso ordinario de responsabilidad fiscal UCC-PRF-014-2019, imputó al Consorcio Interventor diversas y nuevas conductas no comprendidas en el Auto de Apertura.

(…) Significa lo anterior que respecto de los cargos No. 1 y 2, que contienen diversas y complejas aseveraciones e imputaciones, el Interventor no pudo presentar sus argumentos de defensa en su Versión Libre y tampoco pudo solicitar las pruebas conducentes y pertinentes para demostrar lo infundadas que resultan las imputaciones de la Contraloría.

.

(…) La brevedad del plazo y la inserción de nuevos y complejos cargos evidencian a todas luces una vulneración del derecho de defensa y, por esta vía, del derecho al debido proceso, los cuales, como lo ha señalado la Corte Constitucional, además de un alcance formal tienen una connotación material y de fondo en tanto que, como garantías y derechos fundamentales, gozan de especial protección y deben ser respetadas por las autoridades en todas sus actuaciones"

Frente a lo expuesto es necesario reiterar que el listado de hechos generadores expuestos en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020 no son otra cosa que la concreción del relato fáctico realizado desde el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019, lo que no implica un cambio en los hechos objeto de investigación, y garantiza la unidad procesal a la que se refiere el artículo 14 de la Ley 610 del 2000, modificado por el artículo 130 del Decreto 403 del 2020.

Así mismo, se reitera que las conductas reprochadas a INGETEC y SEDIC a título de contribución se encuentran probadas con base en el material probatorio lícita y legalmente recaudado, de conformidad con lo expuesto en la providencia de imputación, en la que se encontró que las mencionadas presuntas responsables obraron a título de culpa grave con ocasión a la gestión fiscal de los recursos del proyecto hidroeléctrico Hidroituango, del que se desempeñaban como Interventoras, al ser miembros del Consorcio INGETEC - SEDIC.

Es necesario reiterar que el argumento de defensa parte de una confusión entre el hecho generador del daño, la conducta y el daño propiamente dicho.

> Ahora bien, de la lectura del artículo 40 de la Ley 610 del 2000 se observa que los requisitos para abrir un proceso de responsabilidad son: (*i) que se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado* e (ii) *indicios serios sobre los posibles autores del mismo, por lo que, de la revisión de dicha providencia*, se concluye que tales elementos se encontraban acreditados al proferir el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019, lo cual orientó la investigación que esta Contraloría Delegada Intersectorial adelantó y que llevó a que se profiriera el Auto 1484 del 02 diciembre de 2020, en el que se indicó que como los requisitos de los artículos 40 y 41 de la Ley 610 del 2000 se encontraban reunidos desde el 08 de noviembre de 2019 en donde se expusieron los indicios serios que condujeron a vincularles a este proceso de responsabilidad fiscal, la calificación concreta de la conducta reprochada se realiza en el Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020, en el que además de retomar los indicios expresados en la providencia de apertura, se realizó una valoración integral del material probatorio, sin que ello implicara una violación del derecho de defensa de ninguno de los presuntos responsables, pues en todo caso, se cuenta con el término de traslado al que hace referencia el artículo 50 de la Ley 610 del 2000, modificado por el artículo 139 del Decreto 403 del 2020, para que presentaran los descargos que consideraron pertinentes, por lo que no se encuentra acreditada la configuración de violación del derecho de defensa.

Al respecto es necesario destacar que como la estructura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal exige que para el Auto de apertura se cuente con indicios serios de los presuntos responsables, la conducta concreta solo se expresa en el auto de imputación, por lo que no es posible hablar de la imputación de cargos diferentes a los insinuados en el auto de apertura, pues en aquella se realizó la valoración del material probatorio que en todo momento se ha encontrado a disposición de los presuntos responsables y/o sus apoderados, hasta concretar las conductas reprochadas, lo que conlleva a que contrario a lo indicado por la poderdante, no “se ha sorprendido” a los vinculados con nuevos hechos ni con imputaciones derivadas de material probatorio que no se hubiese encontrado a su disposición En tal orden, es lógico que se haya indicado que la determinación de los presuntos responsables en el Auto 945 del 08 de noviembre de 2019 “no implica que se esté circunscribiendo su conducta únicamente a lo evidenciado en las piezas procesales que se refieren en este escrito”, pues exigir una determinación y calificación concreta de la conducta de los presuntos responsables del daño fiscal en el auto de apertura sería tanto como trasladar los requisitos para la expedición de dicha providencia en el proceso verbal de responsabilidad fiscal al proceso ordinario de responsabilidad fiscal, cuando es claro que este no es uno de aquellos y en estos, la calificación de la conducta ocurre en la providencia de imputación, mientras que la decisión definitiva se adopta en el fallo.

Igualmente, resulta un sin sentido exigir que los medios de prueba que

fundamentaron el Auto de imputación concurrieran al momento de la apertura, pues como se ha reiterado en este proveído, los requisitos de cada providencia son diferentes y ambas oportunidades procesales se encuentran mediadas por un periodo probatorio que conduce a adoptar la decisión del artículo 46 de la Ley 610 del 2000, en el que además siempre se encontró a disposición de los sujetos procesales el expediente para su consulta, por lo que no es cierto que la solicitante fuese sorprendida por la valoración probatoria realizada.

vi. *"Contrario a lo aducido por el Despacho, tanto la Ley 610 de 2000, como la jurisprudencia relativa a la misma, claramente disponen que la acción fiscal únicamente podrá ejercerse respecto de servidores públicos o particulares que ejerzan gestión fiscal, es decir, que tengan la titularidad jurídica para manejar o administrar los fondos o bienes del Estado, razón por la que no basta con que estos reciban bienes o fondos de la Nación. En el caso concreto, como pasará a demostrarse a continuación, el Consorcio INGETEC-SEDIC no ha ejercido ni ejerce actualmente gestión fiscal con ocasión de la ejecución del Contrato de Interventoría, por lo que la Contraloría no es competente para adelantar la presente acción fiscal en su contra.*

(…) En esta sentencia, la Corte Constitucional estableció que la responsabilidad fiscal únicamente se predica respecto de servidores públicos o particulares que tengan la titularidad jurídica para administrar fondos o bienes del Estado. En otras palabras, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado que hayan sido objeto de detrimento patrimonial. En aquellos casos en los que los servidores públicos o particulares no estén jurídicamente habilitados para disponer de recursos del Estado, no procede el ejercicio de la acción fiscal en su contra.

En el caso que nos ocupa, el Consorcio Interventor tiene a su cargo la prestación de servicios de interventoría durante la construcción de obras civiles y el montaje de los equipos electromecánicos, las pruebas y puesta en operación del Proyecto y la prestación de los servicios complementarios requeridos por EPM. Así las cosas, la labor asumida por el Consorcio Interventor consiste eminentemente en la ejecución de labores de verificación, supervisión y control que de ninguna manera implican el manejo o administración de recursos públicos por su parte.

Si bien es cierto que la financiación del Proyecto y, por tanto, la remuneración de las labores de interventoría se realiza con recursos públicos, esto de ninguna manera implica que la Interventoría tuvo la atribución jurídica, en términos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de manejar o administrar directamente dichos recursos.

Particularmente, para el caso de los interventores de contratos del Estado, la Contraloría de Bogotá D.C. ha enfatizado que el ejercicio de la labor de interventoría no constituye un factor objetivo con fundamento en el cual se pueda deducir automáticamente el ejercicio de gestión fiscal:

"no en todos los eventos se puede predicar que el interventor, por el solo hecho de serlo, ejerce gestión fiscal; empero si sus actuaciones se relacionan con la toma de decisiones en el gasto, erogación u otra forma de manejo del erario, adquieren esta connotación, en cuyo caso, bien podría ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal.

En conclusión, para este despacho, lo que hace que el interventor pueda llegar a ser vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal no es que ostente la calidad de servidor público o de particular que cumple potestades administrativas, sino que ejerza actos propios de gestión fiscal, aspecto éste que a su vez depende de las funciones específicas asignadas, en tanto y en cuanto tenga disponibilidad jurídica y material sobre los bienes o recursos públicos, los cuales constituyen el objeto del contrato principal del que, el de interventoría es accesorio"

Así las cosas, bajo la premisa de que el Consorcio Interventor no tiene la atribución legal para disponer de recursos públicos, lo cual no ha sido probado por la Contraloría, no se explica cómo pudo su conducta resultar en las mayores inversiones producto de "planes consecutivos de aceleración, contingencia y/o recuperación de tiempos", lo cual, a juicio del Despacho, constituye el daño fiscal"

A los integrantes del Consorcio INGETEC - SEDIC nunca se le vinculó por haber sido gestor fiscal, toda vez que "con ocasión" a la gestión fiscal contribuyó indirectamente a la causación de un detrimento patrimonial al Estado. Por otra parte, este Despacho nunca ha juzgado la responsabilidad contractual de las firmas Interventoras, toda vez que no es competente para ello. Se vinculó al Consorcio INGETEC - SEDIC como eventual responsable fiscal, más no contractual. El artículo sexto de la ley 610 de 2000 regula el concepto de daño patrimonial causado al estado, en el párrafo segundo de este artículo se lee:

"Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente ***o contribuyan al detrimento al patrimonio público****."* (Negrilla fuera de texto.)

De igual manera el artículo primero de citada ley, menciona:

"El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y

> *establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal* ***o con ocasión de ésta,*** *causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."* (Negrilla fuera de texto)

A su vez, la sentencia C-840 de 2001848 declaró exequible la expresión "*con ocasión de ésta" "en el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal*."

De conformidad con lo anterior, es importante conocer el concepto de gestión fiscal, en aras de explicar porque el Consorcio INGETEC - SEDIC fue vinculado a esta causa. El artículo 3 de la ley 610 de 2000 define la gestión fiscal de la siguiente manera:

> "*Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición,* ***planeación****, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación,* ***gasto, inversión*** *y disposición de los* ***bienes públicos****, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales*." (Negrilla fuera de texto)

De este modo, este Despacho considera que la ley 610 de 2000 no exige que únicamente los gestores fiscales puedan ser objeto de investigación en un proceso de responsabilidad fiscal. También pueden vincularse personas cuyo actuar guarda una relación próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal, sin que esto implique que esas personas sean gestores fiscales directamente. En este caso es evidente que la participación del Consorcio INGETEC - SEDIC fue fundamental para que con ocasión a la gestión fiscal se causara un daño: el Estado dispuso de dinero con la finalidad de explotar económicamente una presa.

Por último, al realizar una interpretación sistemática de las normas, es evidente que es procedente la vinculación de un contratista a una causa fiscal. El artículo 119 de la ley 1474 de 2011 señala:

> *"En los* ***procesos de responsabilidad fiscal****, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de* ***sobrecostos en la contratación u otros***

848 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-840_2001.html#1

> ***hechos irregulares****, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el* ***contratista,*** *y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial."* (Negrilla fuera de texto).

De lo anterior se concluye que es procedente la vinculación del interventor a un proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que, si bien es cierto que no es gestor fiscal directo, con ocasión a la gestión fiscal puede contribuir a la causación de un daño. En caso contrario, no tendría sentido que el artículo 119 de la ley 1474 se refiera a que en los procesos de responsabilidad fiscal los contratistas están llamados a responder. Precisamente con la vinculación a las causas fiscales es que esta norma encuentra utilidad, permitiéndose la vinculación de los contratistas, por lo que el cumplimiento de funciones públicas no es un requisito para investigar a una persona en una causa fiscal.

De otra parte, la concepción que tiene la Corte Constitucional, sobre la naturaleza técnica, el carácter de función pública y la intervención en el manejo de los recursos públicos atribuible a la interventoría de contratos estatales, (C-037 de 2003):

> *"Ahora bien, para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor* ***le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.***
>
> *Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.*
>
> *Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria;* ***efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financiaras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se***

> ***convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.***
>
> *La Corte llama la atención además sobre el hecho de que* ***el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con el se persiguen, implica la protección de esos recursos.***
>
> *Concluye la Corte entonces que* ***en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública*** *y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria".*

Por otra parte, debe observarse cómo la Corte Constitucional en la sentencia citada, entiende que los deberes de vigilancia a cargo de la entidad estatal, según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, se encauzan en la vigilancia que llevan a cabo los interventores de los contratos estales; y que, además, el interventor como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, cumple esta misión *"a nombre de la administración".*

Así mismo, de la sentencia de control abstracto que se ha citado, no duda en señalar que los interventores, en el marco de sus deberes de vigilancia, también tienen a su cargo la protección de los recursos públicos afectados o relacionados en el respectivo contrato, lo que sitúa a las labores de interventoría en una conexión directa con la gestión fiscal. Una intervención directa en la gestión fiscal de los interventores, se manifiesta, por ejemplo, cuando aprueban las actas parciales de obra o la entrega parcial de entregables con el propósito de autorizar los pagos correspondientes.

Finalmente, se destaca que dentro de la ratio decidendi[849] de la sentencia en análisis, la Corte entiende en el cumplimiento de las labores de interventoría, el particular contratista "*se ve atribuido el ejercicio de una función pública…"*

Del anterior panorama, resulta indubitable que, a la luz de lo regulado en la Ley, los interventores de contratos estatales:

> "*-Participan de las funciones estatales de control y vigilancia de la ejecución contractual.*

849 La sentencia 037 de 2003, declaró exequible el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que cataloga a los interventores como sujetos de la acción disciplinaria.

> *-En concreto, tienen a sus cargos deberes de vigilancia e información oportuna, de carácter funcional por que se desarrollan en el campo de la prerrogativa de dirección, vigilancia y control de la actividad contractual.*
> *-Inciden en la gestión fiscal de la entidad contratante, pues tienen a cargo deberes de protección de los recursos involucrados en el contrato; e intervienen en la misma al autorizar los pagos al contratista; al avalar o recomendar modificaciones contractuales; al asegurar que lo ejecutado corresponda a lo contratado etc.*
> *-Pueden ser llamados a responder por daños fiscales que generen o coadyuven a generar, en el marco de sus funciones de interventoría"*

En efecto cabe recordar que los recursos de las entidades afectadas son de naturaleza pública y las mayores inversiones no justificadas se realizaron con dichos recursos, así mismo el Proyecto es de propiedad de Hidroituango por lo que la destrucción del valor presente neto del proyecto y el lucro cesante por la no entrada en operación del mismo en la fecha acordada, generan un daño al patrimonio del Estado como consecuencia de las fallas anotadas en el ejercicio de sus funciones como interventor en desarrollo de lo dispuesto por la Ley (art 83 de la Ley 1474 de 2011) y el contrato.

vii. La defensa en este punto, argumenta:

Tal y como se indicó anteriormente, el Despacho imputó al Consorcio INGETEC-SEDIC tres (3) cargos como "contribuyente con ocasión de la gestión fiscal" Dicha imputación tiene fundamento en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, conforme fue modificado por el artículo 125 del Decreto 403 de 2020.

> *Sin embargo, la imputación formulada por el Despacho es improcedente por estar basada en una norma posterior a aquella con base en la cual debía realizarse, a saber, la Ley 610 de 2000 en su versión anterior a la modificación introducida por el Decreto 403 de 2020, la cual no prevé como factor de imputación de responsabilidad fiscal una conducta gravemente culposa atribuible a "quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado" Particularmente, a partir de esta modificación, no sólo es sujeto de responsabilidad fiscal el gestor fiscal que haya incurrido en una conducta dolosa y gravemente culposa, sino también "quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado".*
>
> *En el caso concreto, la Contraloría se basa en ésta última disposición para efectos de imputar responsabilidad fiscal a los miembros de Consorcio INGETEC-SEDIC como contribuyentes con ocasión de la gestión fiscal y a título de culpa grave. Sin embargo, según se anticipó, la imputación en estos términos es improcedente puesto que, al ser el factor de imputación*

de responsabilidad fiscal una norma de carácter sustancial, la imputación debe realizarse conforme a la legislación anterior a la vigencia del Decreto 403 de 2020.

Bajo la regla general de la irretroactividad, el Decreto 403 de 2020, vigente a partir del 16 de marzo de 2020, no puede aplicarse retroactivamente dentro del presente proceso para imputar responsabilidad al Consorcio Interventor como "contribuyente con ocasión de la gestión fiscal"

Tampoco resulta admisible señalar que el Decreto 403 de 2020 es aplicable al presente proceso por tratarse de una situación jurídica en curso. Téngase en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, frente a situaciones jurídicas en curso la nueva ley tiene aplicación inmediata y, por tanto, regula tales situaciones en el estado en que se encuentran salvo dos excepciones. la primera, cuando se trate de una situación jurídica que se ha consolidado bajo la ley anterior (como ocurre con los hechos que son materia de investigación dentro del presente proceso de responsabilidad fiscal) y, la segunda, cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley anterior. En estos dos casos la nueva norma no puede aplicarse a las situaciones en curso y, por el contrario, deben aplicarse de manera plena las normas anteriores Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional.

En un proceso de responsabilidad fiscal como el que nos ocupa, la realización de una conducta, que a juicio de la Contraloría tiene una presunta incidencia fiscal, es ciertamente una situación jurídica consolidada Las conductas con fundamento en las cuales la Contraloría imputa a la Interventoría ocurrieron entre los años 2011 y 2018 fueron objeto de la iniciación de la acción fiscal en el año 2019, cuando el artículo 5° de la Ley 610 del 2000 no había sido modificado y, por tanto, se consideraba que sólo podía ser sujeto pasivo de la acción fiscal una persona que realizara gestión fiscal y no quienes participaran, concurrieran, incidieran o contribuyeran directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado

(…) Por consiguiente, la conducta del Consorcio Interventor solo puede ser juzgada a la luz de lo establecido por la Ley 610 de 2000 en su versión no modificada (artículo 5°) que era la norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos que han dado lugar al presente proceso de responsabilidad fiscal.

Según se explicó en la sección III supra, el Consorcio Interventor no ejerció gestión fiscal con ocasión de la ejecución del Contrato de

> *Interventoría entre los años 2011 y 2018, lo cual, para la época referida, era una condición necesaria para el ejercicio de la acción fiscal en su contra"*

De la comparación del artículo 6º de la Ley 610 del 2000 en su redacción original con la reforma introducida por el artículo 126 del Decreto 403 de 2020, es necesario destacar que si bien la norma vigente contempla que "*dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo*", tales elementos son los mismos en la Ley 610 de 2000 como en el Decreto Ley 403 del 2020.

En efecto, de la revisión del artículo 1º de la Ley 610 del 2000, que no fue objeto de modificaciones por el Decreto Ley 403 del 2020, se observa que este prevé:

> "*El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado*"

Así́, llama la atención la expresión "o con ocasión de esta", destacada en la citada disposición que define el proceso de responsabilidad fiscal y respecto de la cual la Corte Constitucional en la sentencia C-840 de 2001 se pronunció en los siguientes términos:

> *"El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respetivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado".*

En tal sentido, conviene recordar el concepto CGR-OJ-037-2018 del 21 de marzo de 2018, emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, en el que se precisó que:

> *"La gestión fiscal presuntamente irregular puede producir un daño al patrimonio del Estado, de manera directa o indirecta. El primer caso ocurre cuando se trata de un gestor fiscal típico; el segundo caso ocurre cuando interviene un servidor público o particular que no es gestor fiscal de los recursos involucrados, pero que con ocasión de la gestión fiscal del titular de la misma contribuye a la producción del daño, mediante una relación de "conexidad próxima y necesaria"*

Así mismo, conviene remitirse al mismo artículo 6 de la Ley 610 del 2000, que en su redacción original ya contemplaba que "*dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público*"

Todo lo anterior resulta de especial importancia si se tiene en cuenta que en la calificación de la conducta de INGETC y SEDIC se indicó por parte de este Despacho que "*se imputará responsabilidad fiscal de forma solidaria, a título de culpa grave y por contribución con ocasión de la gestión fiscal*" (pág. 411 del Auto 1484 del 02 de diciembre de 2020), pues no cabe duda de que la figura de la contribución en la producción del daño por una conducta gravemente culposa adelantada por un particular con ocasión a la gestión fiscal es una de las formas que dan lugar a la responsabilidad fiscal, antes y después de la entrada en vigencia del Decreto Ley 403 del 2020.

En la misma vía de lo antedicho, conviene recordar que la sentencia C-840 de 2001, indica que:

> *"Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes, en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales" (subraya fuera de texto).*

Sin embargo, vale la pena aclararle a la apoderada que este Despacho tiene claro que la norma vigente para le época de los hechos objeto de la investigación es la Ley 610 de 2000, la cual ya se aplicó en el caso concreto.

En este punto, la defensa considera:

> *"Frente a este punto, es imperativo destacar que la Contraloría realiza diversas acusaciones e imputaciones sin ningún tipo de prueba. A continuación, nos permitimos pronunciarnos frente a cada una de ellas"*

Esta afirmación no atiende a la realidad probatoria tal y como se observa en el plenario existen un sin numero de pruebas contractuales, documentales, testimoniales y técnicas, que sirvieron de sustento para imputar a los investigados en esta causa fiscal.

a lo largo de todo el auto de imputación en donde desde el acápite de Hechos se realiza una valoración del material probatorio, lo que se continúa haciendo en debida forma tanto en el acápite de daño como de conducta y nexo de causalidad. En este punto se le recuerda ala apoderada que el auto de imputación debe ser leído de manera integral.

Si bien las firmas INGETEC y SEDIC allegaron diferentes pruebas documentales que fueron recepcionadas y analizadas por el Despacho. Se encuentra demostrado con base en el acervo probatorio anteriormente evaluado que la interventoría se limitó a preguntar "*¿cómo va el trámite de la modificación de la licencia ambiental?*", por lo que incurrió en conductas reprochables que contribuyeron a la causación de daño.

viii. *La defensa respalda su afirmación en estos argumentos:*

> *"La declaratoria de responsabilidad fiscal supone la concurrencia de tres (3) elementos. Un primer elemento objetivo que corresponde a la certeza sobre la existencia del daño patrimonial y su cuantificación. El segundo elemento, subjetivo, supone una gestión fiscal en el marco de la cual los servidores públicos o particulares hayan actuado al menos con culpa grave Y, por último, como tercer elemento, la Ley 610 del 2000 exige la existencia de un nexo de causalidad entre los dos (2) elementos antes referidos.*
>
> *En el presente caso, ninguno de los mencionados elementos de la responsabilidad fiscal se encuentra acreditado en el Auto de Imputación No. 1484 del 2 de diciembre de 2020 Como se explicará a continuación, el Consorcio Interventor no sólo cumplió las obligaciones contractuales a su cargo, sino que, en desarrollo de ellas, actuó de manera diligente por lo que no puede imputársele culpa grave en su actuar.*

- *El Consorcio INGETEC-SEDIC atendió diligentemente las obligaciones previstas en el Contrato de Interventoría.*

En este caso, la Contraloría imputa a la Interventoría fundamentalmente una falta de diligencia en las labores de supervisión propias del Contrato del Interventoría" y una ausencia de control y seguimiento de su parte a título de culpa grave'. No obstante, según se explicó en la sección V supra, la Interventoría cumplió de manera diligente las obligaciones de supervisión, control y seguimiento que le imponía el Contrato de Interventoría y, por ende, no actuó con culpa grave. lo largo de estos Descargos, se ha explicado exhaustivamente qué cargos imputados al Consorcio Interventor parten de una premisa equivocada al atribuirle a este deberes y obligaciones que no se encuentran dentro del alcance del Contrato de Interventoría (véase Sección 5.2 supra)"

Corolario de lo anterior, el Despacho observa que en realidad el Consorcio Interventor INGETEC – SEDIC permitió el cierre de los túneles de desviación derecho e izquierdo sin las estructuras necesarias para ello, lo que generó la necesidad de construir obras no incluidas en los diseños originales. Así mismo, el interventor no realizó las observaciones pertinentes sobre la modificación de los planos originales y puesta en marcha de tales obras, consistente en la construcción de un tercer túnel de desviación (GAD) y también incurrió en fallas en los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles asociadas con la gestión del alcance, riesgos y calidad de estas y la iniciación de las obras para construir el GAD sin la modificación de la licencia ambiental. Todo lo anterior, demuestra falta de diligencia en la supervisión realizada por parte de la interventoría, lo que contribuyó de manera determinante a que se concretara la mal llamada "contingencia de 2018", ya que hizo que de manera injustificada se incrementara el costo de las inversiones tal como se prueba en el acápite de daño destruyó el valor presente neto del proyecto y derivó en la no entrada en operación de la hidroeléctrica hasta la fecha generando un consecuente lucro cesante. y por lo tanto lo hace acreedor a una responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Como conclusión de lo anterior, dado que que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación,, motivo por el cual en la parte resolutiva de esta providencia, procederá el Despacho a fallar con responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte , como contribuyentes con ocasión de la gestión fiscal y a título de culpa grave en contra de Consultores Civiles y Electrónicos S.A.S. -INGETEC S.A.S., con NIT. 860.001.986-1 y SEDIC S A, con NIT. 890910447-2.

INTEGRANTES DEL CONSORCIO CCC ITUANGO: COMERCIO CAMARGO CORREA S.A, CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A Y CONINSA RAMON H S.A

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a COMERCIO CAMARGO CORREA S.A, con NIT. 830.023.542, CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A, con NIT. 890.901.110-8, y CONINSA RAMON H S.A., con NIT. 890.911.431-1 en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) sin indexar, a título de culpa grave y por contribución con ocasión de la gestión fiscal, considerando que:

Se reprocha fiscalmente a COMERCIO CAMARGO CORREA S.A, CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A y CONINSA RAMON H S.A., por las siguientes acciones y omisiones con ocasión de la gestión fiscal antieconómica, ineficiente e inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango por:

1. Atrasos sistemáticos en la construcción de las obras necesarias para la desviación del río Cauca, lo que, aunado a situaciones de planeación, trajo como consecuencia la necesidad de implementar planes de contingencia y aumento el valor del contrato.

2. Defectos constructivos de la Galería Auxiliar de Desviación

ARGUMENTOS EN RELACIÓN A LA CONDUCTA Y VALORACIÓN PROBATORIA:

Previo a dar respuesta de manera puntual a los argumentos planteados por el apoderado en este punto, resulta necesario recordar que el contratista es un especialista, en tal calidad le correspondía no solamente seguir durante la construcción los diseños que le eran entregados sino revisar toda la información que integraba los estudios básicos de geología que le era suministrada, de forma tal que la misma tuviera un nivel de detalle suficiente que permitiera acometer el proyecto850 y reducir las incertidumbres en pro de la seguridad del proyecto.

850 “Entre tanto, al particular como colaborador de la Administración le es impuesta la carga de comunicar a la entidad las deficiencias de planificación que evidencia para que sean subsanadas, de abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que advierta que “por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse”” CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00685-01(39498)

En este sentido, no es plausible que el contratista pretenda eximirse de responsabilidad alegando situaciones que desde su especialidad podían haber sido advertidas, en particular la deficiencia de la información con la que se contaba a efectos de iniciar la construcción, más si se tienen en cuenta que por el hecho de poder acceder a la roca de manera visual, gracias a las excavaciones realizadas debía haber confrontado la Geología encontrada con el perfil geológico previo, lo que le hubiera permitido establecer los escenarios geológicos a los que se estaba enfrentando, más si se tienen en cuenta que se trataba de una zona con alto tectonismo y se presentó una situación recurrente de problemas geotécnicos representados en múltiples escenarios de inestabilidad al interior de las excavaciones. Los cuales a pesar de que debían ser la excepción terminó como consecuencia de la conducta negligente del contratista, terminaron convirtiéndose en la regla general.

En este contexto, el método observacional lo que supone es que se cuente en la toma de las decisiones de orden técnico con la mayor cantidad de información posible por lo que el Despacho reitera las conclusiones del Documento técnico realizado por los reajustadores, en el sentido de que:

> "La causa raíz del evento fue una **combinación de problemas no resueltos con los procesos** diseño, supervisión y **construcción** en un área de una zona de cizalla que hicieron al túnel vulnerable a un grupo particular de condiciones hidráulicas que ocurrieron a mediados de abril de 2018" (Negrilla fuera de texto)

Dado que el proyecto tenía una incidencia significativa no solo de cara a la estabilidad energética del país sino también de cara a los recursos Naturales que involucraba y a las poblaciones que directamente afectaba, el contratista como colaborador de la administración en el logro de los fines del Estado y la satisfacción del interés general, no debía haber privilegiado el interés económico que lo animaba a adelantar el plan de aceleración intentando reducir los tiempos ya perdidos en perjuicio de la seguridad de la obra.

Lo anterior permitió que se sumaran los riesgos poniendo en una situación de vulnerabilidad el proyecto, que terminó desencadenando en la mal llamada contingencia del año 2018, la cual generó no solo la imposibilidad de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018, sino también implicó la realización de inversiones adicionales injustificadas a los ya cuantiosos recursos empleados, para atender los gastos que ocasionó esa situación.

Procederá el Despacho a continuación a dar respuesta a los argumentos puntuales planteados por el apoderado así:

Es de anotar en el oficio 2021ER0043643 de 13 de marzo de 2021, a través del cual las presuntas responsables presentaron argumentos de defensa, también se pronunciaron acerca de algunas "irregularidades procesales y sustantivas que limitan el ejercicio del derecho de defensa y generan una afectación del debido proceso". Previo a explicar cada una de las supuestas irregularidades introdujeron el siguiente párrafo:

"La solicitud de nulidad será presentada en escrito aparte, pero insisto que, como preámbulo y ambientación de los descargos, es necesario hacer una referencia a las particularidades que ha tenido el presente trámite."

Teniendo en cuenta que no existió un documento posterior en el que se presentaran las anunciadas nulidades, Este Despacho procederá a darles respuesta como argumentos de defensa así:

"6 ANUNCIO DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD

Dado el escaso tiempo con que contaron mis representadas para la presentación de estos descargos, no fue posible presentar formalmente la solicitud de declaratoria de nulidad del procedimiento adelantado hasta ahora, y dado que el artículo 38 de la ley 610 de 2000 establece que "Podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de proferirse el fallo definitivo", queremos dejar constancia de que nos reservamos el derecho de presentar una solicitud formal de nulidad con base en las evidentes violaciones al derecho de defensa, a la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y a la falta de competencia sustantiva de la Contraloría General de la Nación para exigir responsabilidad fiscal a quienes no ostentan la calidad de gestores fiscales, temas estos que han quedado esbozados en el presente documento pero que se expondrán de manera amplia en el correspondiente escrito. Manifestamos que la presentación de este memorial de descargos y las solicitudes probatorias aquí efectuadas no podrán ser tenidas como mecanismos para sanear los vicios de procedimiento en los que se ha incurrido o renuncia a la posibilidad de formular solicitud de nulidad la cual se anuncia desde este mismo momento."

Respuesta: Sobre lo sostenido anteriormente, aun cuando el apoderado afirma en la solicitud presentada que contó con poco tiempo para presentar los descargos, lo cierto es que, en el caso concreto en virtud de la recusación presentada y la decisión del juez de tutela, los vinculados a esta causa fiscal contaron con más de 4 meses para presentar los descargos.

Ahora bien, desde el anuncio de las nulidades han transcurrido 9 meses sin que el apoderado procediera a presentarlas.

Inicia el apoderado su exposición as:

1. *La clara tendencia de la suscrita Contralora de impedirle a las presuntas responsables demostrar los supuestos fácticos de su defensa. Que se abrió el proceso de responsabilidad fiscal con un hecho de anteaño que se sabía que carecía de nexo de causalidad*

con el supuesto daño para luego cambiar el supuesto fáctico de la imputación. Que no permitir la demostración de los supuestos fácticos permite evidenciar que este proceso de responsabilidad fiscal tiene un objetivo que va mucho más allá de una simple discusión económica pues trae consecuencias que afectarán la vida profesional y el futuro político de muchas personas naturales y la subsistencia misma de personas jurídicas que desarrollan su objeto social a través de la contratación pública: estoy seguro que la Contralora Delegada Intersectorial 09 conoce cuáles serán los efectos de una eventual fallo condenatorio contra los investigados en este proceso, motivo por el cual resulta inexplicable su clara tendencia a impedir la práctica de las pruebas solicitadas por los investigados, máxime cuando en la etapa inicial, a los integrantes del Consorcio CCC Ituango vinculados al proceso, no se les dio la oportunidad de pronunciarse y defenderse contra las sorpresivas afirmaciones del auto de imputación. Que este Despacho no ha permitido probar los supuestos de la defensa, en contraste, la Contraloría ha ejercido de manera amplia sus facultades oficiosas en busca de obtener nuevas pruebas que le permitieran estructurar a toda costa su teoría de imputación o soportar la existencia de nuevos argumentos que le sirvieran para mantener la imputación a pesar de haber llegado al convencimiento de que el hecho que soportó el auto de apertura carecía de nexo causal con el daño que buscaba resarcir, en lugar de buscar esclarecer realmente los hechos investigados.

RESPUESTA: En primer término, tal y como se ha reiterado en múltiples ocasiones a lo largo del plenario, entre el auto de apertura y el de imputación no existió ninguna modificación fáctica. El apoderado confunde los hechos con las conductas. Estas últimas en virtud de la Ley son diferentes entre el auto de apertura y el de imputación pues en el primero únicamente se exigen indicios serios sobre que permitan identificar a los presuntos responsables, mientras que en el segundo se exige la determinación de los elementos de la responsabilidad fiscal, en especial la descripción detallada de la conducta activa u omisiva, los motivos para calificarla a título de culpa grave o dolo y el nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Lo anterior justifica claramente esa diferencia, de donde no es posible inferir, como mal lo hace el apoderado, transgresión alguna a la Ley y mucho menos una vulneración o puesta en peligro del derecho de defensa o debido proceso.

En efecto, el artículo 40 de la ley 610 de 2000, para proceder a abrir un proceso de responsabilidad fiscal se requiere:

"Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e ***indicios serios sobre los posibles autores del mismo****, el funcionario*

competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.
En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno." (Negrilla fuera de texto)

Mientras que el artículo 41 contiene los requisitos del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal:

"

1. *Competencia del funcionario de conocimiento.*
2. ***Fundamentos de hecho**.*
3. *Fundamentos de derecho.*
4. *Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales.*
5. *Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía.*
6. ***Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes.***
7. *Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.*
8. *Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales.*
9. *Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión." (Negrilla fuera de texto)*

De lo anterior se observa que es necesario que exista un indicio grave acerca de los presuntos responsables fiscales y señalar los fundamentos de hecho, requisitos que difieren bastante de los del auto de apertura que requiere algo más que eso. Señala el artículo 48 de la ley 610 de 2000

"ARTICULO 48. AUTO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.
El auto de imputación deberá contener:

> *1. **La identificación plena de los presuntos responsables**, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.*
> *2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.*
> *3. **La ACREDITACIÓN de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal** y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado." (Negrilla y mayúscula fuera de texto)*

De la lectura de las normas citadas se puede concluir

AUTO DE APERTURA	AUTO DE IMPUTACIÓN
Indicios serios acerca de los presuntos responsables fiscales	Identificación plena de los responsables fiscales
Fundamentos de hecho	Acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal

Bajo este sentido, conforme al artículo 5, de la misma ley, los elementos de la responsabilidad fiscal son i) una conducta dolosa o gravemente culposa ii) de un gestor fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción de iii) un daño patrimonial al estado y iv) el nexo de causalidad entre esa conducta y el daño.
Siendo así, la mayor rigurosidad de los requisitos del auto de imputación guarda relación con uno de los requisitos del auto de apertura, cual es el decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes, pruebas que son necesarias para pasar a la simple mención de fundamentos de hecho a la acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal. De esas pruebas practicadas pueden surgir nuevas conductas generadoras de daño, de allí que no solo se exija la mención de los fundamentos de derecho sino la acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal, dentro de los cuales se encuentra la conducta.
Adicional a lo anterior, del plenario resulta evidente que este despacho nunca ha vulnerado el derecho de aportar o solicitar pruebas. Todas las solicitudes probatorias fueron atendidas oportunamente, decretando algunas y negando otras, de manera motivada de conformidad con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad. Todas estas decisiones fueron confirmadas por la segunda instancia. Diferente es que las presuntas responsables no se encuentren de acuerdo con la decisión adoptada, lo cual no conlleva a que se esté cercenando la posibilidad de probar los supuestos de su defensa. Por otra parte, en aras garantizar la necesidad de la prueba, reglada en el artículo 22 de la ley 610 de 2000, este Despacho ha ejercido las facultades que la ley confiere y ha decretado de oficio las pruebas que ha considerado pertinentes, conducente y útiles.

De las actuaciones de este Despacho no es posible derivar como lo pretende el apoderado ningún interés en esta causa fiscal diferente al de cumplir con las funciones propias de este ente de control, pues las mismas se han desarrollado siempre dentro del marco constitucional y legal aplicable a la materia.

De otro lado esgrime el apoderado un argumento de conveniencia relativo a los efectos de los eventuales fallos con responsabilidad fiscal, es de anotar que dichos efectos están señalados por la ley y que los mismos no son una consecuencia atribuible al hecho de que esta Delegada profiera el acto administrativo contentivo del fallo sino al hecho de que sus prohijadas desarrollaron conductas que fueron determinantes para la producción de un daño al patrimonio del Estado.
En virtud de lo anterior, encuentra este Despacho que no le asiste razón a las presuntas responsables.

2. *Que el desconocimiento del mandato contenido en el artículo de la ley 610 de 2000, que ordena archivar el proceso cuando se pruebe que el hecho no existió o que no es constitutivo de detrimento patrimonial, y la elusión de esta obligación so pretexto de que el objeto de la etapa de investigación es averiguar sobre la ocurrencia de hechos diferentes a los que motivaron la iniciación del proceso. Que por un hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, lo que significa que el hecho debe ser conocido previamente.*

RESPUESTA: Lo relativo a nuevos hechos quedo resuelto en el punto anterior. En esta causa no se ha desconocido el artículo 14 de la ley 610 de 2000, parcialmente citado por las presuntas responsables, consistente en que por cada hecho generador se adelantará un proceso de responsabilidad fiscal. No obstante, se omitió citar el siguiente aparte: *Los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente. En esta causa se han investigado hechos conexos relacionados con el Proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango.*

3. Que hay carencia de pruebas frente a la imputación de haberse actuado con culpa grave.

RESPUESTA: En primer lugar, se precisa que la misma no es una causa de nulidad, sino que ataca uno de los elementos de la responsabilidad fiscal como lo es la culpa grave. Por otra parte, que las presuntas responsables no estén de acuerdo con los hechos imputados no significa que haya una carencia de pruebas. A lo largo del auto de imputación y de esta providencia se han citado pruebas que fundamentan la responsabilidad atribuida a título de culpa grave, cumpliendo este Despacho con una de las características de la naturaleza de la responsabilidad fiscal, cual es que ha de ser subjetiva y no objetiva.

Adicionalmente, todas las solicitudes probatorias elevadas por las presuntas responsables fueron resueltas, tanto en primera como en segunda instancia. Que las decisiones adoptadas por este despacho no sean de agrado de las presuntas responsables no significan que las mismas sean infundadas.

Continúa el apoderado alegando lo siguiente:

4. *El principio de eficacia en el desarrollo de este proceso pues con las actuaciones se pone en riesgo la posibilidad real de que EPM y HI reciban de parte de Mapfre, en su calidad de aseguradora, la cobertura amparada por la póliza de Todo Riesgo en Construcción que cubre daños materiales y lucro cesante siempre que el daño no haya sido ocasionado por dolo o culpa grave.*

Dispone el artículo 4 de la ley 610 de 2000 (en su versión vigente al momento del inicio del proceso de responsabilidad fiscal) que "la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización…"

Por otro lado, artículo 2 de la misma ley dispone que "en el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo".

*A su vez, el artículo 209 de la Constitución Política establece que "la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento **en los principios** de igualdad, moralidad, **eficacia**, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones" (énfasis agregado).*

Complementando lo anterior, el artículo 3 del CPACA en su numeral 11 define que "en virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad…".

Es claro entonces que la Contralora Delegada Intersectorial 09 debería tener en cuenta que con el actual proceso de responsabilidad fiscal debería estar buscando asegurar el efectivo resarcimiento del supuesto detrimento patrimonial sufrido por EPM y la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A.

Se ha demostrado en el proceso que EPM, en desarrollo de una adecuada gestión del riesgo, contrató con MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. una póliza de todo riesgo en construcción identificada con el No. 2901211000362 la cual tiene como aseguradas, entre otros, a las siguientes personas jurídicas:

1. EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN como contratista BOOMT y/o todas su subsidiarias y/o compañías controladas por EPM o previamente existentes y la que en adelante se formen o adquieran.

2. Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. como dueño.
3. EPM ITUANGO S.A. E.S.P.
4. Todos los contratistas y/o subcontratistas de cualquier nivel.
5. Diseñadores, arquitectos e ingenieros consultores con respecto a sus actividades manuales en el sitio y que no formen parte del asegurado original del numeral 1, 2 y 3.

Partiendo entones de los anteriores supuestos y siguiendo con la relación de arbitrariedades que han caracterizado este proceso, resulta que con claro desconocimiento del principio de eficacia que debe regir el proceso de responsabilidad fiscal y que le impone al funcionario con competencia para adelantarlo, buscar que se logren los fines del procedimiento (es decir, que se logre el efectivo resarcimiento del supuesto daño), la Contraloría afirma sistemáticamente frente a todos los vinculados, incluyendo a mis representadas, la existencia de una supuesta culpa grave en sus actuaciones, con lo cual está generando un riesgo gravísimo para el patrimonio público cuya protección, supuestamente, es lo que impulsa a la Contralora Delegada a adelantar el actual proceso de responsabilidad fiscal, pues, a sabiendas y con pleno conocimiento de las graves consecuencias que tendría dicha declaración, ella insiste en afirmar la existencia de este nexo subjetivo sin que exista realmente sustento probatorio alguno.

Tal como lo explicaba antes, el proyecto está amparado por una póliza de todo riesgo en construcción otorgada por Mapfre, compañía que llevó a cabo el pago del siniestro, lo que acredita y descarta la inexistencia de dolo o culpa grave por causa de los involucrados en el proyecto o, de otra manera, se estaría negando la cobertura ya materializada, por la vía del presente proceso de responsabilidad fiscal. Contrario a lo que entendió Mapfre, ahora la Contraloría pretende que existieron errores y que estos se produjeron con dolo o culpa grave, lo que dio lugar a que la apoderada de esta aseguradora llamara la atención frente a la contradicción en que está incurriendo el órgano de control fiscal. El lapidario llamado de atención fue el siguiente (página 13 del memorial 903339 del 28 de agosto de 2020 suscrito por la abogada Mónica Torracarruncho Mantilla, abogada de Mapfre):

De acuerdo con lo anterior, el dolo y la culpa grave del Asegurado carecen de cobertura bajo la Póliza CAR No. 2901211000362.

Así las cosas, mientras la Póliza otorga protección (tanto en la cobertura I como en la II) cuando ocurre un evento fáctico previsto en ella, entre los cuales no tienen cabida los actos culposos y dolosos del Asegurado y sus empleados, por el contrario, la responsabilidad fiscal tiene como presupuesto esencial que exista una conducta dolosa o culposa del gestor fiscal. Lo expuesto permite establecer una absoluta incompatibilidad entre la cobertura de la póliza y lo debatido en el presente proceso.

La delegada intersectorial dispuso el archivo de la investigación a favor de Mapfre, pero la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría revocó esta decisión a través del grado de consulta y ordenó mantenerla como tercero civilmente responsable, incurriendo nuevamente en imprecisiones técnicas y equívocos conceptuales que pueden generar graves afectaciones al Proyecto, al afirmar sin mayor análisis en relación con ese mecanismo de aseguramiento que "es una póliza de todo riesgo de construcción, considerada como una póliza multirriesgo, está catalogada dentro de los seguros de ramos técnicos o seguros de ingeniería. El propósito de este seguro es, entre otros, amparar las pérdidas o daños ocurridos a la construcción o actividad de obra civil, o a los bienes utilizados durante el proceso".

La advertencia realizada en su momento por Mapfre es absolutamente clara: la cobertura de la póliza de todo riesgo en construcción es incompatible con un resultado procesal en el cual se concluya que los daños materiales objeto del amparo fueron ocasionados con dolo o culpa grave. A pesar de la claridad de lo anterior, la Contraloría General de la República ha adoptado la decisión de afirmar, con expresiones vagas y luego de haber privado a mis representadas del derecho de demostrar lo contrario, la presunción (que pareciera ser que para la Contralora no admite prueba en contrario) de que todas las actuaciones realizadas por ellos son fruto de una culpa grave que se desprende de no haber logrado el resultado esperado por la entidad estatal.

Resulta entonces que ***es la actuación de la propia Delegada en este proceso la que ha puesto en riesgo el patrimonio estatal*** *al tomar medidas apresuradas acusando selectivamente a distintos actores relacionados con el Proyecto de cometer unas culpas graves que no han existido. El principal instrumento financiero de cobertura del Proyecto, la póliza que precisamente fue tomada para asumir riesgos como el que se materializó el 28 de abril de 2018, dentro de sus limitadas exclusiones contempla precisamente la culpa grave, la cual la Delegada atribuye con ligereza directivos de dicha entidad y a los subcontratistas que participaron en el proyecto, entre ellos a los integrantes del Consorcio CCC Ituango, lo que equivale a decir que la culpa grave o el dolo radica*

en cabeza de EP
De lo anterior se puede deducir que Mapfre le ha puesto un valor económico al párrafo en el que la Contralora Delegada Intersectorial 09 afirma lo siguiente frente a los integrantes del Consorcio CCC Ituango (quienes actúan por instrucciones de EPM y como sus contratistas):

*"[E]n virtud de lo anterior, la suscrita Contralora considera que el contratista **actuó con culpa grave**, puesto que pese a tener rol de colaborar del Estado, para que este último cumpla sus fines, no actuó con la debida diligencia para lograr el efectivo cometimiento de esos fines, que en este caso era la terminación de la presa para que pudiese ser explotada económicamente a partir de noviembre de 2018. Con su conducta causo atrasos y el taponamiento de la GAD, situación que, como concausa, atrasó aún más la entrada en funcionamiento de la presa, lo que trajo como consecuencia millonarias pérdidas a HIDROITUANGO S.A." (énfasis agregado).*

El costo de este párrafo se puede evidenciar en la siguiente fórmula:

Párrafo en el que la Contraloría afirma la existencia de la culpa grave	***Valoración de los efectos negativos que este párrafo puede tener frente al patrimonio público (póliza de todo riesgo en construcción)***
*"…en virtud de lo anterior, la suscrita Contralora considera que el contratista actuó con **culpa grave**…"*	*= - USD2.556.637.159 por la cobertura Daños Materiales y USD628.790.000 por la cobertura de Retraso en la Entrada en Operación (DSU)*

¿Es este el criterio de eficacia que rige el presente proceso de responsabilidad fiscal en que resulta preferible sacrificar la cobertura de todo riesgo en construcción para hacer prevalecer la teoría de la existencia de una culpa grave que aparece débilmente enunciada en un párrafo carente de soporte probatorio?

La misma consideración resulta aplicable en relación con las culpas graves atribuidas a los altos directivos de EPM, principal asegurado bajo la póliza.

Resulta fundamental destacar que a esta conclusión llega la Contralora Delegada Intersectorial 09 sin tener en cuenta que ninguno de los informes técnicos valorados, y en especial el informe técnico elaborado para los reaseguradores de la póliza de todo riesgo en construcción, han

considerado que existió algún error que pudiera considerarse como constitutivo de dolo u culpa grave, debiendo resaltarse que incluso tal afirmación hubiera podido servir de título suficiente para aplicar la exclusión a la que hacía referencia la apoderada de Mapfre, pero a pesar de que en este informe se hubiera podido tener el incentivo perverso de afirmar la existencia de tal dolo o culpa grave para poder hacer valer la exclusión, jamás llegaron a una conclusión ni siquiera cercana a la vertida en el párrafo antes citado de la Contraloría.

El soporte probatorio en el que la Contraloría finca gran parte de su imputación resulta entonces contraevidente: si Mapfre y el cúmulo de reaseguradores que lo solicitaron hubiesen considerado que de lo allí manifestado se desprendía una culpa grave de los asegurados, se habría negado la cobertura de dicha póliza.

Frente a la valoración del documento del cual la Contralora Delegada deduce los supuestos errores de construcción imputables a mis representadas, vale la pena destacar que si la Contralora hubiera tenido en cuenta el contenido del artículo 250 del Código General del Proceso, acorde con el cual "la prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible…"[6], también hubiera debido tener en cuenta que, a pesar de los supuestos errores, no existieron conductas constitutivas de dolo o culpa grave, pues Mapfre reconoció la cobertura.

Sin embargo, dada la clara tendencia a considerar que cualquier falta de diligencia constituye culpa grave, la Contraloría consideró, de manera simplista, que si dicho informe denotaba un supuesto error constructivo, necesariamente había culpa grave, pero no se percató que si esto fuera cierto la cobertura no se habría otorgado. De contragolpe y a partir de las decisiones adoptadas frente a la aseguradora, la Contraloría crea un riesgo inmenso frente a la cobertura que ha sido reconocida por aquella.

Respuesta: Sobre este punto, resulta necesario precisar que se trata de un argumento de conveniencia, pues el mismo no impacta en ninguna medida los elementos d ela responsabilidad fiscal probados en esta causa fiscal. No obstante, lo anterior, es necesario precisar que la póliza todo riesgo no excluye en sus condiciones la culpa grave o el dolo, lo que excluye son los actos voluntarios, en los siguientes términos:

"Actos Voluntarios Indemnización al Asegurado 1 ó 3 en relación con Daño, costo o gasto, de cualquier naturaleza, directa o indirectamente causado por, resultante de o en forma alguna relacionado con cualquier acto voluntario de los empleados del Asegurado 1 ó 3 o sus

representantes"[851]*.*

Dicho acto voluntario únicamente se configura en el evento en que el miso esté dirigido a defraudar el seguro.

En este sentido, es claro que en el caso concreto nunca se ha hablado de actos voluntarios, pues todas las conductas fueron calificadas a título de culpa grave en los términos del artículo 63 del Código civil que se define como *"no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios."*

Prosigue el apoderado afirmando que

> *6. La incertidumbre sobre cuáles son las reglas bajo las cuales se evalúa la conducta de los integrantes del Consorcio CCC Ituango. Que la contraloría expresa que no es su objetivo ni tiene competencia para tomar decisiones sobre el incumplimiento del contrato de obra suscrito entre EPM y el Consorcio CCC Ituango. No obstante que en la página 350 del auto de imputación aduce que no es competente para pronunciarse acerca del eventual incumplimiento de un contrato pero a renglón seguido afirma que CCCI "**incurrió en errores, atrasos, inactividades y bajos rendimientos, de conformidad con las pruebas ampliamente citadas párrafos atrás, lo cual contribuyó a que en el 2018 se taponara la GAD y a que se tuvieran que modificar los cronogramas y el proyecto no pudiera entrar en funcionamiento en noviembre de 2018"***
>
> *Que las afirmaciones de la Contraloría generan los siguientes interrogantes: ¿Cómo puede juzgar la Contralora la conducta de un contratista sino es en el marco del respectivo contrato de obra? ¿Puede la Contraloría independizar la conducta del contratista del contrato que rige su actuar y endilgarle el supuesto incumplimiento de obligaciones que no tienen su fuente en la relación contractual?*

RESPUESTA: Aun cuando este despacho no es competente para pronunciarse acerca del cumplimiento o incumplimiento de alguna obligación. A diferencia de lo señalado por las presuntas responsables, para efectos de la determinación de la conducta y su calificación a título de culpa grave, si se ha tenido en cuenta el marco obligacional establecido en los contratos, pues los presuntos responsables a través del contrato CT-000036 se convirtieron en colaboradores de la administración para cumplir sus fines, conforme a la ley 80 de 1993.

---

[854] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\AL-\Documentación Contrato Mapfre\Etapa Contractual\Condiciones de la póliza

De igual manera, fue a través de la ejecución de ese contrato que contribuyeron con ocasión a la gestión fiscal a la causación de un daño. Cuando este despacho afirma que CCCI "incurrió en errores, atrasos, inactividades y bajos rendimientos, de conformidad con las pruebas ampliamente citadas párrafos atrás, lo cual contribuyó a que en el 2018 se taponara la GAD y a que se tuvieran que modificar los cronogramas y el proyecto no pudiera entrar en funcionamiento en noviembre de 2018", no se está pronunciando acerca del cumplimiento o incumplimiento de una obligación sino de la conducta desplegada por CCCI la cual generó efectos económicos de cara al patrimonio del Estado. Por lo que no le asiste razón al apoderado.

Prosigue el profesional del Derecho afirmando que:

> *7. Que es inexplicable la ausencia de análisis sobre la participación de EPM como posible causante o responsable del detrimento patrimonial sufrido por HI*

RESPUESTA: Previo a dar respuesta a este argumento es fundamental conocer la naturaleza jurídica de EPM. De conformidad con el artículo primero del Acuerdo Municipal No. 69 de 1997[852] ("Por medio del cual se transforman las Empresas Públicas de Medellín y se dictan otras disposiciones"), expedido por el Concejo de Medellín

> **ARTÍCULO 1°. Transformación.** El Concejo de Medellín en cumplimiento de las disposiciones de transformación de las empresas de servicios públicos domiciliarios contenidas en las leyes 142/94 y 286/96, previa iniciativa de la Administración Municipal, y seleccionado entre las naturalezas jurídicas legalmente establecidas, mediante el presente Acuerdo transforma el establecimiento público denominado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de propietario único y del orden municipal.

Conforme la disposición citada, EPM es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal. Dentro de la Estructura del Estado las Empresas Industriales y Comerciales entran dentro de la categoría de entidades descentralizadas, específicamente en la clasificación de entidades descentralizadas por servicios, conforme al artículo 38 de la ley 489 de 1998 (Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución

[855]https://www.epm.com.co/site/Portals/0/centro_de_documentos/normatividad_y_legislacion/Acuerdo_Municipal_N%C2%BA_69_de_1997.pd

Política y se dictan otras disposiciones.), en parte aplicable a las entidades territoriales[853]. De este modo EPM es una Entidad Pública.

A su vez, el artículo 1 de la ley 610 de 2000, a través de la cual se regula el trámite del proceso de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, indica quienes pueden ser sujetos pasivos de un proceso de responsabilidad fiscal,

> ***"ARTICULO 1o. DEFINICION.*** *El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la* ***responsabilidad de los SERVIDORES PÚBLICOS y de los PARTICULARES****, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado." (Negrilla fuera de texto)*

De este modo resulta claro que pueden ser vinculados los particulares o los servidores públicos (funcionarios públicos, trabajadores oficiales y miembros de corporación pública[854]). En conclusión, si sólo pueden ser sujetos pasivos los servidores públicos y los particulares y EPM es una entidad pública, EPM no se encuentra este Despacho facultado por la ley para vincular a EPM a esta causa fiscal.

En este punto es importante precisar que a esta causa fiscal se vincularon funcionarios de EPM, como lo fueron los miembros de junta directiva.

> *8. Que el actual proceso de responsabilidad fiscal se ha desarrollado desconociendo el principio jurídico que exige que el daño sea cierto y no meramente hipotético.*

RESPUESTA: Se precisa que esta no es una causa de nulidad sino un argumento que ataca uno de los elementos de la responsabilidad como lo es el daño, específicamente en uno de sus requisitos, la certeza del mismo. Sobre el particular el Despacho se pronunció en el acápite de daño por lo que se remite a lo allí contestado.

> *9. Que la Contraloría no ha tenido en cuenta que en todo proceso de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria es indispensable revisar*

---

[856] Ley 489 de 1998, artículo 1, parágrafo: "Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública **se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales**, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política." (Negrilla fuera de texto)

[857] Teniendo en cuenta los respectivos fueros.

el papel que jugó la parte afectada en la causación del daño, ya sea para generar una causa de exoneración de responsabilidad o para tasar la compensación en función de la concurrencia de posibles culpas.

R/: En cuanto a la vinculación de una entidad pública a un proceso de responsabilidad fiscal este despacho se atiene a lo dicho en el punto 7 y frente a la concurrencia de culpas al acápite de daño.

10. El irrespeto al principio de imparcialidad que obliga a la Contraloría a investigar tanto lo desfavorable como lo favorable a los imputados y le impide actuar como un simple órgano acusador

R/: La suscrita contralora ha actuado imparcialmente, prueba de ello es que previamente se haya decretado el archivo en favor de algunos presuntos responsables y que se profiera fallo sin responsabilidad fiscal en favor de otros. Diferente es que la decisión adoptada es contraria a los intereses los miembros de CCCI, lo cual no significa que se actúe parcialmente.

Prosigue el apoderado formulando los siguientes argumentos relacionados con la entrega tardía de las vías de acceso y sus efectos con lo que pretende demostrar que los atrasos no resultan atribuidos a CCCI,

11. Que EPM no pudo poner a disposición de CCCI la totalidad de las vías de acceso, impidiéndose así el acceso a varios frentes y teniendo que buscarse soluciones alternativas que implicaron un desplazamiento del cronograma de obra.

12. Que se realizó entrega tardía de los túneles de desvió y que CCCI debió ejecutar varias de las obras a cargo de otros contratistas con el fin de mitigar el impacto de los retrasos que tría el proyecto.

13. Que los túneles de acceso a casa de máquinas fueron entregados con retraso

14. Que las demoras y fallas, citadas en puntos anteriores, en el cumplimiento de obligaciones que debían haber sido finalizadas de manera concomitante a la orden de inicio para el Consorcio CCCI y que marcaban la ruta crítica del proyecto, fueron la causa determinante de los atrasos que reprocha la Contraloría a mis representados y que llevaron a que se desplazara el cronograma de ejecución por causas no imputables a CCCI.

15. Cita la siguiente tabla:

DESCRIPCIÓN	*DURACIÓN*
Desviación del río Cauca	*90 (*)*

Terminación de la ataguía de RCC	*430*
Terminación de excavaciones en la caverna de casa de máquinas, incluyendo galerías de control y de barras	*670*
Inicio de los concretos en la sala de montajes, concretos primarios Unidades 4 a 1 y concretos para la viga grúa para las unidades 4 a 1.	*710*
Construcción de la presa hasta la cota 265 msnm	*800*
Terminación de concretos (vigas, columnas, etc.) en la sala de montajes, que permitan el montaje de los dos puentes grúa suministrados e instalados por otros	*1 130*
Construcción de la presa hasta la cota 320 msnm	*1 310*
Terminación de excavación y concretos de almenara Nº 1 y túneles de aspiración 1 a 4 para inicio de montaje de compuertas	*1 410*
Terminación de excavación y revestimiento de túneles de descarga 1 y 2	*1 510*
Concretos para pilas, azud del vertedero y puente sobre el vertedero y elementos empotrados para inicio de montaje de compuertas	*1 630*
Terminación del edificio de control en cuanto a concretos, mampostería, acabados e instalaciones hidrosanitarias y	*1 790*
eléctricas, que permitan el inicio de montaje, realizado por otros, de los tableros y cableado del sistema de control, potencia y comunicaciones de la central.	
Terminación de las obras de la presa, el vertedero y cierre de compuertas de desviación.	*2 090*

Que de acuerdo con el cuadro señalado, los hitos prioritarios que por su naturaleza impactan la ruta crítica son el 1 y el 3, es decir, la desviación del río Cauca y la terminación de excavaciones en la caverna de casa de máquinas, incluyendo galerías de control y de barras, los cuales eran requisito para la puesta en servicio de los túneles de desviación con sus estructuras de entrada y salida y la construcción del túnel de acceso a la central subterránea y parte de la galería de construcción superior norte, los cuales estaban a cargo de otro contratista de EPM.

Esta entrega debió estar perfeccionada al momento de la orden de inicio del contrato para CCC, pues a los 90 días de iniciado el mismo se debía realizar la desviación del río por parte de CCC y, de acuerdo con el programa de obra aprobado, los trabajos de CCC para terminación de la galería de construcción superior norte del sistema de cavernas debían comenzar a los 60 días de iniciado el contrato, esto es, el 30 de noviembre de 2012.

En realidad, la entrega de los túneles de desviación solo se dio el 16 de febrero de 2014, es decir, 414 días después de la fecha de inicio del contrato. Este solo cambio, no imputable a CCC, conllevó un retraso de 474 días en el programa de obra. El Auto de Imputación analizó de forma extensa la problemática asociada a las vías y a los túneles de desviación; sin embargo, inexplicablemente, al referirse a la conducta del Consorcio CCC, no consideró el efecto de dichos retrasos sobre las obras a cargo de mis representadas.

En cuanto a las obras de la central subterránea, la disponibilidad del túnel de acceso a casa de máquinas se verificó el 29 de abril de 2013, es decir, 209 días después de la fecha de inicio del contrato, en la cual se debió realizar su entrega para cumplir programáticamente con el mismo.

16. *De esta manera, en el planeamiento de las obras durante la elaboración de la propuesta se consideró que, para la ejecución de los trabajos de excavación de la presa en la margen izquierda, se construiría una vía industrial que partía desde la vía sustitutiva de la margen izquierda Presa-Ituango (mostrada en la figura) y que EPM construiría hasta la cresta de la presa con otro contratista. Dicha vía no fue construida con la oportunidad prevista dado que la ANLA ordenó a EPM la suspensión de la construcción, circunstancia que escapa al control del Consorcio CCC Ituango.*

17. *Que la valoración de la ejecución programada y la ejecución real incluida en el auto es errónea. Que se debe tener en cuenta que el programa presentado inicialmente tenía previsto el desarrollo de un proyecto en condiciones normales. Que ese cronograma fue impactado por el atraso*

en la entrega de los túneles de desviación y de acceso a casa de máquinas por parte de EPM y, en este sentido, los atrasos a los que se hace referencia son el resultado de la comparación frente al planteamiento inicial del Proyecto, el cual tuvo que ser modificado. No es de recibo que la Contraloría utilice como sustento de sus imputaciones registros realizados por la interventoría a partir de un programa que se desconfiguró y perdió su vigencia desde el inicio del contrato, por atrasos de EPM.

18. Que es atribuible a EPM el hecho de construir vía industrial de la margen derecha que comunicaba la parte alta del vertedero, lo cual no permitía el acceso al campamento en el predio capitanes. Que finalmente, en consideración a la no disposición de esta vía y otros aspectos técnicos y logísticos, la construcción del campamento se materializó en el predio Villa Luz, luego de que EPM tuviera el respectivo permiso de la ANLA, ya que para el inicio del contrato no se contaba con el mismo y esto escapaba a las obligaciones del Consorcio CCC Ituango.

19. Que en el auto de imputación ni en los informes de interventoría se tuvo en cuenta que para realizar el pozo de humos era necesario tener acceso a casa de máquinas. Que EPM hizo entrega tardía del túnel de acceso a la casa de máquinas. Que esa entrega tardía afecto directamente el programa previsto para la excavación del pozo de evacuación de humos. Que por esa entrega tardía la excavación del pozo de evacuación de humos se desplazó 709 días.

20. En cuanto a la descarga intermedia, lo reportado por la interventoría en sus informes de octubre a diciembre de 2013 en realidad corresponde a la no construcción de un túnel vial como paso alterno entre el puente Capitanes y la plazoleta del túnel de acceso a la Central, que se implementó dados los problemas de movilidad generados por la no construcción por parte de EPM de la vía mostrada en los diseños entre dichos sitios con las especificaciones requeridas de ancho para tener un flujo bidireccional, que no se encontraban en el planteamiento inicial del proyecto.

Esta obra posibilitaba la construcción de un túnel de conexión con el túnel de descarga intermedia, pero para permitir el inicio de su excavación había que llevar a cabo la desviación del rio, actividad que estaba atrasada por causa no imputable al Consorcio CCC Ituango. Ejecutado este túnel vial y el túnel de conexión al túnel de descarga intermedia, la excavación de este último se pudo iniciar el 27 de febrero de 2014.

RESPUESTA: Sobre puntos anteriores, es necesario recordar que a través de la AMB 1 de 18 de diciembre de 2012[855], la cual contó con la aceptación del CCCI, respecto del plazo contractual, se acordó con EPM qué HITOS se empezarían a contabilizar a partir de la disponibilidad de los túneles de desviación con sus estructuras de entrada y salida, así como los hitos que empezarían a contabilizarse a partir de la disponibilidad del túnel de acceso a la casa de máquinas.

Que en atención a lo anterior ello dio lugar a que el contratista presentara nuevos cronogramas, el denominado "programa revisado"[856], el cual incluía los impactos generados por las situaciones referidas en la mencionada AMB.

Por lo que en este contexto no resulta aceptable que CCCI pretenda utilizar estos supuestos atrasos en su favor.

Así mismo tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

Continúa el apoderado con el siguiente argumento,

> *21. Que los informes de interventoría, en los que se basó el auto de imputación, no eran discutidos ni conocidos por CCC, puesto que los mismos se remitían directamente a EPM, no habiendo sido este objeto de contradicción.*

RESPUESTA: Esta afirmación no corresponde a la realidad del plenario, toda vez que los informes de interventoría obran en el expediente en el disco duro de la carpeta principal 74. y siempre han estado a disposición de los imputados y nunca

[855] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P40\CT-I-2012-000036 CCCI
[856] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2013

se ha evitado el que sean controvertidos. Por otra parte, el contratista sí conocía indirectamente del contenido de los informes de interventoría, pues los mismos cuentan con un anexo en el que se relaciona la correspondencia cruzada entre la interventoría y CCCI.

Esas comunicaciones cruzadas guardan relación con el contenido del informe de interventoría, en cuanto a atrasos, falta de coordinación con otros contratistas, entre otros. Dichas causas se dieron a conocer a CCCI a través de esa correspondencia cruzada corresponden a las señaladas en el auto de imputación como causa de los atrasos. A modo de ejemplo, en el informe de interventoría de junio de 2013[857] se aprecian comunicaciones (remitidas a CCCI en las que, para ese solo mes, se relacionan cinco comunicaciones relativas a falta de coordinación con otros contratistas, así:

- Oficio INT-OC-CCCI-180-13. Asunto: Coordinación con otros contratista- Daños Equipos perteneciente al Consorcio Túneles Ituango.

- Oficio INT-OC-CCCI-195-13. Asunto: Gestión SISO Interferencia con las actividades de otros contratistas Su comunicación CI000114.

- INT-OC-CCCI-215-13. Asunto: Coordinación con Otros Contratistas- Incidente reportado por el Consorcio Pescadero 1.

- INT-OC-CCCI-230-13. Asunto: Seguridad Industrial – Afectación Vía sustitutiva presa – Ituango e instalaciones del Contratista Consorcio Túneles Ituango

- INT-OC-CCCI-239-13. Asunto: Coordinación con otros contratistas – Daños causados a equipos pertenecientes al Consorcio Túneles Ituango.

También para octubre de 2014[858], se encuentran las siguientes comunicaciones:

- NT-OC-CCCI-990-14. Asunto: Control de Calidad - Inactividad en producción de mezclas de concreto

- INT-OC-CCCI-993-14. Asunto: Túnel de descarga intermedia - Ocurrencia de Sobreexcavación - Su comunicación CI-02390

- INT-OC-CCCI-1004-14. Asunto:Túnel vial - Proceso constructivo inadecuado en la instalación del soporte para terreno tipo IV

[857] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2013
[858] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2014

- INT-OC-CCCI-1018-14. Asunto: Cavernas de la central subterránea y galería de construcción inferior Sur - Baja productividad por inactividades y/o falta de recursos del Contratista

- INT-OC-CCCI-1018-14. Asunto: Cavernas de la central subterránea y galería de construcción inferior Sur - Baja productividad por inactividades y/o falta de recursos del Contratista

- INT-OC-CCCI-1076-14. Asunto: Galerías del programa de aceleración - Frentes Inactivos

Las anteriores comunicaciones sólo son dos ejemplos de los más de 70 informes de interventoría que reposan en el plenario. En cada informe de interventoría se relacionan las comunicaciones que demuestran conductas irregulares por parte de CCCI. Es evidente la falta de metodología y planeación que se concreta en la interferencia con otros contratistas o la falta de recursos, entre otros.

De las comunicaciones citadas a modo de ejemplo, teniendo en cuenta que no son las únicas como se dijo al inicio de este párrafo, es notorio que parte de los atrasos son imputables a las conductas desplegadas por los miembros de CCCI, lo que demuestra que sí conocían los insumos en los cuales se fundamentaban los informes de interventoría, por lo que los sostenido por el Despacho en la imputación no se refería a asuntos que fueran realmente novedosos para los miembros de CCCI

> *22. Continúa en sus descargos señalando que, Con relación a los rendimientos en excavaciones exteriores y subterráneas, presentados por la Interventoría en comunicaciones y en los informes presentados en comités de obra, en la comunicación CI-01689 del 27 de marzo de 2014, CCC llamó la atención respecto a que en estos informes no se reflejaban las condiciones reales de ejecución de los trabajos y conllevaban una desinformación para EPM.*
>
> *Para mayor claridad, a continuación, se presenta el acápite pertinente de esta comunicación:*

En atención a sus comunicaciones de la referencia y los informes de rendimientos entregados en los comités de obra, en los cuales la Interventoría presenta seguimientos al avance de las obras a la luz del programa de trabajo aprobado y manifiesta que se están obteniendo rendimientos menores a los esperados en las excavaciones exteriores y subterráneas de la central, tenemos los siguientes comentarios.

Los análisis de La Interventoría no consideran las condiciones reales de ejecución de los trabajos que incluyan los impactos en los rendimientos por los cambios ordenados por EPM en el desarrollo de los trabajos, correspondientes a la colocación de una mayor cantidad de tratamientos de soporte, ordenada en las excavaciones subterráneas dadas las bajas condiciones geomecánicas del macizo en excavación, así como los cambios en las condiciones de ejecución en otros frentes Además, la consideración de la incidencia en el cálculo de rendimientos diferenciados, como por ejemplo entre los rendimientos de excavación en cavernas de la bóveda y banqueos, así como las holguras en plazo para la ejecución de actividades que cuentan con ella, entre otros aspectos que deben ser considerados en los análisis.

> *Como se observa en la comunicación citada, no existe contribución alguna de CCC en los retrasos en esta materia, pues los mismos obedecieron a situaciones que se encontraban bajo la órbita de las competencias de EPM.*

RESPUESTA: Tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

Prosigue el apoderado haciendo referencia a que dadas las condiciones geológicas del terreno tuvieron que ajustarse los diseños,

23. *Con relación a la planeación de las obras del contrato ejecutado por CCC para EPM, la Contraloría debe tener en cuenta lo señalado en el numeral 2.2.3.1 del pliego de condiciones que precedió a su celebración y que se*

refería al plazo del mismo y sus hitos. Allí se determinan las consecuencias del incumplimiento del contrato en dicho sentido. Para el efecto, los mismos definen que el "el plazo máximo para la terminación de las obras del Contrato es de 2 280 días calendario" y se presenta en una tabla la descripción y el plazo de entrega de cada uno de los hitos de la obra. Allí se manifiesta que "el incumplimiento del plazo máximo del Contrato o de cualquiera de los hitos se penalizará con el pago de multas, según lo establecido en el numeral 5.2.1.3 -Multas-". De esta manera, las obligaciones programáticas en el contrato se establecieron a partir del cumplimiento de hitos y de ninguna manera en la materialización de rendimientos diarios. No pueden ser objeto de medición de cumplimiento o incumplimiento como de manera errada lo pretende tomar la Contraloría y, mucho menos, es indicador de una conducta dolosa o negligente

24. Las mediciones de rendimientos no se llevan a cabo con base en promedios diarios y no son conducentes para establecer el real avance del proyecto. Tan claro resultaba lo anterior desde el punto de vista de la ejecución contractual, que ni EPM ni la Interventoría le imputaron incumplimientos o iniciaron procedimientos sancionatorios contra el Consorcio a partir de la aplicación del criterio mencionado.

RESPUESTA: El Despacho al valorar la conducta desplegada por los miembros de CCCI, de las pruebas obrantes en el plenario ha concluido que se encuentra demostrado que CCCI incurrió en algunos atrasos que son consecuencia de falta de equipo, falta de Personal, falta de material, trabajo del personal en otros frentes, falta de instalaciones industriales, avería de equipos, falta de insumos o recursos, falta de programación entre otras. En este contexto, la razón para calificar la conducta como culpa grave no obedece a que no se presenten los rendimientos esperados sino a que esta situación obedece a conductas negligentes y reiterativas del contratista a lo largo de la ejecución contractual. Por lo que este argumento no está llamado a prosperar.

El apoderado, alega situaciones relativas a la instalación de soporte adicional,

25. Que en desarrollo de las excavaciones se presentaron una serie de condiciones geológicas especiales que obligaron a incrementar el alcance de los trabajos en relación a las excavaciones y los tratamientos. Se debe señalar desde este momento que el riesgo geológico y las consecuencias de su acaecimiento no fueron asignadas ni asumidas contractualmente por el Consorcio. Anexa algunas fotografías en las que se aprecian derrumbes desde la parte alta en el tramo ya excavado. Que en octubre de 2016 la plazoleta del nivel 415 se presentaron problema

de estabilidad de la excavación ajenos a la actividad ejecutada por Consorcio CCC Ituango, para lo cual, con la la Interventoría mediante comunicación INT-OC-CCCI-2228/16 remitió el plano D-PHI-041- PRE-FU-C-013.

Posterior a la realización de excavaciones exteriores adicionales no contempladas y a la construcción de galerías exploratorias adicionales, se identificó la magnitud de un problema mayor a nivel geológico en el sector del estribo izquierdo de la presa, que obligó al Diseñador a recomendar la construcción de una pantalla Corta Flujo, ejecutada como actividades de obra extra ya que no estaba prevista en el alcance inicial del contrato.

26. Como se anunció por parte del Consorcio en la comunicación CI-07478 del 28 de diciembre de 2016, estas actividades adicionales afectarían el desarrollo normal de los trabajos de excavación para los llenos de la Presa:

Acusamos el recibo de parte de La Interventoria de los planos D-PHI-041-PRE-ID-C-011 Rev 0, D-PHI-041-PRE-FU-C-013 Rev 0, D-PHI-041-PRE-GA-C-030 Rev 0, D-PHI-041-PRE-GC-C-005 Rev 0 y D-PHI-041-PRE-ID-C-080 Rev 4, en los cuales se detallan las actividades a ser realizadas para la construcción de la pantalla corta flujo en el estribo izquierdo de la presa, con el fin de atender las inestabilidad que afectan este sector y que ha impactado la ejecución de los trabajos de excavación para el núcleo de la presa en este estribo y los llenos de la presa En relación a estos planos actualmente EL Consorcio se encuentra realizando el análisis de la información contenida en ellos, con el objeto de completar su planeación y programa de ejecución respectivo de las obras así ordenadas

Igualmente manifestamos que de acuerdo con el planeamiento y programa asociado, estamos procediendo a la cotización y elaboración de los respectivos análisis de precios unitarios de las actividades que deberán ser realizadas para atender estos nuevos diseños, los cuales escapan de los alcances iniciales del contrato, y para lo cual solicitamos para su valoración nos sea enviado el listado de items y cantidades de los trabajos a desarrollarse

Las valoraciones a realizar deberán considerar igualmente las correspondientes a los impactos que la construcción de la pantalla y sus obras asociadas generaran en el programa de obra acelerado, en cuanto a la ejecución de los llenos de la presa los cuales procederemos a presentar para su acuerdo y reconocimiento por EPM

Que una vez aprobadas esas actividades adicionales, las mismas fueron ejecutadas por el consorcio

27. En el caso particular del inicio de las excavaciones de una caverna, es preciso aclarar que el método constructivo requiere que se desarrolle desde los niveles superiores, para conformar la bóveda mediante un túnel central, al cual se le realizan ensanches para completar la sección final de la misma. De esta manera, los rendimientos de excavación en esta etapa son relativamente bajos, en comparación con los que se obtienen hacia los niveles inferiores, donde la excavación se denomina de bancos. Esta particularidad del método constructivo debe ser considerada en cualquier análisis juicioso del avance en la

excavación de una caverna. Que al inicio de las excavaciones se evidenciaron condiciones geomecánicas desfavorables del macizo rocozo, siendo necesario trabajos adicionales. Cita la comunicación CI-00989

Lo anterior lo ponemos de manifiesto a la Interventoría, para evaluación por parte de la firma Diseñadora y Asesora del proyecto y ante la preocupación de que esta condición geotécnica, terrenos de baja calidad y estructuras desfavorables puedan representar desprendimientos y trabajos adicionales, con lo cual pueda verse afectada la programación y las condiciones inicialmente contratadas.

Lo aquí anunciado se materializó inmediatamente, con un desprendimiento en la bóveda de la Almenara 1, el cual se registró con la comunicación de CCC CI-01002 del 1 de noviembre de 2013, en la cual se señaló lo siguiente:

Dejamos registrada la sobre excavación presentada en la Almenara 1, en el avance central antes de la abscisa 95,7 m, por desprendimiento de material en la clave.

Que ante esta situación, ajena a la responsabilidad de CCC, se ordenaron ajustes en los tratamientos de soporte mostrados en los planos para construcción, correspondientes a la colocación de una mayor cantidad de pernos y concreto lanzado, y especialmente pernos de pre-soporte horizontales "tipo spilling", los cuales necesariamente impactaron los rendimientos programados para las excavaciones de las cavernas. Es así como con las comunicaciones de la Interventoría INT-OC-CCCI-

0860/13, NC-PHI-GT-CCCI-226/13, y NC- PHI-GT-CCCI-227/13, todas del mismo día 10 de diciembre de 2013, se ordenó lo siguiente:

Considerando las condiciones del terreno en el sector de influencia de la Falla Tocayo, entre abscisas km 0+212 y km 0+235 de la caverna de casa de máquinas, se requiere adelantar los siguientes ajustes en los elementos de soporte de la excavación:

1. Instalación de pernos SRL 60 de diámetro No 8 y longitud 12m, espaciados a 1,0 m al tresbolillo.

2. Aplicación de cuatro (4) capas de concreto lanzado de 0.05 m de espesor reforzado con doble malla electrosoldada del tipo RM335

Con la comunicación de CCC CI-01460 del 18 de febrero de 2014, se dejó registro del desprendimiento ocurrido en la bóveda de la caverna de transformadores, a las 23:00 horas del 16 de febrero de 2013, la cual contaba con el tratamiento de soporte completo de diseño mostrado en los planos para construcción.

A partir de dicho desprendimiento, se suspendieron las excavaciones de las cavernas por las culatas sur a causa de las condiciones geo mecánicas del macizo por la presencia de la falla Tocayo. El Consorcio CCC Ituango dejó registro de que se estaban presentando condiciones no previstas por el diseño y de las implicaciones programáticas y de producción:

Dejamos registrado el desprendimiento ocurrido en bóveda de la caverna de transformadores entre abscisa K0+207 a K0+217, la cual contaba con el tratamiento de soporte completo según lo definido en los planos para construcción respectivos: pernos de 9 m, malla Q7 y 10 cm de concreto lanzado.

El mismo se presenta a las 23:00 horas del 16 de febrero de 2013, luego que El Consorcio retirara el personal y equipos que realizaba labores en el frente de avance por delante del sitio donde ocurrió el desprendimiento. Es de anotar que no se presentaron pérdidas de vidas humanas o equipos, dado que personal del Consorcio por suerte, identificó la inestabilidad en la bóveda entre las abscisas anotadas, al detectar condiciones extrañas, con lo cual se ordenó el retiro del personal y equipos para evacuación del área comprometida. Anotamos que no recibimos alertas por parte de los responsables del monitoreo de la instrumentación.

Con la comunicación CI-01795 del 15 de abril, de 2014 el Consorcio dejó registro de la suspensión de los trabajos de excavación en las cavernas, debido a la no entrega de los planos con la revisión de los diseños de los tratamientos requeridos para atender la inestabilidad presentada en la culata sur de las excavaciones de las cavernas de la central subterránea,

reiterando la solicitud de entrega de los mismos ya que esta demora no solo estaba generando impactos en el programa de obra, sino que también estaba causando perjuicios a CCC en los costos asociados a estos frentes por la imposibilidad de avanzar.

Por medio de la presente el Consorcio CCC Ituango deja registrado, que debido a la no de los planos con la revisión de los diseños de los tratamientos requeridos para atender la inestabilidad que se presenta en la culata sur de las excavaciones de las cavernas de la central subterránea, se han tenido que suspender las actividades en el frente de La Almenara 2 desde el 17 de febrero de 2014, en el frente de La Casa de Máquinas desde el 7 de abril de 2014 y en el Frente de La Caverna de Transformadores desde el 12 de abril de 2014, adicionalmente por causa de la restricción en cuanto a las diferencias de los niveles entre las cavernas, indicada en el numeral 3.1.2.2 de las especificaciones técnicas, también ha generado que se deban suspender los trabajos en el frente Almenara 1.

Por todo lo anterior se solicita con suma urgencia a la Interventoría la entrega de los diseños con los tratamientos para atender dicha inestabilidad en la culata sur de la central subterránea, lo cual han sido solicitado en varias comunicaciones del Consorcio, ya que esta demora no solo está generando impactos en el programa de obra, sino que también está causando perjuicios al Consorcio CCC Ituango en los costos asociados a estos frentes por la imposibilidad de avanzar, los cuales están siendo calculados para su posterior reconocimiento por parte de EPM.

Finalmente, la interventoría, con la comunicación INT-OC-CCCI-375/14 del 15 de abril de 2014, remitió los planos para construcción con el diseño para atención de las situaciones de inestabilidad en la zona de la culata sur de las cavernas. Los trabajos, que se encontraban suspendidos en ese sector, se retomaron el 23 de abril de 2014, como lo registro CCC en su comunicación CI-01814 del 24 de abril de 2014, en la cual indicó lo siguiente:

Atendiendo los planos para construcción enviados en la comunicación de la referencia, El Consorcio CCC Ituango corrobora la realización de los tratamientos adicionales localizados en virtud de lo requerido para cumplir con la seguridad por las condiciones de inestabilidad que se presentan en el macizo rocoso en el sector de la culata sur de la bóveda de las cavernas, los cuales comenzaron el 23 de abril de 2014, con el siguiente orden

- Instalación de tratamiento adicional de Bóveda en Casa de Máquinas entre las abscisa Km0+205 a Km0+240
- Instalación de tratamiento adicional de Bóveda Transformadores entre las abscisa Km0+187 a Km0+217
- Instalación de tratamiento adicional de Boveda Almenara 2 entre las abscisa Km0+000 a Km0+030
- Para la ejecucion de los tratamientos posteriores de los banqueos con pernos No 10, CCC Ituango ésta en la consecución de los recursos requeridos para proceder con las labores

De esta manera, las afirmaciones realizadas por la Interventoría en sus informes con respecto a atrasos, bajos rendimientos o disminución de los mismos, en el periodo de excavación de las cavernas de la central hasta abril de 2014, no solo desconocen las condiciones reales de ejecución de los trabajos, sino también las condiciones propias del proceso constructivo de excavación en su etapa inicial, la ocurrencia de desprendimientos, las instrucciones para colocación de refuerzo adicional, así como otros tratamientos no previstos, la suspensión de

actividades en el sector de la culata sur de cada una de las cavernas, aspectos que inciden en el seguimiento de detalle que se debía realizar por parte de la interventoría y que no lo hizo. Imputar cualquier tipo de responsabilidad al Consorcio en esta materia implica desconocer la estructura contractual y el hecho de que el riesgo geológico y las consecuencias negativas de su acaecimiento nunca le fueron asignados.

28. Que durante las excavaciones de los taludes para conformar la plazoleta para la construcción del relleno sanitario Bolivia se presentaron condiciones de inestabilidad en los taludes superiores, la cual generó tiempos de suspensión en la actividad, cambios de diseño en el límite de las excavaciones, así como la ejecución de tratamientos de soporte complementarios, para garantizar su estabilidad.

29. Con relación a las excavaciones de las obras de descarga, el programa de ejecución de las mismas, tal como se demostró, fue impactado severamente por causas externas y ajenas alConsorcio CCC Ituango. La gráfica anexa a dicho informe y que relaciona la Contraloría da plena fe de ello, los atrasos no son producto de bajos rendimientos, inactividades y atrasos en su ejecución por CCC, sino a causa de las condiciones reales bajo las cuales fueron ejecutados los trabajos dada la baja calidad del macizo rocoso que obligó a revisar los diseños, tanto de las excavaciones, los tratamientos de soporte con la colocación de tensores, reprocesos en la actividad, entre otros, situaciones que no fueron consideradas en los informes de interventoría.

RESPUESTA: Considera este despacho que de conformidad con las especificaciones técnicas[859] al contratista le correspondía

"Las características geológicas y geotécnicas del terreno donde se efectuarán las excavaciones exteriores del proyecto se describen en el Documento ***"Caracterización Geológica y Geotécnica".***

Los materiales que se excavarán comprenden: depósitos cuaternarios, tales como aluviones de los lechos de los ríos Cauca y San Andrés y de otras corrientes de agua, y coluviones, suelos residuales, macizos rocosos con grados de meteorización y fracturamiento variables, y roca fresca, sana y poco fracturada como la que se encontrará en la mayor parte de las excavaciones para el vertedero y para las plazoletas de las captaciones y de los pozos para el manejo de compuertas.

[859] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2012-000036 CCCI\Precontractual\3. Especificaciones y planos

> ***El Contratista deberá estudiar y evaluar detenidamente la información contenida en el citado documento y en otros que le sean suministrados por EPM****, y deberá complementarla en lo que juzgue conveniente o necesario con el fin de seleccionar los procedimientos constructivos que empleará, y las secuencias para llevar a cabo las excavaciones exteriores necesarias para ejecución de la obra."* ***(Negrilla fuera de texto)***

Es decir, los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos, sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones, que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS", nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

De otra parte, tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.
Prosigue el apoderado refiriéndose a las condiciones geológicas encontradas,

> *30. De otro lado, dadas las afectaciones de carácter geológico en el complejo de cavernas, que originaron desprendimientos de roca desde las bóvedas de la culata sur de la caverna de transformadores y desde la*

bóveda de la culata norte de la caverna de máquinas, fue necesario realizar tratamientos de soporte complementarios de las bóvedas de estas cavernas, los cuales impactaron el cronograma de construcción de obras principales, dado que los mismos conllevaron un tiempo de suspensión de las excavaciones de las cavernas entre el 22 de enero de 2015 y el 5 de septiembre de 2015, correspondientes a 227 días, los cuales sumados a los 474 días de impacto que se tenían a causa de la entrega tardía de los túneles de desviación, suman 701 días de atrasos no imputables a la responsabilidad de CCC. Aunado a lo anterior, se presentaron condiciones geológicas desfavorables en la zona de pozos de compuertas y captación, así como en la parte alta de las excavaciones para el núcleo de la presa en la margen izquierda y en el estribo izquierdo de la ataguía.

31. *La comparación que realiza la interventoría de rendimientos realmente obtenidos en el avance de los trabajos contra los rendimientos promedio que se obtienen del programa de construcción no considera las condiciones reales de ejecución de los mismos en un momento dado. En el caso particular de las excavaciones, estas son impactadas por la mayor cantidad de tratamientos de soporte que son ordenados con respecto a los previstos en el diseño inicial y bajo los cuales se elaboró el programa, así como por la presencia de inestabilidades que obligan a retomar las excavaciones en niveles superiores, entre otros factores particulares que tienen incidencia en los rendimientos.*

RESPUESTA: Los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos, sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones, que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho “NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS”, nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

De otra parte, tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto

los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

Ahora, formula el apoderado situaciones relacionadas con la implementación del plan de aceleración

> *32. Que mediante el AMB No. 16, EPM ordenó a CCC la implementación de un plan de ejecución acelerada de las obras y se concertara la remuneración del mismo, con el fin de cumplir con la fecha comprometida por EPM de la puesta en operación de la primera unidad de generación en noviembre de 2018.*
>
> *La siguiente gráfica muestra la evolución que tuvo el programa de obra, debido a los impactos que se fueron presentando durante la ejecución del Proyecto (anexa una gráfica).*
> *La gráfica da cuenta de que el programa **inicial**, denominado "contractual", definía que el Consorcio CCC Ituango contaba con 2.280 días para ejecutar todas las obras del contrato, que en ese momento solo contemplaba las obras necesarias para la puesta en operación de tan solo una de las cuatro unidades de generación. Partiendo de la fecha de la orden de inicio anticipada, que fue el 1 de octubre de 2012, la fecha final del contrato era el 28 de diciembre de 2018.*
>
> *Sin embargo, como ya se ha señalado, ese programa inicial era imposible ser cumplido, pues, desde la fecha de la orden de inicio anticipado, EPM era conocedor de que otros de sus contratistas en el Proyecto ya acumulaban importantes atrasos en sus propios programas, atrasos que tornaban imposible que EPM pudiera entregar al Consorcio CCC Ituango las obras que se requerían para la ejecución de las obras principales.*
>
> *33. En consideración a lo anterior, en diciembre de 2012, a un mes de la celebración del contrato, las partes suscribieron el AMB No. 1, en el cual se reconocieron los atrasos acumulados por otros contratistas y se desplazó el cronograma inicialmente propuesto en 474 días. En efecto,*

la fecha de finalización del contrato pasó del 28 de diciembre de 2018 al 15 de abril de 2020. Posteriormente el cronograma se afectó nuevamente por situaciones ajenas a la responsabilidad del Consorcio CCC Ituango, esta vez, por efecto de los desprendimientos que se presentaron en la culata sur y norte de las cavernas de casa de máquinas, lo que obligó a ejecutar reprocesos para rellenar nuevamente las cavernas y poder hacer tratamientos adicionales en las bóvedas, para evitar nuevos desprendimientos. Dichos trabajos y reprocesos implicaron 227 días de atraso adicionales, que, sumados al que ya traía el proyecto, resultaron en un rezago acumulado de 701 días, que implicó el desplazamiento de la fecha de terminación para el ***28 de noviembre de 2020****. En síntesis, el plan de aceleración ordenado por EPM tenía por lo menos dos características programáticas para resaltar, los cuales consistían en que (i) las fechas entre las cuales oscilaba la posibilidad de obtención de un incentivo entre el 28 de noviembre de 2018 y el 28 de agosto de 2019, y (ii) a partir de la fecha de entrega de las obras necesarias para la entrada en operación de la primera unidad, el Consorcio CCC Ituango contaba con un plazo de 332 días para la finalización del resto de las obras del contrato suscrito.*

RESPUESTA: En el AMB 16 no se ordenó la adopción de un plan de aceleración, cabe recordar que el Acta de Modificación como su nombre lo indica tiene una naturaleza BILATERAL lo que implica, necesariamente un acuerdo de voluntades. De donde no puede inferirse que EPM haya impuesto el referido plan.

En este sentido, el contratista voluntariamente asumió la ejecución del plan de aceleración, en aras de obtener el incentivo económico propuesto. No obstante lo anterior no se respondió con la calidad esperada de un especialista al ejecutar la construcción de la GAD, lo que aunado a las conductas concurrentes de otros vinculados a la presente causa fiscal puso en situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado

Continua el apoderado afirmando que

34. Es importante recordar que al momento de presentarse la contingencia del mes de abril de 2018, el Consorcio CCC Ituango presentaba un atraso en la construcción de la presa de solo 11,7 días, tal como lo registró la misma Interventoría en el Acta de Comité de

Programación No. 69 celebrado el 27 de abril de 2018, previo a la ocurrencia de la contingencia.

RESPUESTA: Lo anterior no desvirtúa que el plan de aceleración también se haya tenido que adoptar, en parte, por atrasos atribuibles al CCCI. En primer lugar, esta Delegada se remite a lo dicho en el punto anterior. Adicionalmente, como se ha demostrado, en cada informe de interventoría se relacionan las comunicaciones cruzadas, en las cuales antes de la celebración del AMB 16 se evidencian atrasos atribuibles a conductas de los miembros de CCCI, entre las cuales, a modo de ejemplo, se destacan[860]

- NT-OC-CCCI-955-14: Cavernas de la central subterránea y galería de construcción inferior sur - Baja productividad por inactividades y/o falta de recursos del Contratista
- INT-OC-CCCI-1110-14: Plazoleta de Compuertas - Baja productividad e inactividades entre el 22 al 28 de septiembre de 2014
- INT-OC-CCCI-1196-14: Cavernas de la central subterránea y galería de construcción inferior Sur - Baja productividad por inactividades y/o falta de recursos del Contratista

Adiciona a lo anterior, tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

El profesional del derecho expone algunas situaciones acerca de la problemática con la comunidad, así

[860] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 78\FOLIO 16597 USB DE EPM ER0121212\USB # 1\RADICADOS RECIBIDOS CT-2012-000036 CON INGETEC SEDIC\2014

35. Problemas con las comunidades de la zona al inicio de la ejecución contractual. Que mediante comunicación de EPM con radicado 213038282 del 10 de mayo 2013 se deja constancia de que este evento específico fue atendido de manera inmediata y se siguieron las instrucciones impartidas para evitar afectaciones al cumplimiento de los Hitos del Proyecto. Se hace necesario mencionar que este evento puntual no tuvo un impacto relevante en el cronograma de obra ni en el cumplimiento de las obligaciones de CCC, ya que ocurrió al inicio del contrato, cuando el mismo ya se encontraba afectado por el atraso en la entrega por parte de EPM de los túneles de desviación y de acceso a casa de máquinas que había encargado a otro contratista

En la comunicación citada se deja expresa constancia de lo siguiente

Para tratar el tema relacionado con el bloqueo de las vías del proyecto, se reunieron los funcionarios Jorge Mario Pérez G., Carlos Mario Méndez G. y Juvenal Darío Espinal B, por parte de EPM.; y Reinaldo Lino y Juan Guillermo Saldarriaga, por parte del Consorcio CCC Ituango. En esta reunión, EPM planteó las siguientes observaciones y recomendaciones:

- EPM tiene el interés de resolver los problemas de orden público en la zona y también todos aquellos que comprometan el desarrollo general del proyecto. En todos los casos, se busca la gestión inmediata y oportuna para evitar que los problemas se magnifiquen.

- Los contratistas deben tomar conciencia de la responsabilidad que tienen en cuanto al tratamiento de ese tipo de situaciones, en el entendido que son partícipes en el cumplimiento de las metas del proyecto y como tal deben actuar, con sentido de colaboración y responsabilidad.

- EPM pretende tener un nivel de relacionamiento tal que permita atender, de manera diligente y expedita, todas las situaciones de orden público que se presenten, de tal manera que se aúnen esfuerzos y no se perjudique el avance ni el cumplimiento de los hitos del Proyecto.

RESPUESTA: De conformidad con las especificaciones técnicas,

*"El medio social, como parte integrante del entorno donde se desarrolla el proyecto, requiere de la **implementación de medidas preventivas efectivas y eficaces que garanticen la sostenibilidad del proyecto en armonía con el entorno que lo rodea, propiciando una adecuada inserción del proyecto en la región que se intervien**e. El Contratista deberá cumplir con las obligaciones establecidas en la Licencia Ambiental del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, **el Plan de Manejo Ambiental para el medio social**, en el Plan de Gestión Social, diseñado para atender los impactos generados a la componente antrópica, en lo correspondiente a la ejecución de las obras objeto de este contrato, así como con lo estipulado por la normatividad colombiana vigente en lo que*

> *se refiere a la participación comunitaria y a los derechos que asisten a los ciudadanos, tal y como lo contempla la Constitución Política Colombiana" (Negrilla fuera de texto.)*

Lo anterior guarda relación con lo mencionado en el oficio 2013038282 del 10 de mayo 2013[861],

> *"Los contratistas **deben tomar conciencia de la responsabilidad** que tienen en cuanto al tratamiento de ese tipo de situaciones, en el entendido que son participes en el cumplimiento de las metas del proyecto y como tal deben actuar, **con sentido de colaboración y responsabilidad**." (Negrilla fuera de texto)*

Fundamentado en esta obligación de la gestión social y de buscar la manera de mitigar su impacto, la interventoría mediante comunicación INT-OC-CCCI-058 de 18 de diciembre de 2012, dando respuesta a la comunicación CI00029 de 5 de diciembre de 2012, presentada por el contratista, le haya informado que

> *"El hecho descrito no le debe ser extraño por las condiciones sociopolíticas de la zona donde se desarrolla el Proyecto, este tipo de sucesos ya han ocurrido en la zona con anterioridad a la adjudicación del contrato e igualmente se ha presentado en proyectos similares en el país. En consecuencia, **hace un llamado para que prevea la manera de minimizar los potenciales impactos que este riesgo puede acarrear, actuar en conformidad con lo establecido en los documentos del contrato y tomar las acciones que considere pertinente para la protección del personal, de los bienes y lograr el avance de los trabajos**."*[862] *(Negrilla fuera de texto)*

Por lo que lo alegado por el apoderado no tiene asidero.

Prosigue el profesional en derecho,

> *36. De manera errónea, la Contraloría reprocha a mis poderdantes la suscripción del AMB No.1 del 18 de diciembre de 2012, la cual fue suscrita por causa del atraso en la entrega de los túneles de desviación y de acceso a casa de máquinas por parte de otro contratista de EPM, hechos ampliamente analizados en el Auto de Imputación.*

---

861 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 78\FOLIO 16597 USB DE EPM ER0121212\USB # 1\RADICADOS PRODUCIDOS CT-2012-000036 CONSORCIO CCC\2013\2013038282.pdf

862 X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2012\PHI-INM-LC1-016-R0.pdf

En esta reprogramación no existe ninguna participación de CCC ni la misma fue suscrita por causa de acción u omisión alguna de este, para lo cual basta revisar la cronología presentada por la propia Contraloría Delegada para concluir que la firma de este AMB se produjo por razones no imputables al Consorcio CCC Ituango.

37. La Contraloría extracta del Décimo Séptimo informe de interventoría de febrero de 2014 que "a esa fecha, del año 2014, el contratista no había presentado programa de trabajo teniendo en cuenta los ajustes realizados en el AMB 1 que fue suscrita en 2012".

38. Debe tenerse en cuenta que una vez anunciada por EPM la fecha de desviación del río Cauca para el 17 de febrero de 2014, El Consorcio CCC Ituango, mediante comunicación CI-01361 del 5 de febrero de 2014, advirtió que esta fecha se encontraba condicionada a la disponibilidad de los túneles de desviación con sus estructuras de entrada y salida. En esta misma comunicación, EPM presentó a la Interventoría la Tabla resumen con las duraciones en días calendario establecidas en el AMB No. 1 y el cálculo respectivo de las nuevas fechas de cumplimiento para la terminación de las obras de la presa, el vertedero y cierre de compuertas de desviación, así como el impacto de esta reprogramación en las obras de la central, teniendo en cuenta que la disponibilidad del túnel de acceso a casa de máquinas se dio el 29 de abril de 2013 y, por ende, esta AMB contiene una actualización en las fechas y de manera alguna incorpora retrasos imputables a CCC, tal como se destaca a continuación:

Hitos que se empezarán a contabilizar a partir de la disponibilidad del túnel de acceso a casa de máquinas.

No	Descripción	Duración en días calendario	Fecha de cumplimiento
	Disponibilidad del túnel de acceso a casa de máquinas de desviación		29/04/2013
3	Terminación de excavaciones en la caverna de casa de máquinas, incluyendo galerías de control y de barras	640	28/01/2015
4	Inicio de los concretos en la sala de montajes, concretos primarios Unidades 4 a 1 y concretos para la viga grúa para las unidades 4 a 1.	680	09/03/2015
6	Terminación de concretos (vigas, columnas, etc.) en la sala de montajes, que permitan el montaje de los dos puentes grúa suministrados e instalados por otros	1 100	02/05/2016
8	Terminación de excavación y concretos de almenara No 1 y túneles de aspiración 1 a 4 para inicio de montaje de compuertas	1 380	06/02/2017
11	Terminación del edificio de control en cuanto a concretos, mampostería, acabados e instalaciones hidrosanitarias y eléctricas, que permitan el inicio de montaje, realizado por otros, de los tableros y cableado del sistema de control, potencia y comunicaciones de la central.	1 760	21/02/2018

Teniendo en cuenta que el programa de trabajo del AMB No. 1 no se acompasaba con las metas de generación fijadas por EPM, esto es, noviembre de 2018, EPM trató de evitar mayores impactos en el programa de obras del proyecto y estructuró estrategias para hacerlo viable, que tuvieron como resultado la orden a CCC de seguir un programa que implicaba la implementación de un plan de ejecución acelerada de las obras, sin que tal actuación correspondiera a una conducta dolosa o gravemente culposa por parte de mis representadas. El Consorcio CCC no hizo cosa distinta que ajustarse a los requerimientos de EPM, los cuales estaban encaminados a superar los retrasos que aquejaban el Proyecto como consecuencia de hechos incluso anteriores a la celebración del Contrato BOOMT (construcción de vías, modificación de la licencia ambiental por cambio de altura de la presa) y por la problemática evidenciada con el contratista de los túneles de desviación.

RESPUESTA: No corresponde a lo dicho en el Auto 1484 lo aseverado por el apoderado, pues dentro de las conductas descritas no se incluyó ninguna referida a la suscripción del AMB 1, distinto es que a efectos de contextualizar las conductas de los miembros de CCCI se haya hecho un recuento de las diferentes AMB. Contrario a lo que sostiene el apoderado, en relación con la AMB 1 el Despacho se pronunció en el auto de imputación a folio17.946 (Reverso).

Por otra parte, Despacho en ningún momento ha afirmado que la implementación del plan de aceleración por parte de EPM sea atribuible a una culpa de CCCI. Lo que se ha explicado es que las conductas de CCCI llevaron a que se sumaran mayores atrasos al proyecto poniéndolo en una situación de vulnerabilidad, lo que contribuyó a la necesidad de implantar el plan de aceleración e inclusive a hacer revisiones ulteriores del mismo y a aumentar las inversiones.

Cabe recordar que en la presente causa se da un evento en el que en la producción del daño concurren las conductas de los distintos vinculados, pero ello no exime de responsabilidad a los miembros de CCCI quienes además aceptaron adelantar el plan de aceleración no solo por, como quiere hacerlo parecer el apoderado, a superar los retrasos que aquejaban el Proyecto, sino porque también traía un posible beneficio económico.

No obstante, lo anterior, el contratista, no respondió con la calidad esperada de un especialista al ejecutar la construcción de la GAD, lo que aunado a las conductas concurrentes de otros vinculados a la presente causa fiscal llevó a que la misma colapsara. Sobre este punto el Despacho ahondará más adelante.

De otra parte, tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

Continúa el apoderado presentando una serie de retrasos para efectos de considerar que los mismos no son atribuibles a sus prohijadas.

> *39. Con respecto a la excavación en la plazoleta del túnel vial que se menciona en el auto de imputación, indica la Contraloría que se programó una excavación promedio a 476 m3 por día mientras que el rendimiento obtenido ha sido de 170 m3. Esta afirmación tiene como fuentes el cuarto*

informe de interventoría de enero de 2013 y el quinto informe de la Interventoría de febrero de 2013. Que estas actividades estaban programadas para iniciar en octubre de 2014, sin embargo, el consorcio anticipó las excavaciones de la plazoleta del túnel vial.

40. En cuanto a la excavación en plazoleta de túneles de descarga, que en el auto de imputación se refiere a reportes de atrasos, inactividades, bajos rendimientos. Frente a estos reportes, debe tenerse en cuenta que en los meses de enero a abril de 2013, apenas se daba inicio a las actividades del contrato y, estas excavaciones estaban programadas para iniciarse en mayo de 2013. Con el fin de disminuir el impacto del atraso de la entrega de obras por otro contratista de EPM, el Consorcio CCC Ituango anticipó la ejecución de estas excavaciones en 5 meses.

41. En cuanto a la excavación del vertedero, que los informes iniciales corresponden al inicio d elas excavaciones, en ese momento no se tenían las condiciones de trabajo requeridas. Que esta por fuera de toda razonabilidad técnica pretender lograr los rendimientos promedios desde el inicio. Cita la comunicación CI-00755 de 26 de agosto de 2013, en la que se lee que los menores rendimientos corresponden a la realización de excavaciones y tratamientos ordenados de manera extemporánea que no permiten realizar mayor volumen de obra. Que en la comunicación INT-OC-CCCI-561/13 del 13 de septiembre, luego de 8 meses de trabajos de excavación en el vertedero, se señala que "desde el inicio de las excavaciones del vertedero se presenta un promedio diario de aproximadamente 10.000 m3/día, con lo cual se evidencia que en ningún momento se ha presentado subutilización del recurso programado o reducción de la productividad prevista" y que "a la fecha no se evidencia en parte alguna una reducción en la productividad prevista para efectos del promedio diario de excavación", tal como se transcribe a continuación:

2. En el programa de obra presentado por el Contratista, se tiene previsto un rendimiento promedio de excavación diario en el vertedero de aproximadamente 8730 m^3/día, para lo cual el Contratista programó y planeó un recurso correspondiente a maquinaria y personal que le permitiera cumplir dicha meta. Desde el inicio de las excavaciones en el vertedero se presenta un promedio diario de aproximadamente 10.000 m^3/día, con lo cual se evidencia que en ningún momento se ha presentado subutilización del recurso programado o reducción en la productividad prevista.

3. Las actividades de excavaciones previstas por debajo de la elevación 480 iniciaron a principios del segundo trimestre del año en curso (siete (7) meses antes de lo programado), actualmente dichas excavaciones se encuentran inactivas por decisión propia del Contratista, y a la fecha no se evidencia en parte alguna una reducción en la productividad prevista para efectos del promedio diario de excavación.

Adicional a lo anterior, el Consorcio, con la comunicación CI-01013 del 6 de noviembre de 2013, dejó registro de lo siguiente:

"[E]n la zona B del vertedero a partir de la abscisa 270 en adelante, entre elevaciones 595 y 523, los tratamientos solicitados corresponden a medidas correctivas y preventivas, necesarias por los fenómenos de inestabilidad presentados y que por su mismo carácter son ordenados en forma extemporánea y que en nuestro concepto si afectan el normal desarrollo logístico de las actividades de excavación que se centran puntualmente hacia el talud, en un ancho reducido en comparación con el ancho de toda la sección que argumenta la interventoría".

En cuanto al registro de inactividades, el Consorcio, mediante la comunicación citada, manifestó a la Interventoría que el desarrollo de los trabajos no estaba exento de inconvenientes puntuales que se pueden presentar con los recursos, suministro de materiales, normal desempeño de los equipos y la natural programación de descansos del personal. El Consorcio CCC resaltó que en muchos de los casos las inactividades presentadas y que denomina la interventoría como "falta de programación" corresponden a la programación de descanso del personal, sin que tales condiciones correspondan a acciones u omisiones dolosas o negligentes de CCC.

42. *La Contraloría hace citas descontextualizadas de informe de interventoría y señala que "la interventoría afirma que es muy importante que los trabajos de la presa se inicien, ya que esta es una ed (sic) las mayores obras del proyecto, razón por la cual si se presenta atraso en esta se afecta el cronograma general". Que dado el atraso presentado al inicio del contrato en la entrega de los túneles de desviación por parte de EPM, los trabajos de la presa ya estaban impactados y, por lo tanto, el inicio de las excavaciones de los estribos de la presa contaban ahora con las holguras o mayores plazos para su ejecución correspondientes al que finalmente se diera en la actividad de desvío del rio Cauca.*

43. *Con respecto a los registros de inactividad que realizó la Interventoría en desarrollo de los trabajos, y en el caso particular de las excavaciones de la margen izquierda y apenas iniciando los trabajos, CCC señaló lo siguiente a través de la comunicación CI-00982 del 29 de octubre:*

Damos alcance a su nota de campo de la referencia, con la cual dejan registradas las inactividades presentadas en el frente de trabajo de excavación de la margen izquierda de la presa el pasado domingo 27 de octubre de 2013.

Al respecto, le confirmamos que dicha inactividad obedece a que efectuados los sondeos solicitados por la Asesoría y la Interventoría, a través de la Nota de campo NC-PHI-GT-CCCI-147/13 recibida el 10 de Octubre de 2013, a hoy, 29 de Octubre de 2013, aun no contamos con la definición de la longitud de los tensores de tratamiento de soporte previstos en los planos para construcción en la parte alta de las excavaciones de la margen izquierda para el núcleo de la presa.

Por lo tanto, dejamos registrada la inactividad de este frente de trabajo desde el pasado domingo 27 de octubre de 2013, por causas no imputables al Consorcio, y quedamos atentos a su pronta definición de la longitud de los tensores, para así continuar con las actividades de excavación previstas para este frente de obra.

44. La Contraloría hace referencia "a la agilidad en la construcción de las obras preliminares", referida en el Sexto informe de interventoría de marzo de 2013 y en el Séptimo informe de interventoría de abril de 2013, para tratar de evidenciar algún atraso del Consorcio CCC Ituango.

Frente a este punto, la construcción de las obras preliminares se realizó conforme a los nuevos requerimientos para la ejecución de la obra, impactada por el atraso en la entrega de los túneles de desviación y de acceso a casa de máquinas por parte de EPM.

45. En cuanto a los rendimientos en el túnel vial, refiere que se inició la excavación de estos con al menos 18 meses de anticipación

46. Con respecto a la galería de inyección y drenaje de la elevación 475, la misma fue iniciada con trabajos de emportalamiento para su excavación en el mes de julio de 2013 y fue ordenada inmediatamente por la Interventoría la suspensión de actividades, dado que por las condiciones de inestabilidad de los taludes de la subestación ya indicados se hacía necesaria su reubicación. Por lo tanto, no es válido reportar atrasos y bajos rendimientos en las excavaciones de esta galería, como lo realiza la interventoría en los informes de julio, agosto, septiembre y octubre de 2013, en los cuales se apoya la Contraloría, desconociendo los hechos presentados ajenos a la responsabilidad de CCC y que se estaba a la espera de las instrucciones de su reubicación. Finalmente, definida la localización de esta galería, para su ejecución desde la berma 475 del vertedero, su excavación inicio en marzo de 2014.

47. Menciona las galerías de construcción inferior sur y superior sur, no obstante sólo se pronuncia respecto de las atribuciones relacionadas

con la galería inferior sur. Aduce que en relación con la galería de construcción inferior sur, dadas las bajas condiciones geomecánicas se cambiaron los diseños del tratamiento del soporte, lo que incidió en los rendimientos de excavación. Cita la siguiente comunicación:

Dejamos registradas las instrucciones recibidas con su nota de campo de la referencia de definición del tratamiento de soporte a instalar en la zona de intersección de la galería de construcción inferior sur con el acceso inferior a casa de máquinas entre abscisas km 1+136,94 a km 1+164,06 de la galería y km 1+136,94 a km 1+1161,87 del acceso inferior a la caverna

Para esta intersección, para la cual el terreno se clasificó como terreno Tipo III, los tratamientos de soporte ordenados superan ampliamente los previstos para este tipo de terreno, con aumento en el número de capas de concreto lanzado de dos a tres, colocación de doble malla de refuerzo en lugar de una y aumento en la longitud de los pernos de 4,0 m a 4,5 m

Los cambios en el diseño de los tratamiento de soporte, con aumento en su cantidad con respecto a lo especificado, obedecen a las bajas condiciones geomecánicas del terreno en excavación.

El Consorcio evaluará los impactos en costo y plazo por la ejecución de la mayor cantidad de tratamientos de soporte en la galería de construccion inferior sur, ordenada mediante esta nota de campo y otras anteriores, lo cual está incidiendo en los rendimientos de excavación, costos y programa de trabajo

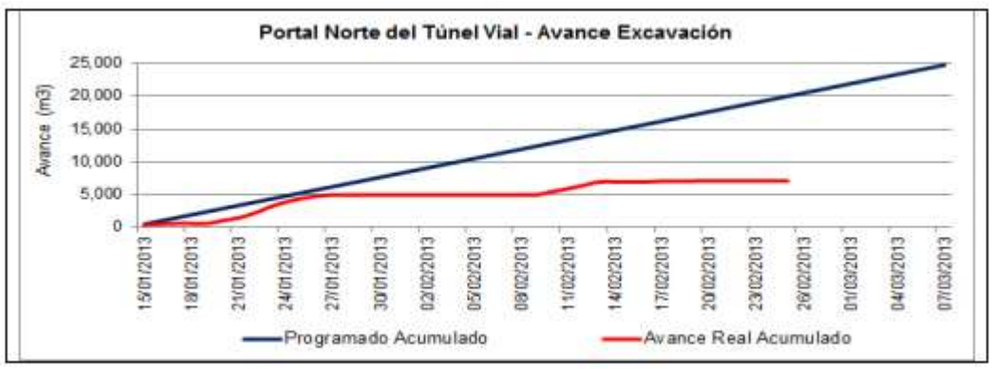
RESPUESTA: Los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos, sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones, que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho “NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS”, nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

De otra parte, tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad,

desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

De los atrasos imputables a CCCI, dentro del plenario, a modo de ejemplo, se encuentran las siguientes pruebas:

- En la tabla comparativa del programa acumulado y el avance real acumulado, incluida en el informe de interventoría No. 5[863] se aprecia que existía un desfase en este frente de obra pero que el mismo no asciende. De conformidad con la tabla que se anexará a continuación, el avance en m3 de la excavación de la plazoleta del Portal Norte del Túnel Vial debería ser de 20.000 m3 aproximadamente, mientras que el avance acumulado era de un poco más de 5.000 m3.



No obstante se aprecia una diferencia entre el programa de obra inicial[864] y la imagen anexa, que hace parte del informe de interventoría. Mientras que , de una parte, en el programa de obra la fecha de inicio de excavación en roca del portal Norte del túnel vial era en octubre de 2014, en el programa acumulado, utilizado por la interventoría, la fecha de inicio corresponde a 15 de enero de 2013.

Frente a la excavación en la plazoleta de túneles de descarga, lo aducido por las imputadas no guarda identidad con la tabla que se anexará a continuación, la

[863] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2013\PHI-INM-LC1-021-R0.pdf
[864] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_1\P43\2- CCCI

cual hace parte del informe de interventoría de febrero de 2014. Esa tabla se basa en el programa de obra aprobado a través de la comunicación INT-OC-CCCO-733-12. En esa tabla se aprecia la diferencia entre el avance del programa acumulado y el avance real. Según esa tabla:

- Excavación total: 310.000 m3
- Mes de inicio de las excavaciones (según avance programado): enero de 2013
- Mes de inicio de las excavaciones (según el avance real): Enero de 2013
- Mes de finalización de las excavaciones (según avance programado): Enero de 2014
- Avance real a la fecha programada de finalización de excavaciones: 120.143 m3

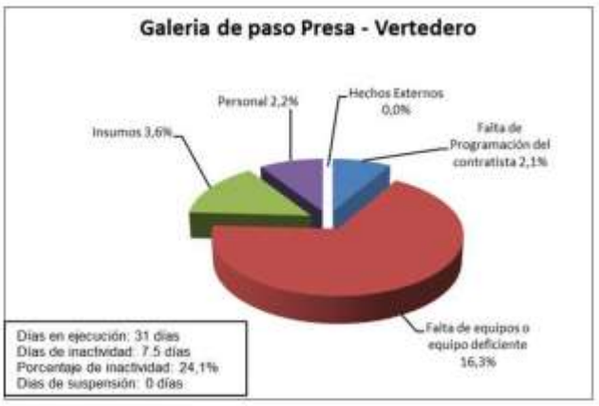
Excavaciones en obras para la Descarga

Rendimiento estimado a la fecha	881 m3/día	Rendimiento requerido para cumplir el programa		Fuera de programa
Rendimiento obtenido a la fecha de suspensión (17/08/2013)	452 m3/día			

Mes	Programado		Ejecutado		Diferencia
	Avance programado mensual	Avance programado acumulado	Avance real mensual	Avance real acumulado	
dic-12	0 m3/mes	0 m3	0 m3/mes	0 m3	0 m3
ene-13	4.556 m3/mes	4.556 m3	7.700 m3/mes	7.700 m3	3.144 m3
feb-13	9.939 m3/mes	14.495 m3	13.670 m3/mes	21.370 m3	6.875 m3
mar-13	24.996 m3/mes	39.492 m3	9.796 m3/mes	31.166 m3	-8.326 m3
abr-13	25.976 m3/mes	65.467 m3	18.683 m3/mes	49.849 m3	-15.618 m3
may-13	33.397 m3/mes	98.865 m3	11.686 m3/mes	61.535 m3	-37.330 m3
jun-13	32.532 m3/mes	131.396 m3	5.752 m3/mes	67.287 m3	-64.109 m3
jul-13	34.366 m3/mes	165.762 m3	22.234 m3/mes	89.521 m3	-76.241 m3
ago-13	34.418 m3/mes	200.180 m3	6.829 m3/mes	96.350 m3	-103.830 m3
sep-13	25.100 m3/mes	225.280 m3	664 m3/mes	97.014 m3	-128.266 m3
oct-13	26.318 m3/mes	251.598 m3	0 m3/mes	97.014 m3	-154.584 m3
nov-13	27.475 m3/mes	279.073 m3	0 m3/mes	97.014 m3	-182.059 m3
dic-13	28.199 m3/mes	307.272 m3	22.699 m3/mes	119.713 m3	-187.559 m3
ene-14	2.728 m3/mes	310.000 m3	430 m3/mes	120.143 m3	-189.857 m3
feb-14		310.000 m3	0 m3/mes	120.143 m3	-189.857 m3
mar-14		310.000 m3	0 m3/mes	120.143 m3	-189.857 m3

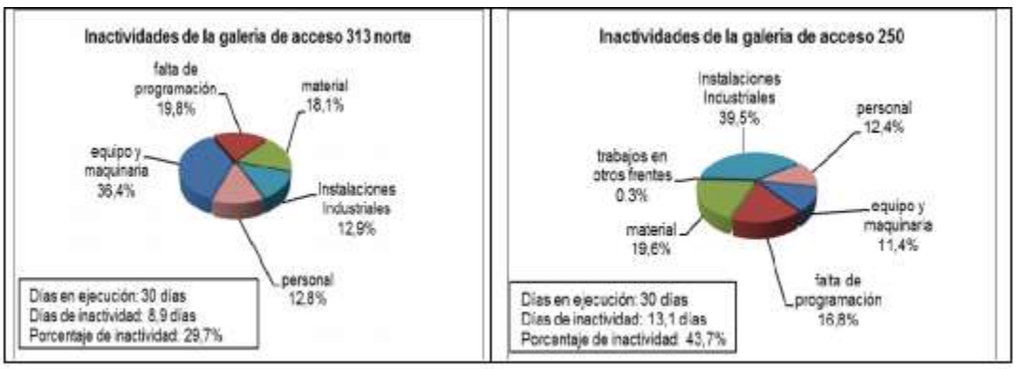
- En el informe de interventoría de noviembre de 2015[865] (época en la cual CCCI ya tenía a su disponibilidad los túneles de desviación):

[865] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2015

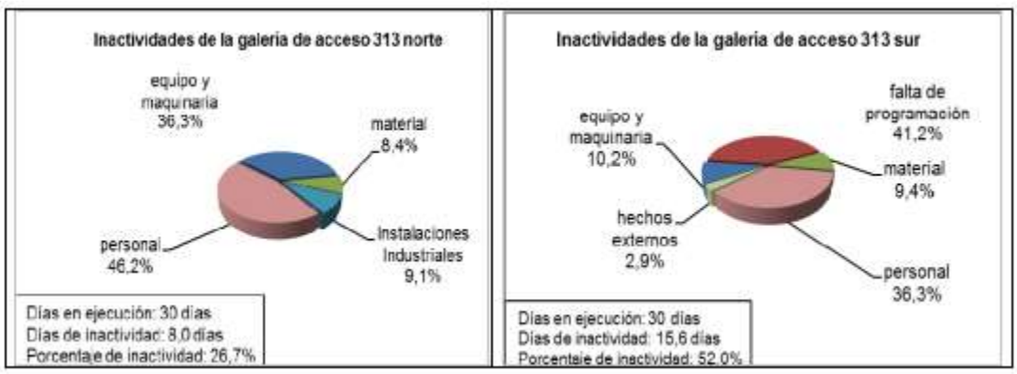


- En el informe de interventoría de septiembre de 2013[866] se reportaron atrasos atribuibles al Consorcio:

[866] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2013



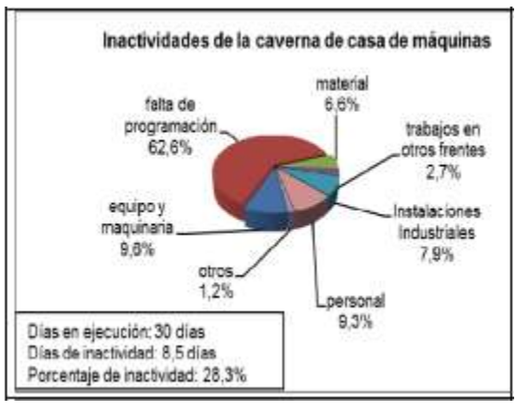
De igual manera sucedió en el informe de octubre de 2013[867]



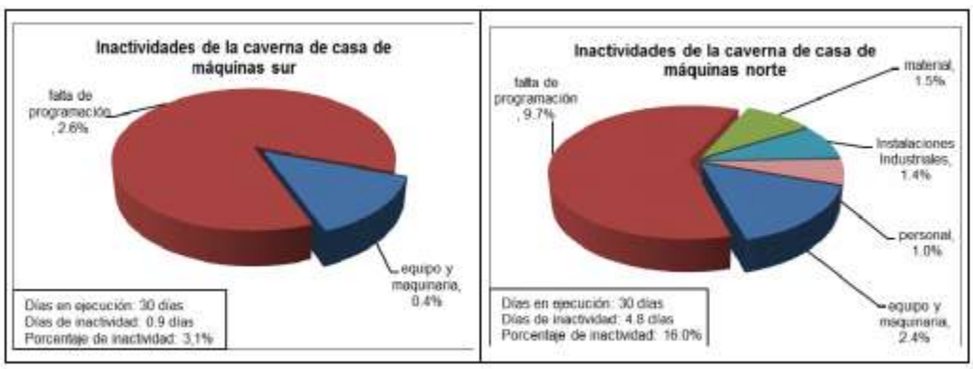
- A modo de ejemplo, no siendo los únicos, en el informe de interventoría de

[867] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2013

octubre de 2013[868] se observan atrasos en ese frente de obra que si le son imputables:



- Igualmente sucede en marzo de 2014



- En el informe de interventoría de abril de 2015 se reportan las siguientes inactividades:

[868] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2013

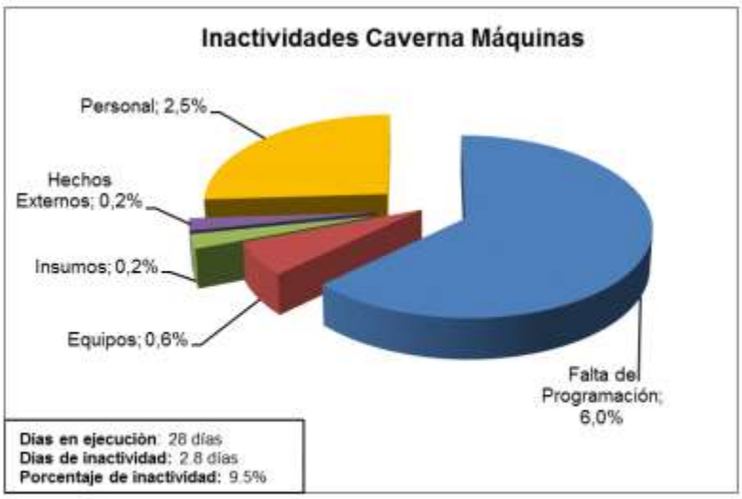


Figura 3.54 Inactividades en caverna casa de maquinas

Igualmente sucede en julio de 2015

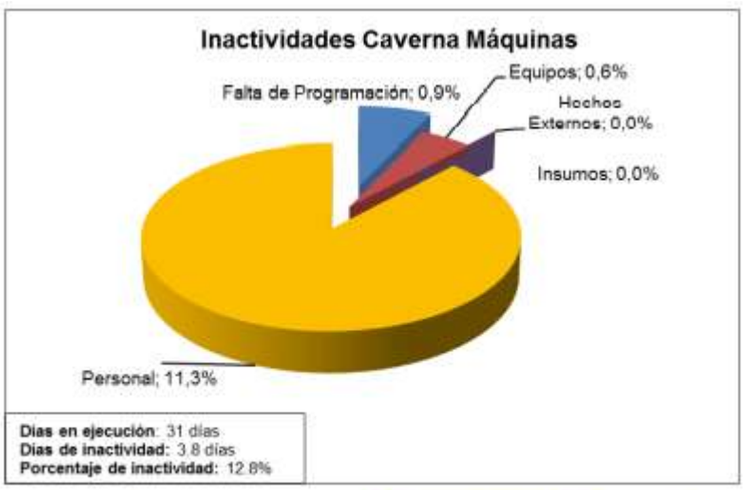
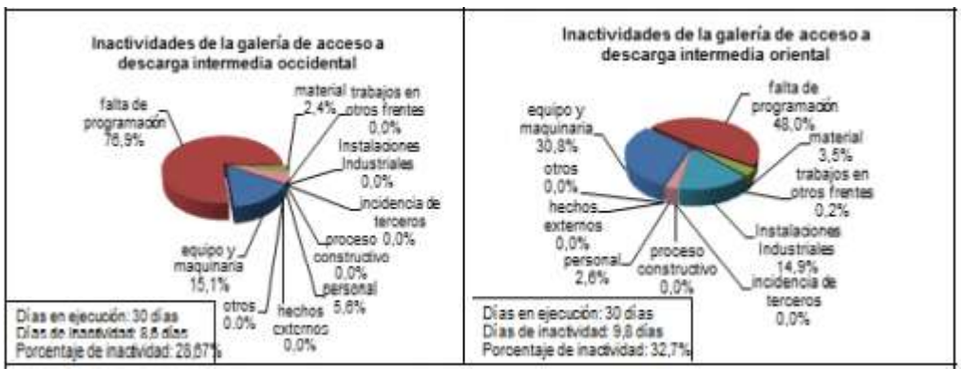


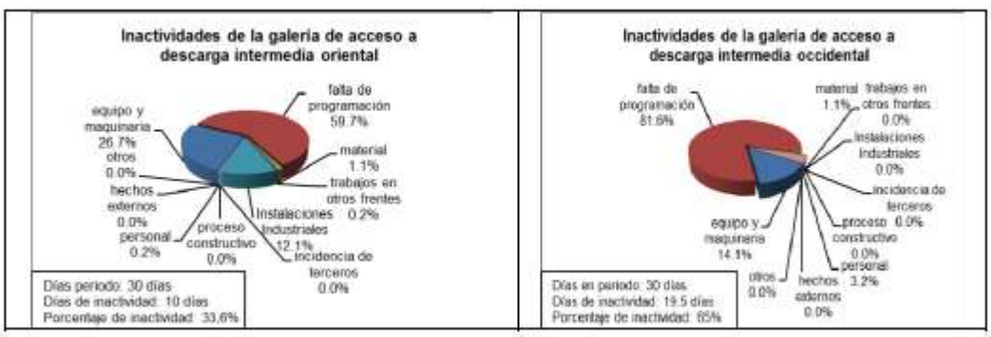
Figura 3.43 Inactividades en caverna casa de maquinas

- En las galerías de acceso a la descarga intermedia occidental y en la galería de acceso a la descarga intermedia oriental y las inactividades de estas para noviembre de 2013[869]

[869] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales\2013



De igual manera, a modo de ejemplo, sin ser los únicos meses, también se reportaron atrasos en diciembre de 2013



- Iguamente en mayo de 2014 se reportaron atrasos así:

Tablas como estas se encuentran a lo largo de los informes de interventoría obrantes en el plenario[870]. Esta información da fe de que parte de los atrasos son imputables al contratista **por falta de insumos, falta de personal, falta de programación o falta de equipos o equipos deficientes**. Estas inactividades aumentaron los atrasos que se venían presentando, de por sí ya significativos.

Como se puede observar si existen atrasos atribuibles al contratista, encontrándose inactividades por las siguientes causas:

- Falta de equipo
- Falta de Personal
- Falta de material
- Trabajo del personal en otros frentes
- Falta de instalaciones industriales.

Por lo anterior, se desvirtúan las aseveraciones realizadas por el apoderado.

> *48. Que algunas actividades a desarrollar, en virtud de las condiciones encontradas, requerían la construcción de galerías de acceso adicionales que interfería directamente con el desarrollo de las actividades de excavación en la zona de fundación del núcleo de la presa. De esta manera, las excavaciones para la fundación de la presa en su margen izquierda no solo se vieron impactadas en su inicio, sino también durante su ejecución por condiciones del macizo rocoso de este estribo de la presa, cuyas características geológicas requirieron no solo reprocesos en las excavaciones, sino también en la instalación de tratamientos de soporte más pesados. Todas estas circunstancias impactaron los rendimientos previstos en el programa de trabajo. Con todo, dada la diligente actuación de CCC, las excavaciones se realizaron dentro de los plazos requeridos para el cumplimiento de las metas de EPM de puesta en operación de la primera unidad en noviembre de 2018.*

RESPUESTA: los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos, sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones, que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización

[870] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\O-\CT-I-2012-000036 Inf Mensuales

geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS", nadie puede alegar su propia culpa a su favor. Sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

También llama la atención a este despacho que se refieren a que debido a las condiciones encontradas fue necesario instalar soporte adicional, pero en la zona del colapso no se dispuso de ese soporte adicional, pese a conocer que la roca en la zona cercana dell lugar donde se dio el colapso era débil, de conformidad con el oficio CI-07827[871] se realiza esta afirmación no solamente por lo aquí expuesto por las imputadas, sino porque cerca de la zona del colapso, en la abscisa +437, habían ocurrido derrumbes pese a que el soporte se encontraba instalado. Lo anterior permite inferir la falta de diligencia de CCCI, quien participaba en la clasificación del terreno.

Por lo anterior no le asiste razón al apoderado.

> *49. Que en ninguna de las actividades se dio inicio a procedimiento sancionatorio alguno, no por negligencia o falta de seguimiento de la interventoría, sino porque ninguno de los eventos planteados por el ente de control era imputable al Consorcio CCC Ituango y porque carecían de la relevancia en la ruta crítica del proyecto, la cual fue afectada por las causas ya señaladas que son ajenas al Consorcio CCC Ituango.*
>
> *50. Referente a la terminación de las obras de desviación, las cuales hemos insistido que estaban a cargo de otro contratista de EPM, este último encomendó a CCC la ejecución de parte de las obras de desviación faltantes para la desviación del río, relativas a los concretos y demás obras faltantes de las estructuras de entrada en los ramales de los túneles de desviación y en la salida de los mismos, y se acordó entre las*

[871] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz\References D.8\Ref 8. CI-07827 SAD.pdf

partes que, para su ejecución, CCC no sería objeto de sanciones o declaratoria de incumplimientos, en caso de que, a pesar de su mayor esfuerzo, no se lograra la desviación en la fecha acordada en el cronograma respectivo. En otras palabras, el Consorcio asumió la obligación de desplegar todos los recursos y la capacidad técnica con el propósito de lograr que la desviación del río ocurriera en la fecha definida por EPM. Esa obligación se cumplió y ningún reproche se le hizo al contratista.

RESPUESTA: No es competencia de este despacho pronunciarse acerca de un procedimiento sancionatorio, toda vez que ello corresponde a la esfera contractual. Por otra parte, que no se haya iniciado un proceso sancionatorio no significa que todo estuviese bien.

De otra parte, tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron para que el proyecto el cual se encontraba ya en una situación de vulnerabilidad desembocara en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

51. Que en el auto de imputación se reprochan temas relacionados con la falta de energía. Que el suministro de energía no estaba a cargo del contratista. Que en las especificaciones técnicas se permitía contratar el suministro de energía con EPM. Que el contratista contrató ese servicio con EPM. Que ese atraso es atribuible a EPM. Que en los informes de interventoría se desconoce el impacto en el avance de los trabajos de los cortes de energía que pudieron presentarse, aduciendo simplemente que era una obligación a cargo del contratista, sin tener en cuenta que de conformidad con el las condiciones técnicas del contrato y que se acogió en la propuesta de Consorcio CCC Ituango, que era la propia entidad contratante -EPM- la que la suministraba la energía del proyecto. Para sustentar su posición citó un aparte de las especificaciones técnicas:

> *"El Contratista será responsable del suministro de la energía requerida en sus distintos frentes de trabajo e instalaciones. Este suministro podrá hacerlo directamente mediante equipos y recursos propios, o contratarlo con las Empresas Públicas de Medellín, entidad que dispondrá en el sitio de las obras de dos subestaciones, así:*
>
> *• Desde el inicio de las obras, una subestación a 44/13,2 kVy 5 MVA de capacidad, localizada en la margen izquierda del río Cauca, en el sitio de la presa. A esta subestación estarán conectadas líneas de media tensión de otros contratistas Por tanto, de esta subestación podrá disponer de energía a 13,2 kVy de una capacidad hasta de 1 MVA.*
>
> *• A partir del cuarto trimestre del 2012, una subestación a 110/13,2 kVy 30 MVA de capacidad, localizada en la margen derecha del río Cauca, cerca del portal del túnel de acceso a casa de máquinas".*

RESPUESTA: En la cita realizada por las imputadas se omitió un párrafo del numeral 1.5.1.3. Por un error, aparentemente involuntario, el párrafo que seguía a la cita, cercenada, reza:

"Durante el desarrollo de las obras, **el Contratista no podrá reclamar a EPM en el caso de presentarse fallas o interrupciones en el suministro de la energía eléctrica y, deberá mantener PERMANENTEMENTE, plantas de emergencia para hacer frente a las posibles interrupciones en el servicio de energía eléctrica."** (Negrilla, mayúscula y subrayado)

De la lectura del aparte transcrito, es evidente que este argumento no excusa a CCCI de los atrasos presentados por fallas en el suministro de energía, debiendo de haber actuado con mayor diligencia, pues era exigible que como se lee textualmente contaran de manera permanente con las plantas de emergencia.

De donde resulta evidente que los atrasos resultados de esta situación sí resultan atribuibles a CCCI, y demuestran una actitud negligente que no es esperable ni siquiera de una persona poco diligente en el manejo de sus propios negocios pues el suministro de energía era el insumo mínimo e indispensable que se requería para poder trabajar.

Continúa el profesional en derecho,

> *52. En lo referido a las obras de captación, que desde el inicio de las obras se evidenciaron condiciones de inestabilidad en los taludes de excavación. Que con comunicación CI-01001 CCCI dijo:*

A esta elevación el Consorcio una vez alcanzadas las líneas teóricas de excavación mostradas en los planos para construcción, debía proceder a la colocación de tratamientos de soporte mostrados en los planos para construcción para la zona H, por encima de la elevación 555, consistentes en la colocación de concreto lanzado, drenajes y tensores entre 25 y 40 metros de longitud de 70 toneladas donde se requieran.

De esta manera a partir del 29 de octubre de 2013, se ven suspendidas las actividades en este frente de trabajo, en espera a las definiciones de la firma diseñadora y Asesora del proyecto sobre si se modifican las líneas teóricas de excavación, retomándola a un nivel superior, y se definen tratamientos de soporte finalmente a ejecutar ante la situación presentada.

Que en principio la interventoría mostró desacuerdo con la decisión de CCC de suspender obras. Que el diseño de esas excavaciones y tratamientos de soporte fueron revisados por el diseñador con base en la actualización de los levantamientos topográficos realizados. Que mediante comunicación CI-02668 CCCI adujo:

Con relación a las causas de suspensión de actividades adoptada por El Consorcio en los frentes de excavación de la plazoleta y galería de pozos de compuertas y de las estructuras de captación y la invalidación de las mismas que pretende realizar la Interventoría con su comunicación de la referencia, bajo el argumento que corresponden a *"inconformidades"* referentes a los planos para construcción que no justifican la misma, debemos precisar que los diseños de dichas excavaciones fueron objeto de revisión por parte de la firma diseñadora y asesora del proyecto con base en la actualización que realizó de los levantamientos topográficos en dichos sectores.

De acuerdo con lo anterior, La Interventoria con la comunicación INT-OC-CCCI-341/14 del 9 de abril de 2014 remitió la revisión 2 de los planos para construcción de las excavaciones para las estructuras de captación que consideran la modificación y cambio en los límites de las mismas, los cuales se ejecutarán ahora por debajo de la elevación 475 en comparación con lo previsto en el plano para licitación que consideraba como cota superior la elevación 534. Dicho objetivo se alcanza adelantando las excavaciones hacia afuera 8 metros al reducirse el ancho de bermas de 7,5 m previsto en el diseño de licitación a 6,0 m y 5,0 m.

Igualmente con la comunicación INT-OC-CCCI-351/14 del 11 de abril de 2014 remitió la revisión 2 de los planos para construcción de las excavaciones para la plazoleta y galerías de pozos de compuertas, en los cuales igualmente se reduce el límite superior de las excavaciones en los sectores previstos de la cota 560 a la cota 535 en el primer sector y de la cota 572 a la 550 en el segundo, a partir del adelantamiento de las excavaciones hacia afuera 8 metros por la reducción en el ancho de las bermas previsto en el diseño de licitación en el sector 1 y de 14 metros en el dos, al proyectar un talud vertical entre las bermas entre cotas 510 y 525 que inicialmente era con pendiente 0,4H:1,0V.

Que la interventoría después cambió de posición y ratificó la posición de CCC a través de oficio INT-OC-CCCI-419/14:

Teniendo en cuenta que mediante nuestras comunicaciones INT-OC-CCCI-341/14 e INT-OC-CCCI-351/14 del 9 y 11 de abril de 2014 respectivamente, se remitieron los planos para construcción actualizados correspondientes a la excavación y soporte de las plazoletas de captación y pozos de compuertas, en los cuales se realizó una optimización de las excavaciones de dichas estructuras, confirmamos nuestra solicitud expuesta en los últimos Comités de Obras, referente a presentar los ajustes a la metodologías de excavación y el programa de obra de dichas actividades como el fin de retomar a la mayor brevedad posible la ejecución de las actividades de excavación de las plazoletas y contrarrestar de esta forma los atrasos presentados en dichos frentes de trabajo. De acuerdo con el compromiso adquirido por el Contratista en el Comité de Obra No. 39 realizado el 23 de abril de 2014, esperamos la entrega de esta información a más tardar para el día miércoles 30 de abril de 2014.

Siendo así, no existe sustento técnico para imputar atrasos en las obras de captación.

RESPUESTA: Al revisar las pruebas citadas este despacho tiene dos consideraciones.
CCCI no es responsable de los atrasos causados por los cambios de diseño que se realizaron debido a las condiciones topográficas y geológicas encontradas. Este hecho es externo al actuar de CCCI.
De otra parte, es importante resaltar que en esa oportunidad CCCI se pronunció y suspendió obras por las condiciones topográficas y geológicas encontradas, aún en contra de la posición de la Interventoría. CCCI buscó que se cambiaran los diseños de los soportes para esa zona por las condiciones geológicas encontradas. **Llama la atención que no haya actuado de igual manera en la GAD, donde se hubiese podido evitar el colapso de tener mejores soportes, sobre el particular concluye el informe realizado para las reaseguradoras:**

"10.9 El soporte instalado en el TAD fue degradado por el flujo turbulento porque tenía una forma altamente irregular y el piso fue erosionado porque no tenía cobertura de concreto, lo cual afectó el soporte desde el inicio de operación. Las partes tenían una divergencia crítica sobre la causa de los daños del macizo rocoso más allá de las suposiciones del diseño, en que la Asesoría consideraba que el daño era causado por las voladuras pobres y el Contratista consideraba que esto se debía a roca pobre preexistente. Este y otros asuntos no fueron resueltos, y el TAD fue puesto en servicio con estas vulnerabilidades."

Igualmente, tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos, sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones,

que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS", nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

53. Que teniendo en cuenta que en el proyecto trabajarían simultáneamente diferentes contratistas, la misma EPM en el Pliego de Condiciones del proceso que dio origen al contrato estableció que los trabajos debían realizarse de manera coordinada y que cualquier conflicto debía ser solucionado o decidido por la Interventoría, quien, además, tenía la potestad de ordenar la suspensión de la ejecución de cualquier parte de la obra o de definir la forma en la que debía ser ejecutada. En cualquier supuesto, en la medida en que se afectara el plazo y/o el precio de las obras, el Consorcio tenía derecho al ajuste correspondiente. Por lo tanto, carecen de todo sustento contractual las afirmaciones de la Interventoría realizadas en sus informes mensuales que presentó a EPM, al referirse al tema de interferencias, señalando simplemente que a CCC "se le hizo saber que ese fue un riesgo adjudicado a él en el pliego de condiciones", desconociendo lo que la misma EPM estableció sobre el asunto en el Pliego de Condiciones del contrato.

En efecto, el Pliego de Condiciones prevé lo siguiente:

5.2.3.3 Coordinación con otros contratistas

EPM puede celebrar otros contratos relativos al proyecto o ejecutar algunas operaciones relacionadas con el mismo, aún mientras esté en ejecución el Contrato que resulte de este Pliego de Condiciones.

El CONTRATISTA deberá permitir a EPM o a otros contratistas, encargados por EPM de otros trabajos, la introducción y almacenamiento de materiales y el derecho al ejercicio normal de sus labores. El CONTRATISTA deberá planear y ejecutar la obra en tal forma que permita coordinar su trabajo con el de otros contratistas o con trabajos que sean ejecutados por personal de EPM.

…

> Cualquier conflicto que pueda surgir entre los diversos contratistas en relación con su trabajo, deberá ser solucionado o decidido por la INTERVENTORÍA, el CONTRATISTA deberá suspender la ejecución de cualquier parte de las obras objeto del Contrato o desarrollarlas en la forma que le ordene la INTERVENTORÍA, cuando tal suspensión o cambio de método de construcción sea necesario para facilitar el trabajo de otros contratistas o de EPM. Si por la suspensión o cambio de método de construcción se afecta el plazo y/o el precio, EPM convendrá con el CONTRATISTA los ajustes que de ellos puedan desprenderse, de lo cual se firmará por LAS PARTES el acta correspondiente.

RESPUESTA: Considera esta delegada que, en las especificaciones técnicas[872] del contrato CT-2012-000036, si aprecia que

> El Contratista deberá coordinar apropiadamente su trabajo con el de otros contratistas que puedan estar trabajando en el proyecto. Deberá aclarar todas las dudas mutuamente, concernientes a él y a los trabajos de otros contratistas, y deberá intercambiar con ellos todos los planos e información necesaria para asegurar la correcta realización de todos los trabajos. El Contratista deberá mantener una relación especial de coordinación con EPM para facilitarle el uso del puente grúa de construcción, oportuna y eficazmente, para la manipulación de las piezas de turbina que requiera montar durante el período indicado arriba.

El pliego de condiciones no puede ser interpretado aisladamente, debe relacionarse con los demás documentos precontractuales, como lo son las especificaciones técnicas. De una lectura de ambos documentos es claro que el contratista tenía la obligación de buscar la coordinación directa de su trabajo con el de otros contratistas, tanto así que debía intercambiar todos los planos e información necesaria para asegurar la realización correcta de los trabajos, no solo los suyos sino también la de otros contratistas. Esa coordinación la debía hacer directamente, por lo que la intervención de la interventoría debía ser subsidiaria. En la ejecución contractual se reportaron varios atrasos e inactividades por interferencias con otros contratistas, lo que demuestra la falta de coordinación[873]. De igual manera, en los anexos de los informes de interventoría se cita la correspondencia cruzada, donde varias veces la interventoría le comunicó a CCCI interferencias con otros contratistas e incluso el daño de equipos de otros contratistas por parte de CCCI.[874]

Dado lo anterior este argumento no está llamado a prosperar.

Prosigue el apoderado, aduciendo que los atrasos son recuperables, así:

> *54. Que en el informe de Agosto 2016, donde se aprecia que la*

[872] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2012-000036 CCCI\Precontractual\3. Especificaciones y planos
[873] Ver auto 1484 de 2020
[874] Algunas de esas comunicaciones fueron referidas páginas atrás.

*interventoría manifiesta que a pesar de existir atrasos en algunos frentes, dichos atrasos son **recuperables**. Que en informes de 2016 a 2018 existen afirmaciones por parte de la interventoría de que los atrasos son recuperables, de que los atrasos se están recuperando, de que los atrasos no son significativos y de que CCCI esta disponiendo de mayor personal y equipo para atender esos atrasos. Que los desfases son mínimos.*

RESPUESTA: Tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, las situaciones que han puesto en vulnerabilidad el proyecto fueron producto de las conductas concurrentes de los imputados en el presente proceso. En este contexto los atrasos demostrados en el plenario y que corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron para que el proyecto el cual se encontraba ya en una situación de vulnerabilidad desembocara en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

55. *Que las condiciones del Proyecto, después de los hechos del 28 de abril 2018 fueron completamente diferentes, por lo que el análisis de avance de obra que se realiza por parte de la Interventoría recopila todo el alcance de las obras principales contratado con CCC, puesto que para la fecha de agosto de 2018 la valoración de obras como los llenos de la Presa, vertedero, estructuras en Casa Maquinas y otros frentes de trabajo, se vieron dramáticamente afectados por el desarrollo de la misma contingencia. Por lo tanto, los avances en estos frentes deben ser valorados a la luz de los daños que sufrieron a raíz de la contingencia, puesto que la valoración presentada por la interventoría en dicho informe, debe ser contextualizada y consultada, para que se pueda entender que los porcentajes allí plasmados ya no reflejan la nueva realidad del proyecto, luego de la contingencia, dado que dicha valoración se está haciendo como si la contingencia -que obedeció a una causa extraña ajena al Consorcio CCC Ituango- no se hubiese presentado.*

RESPUESTA: Lo alegado por el apoderado no es ni ha sido objeto en esta causa fiscal. En todo caso, la contingencia se presentó, entre otras causas, por la defectuosa construcción de la GAD, atribuible al CCCI, De lo anterior es evidente que es aplicable le principio general del derecho "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS", conforme al cual nadie puede su propia culpa a su favor.

Continúa el apoderado con sus argumentos planteando la inexistencia de defectos constructivos,

> 56. *En el auto de imputación, la Contraloría sostiene que "se tiene probado que problemas relacionados con la construcción de la GAD, sirvieron como concausa a que se derrumbara parte del túnel auxiliar de desviación, causándose así un taponamiento del mismo, situación. Que se llegó a esta conclusión con fundamento en el informe causa raíz contratado por la reaseguradora. Que no se ha corrido traslado de ese informe ni se ha realizado la ratificación expresa de sus autores conforme al artículo 262 del código general del proceso. Que no se ha sometido a contradicción ese informe.*

RESPUESTA: El Informe Causa Raíz contratado por las reaseguradoras y aportado a esta causa fiscal no ha sido tratado como informe técnico sino como un documento técnico, por lo que no se debe realizar el traslado dispuesto para los informes técnicos por la ley 1474 de 2011. Por otra parte, dicho documento esta incorporado al expediente y ha estado a disposición de las imputadas. En cualquier momento el documento pudo haber sido controvertido con los distintos medios probatorios. Como documento técnico contiene información que permite a este despacho inferir que, en parte, la GAD colapsó por deficiencias en su construcción, tal como se explicó en el auto de imputación.

De igual forma, es necesario precisar que el artículo 262 del CGP no resulta aplicable al proceso de responsabilidad fiscal toda vez que el mismo presupone la existencia de un proceso de partes, por lo que no resulta compatible con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, en los términos exigidos para efectos de la remisión normativa por el artículo 66 de la Ley 610 de 2000.

> 57. *Cita al ingeniero canadiense Dean Brox, en un escrito académico publicado en el sitio web 'Tunnel Talk", anota que tanto el informe de Skava, contratado por EPM, como el informe contratado por los reaseguradores son "completamente especulativos". En particular,*

señala lo siguiente:

"La principal conclusión de ambos informes es que la causa principal del colapso del ADT se debió a la erosión de una zona de cizalla / debilidad discreta. Esto se considera completamente especulativo, con referencia en el informe del cliente a un solo ejemplo de Noruega, y por las siguientes razones:

- *No parece haber ninguna evidencia directa y convincente de una zona de cizalla discreta presentada en los informes, en o cerca del lugar del colapso;*

(…)

- *No hay evidencia directa en el sitio de erosión en el ADT ya que no hay acceso".*

Respuesta: Al revisar el artículo publicado por el ingeniero Dean Brox[875] se observa que el sienta su postura con base a referencias y no porque haya visitado, observado presencialmente y realizado estudios para fundamentar su posición, a diferencia del documento que contiene el informe causa raíz que fue elaborado por expertos que visitaron el sitio de la obra, tanto en forma grupal como individual, en los meses de junio, agosto, octubre y diciembre de 2018 y febrero, abril y mayo de 2019[876] y que analizaron los documentos que fueron producidos por los diferentes actores del proyectos que intervinieron en la construcción, documento que obran también en este proceso en la referencia cruzada "USB MAPFRE" de la carpeta 79. Lo anterior dota de certeza lo aducido en dicho documento y las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se presentó el colapso de la GAD.
A duce el apoderado que toda vez que las obras fueron pagadas y no se impusieron multas, las obras se encontraban bien realizadas.

58. En los términos del Pliego de Condiciones, "EPM no hará ningún pago al CONTRATISTA por trabajos hechos incorrectamente". Esta regla supone que (i) EPM, directamente o a través de otros subcontratistas, debe verificar que el Consorcio CCC Ituango haya hecho los trabajos correctamente y (ii) si EPM pagó al Consorcio CCC Ituango por la construcción de la GAD es porque, luego de verificar, encontró que los trabajos fueron hechos correctamente.

59. Que EPM a través de la interventoría verificaba la calidad de la obra y la interventoría nunca se pronunció acerca de la calidad de la obra, lo que demuestra que esta fue construida con buena

875 https://www.tunneltalk.com/Colombia-08Oct2020-Collapse-of-the-Ituango-hydropower-project-collapse-in-review.php
876 X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE

calidad

60. *En los términos del numeral 5.2.3.23 del Pliego de Condiciones, "durante la ejecución del Contrato, el CONTRATISTA **no** hará modificaciones, adiciones ni omisiones a los trabajos descritos en los planos de construcción y en las especificaciones técnicas de construcción, excepto en cumplimiento de una orden de la INTERVENTORÍA".*[36] *En efecto, no es responsabilidad del Consorcio CCC Ituango realizar ajustes a los diseños y, de hecho, le está vedado hacerlo.*
61. *Que de conformidad con las especificaciones técnicas de construcción, corresponde a EPM determinar si es necesaria la colocación de soporte adicional y que el soporte adicional fue ejecutado por el consorcio CCCI y pagado por la interventoría.*
62. *Que los desprendimientos de roca en ciertas zonas de la GAD no fueron a causa de un defecto constructivo. Que el CTIFS debía realizar los refuerzos previstos en los diseños. Que esto significa que el CTIFS no definía e tipo de soportes que se utilizaría. Que tampoco le correspondía determinar si os soportes colocados eran suficientes. Que los desprendimientos que se presentaron se deben al tipo de roca*.

Respuesta: El hecho de pagar no constituye que el túnel haya sido construido correctamente, toda vez que con posterioridad el mismo puede derrumbarse, tal y como sucedió. Una cláusula contractual no puede determinar, previo a su construcción, que una obra es de buena calidad tan sólo por el hecho de pagar. Si esto fuese así, no existirían en la legislación civil garantías como la de estabilidad de la obra, o la garantía por vicios ocultos o redhibitorios, de allí que el sólo pago no excusa de las deficiencias constructivas. Puede ser que previamente al pago la obra aparente buena calidad y por lo que podría llegar a reconocerse su valor, pero el pago no va a mejorar la calidad de la obra.

Por otra parte,el hecho de que la interventoría no se haya pronunciado acerca de la calidad de la obra no cambia la realidad, es decir, que el túnel fue construido con una calidad defectuosa. Por otra parte, la interventoría también se encuentra vinculada a esta causa fiscal por no Haber permitido que se realizaran y haber recibido, obras defectuosas como consecuencia de fallas en los servicios de interventoría durante la construcción de las obras civiles asociadas con la gestión del alcance, riesgos y calidad de estas.

De igual manera, observa este despacho que la interventoría se refirió en sus informes a la entrega de algunos frentes, sin embargo, existen documentos de orden técnico, como el informe causa raíz, que prueban que la GAD fue construida con una baja calidad, lo que llevó a poner el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún

más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado. Situación que no se modifica así los informes de interventoría hubieran considerado que se ejecutó de manera satisfactoria.

Por último, Si bien CCCI no podía modificar, adicionar u omitir trabajos descritos en los planos de construcción y en las especificaciones técnicas, tenía la obligación de verificar la clasificación de la Roca, lo cual pudo haber evitado el colapso presentado en la GAD, por lo que no es únicamente al diseñador a quien debe atribuirse responsabilidad por el colapso de la GAD. De igual manera en el informe causa raíz, referido al diseño y construcción de la GAD, se adujo:

> "El Método Observacional se utilizó en el TDI y el TDD. Los siguientes son ejemplos del MO en uso.
>
> i) En el TDD en k 0+474, se revisó el análisis de cuña cinemática con base en las observaciones de campo, y el Diseñador recomendó la implementación de actividades adicionales en el campo.
> ii) Revisión del diseño del TDD en el Ramal 1 k 0+17596 y varias abscisas del TDD y el TDI97, cuando el diseñador utilizó métodos numéricos y medidas de convergencia para verificar el diseño y presentó recomendaciones a implementar en el campo.
> iii) La correspondencia de septiembre de 2012 incluye acciones a ser realizadas luego de la revisión de los datos de convergencia, contemplando un umbral de convergencia del 0,5% más allá del cual debe investigarse la emisión de las medidas correctivas. Además, se identificó un área influenciada por una zona de falla con convergencias mayores que 0,5%, por lo que se requerían procedimientos para controlar la convergencia, pero preocupaba que las lecturas de convergencia solo comenzaban a 20 m de la cara del túnel, a lo cual ellos expresaron que incluso estas lecturas no reflejaban el proceso de relajación elástica del terreno.
> iv) La Asesoría también revisó el diseño **después de recibir los informes regulares de instrumentación del Contratista en 2013**.
> v) Antes de poner en servicio el TDI y en TDD, el Diseñador presentó un informe sobre el análisis de comportamiento del soporte de la excavación al aproximarse la fecha de desviación del río1.

> 7.14. La secuencia de discusiones y cambios demostró que el Proyecto reconocía la necesidad de utilizar un soporte más pesado para terrenos de menor calidad, incluidas las zonas de cizalla, y es una demostración del uso efectivo del Método Observacional en el TDI y el TDD."

De lo anterior se concluye que efectivamente los constructores si participan en la aplicación del método de observación.

Adicional a lo anterior, en el numeral 3.1.1.2 de las especificaciones técnicas se incluye:

> "Para establecer los sistemas de soporte temporal y definitivo de las excavaciones de las obras subterráneas, las condiciones de la roca se han clasificado en cuatro tipos según la clase de material y la calidad del mismo, que requieren secuencias de excavación y de soporte diferentes por presentar comportamientos diferentes, así: Sección tipo I, Sección tipo II, Sección tipo III y Sección tipo IV, dependiendo de los valores del parámetro Q (Índice de calidad de la roca del Instituto Geotécnico de Noruega), como se indica en los planos. **En esta clasificación deberán intervenir el ingeniero o geólogo del Contratista y el ingeniero o geólogo de la Asesoría, los cuales deberán dejar los formatos debidamente firmados en un tiempo no mayor a las 24 horas posteriores a un avance determinado**. En caso de no presentarse acuerdo entre las partes, el caso específico pasará a estudio de EPM en un lapso no mayor a las 72 horas. En este último caso, el Contratista deberá ejecutar los trabajos que le ordene EPM y proseguirá las actividades normales del contrato. La decisión que tome EPM no eximirá al Contratista de su responsabilidad en la excavación y soporte de la obra subterránea. **La participación obligatoria de personal competente de EPM y del Contratista en la clasificación del terreno, TRATA DE ELIMINAR LA POSIBLE SUBJETIVIDAD que se pueda presentar en la clasificación de la roca durante las excavaciones.**
>
> (…)
>
> El refuerzo de la roca en las excavaciones de las obras subterráneas estará constituido por pernos o barras de acero y concreto lanzado aplicado por vía húmeda, reforzado con fibra de acero o malla electrosoldada, de acuerdo con lo mostrado en los planos o lo señalado por EPM. En la sección de roca tipo IV se deberán usar perfiles de acero estructural para soporte, de acuerdo con lo mostrado en los planos o lo indicado por EPM. **Los procedimientos de excavación y soporte, de las obras subterráneas, dependerán de la clasificación del tipo de terreno encontrado, que se realizará en el frente de excavación por el Contratista y EPM, de acuerdo con los parámetros de clasificación**

establecidos en los planos correspondientes a cada una de las obras subterráneas. Si existieren discrepancias entre las partes sobre la clasificación del tipo de terreno, EPM la definirá; esa decisión no relevará al Contratista de su responsabilidad contractual en la excavación y soporte de las obras subterráneas. No se reconocerá al Contratista el soporte colocado sin la aprobación previa de EPM." (Negrilla y mayúscula fuera de texto)

De la lectura del numeral citado, se puede concluir que el papel que jugaba CCCI en referencia a los soportes era importante. CCCI, junto con la asesoría, realizaba la clasificación de la roca. De acuerdo al tipo de roca encontrada se procedía a instalar el tipo de soporte. CCCI tenía la facultad de manifestar su desacuerdo respecto de la clasificación que realizaba la asesoría. La participación de CCCI era bastante activa, pues se evitaban decisiones subjetivas. CCCI no hizo uso de esta facultad. Previo al colapso de la GAD, como se citó páginas atrás, en la abscisa +437 de la GAD, que forma parte de sector 2, se presentaron derrumbes, aun habiéndose instalado soportes[877]. El sitio de los derrumbes es cercano a donde ocurrió el colapso de la GAD (KM +547). CCCI conoció que el terreno en esa zona era débil y no se manifestó al respecto. De haberse manifestado se hubiese podido instalar un soporte adecuado en la zona del colapso. En conclusión, CCCI conoció que la zona era tan débil que aún, habiéndose instalado soporte en una zona, se presentaron derrumbes, y aún así no hizo lo necesario para que se cambiara la clasificación de la roca, lo que hubiese permitido la instalación de soportes más resistentes.

En cualquier caso cabe recordar que el contratista es un especialista[878] , en esa medida si bien existían una obligaciones precisas en cabeza del diseñador, el constructor no podía presentarse como un simple ejecutor, sino que debía tener en cuenta el estado del arte y las buenas prácticas de la construcción, así mismo servirse de la experiencia que en desarrollo del proyecto tenía, la cual le debía permitir establecer si lo que ocurría en el proyecto y las medidas oportunas para evitar poner en riesgo el proyecto.

Por último, los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos,

[877] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz\References D.8\Ref 8. CI-07827 SAD.pdf
[878]

sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones, que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS", nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

Continúa el profesional en derecho,

> *63. La Contraloría señala que "en la construcción de la GAD [el Consorcio CCC Ituango] no **empleó** de manera adecuada el método de observación". Citando el informe de los reaseguradores, afirma "que al realizar la construcción **aplicando el método de observación**, encontrando zona de cizalla, 'el soporte y proyección que eran ambos obligatorios y prudentes de acuerdo con el diseño, no se implementaron y el frente del túnel fue avanzando antes de instalar el soporte completo'" (énfasis agregado). Esta imputación parte del supuesto de que el Consorcio CCC Ituango debía aplicar el método de observación. Bajo ese entendido, y con base en las afirmaciones del informe aportado por los reaseguradores, la Contraloría concluye que dicho método fue aplicado de manera indebida. Como se pasa a explicar, la acusación carece de sustento por una razón elemental: el método de observación es un método de diseño, no de construcción. Por tanto, ¡no es responsabilidad del Consorcio CCC Ituango! Y mal podría derivarse responsabilidad contractual mi mucho menos fiscal por su supuesta omisión. La aplicación de este método supone, en resumen, que: (i) el proceso de diseño inicia antes de la fase de construcción del proyecto, pero continúa durante la construcción, (ii) por lo mismo, el constructor no recibe, antes de iniciar la construcción, una receta completa para la ejecución de los trabajos, (iii) los diseños iniciales están sujetos a modificaciones, y (iv) el diseñador tiene la función de observar el comportamiento del terreno durante la construcción y, en función de lo observado, adaptar el diseño a las condiciones reales del sitio. Es claro que el método observacional, en la medida en que consiste en un proceso de **diseño**, está a cargo del **diseñador**, no del constructor. Por lo mismo, no se le puede imputar al constructor ninguna responsabilidad por la forma en la que se*

aplicó el referido método.

RESPUESTA: Conforme a las especificaciones técnicas que hacen parte en el proceso de licitación previo al contrato CT-000036 de 2012, el contratista si estaba obligado a aplicar el método de observación, especialmente para la clasificación de la roca, elemento importante para determinar el tipo de soporte a colocar. En el numeral 3.1.1.2 de las especificaciones técnicas se incluye:

> "Para establecer los sistemas de soporte temporal y definitivo de las excavaciones de las obras subterráneas, las condiciones de la roca se han clasificado en cuatro tipos según la clase de material y la calidad del mismo, que requieren secuencias de excavación y de soporte diferentes por presentar comportamientos diferentes, así: Sección tipo I, Sección tipo II, Sección tipo III y Sección tipo IV, dependiendo de los valores del parámetro Q (Índice de calidad de la roca del Instituto Geotécnico de Noruega), como se indica en los planos. **En esta clasificación deberán intervenir el ingeniero o geólogo del Contratista y el ingeniero o geólogo de la Asesoría, los cuales deberán dejar los formatos debidamente firmados en un tiempo no mayor a las 24 horas posteriores a un avance determinado**. En caso de no presentarse acuerdo entre las partes, el caso específico pasará a estudio de EPM en un lapso no mayor a las 72 horas. En este último caso, el Contratista deberá ejecutar los trabajos que le ordene EPM y proseguirá las actividades normales del contrato. La decisión que tome EPM no eximirá al Contratista de su responsabilidad en la excavación y soporte de la obra subterránea. La participación obligatoria de personal competente de EPM y del Contratista en la clasificación del terreno, trata de eliminar la posible subjetividad que se pueda presentar en la clasificación de la roca durante las excavaciones.
>
> (…)
>
> El refuerzo de la roca en las excavaciones de las obras subterráneas estará constituido por pernos o barras de acero y concreto lanzado aplicado por vía húmeda, reforzado con fibra de acero o malla electrosoldada, de acuerdo con lo mostrado en los planos o lo señalado por EPM. En la sección de roca tipo IV se deberán usar perfiles de acero estructural para soporte, de acuerdo con lo mostrado en los planos o lo indicado por EPM. **Los procedimientos de excavación y soporte, de las obras subterráneas, dependerán de la clasificación del tipo de terreno encontrado, que se realizará en el frente de excavación por el Contratista y EPM, de acuerdo con los parámetros de clasificación establecidos en los planos correspondientes a cada una de las obras subterráneas.** Si existieren discrepancias entre las partes sobre la clasificación del tipo de terreno, EPM la definirá; esa decisión no

> relevará al Contratista de su responsabilidad contractual en la excavación y soporte de las obras subterráneas. No se reconocerá al Contratista el soporte colocado sin la aprobación previa de EPM." (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que CCCI, aun cuando no era diseñador, le correspondía, conforme avanzaba en las excavaciones, revisar el tipo de roca para determinar el soporte a implementar, lo cual hace parte del método de observación. Tenía la facultad de señalar que una roca era diferente a la que previamente le habían dicho en los respectivos planos del diseño original. CCCI nunca se pronunció respecto a una diferencia en la clasificación de la roca en la zona donde ocurrió el colapso de la GAD

En cualquier caso cabe recordar que el contratista es un especialista[879] , en esa medida si bien existían una obligaciones precisas en cabeza del diseñador, el constructor no podía presentarse como un simple ejecutor, sino que debía tener en cuenta el estado del arte y las buenas prácticas de la construcción, así mismo servirse de la experiencia que en desarrollo del proyecto tenía, la cual le debía permitir establecer si las ordenes que le impartía la interventoría podían ejecutarse sin poner en riesgo el proyecto.

En lo relativo a que el contratista informó a EPM que la sobre excavación estaba ocurriendo de manera inevitable, para cuya prueba el apoderado citó los oficios CI-04907, INT-OC-CCCI-15-06, CI-05362, INT-OC-CCCI-340-16, CI-06858 y INT-OC-CCCI-1803-16, tal y como se ha explicado en desarrollo de esta causa fiscal, estas situaciones debían ser excepcionales, pero se convirtieron en el común denominador de las obras ejecutadas bajo el contrato CT-2012-000036. En este contexto los mayores valores injustificados corresponden a conductas activas u omisivas de CCCI también fueron determinantes para que se concreta el daño aquí estudiado. Por lo que independientemente de la posibilidad de que se hayan dado otras situaciones ello no exime de responsabilidad al contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que de manera particular las conductas atribuidas a CCCI contribuyeron para que el proyecto el cual se encontraba ya en una situación de vulnerabilidad desembocara en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los atrasos y defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

---

[879] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2012-000036 CCCI\Precontractual\7. Propuestas\4-CC Ituango\OFERTA\4. Experiencia

Por último. hecho de que EPM tuviese unas responsabilidades determinadas y que la interventoría reconociera el pago de una obra no significa que la misma tenga la calidad esperada, de hecho, cuando se hizo evidente la deficiencia de la construcción de la GAD para el tramo +547 fue cuando esta entró el funcionamiento y el río solo se desviaba por este túnel. Salió a luz la calidad irregular de la construcción de la GAD porque la misma colapso, su calidad no fue suficiente para soportar el desvío del río solo por esta.

> *64. Que el consorcio CCCI no es responsable de la sobreexcavación del túnel. Que el informe de los reaseguradores debe ser ratificado y debe respetarse la contradicción del mismo.*

RESPUESTA: El asunto relativo a la ratificación de ese documento ya fue resuelto en primera y segunda instancia, por lo que no es la etapa procesal pertinente para pronunciarse acerca del mismo. Por otra parte, el derecho de contradicción nunca ha sido limitado por este Despacho.

Prosigue el apoderado pronunciándose acerca de las sobreexcavaciones, así

> 65. Que el consorcio realizó las excavaciones conforme a las especificaciones técnicas de construcción. Que el hecho de que el perfil de la excavación no coincida de manera perfecta con el diseño, no quiere decir que el consorcio CCC ITUANGO haya realizado la excavación de manera irregular. Que la sobre excavación ocurrió de manera inevitable por el macizo rocoso. Que el CCCI, conforme a las especiaciones técnicas sometió a aprobación de EPM todos los procedimientos de voladura. Para soportar su posición cita algunas comunicaciones a través de las cuales le fueron aprobadas las metodologías de voladura.
>
> 66. Que durante la excavación, el consorcio CCCI advirtió que debido a las condiciones del terreno se estaba generando sobreexcavación, es decir, que el perfil de excavación del túnel estaba excediendo el perfil de diseño Cita unas comunicaciones para soportar su posición.
>
> 67. En adición a lo anterior, el Consorcio CCC Ituango, de manera diligente, realizó ajustes en los diagramas de voladura para reducir la carga de explosivos. Sin embargo, la sobreexcavación fue inevitable, natural y propia de las condiciones del macizo.
>
> Las siguientes tablas muestran las reducciones en las cantidades de explosivos para la voladura controlada:

Abscisa	Tipo de terreno	Número de barrenos cargados	Numero de barrenos sin carga	Total de barrenos	Porcentaje de barrenos sin cargar
K0+469,5	II	142	25	167	14,97%
K0+503,1	III	137	32	169	18,93%
K0+509,3	III	137	32	169	18,93%
K0+515,6	III	137	32	169	18,93%
K0+523,0	III	137	32	169	18,93%
K0+526,6	III	137	32	169	18,93%
K0+529,6	III	137	32	169	18,93%
K0+531,9	III	160	37	197	18,78%
K0+533,5	III	137	32	169	18,93%
K0+537,5	III	149	25	174	14,37%
K0+540,3	III	144	21	165	12,73%
K0+543,2	III	128	39	167	23,35%
K0+549,7	III	160	4	164	2,44%
K0+552,8	III	163	4	167	2,40%
K0+565,1	III	141	18	159	11,32%
K0+571,5	III	141	18	159	11,32%
K0+578,5	III	141	15	156	9,62%
K0+599,3	III	145	19	164	11,59%
K0+602,0	III	134	33	167	19,76%
K0+610,7	III	142	21	163	12,88%
K0+613,1	III	157	10	167	5,99%
K0+618,0	III	142	25	167	14,97%
K0+626,5	III	137	30	167	17,96%
K0+629,7	III	130	30	160	18,75%

Tramo de la presunta zona de Colapso – K0+500 a K0+600

Voladuras en bóveda con ajustes en el número de barrenos cargados entre km de Construcción.

0+469,5 y km 0+629,7

Abscisa	Tipo de terreno	Número de barrenos cargados	Numero de barrenos sin carga	Total de barrenos	Porcentaje de barrenos sin cargar
K0+633,3	III	153	14	167	8,38%
K0+635,3	III	141	30	171	17,54%
K0+638,2	III	153	14	167	8,38%
K0+641,7	III	153	14	167	8,38%

K0+645,0	III	153	14	167	8,38%
K0+648,4	III	153	14	167	8,38%
K0+657,6	III	94	89	183	48,63%
K0+660,0	III	141	44	185	23,78%
K0+664,0	III	159	26	185	14,05%
K0+668,5	III	146	14	160	8,75%
K0+671,7	III	169	14	183	7,65%
K0+671,7	III	154	14	168	8,33%
K0+675,6	III	153	14	167	8,38%
K0+679,2	II	153	14	167	8,38%
K0+682,7	II	153	14	167	8,38%
K0+686,0	II	153	14	167	8,38%
K0+703,0	III	146	22	168	13,10%
K0+706,0	III	137	30	167	17,96%
K0+709,0	III	137	30	167	17,96%
K0+712,3	III	137	30	167	17,96%
K0+714,7	III	137	30	167	17,96%
K0+716,6	III	137	30	167	17,96%
K0+719,7	III	137	30	167	17,96%

Voladuras en bóveda con ajustes en el número de barrenos cargados entre km0+633,3 y km 0+719,7]

Contestarle con el testimonio , ntegral advirtió y que ingetecles dijo.

68. Existe evidencia de que el Consorcio CCC Ituango informó a EPM que la sobreexcavación se estaba produciendo de manera inevitable, debido a las condiciones naturales del terreno:

COMUNICACÓN	FECHA	ASUNTO
CI-06484	29/07/2016	Soctor 2, Aguas Abajo. Desprendimientos de cuñas de roca en bóveda en las abscisas K0+947,50 a K0+963,00.
CI-06589 CI-06611	10/08/2016 12/08/2016	Sector 3, Descarga de fondo. Falla hastial derecho de la abscisa 252 a la 270.
CI-06592	11/08/2016	Sector 3. Túnel de descarga de fondo. Desprendimiento de roca. Fisuramiento en el concreto lanzado y metodología de excavación
CI-06670	22/08/2016	Sector 3. Cámara de Operacón de las compuertas. Pozo de compuertas Izquierdo de la galerla auxiliar de desviación. Condiciones que presenta la roca.
CI-06785	08/09/2016	Sector 2 aguas arriba. Falla en la abscisa K0+737,40 entre zonas horarias I I a 2.
CI-06837	15/09/2016	Sector 2 aguas arriba. Falla en la abscisa K0+722,80 entre zonas horarias 12 a 2.
CI-07098	27/10/2016	Sector 2 aguas arriba. Sobreexcavaciones en bóveda desde la abscisa K0+635, entre las zonas horarias 1 a 2:30, por desprendimiento de la roca, así como del soporte ya instalado.
CI-07827	10/02/2017	Sistema Auxiliar de Desviación - SAD. Desprendimiento en el portal de entrada.

Relación de comunicaciones remitidas con registro de condiciones particulares.

69. También existe evidencia de que no hubo errores de procedimiento en las voladuras controladas realizadas por el Consorcio CCC Ituango durante la excavación del túnel. Los parámetros de carga lineal y carga específica cumplieron con lo previsto en las Especificaciones Técnicas. De ello dan cuenta los diagramas de voladura que se aportan como prueba. La sobreexcavación puede producirse por diversas causas que, en este caso, no están asociadas a descuidos o errores del constructor. En los términos del numeral 3.1.1.3 de las Especificaciones Técnicas de Construcción del Contrato, relativo a los 'Límites de excavación', la sobreexcavación puede ocurrir "*por **razones geológicas***", debido "*a la desviación de las perforaciones para las voladuras, a la inoportuna o inadecuada instalación de los soportes o a la **ocurrencia accidental**, por **cualquier otra causa** o para cualquier propósito o razón"* (énfasis agregado). Las Especificaciones Técnicas de Construcción también muestran que existe tolerancia a la sobreexcavación, pues esta es en muchos casos inevitable. En efecto, el numeral 3.1.2.1, titulado 'Secuencia de excavación de túneles y pozos', señala que "***para reducir al mínimo** las deformaciones de la roca que quede por fuera de los límites de la excavación, el Contratista deberá utilizar técnicas de voladura controlada **debidamente aprobadas por EPM***" (énfasis agregado).[40]

70. Que existen pruebas que evidencian que la sobre excavación se generó a causa de condiciones geológicas geotécnicas del macizo rocoso. Que en las especificaciones técnicas se indica que la roca se clasificara en cuatro tipos según la clase de material. Que en el informe SKAVA se señala que la sobre excavación geológica es inevitable y que la forma de reducirse es con medidas de soporte. Los registros muestran que en las zonas de la GAD en dónde se produjo la sobreexcavación, la relación Jn/Jr es igual o mayor a seis (6). Esto quiere decir que la sobreexcavación era inevitable, dada la condición natural del terreno. Por último y aunque sea evidente, no puede entrar a presumirse que la sobre excavación se debió a una culpa (no probada y, mucho menos, a una de naturaleza grave.

RESPUESTA: Considera este despacho que de conformidad con las especificaciones técnicas[880] al contratista le correspondía

> ***"****Las características geológicas y geotécnicas del terreno donde se efectuarán las excavaciones exteriores del proyecto se describen en el Documento* ***"Caracterización Geológica y Geotécnica".***
>
> *Los materiales que se excavarán comprenden: depósitos cuaternarios, tales como aluviones de los lechos de los ríos Cauca y San Andrés y de otras corrientes de agua, y coluviones, suelos residuales, macizos rocosos con grados de meteorización y fracturamiento variables, y roca fresca, sana y poco fracturada como la que se encontrará en la mayor parte de las excavaciones para el vertedero y para las plazoletas de las captaciones y de los pozos para el manejo de compuertas.*
>
> ***El Contratista deberá estudiar y evaluar detenidamente la información contenida en el citado documento y en otros que le sean suministrados por EPM****, y deberá complementarla en lo que juzgue conveniente o necesario con el fin de seleccionar los procedimientos constructivos que empleará, y las secuencias para llevar a cabo las excavaciones exteriores necesarias para ejecución de la obra."* ***(Negrilla fuera de texto)***

Es decir, los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar

880 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2012-000036 CCCI\Precontractual\3. Especificaciones y planos

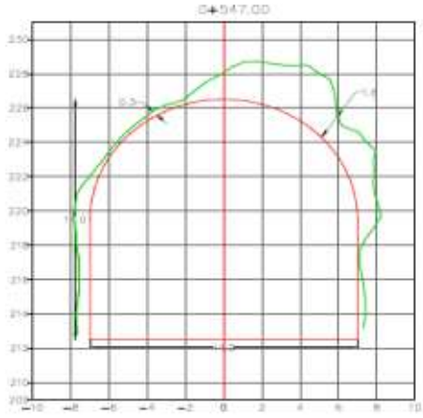
las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos, sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones, que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho “NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS”, nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

Adicionalmente, en la abscisa +547, donde ocurrió el colapso de la GAD, el contratista no se pronunció respecto del tipo de roca o que el soporte era insuficiente. Además, que las sobreexcaaciones en esta zona fueron evidentes. Si participaba en el método de observación conforme avanzaba la obra, conociendo las sobre excavaciones, expuestas en una imagen algunas páginas atrás, debió solicitar un tratamiento diferente a la roca encontrada, como lo realizó con otras zonas.

En cualquier caso cabe recordar que el contratista es un especialista[881] , en esa medida si bien existían una obligaciones precisas en cabeza del diseñador, el constructor no podía presentarse como un simple ejecutor, sino que debía tener en cuenta el estado del arte y las buenas prácticas de la construcción, así mismo servirse de la experiencia que en desarrollo del proyecto tenía, la cual le debía permitir establecer si lo que ocurría en el proyecto y las medidas oportunas para evitar poner en riesgo el proyecto.

Por último, conforme al informe Causa Raíz[882], elaborado por personas que acudieron al sitio donde se presentó el colapso de la GAD se pudo demostrar la diferencia entre el diseño original de la GAD y las excavaciones realizadas:

[881] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2012-000036 CCCI\Precontractual\7. Propuestas\4-CC Ituango\OFERTA\4. Experiencia
[882] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE



Si no se aplicó el método de observación bien, lo cual pudo haber permitido colocar un soporte adecuado que evitase el colapso, junto con que la construcción del túnel difiere bastante del diseño, lo que trajo como consecuencia que no se generara el efecto de arco esperado en le túnel.

Lo anterior guarda relación con las especificaciones técnicas, a folio 95 se observa

> "**El Contratista no deberá excavar por fuera de las líneas y pendientes mostradas en los planos u ordenadas por escrito por EPM**. Serán por cuenta del Contratista las sobreexcavaciones debidas a la desviación de las perforaciones para las voladuras, a la inoportuna o inadecuada instalación de los soportes o a la ocurrencia accidental, por cualquier otra causa o para cualquier propósito o razón. Igualmente, todas las excavaciones ejecutadas por fuera de las líneas y pendientes mostradas en los planos o señaladas por EPM, que el Contratista efectúe para cualquier propósito o por cualquier razón, serán a su cargo, aunque la excavación hubiere sido aprobada por EPM.
>
> (…)
>
> Para las excavaciones subterráneas, el Contratista deberá ejecutar el trabajo siguiendo el método y utilizando los equipos presentados previamente con el programa y los procedimientos de trabajo, que garanticen la estabilidad del frente, de la bóveda y de las paredes de los túneles y pozos y para **asegurar que las superficies excavadas sean uniformes y estables** El Contratista pondrá a consideración de EPM los procedimientos de ejecución de las actividades de excavación con 60 días de anticipación al inicio programado del frente, quien los aprobará haciendo las observaciones que considere pertinentes; sin embargo, el Contratista será responsable de la ejecución del trabajo, de acuerdo con los requerimientos de estas especificaciones y cumpliendo el programa de trabajo aprobado por EPM. " (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que las sobre excavaciones si fueron responsabilidad de los miembros de CCCI. Por lo que se concluye que el argumento del apoderado no está llamado a prosperar.

Por otra parte. sobre el particular este Despacho no reprocha que no se hayan sometido los procedimientos de voladura a aprobación por parte de EPM. Se reprocha que el CCCI también debía participar en la aplicación del método de observación, como se puede observar a folio 93 de las especificaciones técnicas, el consorcio participaba en la clasificación de la roca, de la cual dependía el tipo de soporte colocado

Para establecer los sistemas de soporte temporal y definitivo de las excavaciones de las obras subterráneas, las condiciones de la roca se han clasificado en cuatro tipos según la clase de material y la calidad del mismo, que requieren secuencias de excavación y de soporte diferentes por presentar comportamientos diferentes, así: Sección tipo I, Sección tipo II, Sección tipo III y Sección tipo IV, dependiendo de los valores del parámetro Q (Índice de calidad de la roca del Instituto Geotécnico de Noruega), como se indica en los planos.

En esta clasificación deberán intervenir el ingeniero o geólogo del Contratista y el ingeniero o geólogo de la Asesoría, los cuales deberán dejar los formatos debidamente firmados en un tiempo no mayor a las 24 horas posteriores a un avance determinado. En caso de no presentarse acuerdo entre las partes, el caso específico pasará a estudio de EPM en un lapso no mayor a las 72 horas. En este último caso, el Contratista deberá ejecutar los trabajos que le ordene EPM y proseguirá las actividades normales del contrato. La decisión que tome EPM no eximirá al Contratista de su responsabilidad en la excavación y soporte de la obra subterránea. La participación obligatoria de personal competente de EPM y del Contratista en la clasificación del terreno, trata de eliminar la posible subjetividad que se pueda presentar en la clasificación de la roca durante las excavaciones.

En cuanto al tratamiento de las voladuras en la GAD, el informe causa raíz[883] realizado para las reaseguradoras concluye:

> *"10.6. Además, el túnel no fue construido de acuerdo con el diseño, ni las especificaciones técnicas porque el espesor del concreto lanzado no se medía con los pines de profundidad,* ***los tramos de voladura fueron excesivos en ocasiones*** *y no fue instalado un piso de concreto para proteger la roca débil y las zonas de cizalla de la erosión por el flujo de agua."* (Negrilla fuera de texto)

Por último, El colapso de la GAD se presentó en la abscisa +547, mientras que, de las comunicaciones citadas por las imputadas para respaldar su posición, la más cercana se encuentra a más de cuarenta metros, en la abscisa +592, por lo que este argumento no es suficiente para desvirtuar la ausencia de responsabilidad de CCCI por la construcción irregular de la GAD.

> *71. Como ya se señaló, el hecho de que EPM le haya pagado al Consorcio CCC Ituango por la construcción de la GAD y que la haya*

[883] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE

puesto en operación demuestra que no hubo inconformidad ni de EPM ni de la Interventoría en relación con el perfil del túnel, con los soportes instalados y con los rellenos realizados. Por el contrario, el pago de dichas obras es demostrativo de que las obras fueron ejecutadas en cumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Construcción y a satisfacción de EPM.

RESPUESTA: El hecho de que EPM haya pagado una obra realizada no significa que la misma haya sido construida con una buena calidad. Al momento de pagar se verifica que se haya ejecutado la obra y se realiza el pago, obra que al parecer es estable. No obstante, si el solo pago librara al constructor de cualquier responsabilidad, en la legislación no existirían figuras como la obligación de estabilidad de la obra o la evicción por vicios ocultos o redhibitorios. De hecho, las obras de la GAD fueron pagadas porque se realizaron y aparentemente estaban bien construidas, no obstante, el tiempo demostró lo contrario, el túnel colapsó.

72. El informe de los reaseguradores, más allá de afirmar que hubo sobreexcavación, no afirma que dicha situación sea imputable al Consorcio CCC Ituango; mucho menos a un comportamiento gravemente culposo. De hecho, se abstiene de hacer consideraciones al respecto.

RESPUESTA: A fl. 90 de dicho informe se concluye que la construcción de los túneles derecho e izquierdo de desviación siguió el método de observación pero que este no se aplicó correctamente en la GAD. También que el macizo rocoso del túnel auxiliar de desviación era más débil cerca de las zonas de cizalla que las suposiciones del diseño para el terreno tipo III, en este punto se recuerda que al realizar las excavaciones, conforme a las especificaciones técnicas citadas anteriormente, era obligación del contratista participar en la clasificación de la roca, lo cual era fundamental para determinar el soporte a instalar. El contratista nunca se refirió a la calidad de la roca en la zona donde se presentó el colapso. También se concluye:

"10.6. Además, **el túnel no fue construido de acuerdo con el diseño**, ni las especificaciones técnicas porque el espesor del concreto lanzado no se medía con los pines de profundidad, los tramos de voladura fueron excesivos en ocasiones y no fue instalado un piso de concreto para proteger la roca débil y las zonas de cizalla de la erosión por el flujo de agua.

10.7. **El túnel mostró signos claros de dificultad durante la construcción debido a que el Contratista hizo frecuente uso de soporte adicional** para avanzar la cara del túnel (Spiles), la sobre-excavación persistente, desprendimientos de rocas y soporte de la bóveda y hastiales, fisuras y grietas en

el concreto lanzado. Estas señales de dificultades del túnel no fueron atendidas por el Proyecto según lo requerido por el MO.

10.8. **Las partes que asesoraban a EPM (Asesoría e Interventoría) y junto con el Contratista tenían conocimiento de en donde la obra no siguió el diseño, en donde en la construcción no se produjo el túnel con la forma y soporte esperados y donde el túnel colapsó durante la construcción. Muchos de estos problemas no se remediaron porque dichas partes no estaban de acuerdo en la causa o quién era responsable de resolverlos**."

De conformidad con lo anterior, el constructor no construyó el túnel conforme al diseño, conoció de la dificultad de construir en ese trayecto y sus riesgos, de allí que el mismo instaló soporte adicional y, por último, en la construcción no se produjo la forma y soporte esperado, lo cual no se solucionó. Por lo anterior, el consorcio actuó negligentemente.

Incluso, en oficio CI-07827, se observa que en el km 433,3, cerca donde se produjo el colapso de la GAD (KM 547) habiéndose colocado soporte, se derrumbó parte de la construcción realizada, por lo que era previsible que la zona donde se presentó el colapso era débil, no obstante, no se tomaron las medidas necesarias

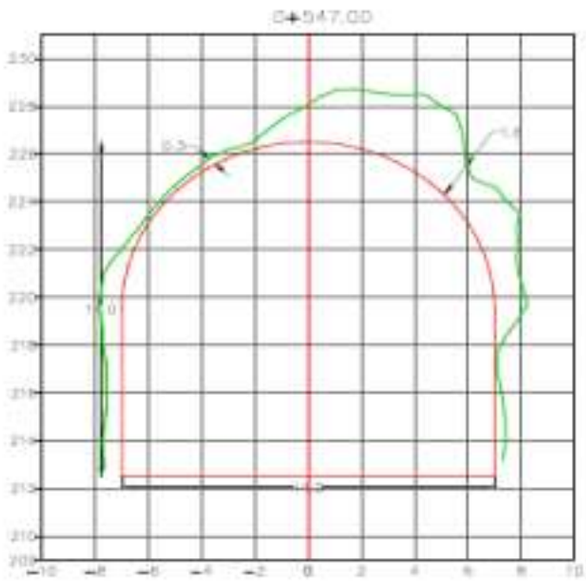
> *73. El informe de Skava, sobre el que caben las mismas consideraciones, tampocoes concluyente en ese sentido:*
>
> *"Es importante mencionar que, la metodología constructiva de perforación y voladura genera **inevitablemente** un cierto nivel de sobre excavación e irregularidad en el perfil, que se considera **propia del procedimiento constructivo**.*
>
> *(…) Se considera que las irregularidades **pudieron** haber sido ocasionadas por **condiciones geológicas inherentes al macizo rocoso**, metodología constructiva y 'perturbación por voladura'. Todas éstas son propias del método constructivo de perforación y voladura, e incluso en el sector 2 de la GAD se tomaron medidas de pre soporte para evitarlas, como instalación de 'spiling bars'".*[45]
>
> *74. Que no existe prueba de que la sobreexcavación del túnel obedezca a una mala práctica constructiva, a un error o descuido del Consorcio CCC Ituango. Que el informe SKAVA refiere a que los procedimientos de construcción utilizados por CCCI fueron adecuados a la práctica común.*

RESPUESTA: Sobre el particular, la metodología de análisis utilizada en los informes técnicos obrantes en el plenario, a excepción del realizado para las

reaseguradoras, fue la de proponer causas hipotéticas para el estudio de la causa raíz de la contingencia mientras que la de los expertos contratados por las reaseguradoras fue comparativa en el sentido de comprender el proyecto desde lo ocurrido en los túneles originales de desviación y en la GAD, los estudios realizados por aquellos respecto de las causas hipotéticas enunciadas anteriormente no son suficientes para desvirtuar el dicho del informe aportado por MAPFRE.

En este contexto es preciso recordar que en el caso concreto no se está reprochando la causa raíz del colapso de la GAD ocurrido en abril de 2018 sino una conducta negligente que relajó el diseño, lo que lo convierte en un diseño precario, lo que contribuyó a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto ocasionando mayores inversiones y el lucro cesante por la no entrada en operación.

Por último, conforme al informe Causa Raíz[884], elaborado por personas que acudieron al sitio donde se presentó el colapso de la GAD se pudo demostrar la diferencia entre el diseño original de la GAD y las excavaciones realizadas:



75. Que el consorcio CCCI actuó de manera diligente en la excavación del túnel. No hubo culpa del Consorcio CCC Ituango, ni siquiera levísima, pues nadie está obligado a evitar lo inevitable.

[884] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE

RESPUESTA: No es plausible que el contratista pretenda eximirse de responsabilidad alegando situaciones que desde su especialidad podían haber sido advertidas, en particular la deficiencia de la información con la que se contaba a efectos de iniciar la construcción, más si se tienen en cuenta que por el hecho de poder acceder a la roca de manera visual, gracias a las excavaciones realizadas debía haber confrontado la Geología encontrada con el perfil geológico previo, lo que le hubiera permitido establecer los escenarios geológicos a los que se estaba enfrentando, más si se tienen en cuenta que se trataba de una zona con alto tectonismo y se presentó una situación recurrente de problemas geotécnicos representados en múltiples escenarios de inestabilidad al interior de las excavaciones. Los cuales a pesar de que debían ser la excepción terminó como consecuencia de la conducta negligente del contratista, terminaron convirtiéndose en la regla general.

76. *En adición a lo anterior, no está de más reiterar que la definición de (i) las medidas de soporte adicional para mitigar la sobreexcavación y (ii) la necesidad y el tipo de medidas para reforzar las zonas con sobreexcavación correspondía a EPM. En los términos de las Especificaciones Técnicas de Construcción, al Consorcio CCC Ituango le estaba vedado adoptar ese tipo de medidas, sin que mediara una orden de EPM.*

RESPUESTA: No es plausible que el contratista pretenda eximirse de responsabilidad alegando situaciones que desde su especialidad podían haber sido advertidas, en particular la deficiencia de la información con la que se contaba a efectos de iniciar la construcción, más si se tienen en cuenta que por el hecho de poder acceder a la roca de manera visual, gracias a las excavaciones realizadas debía haber confrontado la Geología encontrada con el perfil geológico previo, lo que le hubiera permitido establecer los escenarios geológicos a los que se estaba enfrentando, más si se tienen en cuenta que se trataba de una zona con alto tectonismo y se presentó una situación recurrente de problemas geotécnicos representados en múltiples escenarios de inestabilidad al interior de las excavaciones. Los cuales a pesar de que debían ser la excepción terminó como consecuencia de la conducta negligente del contratista, terminaron convirtiéndose en la regla general.

77. *Que el Consorcio CCC Ituango no era el responsable de monitorear los rendimientos de los soportes. Que el monitoreo de convergencia hace parte del método observacional, el cual no era responsabilidad de CCCI. Que la falsa convicción de que el monitoréo debía ser adelantado por CCCI es una conclusión errada del numeral 1.1.3.2 de las especificaciones técnicas. Que el numeral 1.1.3.2 refiere a que "No habrá pago separado por concepto de los costos en que incurra el Contratista para ejecutar las labores requeridas para hacer el* ***seguimiento de las actividades de los planes de calidad establecidos en su sistema de Gestión de la Calidad****. Que el sistema de gestión de calidad al cual se refiere este numeral es el señalado en el numeral*

> *5.2.3.43 del pliego de condiciones. Que en ese numeral se establece que se debe hacer un seguimiento permanente de los materiales utilizados, de las plantes, equipos y herramientas de construcción,, de los procedimientos administrativos y constructivos y de la mano de obra empleada. No obstante lo anterior, eso no significa sustituir al diseñador/asesor en su función de observar el comportamiento del terreno durante la construcción. Tampoco significa remplazar a la interventoría. Que la tarea de monitorear las convergencias fue encargada por EPM al diseñador, como parte del método observacional.*

RESPUESTA: Los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos, sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones, que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS", nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

En este punto, el apoderado se pronuncia acerca de las lecturas en la GAD,

> *78. Que tanto en el auto de imputación como en el informe de los reaseguradores se reconoce que Integral, en calidad de asesor del proyecto, vigilaba el seguimiento de los diseños, conceptuaba sobre sus modificaciones y realizaba ajuste a los mismos. Que en el informe de los reaseguradores se afirma que integral era el responsable de la toma de las lecturas en la GAD y la interpretación de estas. La asesoría era la responsable de los datos, mientras que CCCI suministraba, instalaba y mantenía los aparatos necesarios para que el diseñador realizara mediciones.*
> *79. Que en al auto de imputación se dijo que la instrumentación necesaria para realizar el monitoreo de la convergencia fue instalada después de que había ocurrido la mayor parte de la convergencia. Que esa afirmación se basó en el informe de los reaseguradores. Que ese informe incurre en error. Que las fechas establecidas en el informe*

corresponden a una estimación que hicieron los autores de ese informe. Que en algunos casos la tabla indica que la lectura de la convergencia se realizó antes de la instalación de las argollas, lo que es imposible. Cita la siguiente tabla.

80. Que no existen registros de la fecha en la que fue instalada cada una de las argollas de convergencia. Por tanto, cualquier afirmación sobre la fecha de instalación es pura especulación. Durante toda la excavación de la GAD, el Consorcio CCC Ituango recibió una sola comunicación de la Interventoría en la cual advertía que en las abscisas K0+954, K0+889, K0+864 y K0+839 (lejanas a la zona del colapso) no se había instalado la instrumentación para el monitorio de convergencia.[61] Se trató de una situación excepcional que se presentó debido a la afectación del suministro de insumos por el paro camionero del año 2016 y que fue subsanada. Que en las comunicaciones NC-PHI-GT-CCCI-014/17 y NC-PHI-GT-CCCI-292/17 de la Interventoría dan cuenta de que las argollas fueron instaladas de acuerdo con lo indicado en los diseños y de manera oportuna.

Tabla 17. Resumen del tiempo de instalación y las lecturas de las estaciones de convergencia en el TAD

Estación	Fecha de la excavación	Sección Superior			Tiempo de demora [días]			No. aproximado de ciclos para la instalación (2,01 días/ciclo)	Cumple con las ET de 5 ciclos	Comentario
	Sección Superior	Instalación	Referencia	1ª lectura	Para instalar	Para leer la referencia	Para la 1ª lectura			
440*	Julio 2, 2017	Agosto 12, 2017	Julio 16, 2017	Julio 18, 2017	41	-27	2	20,4	No	Reporta Referencia antes de instalación
445*	Junio 24, 2017	Agosto 12, 2017	Julio 16, 2017	Julio 18, 2017	49	-27	2	24,4	No	Reporta Referencia antes de instalación

RESPUESTA: La afirmación de que no existe como determinar la fecha de instalación de las argollas es infundada, en el expediente obra el informe causa raíz[885] realizado para las reaseguradoras, y su respectivo soporte, que permiten determinar la fecha de instalación de estas.

Por otra parte, la asesoría/diseñador se encuentra vinculada a esta causa fiscal por causas que le son atribuibles a ellas, causas que no libran de responsabilidad a CCC. El actuar de CCCI fue una conducta concurrente que contribuyó del daño causado. Al ser una concausa, alegar otra concausa no lo va a eximir de responsabilidad. CCCI, de conformidad con las especificaciones técnicas, ampliamente citadas en este proveído participaba en la clasificación de la roca. De existir diferencia entre CCCI y la asesoría en cuando a la clasificación de la roca, CCCI podía poner de manifiesto su inconformidad. CCCI conoció que en la abscisa +437 de la GAD, habiéndose instalado soporte, se produjo un derrumbe[886]. El colapso de la GAD se presentó en la abscisa +547, por lo que CCCI sabía que en

[885] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE
[886] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz\References D.8\Ref 8. CI-07827 SAD.pdf

esa zona la roca era débil. Aparte de lo anterior, CCCI también incurrió en errores constructivos, lo que se materializó en el colapso de la GAD. Por lo anterior, que la asesoría fuese responsable de los datos no es un argumento suficiente para eximir de responsabilidad a CCCI.

De otra parte, en cuanto a la gráfica anexada de 2 casillas y obviando las otras 22 que incluye la tabla original. En el punto 8.22 del informe de los reaseguradores se explica que **las argollas de convergencia deben instalarse a una distancia no mayor a 5 avances a la cara del túnel**. **Como lo afirma CCCI, ellos eran los responsables de instalar dichas argollas.** Al revisar la tabla solo 2 de las 22 estaciones cumplieron con la especificación técnica de los 5 ciclos. En las zonas más próximas a donde se presentó el colapso (km +547) se instalaron las argollas así: KM +537 en 8 ciclos, superando en tres los cinco ciclos de las especificaciones técnicas. KM +553 En 12, 9m ciclos, superando en 7,9 las especificaciones técnicas. La tabla completa contiene la siguiente información que respalda lo expuesto en este párrafo:

Estación	Fecha de la excavación	Sección Superior			Tiempo de demora [días]			No. aproximado de ciclos para la instalación (2,01 días/ciclo)	Cumple con las ET de 5 ciclos	Comentario
	Sección Superior	Instalación	Referencia	1ª lectura	Para instalar	Para leer la referencia	Para la 1ª lectura			
440*	Julio 2, 2017	Agosto 12, 2017	Julio 16, 2017	Julio 18, 2017	41	-27	2	20,4	No	Reporta Referencia antes de instalación
445*	Junio 24, 2017	Agosto 12, 2017	Julio 16, 2017	Julio 18, 2017	49	-27	2	24,4	No	Reporta Referencia antes de instalación
450	Abril 14, 2017	Junio 28, 2017	Julio 16, 2017	Julio 18, 2017	75	18	2	37,3	No	
455	Abril 8, 2017	Abril 18, 2017	Julio 16, 2017	Julio 18, 2017	10	89	2	5,0	Si	
460	Marzo 30, 2017	Abril 18, 2017	Julio 16, 2017	Julio 18, 2017	19	89	2	9,5	No	
465	Marzo 25, 2017	Abril 18, 2017	Julio 16, 2017	Julio 18, 2017	24	89	2	11,9	No	
477	Enero 24, 2017	Febrero 18, 2017	Julio 27, 2017	Agosto 15, 2017	25	159	19	12,4	No	
492	Enero 18, 2017	Marzo 3, 2017	Abril 5, 2017	NA	44	33		21,9	No	
508	Enero 8, 2017	Enero 28, 2017	Abril 5, 2017	Julio 23, 2017	20	67	109	10,0	No	
523	Diciembre 25, 2016	Abril 3, 2017	Abril 5, 2017	Julio 23, 2017	99	2	109	49,3	No	Reporta Banca instrumentada antes que la Sección Superior
537	Diciembre 19, 2016	Enero 4, 2017	Enero 17, 2017	Abril 5, 2017	16	13	78	8,0	No	
553	Diciembre 9, 2016	Enero 4, 2017	Enero 17, 2017	NA	26	13		12,9	No	
567	Diciembre 1, 2016	Enero 4, 2017	Enero 17, 2017	NA	34	13		16,9	No	
582	Noviembre 23, 2016	Enero 4, 2017	Enero 17, 2017	NA	42	13		20,9	No	
597	Noviembre 15, 2016	Enero 4, 2017	Enero 17, 2017	NA	50	13		24,9	No	
612	Noviembre 8, 2016	Noviembre 20, 2016	Noviembre 20, 2016	Noviembre 27, 2016	12	0	7	6,0	No	
627	Octubre 27, 2016	Noviembre 20, 2016	Noviembre 20, 2016	Noviembre 27, 2016	24	0	7	11,9	No	
657	Octubre 7, 2016	Noviembre 20, 2016	Octubre 18, 2016	NA	44	-33		21,9	No	Reporta Referencia antes de instalación
672	Septiembre 30 de 2016	Octubre 9, 2016	Octubre 18, 2016	Noviembre 3, 2016	9	9	16	4,5	Si	
687	Septiembre 26 de 2016	Octubre 9, 2016	Octubre 18, 2016	Noviembre 3, 2016	13	9	16	6,5	No	
701	Septiembre 22 de 2016	Octubre 9, 2016	Octubre 18, 2016	Noviembre 3, 2016	17	9	16	8,5	No	
711	Septiembre 18 de 2016	Octubre 9, 2016	Octubre 18, 2016	Noviembre 3, 2016	21	9	16	10,4	No	

Por último, a diferencia de lo alegado por las imputadas si se puede establecer la fecha en que se instalaron las argollas de convergencia en el sector 2 de la GAD (donde ocurrió el colapso). En el cuadro citado en el párrafo anterior se puede observar las fechas en que fueron instaladas estas argollas. Esos datos encuentran soporte en los anexos del informe causa raíz entregado por los reaseguradores. Los mismos fueron tomados del siguiente documento:

- Consorcio Ingetec-Sedic (Sin fecha) Sistema Auxiliar de Desviación (SAD) Instrumentación Geotécnica Instalada. Resumen de la instalación de las argollas de

convergencia

Ese documento se encuentra en la siguiente ubicación: X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz.

De allí, tal y como se demostró con la tabla anexa, no todas las argollas se instalaron en debido tiempo. Esta situación es una clara prueba del actuar negligente de CCCI.

> *81. Que ocasionalmente en la construcción de un túnel se presentan situaciones como el desprendimiento de roca. Cita una sentencia del Consejo de Estado que se refiere a que los vicios del suelo los asume el diseñador de la obra y es quien debe cargar con el eventual colapso o falta de idoneidad de los trabajos.*

RESPUESTA: Considera este despacho que de conformidad con las especificaciones técnicas[887] al contratista le correspondía

> ***"****Las características geológicas y geotécnicas del terreno donde se efectuarán las excavaciones exteriores del proyecto se describen en el Documento* ***"Caracterización Geológica y Geotécnica".***
>
> *Los materiales que se excavarán comprenden: depósitos cuaternarios, tales como aluviones de los lechos de los ríos Cauca y San Andrés y de otras corrientes de agua, y coluviones, suelos residuales, macizos rocosos con grados de meteorización y fracturamiento variables, y roca fresca, sana y poco fracturada como la que se encontrará en la mayor parte de las excavaciones para el vertedero y para las plazoletas de las captaciones y de los pozos para el manejo de compuertas.*
>
> ***El Contratista deberá estudiar y evaluar detenidamente la información contenida en el citado documento y en otros que le sean suministrados por EPM****, y deberá complementarla en lo que juzgue conveniente o necesario con el fin de seleccionar los procedimientos constructivos que empleará, y las secuencias para llevar a cabo las excavaciones exteriores necesarias para ejecución de la obra."* ***(Negrilla fuera de texto)***

Es decir, los miembros del Consorcio Contratista debían conocer las condiciones geológicas de la zona donde se desarrollaría el proyecto, en aras de evitar riesgos en la construcción de la presa. Fue notorio que desde que se comenzaron a ejecutar

[887] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2012-000036 CCCI\Precontractual\3. Especificaciones y planos

las obras, constantemente se encontraron condiciones geológicas diferentes a las esperadas, situaciones que conllevaban a la instalación de soportes más avanzados, desprendimientos, sobreexcavaciones entre otros. Estas situaciones, que en principio debían ser excepcionales, se convirtieron en el común transcurrir de las obras, haciéndose evidente que la caracterización geológica entregada como insumo básico no correspondía a la realidad, pudiendo el contratista, quien es un experto, haber verificado la información obtenida previo a continuar con las excavaciones, mitigando así el impacto al cronograma de obras. De este modo, situaciones anómalas se convirtieron en comunes, siendo estas previsibles y no sirviendo de excusa para justificar los atrasos presentados, toda vez que de conformidad con el principio general del derecho "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS", nadie puede alegar su propia culpa a su favor.

Adicional a lo anteriormente expuesto, el informe causa raíz de los reaseguradores concluye:

> "el túnel no fue construido de acuerdo con el diseño, ni las especificaciones técnicas porque el espesor del concreto lanzado no se medía con los pines de profundidad, los tramos de voladura fueron excesivos en ocasiones y no fue instalado un piso de concreto para proteger la roca débil y las zonas de cizalla de la erosión por el flujo de agua."[888]

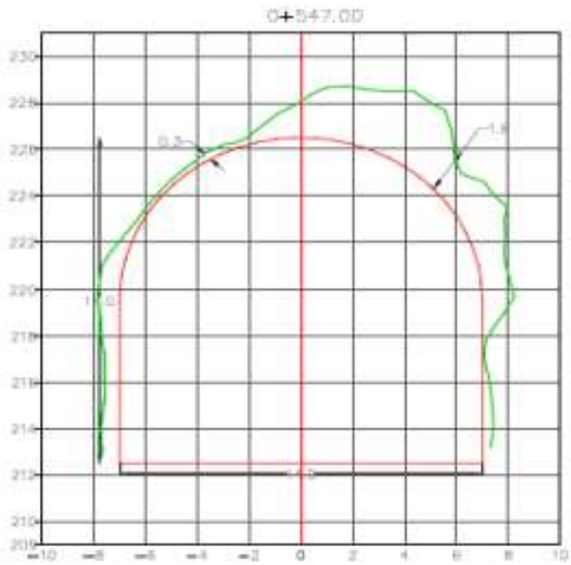
En cualquier caso cabe recordar que el contratista es un especialista[889] , en esa medida si bien existían una obligaciones precisas en cabeza del diseñador, el constructor no podía presentarse como un simple ejecutor, sino que debía tener en cuenta el estado del arte y las buenas prácticas de la construcción, así mismo servirse de la experiencia que en desarrollo del proyecto tenía, la cual le debía permitir establecer si lo que ocurría en el proyecto y las medidas oportunas para evitar poner en riesgo el proyecto.

> *82. Que el túnel se construyó conforme a los planos y las especificaciones técnicas de construcción. Que no se fundamenta la posición contraria en el auto de imputación. Que los reaseguradores reconocen que se utilizaron procedimientos internacionalmente reconocidos para caracterizar el macizo rocoso y sus discontinuidades.*

RESPUESTA: Este argumento no está llamado a prosperar por cuanto el túnel no se construyó conforme a los diseños, conforme al informe realizado para los reaseguradores, que se encuentra en las comunicaciones cruzadas de la carpeta 79. La siguiente imagen realiza la comparación, evidenciando una significativa

[888] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE
[889]

diferencia, entre la forma de los hastiales y la bóveda en los diseños y lo realmente construido.[890]



83. Que el concreto lanzado fue pagado porque De acuerdo con el numeral 11.4.8.4 de las Especificaciones Técnicas de Construcción, titulado 'Requisitos para medida y pago', para controlar la calidad del concreto lanzado, el Consorcio CCC Ituango debía tomar muestras del concreto lanzado colocado para verificar su espesor. En efecto, dicho numeral señala que "la Interventoría no autorizará la medida y pago del concreto" mientras no se haya hecho "la comprobación de resistencia y de espesores de concreto lanzado mediante perforaciones de control".

Era a través de esas muestras y no de los "pines de profundidad" a los que se refieren los expertos contratados por los reaseguradores que se debía medir el espesor del concreto lanzado. Por tanto, la afirmación en el sentido de que "el concreto lanzado no fue medido con pines de profundidad", además de ser absolutamente irrelevante, pone en evidencia que los referidos expertos ni siquiera se tomaron la molestia de revisar, en su integridad, las Especificaciones Técnicas de Construcción.

*Los resultados de las muestras del concreto lanzado demuestran que **en el 100% de los casos el Consorcio CCC Ituango cumplió con el espesor previsto en los diseños**[68] y de esta misma manera se aprobó el pago de las actividades, las cuales, de no cumplir con lo estipulado, no hubieran sido aprobadas.*

[890] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE

Como ya se indició, el cumplimiento de los espesores, así como de los demás parámetros de calidad del concreto lanzado, era el principal prerrequisito para que la Interventoría autorizara la medida y pago del concreto lanzado colocado en el túnel. Las comunicaciones que se relacionan a continuación dan cuenta del visto bueno de la Interventoría para el pago del concreto lanzado colocado por el Consorcio en la GAD.

Las comunicaciones que se relacionan a continuación dan cuenta de la aprobación de la Interventoría:

SISTEMA AUXILIAR DE DESVIACIÓN - SAD
SECTOR 2

COMUNICACIONES DE LIBERACIÓN DE LAS EXCAVACIONES DE LA BOVEDA PARA EXCAVACION DE LOS BANCOS

Nota de campo	Abcisas
NC-PHI-GT-CCCI-292/17	K0+449,0 -- K0+537,0
NC-PHI-GT-CCCI-014/17	K0+537,0 -- K0+765,0
NC-PHI-GT-CCCI-176/17	K0+750,0 -- K0+804,0
NC-PHI-GT-CCCI-259/17	K0+805,0 -- K0+829,0
NC-PHI-GT-CCCI-277/17	K0+829,0 -- K0+840,0
NC-PHI-GT-CCCI-323/17	K0+840,0 -- K0+897,0
NC-PHI-GT-CCCI-393/17	K0+897,0 -- K0+950,0
NC-PHI-GT-CCCI-685/16	K0+950,0 -- K0+970,0
NC-PHI-GT-CCCI-828/16	K0+970,0 -- K1+023,0
NC-PHI-GT-CCCI-744/16	K1+023,0 -- K1+113,0
NC-PHI-GT-CCCI-686/16	K1+112,0 -- K1+155,0
NC-PHI-GT-CCCI-714/16	K1+155,0 -- K1+166,0

Relación de comunicaciones de liberación de las excavaciones de la bóveda para la excavación de los bancos en el Sector del SAD.

Solo por mencionar un ejemplo, en la comunicación NC-PHI-GT-CCCI-292/17, la Interventoría señaló lo siguiente:

"1. El concreto lanzado cumple con el espesor y resistencia especificada por el diseño.
2. Los pernos están instalados en su totalidad y por soportes de ensayos cumplen con los requerimientos establecidos para el control de calidad.

3. El sector cuenta con las estaciones de convergencia

instaladas de acuerdo con la frecuencia establecida en el diseño para cada tipo de terreno".

El hecho de que el 100% de las muestras cumplieran con el espesor previsto en los diseños demuestra el extremo cuidado con el que el Consorcio CCC Ituango ejecutaba las obras.

En relación con la malla que debía instalarse como reforzamiento del concreto lanzado, el diseño "recomienda" colocar "malla electrosoldada donde se requiera", en particular, donde "se encuentre presencia de cizallas o fallas, o sectores de excesivo fracturamiento" en terrenos tipo III y tipo IV.

De acuerdo con esa indicación y con las órdenes que dio la Interventoría en campo, el Consorcio CCC Ituango instaló malla electrosoldada en los siguientes sectores de la GAD:

REGISTROS DE INSTALACIÓN		
TRAMO		TIPO DE MALLA
ABSCISA INICIAL	ABSCISA FINAL	
K0+447	K0+449	Q3, Q5 Y Q6
K0+657,00	K0+618,00	D-188 (Q5)
K0+891,00	K0+905,00	D-188 (Q5)
K1+085,00	K1+115,00	D-188 (Q5)

Relación de tramos en los que se instaló malla electrosoldada

En los demás sectores, de acuerdo con lo indicado en los diseños, el Consorcio CCC Ituango instaló concreto lanzado reforzado con fibras sintéticas.

De acuerdo con lo anterior, la acusación en el sentido de que "se sustituyeron las fibras de acero de alta resistencia por fibras plásticas" no tiene fundamento alguno. El Consorcio CCC Ituango no sustituyó unas fibras por otras. Instaló cada tipo de reforzamiento en los sectores en los que correspondía, según las indicaciones de los planos y las órdenes de la Interventoría.De nuevo, la afirmación de los expertos contratados por los reaseguradores sobre la supuesta sustitución de fibras pone en

evidencia que tampoco se tomaron la molestia de revisar los planos que hacían parte del insumo básico de las obras.

En adición a lo anterior y para abundar en razones, no sobra señalar que la Interventoría autorizó el pago del concreto lanzado y de los elementos de refuerzo (mallas electrosoldadas y fibras sintéticas), por considerar que fueron ejecutadas a satisfacción, esto es, conforme a los planos y a las Especificaciones Técnicas de Construcción.

RESPUESTA: Es necesario precisar que el contratista es un especialista[891] , en esa medida si bien existían una obligaciones precisas en cabeza del diseñador, el constructor no podía presentarse como un simple ejecutor, sino que debía tener en cuenta el estado del arte y las buenas prácticas de la construcción, así mismo servirse de la experiencia que en desarrollo del proyecto tenía, la cual le debía permitir establecer si lo que ocurria en el proyecto y las medidas oportunas para evitar poner en riesgo el proyecto.

84. Que la afirmación de que el túnel construido fue más débil aún que el diseño ya marginal no está soportado en pruebas. Que se llegó a esta conclusión con fundamento en que el diseño no era suficientemente robusto, que el método observacional no se aplicó correctamente durante la implementación del diseño, que hubo sobreexcavacón y que el túnel probablemente convergió durante construcción más allá del límite de seguridad. Que lo relativo al soporte y diseños era responsabilidad del diseñador.

RESPUESTA: En cuanto a los soportes, de conformidad con las especificaciones técnicas, específicamente en el numeral 3.1.1.2 se establece que el contratista participa en la clasificación de la roca:

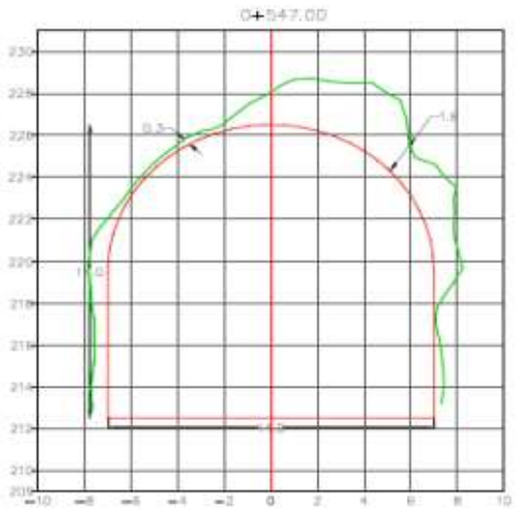
"En esta clasificación deberán intervenir el ingeniero o geólogo del Contratista y el ingeniero o geólogo de la Asesoría, los cuales deberán dejar los formatos debidamente firmados en un tiempo no mayor a las 24 horas posteriores a un avance determinado. En caso de no presentarse acuerdo entre las partes, el caso específico pasará a estudio de EPM en un lapso no mayor a las 72 horas. En este último caso, el Contratista deberá ejecutar los trabajos que le ordene EPM y proseguirá las actividades normales del contrato. La decisión que tome EPM no eximirá al Contratista de su responsabilidad en la excavación y soporte de la obra subterránea. La participación obligatoria de personal competente de EPM y del Contratista en la clasificación del terreno, trata de eliminar la posible

[891] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2012-000036 CCCI\Precontractual\7. Propuestas\4-CC Ituango\OFERTA\4. Experiencia

subjetividad que se pueda presentar en la clasificación de la roca durante las excavaciones"

De igual manera, en esas especificaciones se señala claramente que el tipo de soporte variará en consideración al tipo de roca encontrado. También se tiene probado, como se señaló páginas atrás que CCCI conoció que en el km 437, cerca de donde ocurrió el colapso (km 547), se había presentado un derrumbe aun habiendo instalado el soporte[892], por lo que era notorio que en esa zona la roca era débil, no obstante, CCCI nunca se pronunció sobre esto, construyendo defectuosamente la GAD, lo cual se hizo evidente con el colapso de la misma-

De igual manera, también se encuentra probada la clara diferencia entre lo construido y los diseños, donde se hace evidente que el túnel construido no correspondía al diseño. Por lo tanto, si el diseño era defectuoso y el túnel construido no cumplía los diseños, de por sí ya defectuosos, el túnel construido fue más defectuoso. Se anexa imagen que ilustra esta posición.[893]



85. Incluso si fuere cierto que el Consorcio CCC Ituango cometió errores o no actuó con la "debida diligencia" durante la construcción de la GAD, ello no permitiría saltar a la conclusión de que actuó con culpa grave. Como se ha señalado, la culpa grave supone no haber empleado el mínimo cuidado que aun las personas negligentes suelen emplear en sus propios negocios; supone haber actuado como si hubiera querido causar un daño; supone temeridad. Aquí no existe prueba de un descuido de esa magnitud.

892 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE\Informe Causa Raiz\References D.8\Ref 8. CI-07827 SAD.pdf
893 X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE

RESPUESTA: Si existe prueba que determina el actuar negligente de CCCI. En los puntos precedentes se encuentran los argumentos que fundamentan esta posición.

> *86. El Consorcio CCC Ituango destaca que la afirmación que hacen los expertos contratados por los reaseguradores en el sentido de que tanto el diseñador, la Interventoría y el Consorcio CCC Ituango sabían de "problemas" que "no se remediaron porque dichas partes no estaban de acuerdo en la causa o quien era responsable de resolverlos" es temeraria y carece de soporte probatorio.*

RESPUESTA: El documento no carece de soporte probatorio. Todo lo dicho en ese documento se sustenta en documentos que obran en el plenario. Cada uno de los documentos citados en el informe causa raíz obra en la siguiente ubicación: [1] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 79\FOLIO 16629 USB MAPFRE. Lo anterior justifica, que la suscrita Contralora considere que el contenido de ese documento se encuentra fundamentado.

De otra parte, la metodología de análisis utilizada en los informes técnicos obrantes en el plenario, a excepción del realizado para las reaseguradoras, fue la de proponer causas hipotéticas para el estudio de la causa raíz de la contingencia mientras que la de los expertos contratados por las reaseguradoras fue comparativa en el sentido de comprender el proyecto desde lo ocurrido en los túneles originales de desviación y en la GAD, los estudios realizados por aquellos respecto de las causas hipotéticas enunciadas anteriormente no son suficientes para desvirtuar el dicho del informe aportado por MAPFRE.

En este contexto es preciso recordar que en el caso concreto no se está reprochando la causa raíz del colapso de la GAD ocurrido en abril de 2018 sino una conducta negligente que relajó el diseño, lo que lo convierte en un diseño precario, lo que contribuyó a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto ocasionando mayores inversiones y el lucro cesante por la no entrada en operación.

> *87. Que el cumplimiento de obligaciones por parte del diseñador y EPM eran presupuesto necesario para que CCCI pudiese ejecutar las obras encomendadas en debida forma.*

RESPUESTA: Se atribuye responsabilidad fiscal a CCCI porque con sus acciones pusieron el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada

generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado

88. Que los pagos recibidos por CCCI corresponden a la obra realmente ejecutada. Que CCCI nunca recibió mayores valores para que la presa entrara en funcionamiento el 28 de noviembre de 2018

RESPUESTA: Esta delegada se remite a lo dicho en el punto anterior.

89. Que el Consorcio CCCI no estaba obligado a entregar las obras antes del 28 de noviembre de 2018. Que el consorcio CCCI no era responsable de la entrada en operación de la Hidroeléctrica en una fecha determinada.

RESPUESTA: En este punto resulta necesario recordar que el contratista es un especialista y un colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado y que cuando se compromete a adelantar una obra en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar lo hace a sabiendas de que puede efectivamente desarrollar dichas prestaciones

90. Que el esquema de pago del contrato CT-2012-000036 es por por cantidades de obra realmente ejecutadas. Que el pago de la obra se realizaba por precios unitarios, de manera periódica, previa verificación por parte de la Interventoría, de las cantidades de obra realmente ejecutadas y la calidad de las mismas. Que a diferencia de lo que ocurre en los contratos que se pactan a un precio global y fijo, cuando se pacta el pago por precios unitarios, el valor del contrato solo se conoce a su terminación. Al tiempo de su celebración, se fija un valor que es apenas "aproximado", en función de una estimación inicial de las cantidades de obra que serán necesarias para la ejecución del contrato. El hecho de que los Pliegos de Condiciones regulen las "obras adicionales" y las "obras extras" supone que EPM, desde la estructuración del Contrato CT-2012-000036 tenía prevista la posibilidad de que fuera necesario ejecutar mayores cantidades de obra a las inicialmente presupuestadas. En ese sentido, no es cierto que el Consorcio CCC Ituango haya recibido "mayores valores para que la presa entrara en funcionamiento en noviembre de 2018, no obstante el Estado dispuso de mayores valores y no obtuvo una prestación a cambio".

RESPUESTA: Las acciones y omisiones de CCCI colocaron el proyecto en una situación de vulnerabilidad, desembocando en la mal llamada contingencia de 2018, pues con ocasión de los defectos constructivos de la GAD, la misma colapso, lo que supuso aumentar aún más las inversiones de manera injustificada destruyendo el valor de la inversión y además contribuyeron a impedir el inicio de la operación de la hidroeléctrica en la fecha programada generando un lucro cesante, lo que permite concluir que las acciones y omisiones de los miembros de CCCI fueron determinantes para que se concretara el daño al patrimonio del Estado.

91. Lo que la Contraloría llama "*mayores valores*" corresponde al pago de las **mayores cantidades de obra** ejecutadas por el Consorcio CCC Ituango, bien por obra adicional bien por obra extra. Como bien indica la Contraloría, los particulares que contratan con el Estado se convierten en sus colaboradores. Sin embargo, no lo hacen de manera gratuita, sino a cambio de una contraprestación.

RESPUESTA: No, se refiere a cualquier valor que exceda el precio inicial del contrato. Todo lo cual incide en las mayores inversiones injustificadas del proyecto. Los miembros del CTIFS desarrollaron su conducta mediada por un interés económico a cambio del perjuicio d ela seguridad del proyecto.

92. En el AMB No. 16, por medio de la cual EPM le encargó al Consorcio CCC Ituango la implementación de un plan acelerado de obras, las partes definieron la remuneración de las obras **adicionales** que serían necesarias para la ejecución de dicho plan. En particular, determinaron el "*valor estimado*" del incremento de la mano de obra y pactaron que el valor final sería "*el que resulte de aplicar los factores acordados por las cantidades finalmente **ejecutadas***"

RESPUESTA: La idea de la entidad al adoptar un plan de aceleración y disponer de mayores valores se **fundamentaba** en la explotación económica de la presa a partir de noviembre de 2018. Pese a la disposición de mayores valores, recibidos por CCCI, la presa no pudo ser explotada en esa época a causa del colapso de la GAD (siendo concausa de este la conducta de CCCI), causándose así un daño patrimonial al Estado.

93. Que el consorcio CCCI ha actuado con diligencia en la ejecución del contrato CT-000036.

RESPUESTA: Este despacho no está de acuerdo con esta afirmación. La culpa grave que se predica de CCCI está explicada a lo largo de este proveído.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, por lo que en la parte resolutiva de esta providencia**,** se proferirá fallo con responsabilidad fiscal, de manera solidaria en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte, INDEXADOS,** como contribuyentes con ocasión de la gestión fiscal, de manera solidaria y a titulo de culpa grave en contra de **CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A, con NIT. 830.023.542, CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A, con NIT. 890.901.110-8, y CONINSA RAMON H S.A., con NIT. 890.911.431-1**

INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS

Mediante el Auto 1484 del 2 de diciembre de 2020 se imputó solidariamente responsabilidad fiscal a FERROVIAL AGROMAN CHILE S.A., con NIT. 900.452.428-2 y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A, con NIT. 890.311.243-7, en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000) , a título de culpa grave y por contribución con ocasión de la gestión fiscal, considerando que:

Se reprocha fiscalmente a FERROVIAL AGROMAN CHILE S.A. y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., por las siguientes acciones y omisiones con ocasión de la gestión fiscal antieconómica, ineficiente e inoportuna en el desarrollo del proyecto de la Hidroeléctrica Ituango por:

Atrasos sistemáticos en la construcción de las obras necesarias para la desviación del río Cauca, lo que aunado a situaciones de planeación, trajo como consecuencia la necesidad de implementar planes de contingencia y aumento el valor del contrato.

ARGUMENTOS DE DEFENSA Y ANÁLISIS PROBATORIO:

Actuando a través de su apoderado de confianza, presentaron argumentos de defensa a través del oficio con radicado 2021ER0040507 de 8 de enero de 2021. Procede este despacho a dar respuesta a los argumentos alegados.

1. *Que el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS no eran gestores fiscales por cuanto son contratistas*.

R/: Al estudiar los precedentes de las decisiones de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República, se puede observar que la vinculación, imputabilidad y atribución de este tipo de responsabilidad a los contratistas del Estado, ha encontrado pacífico fundamento en las normas legales generales que regulan las condiciones sustantivas y procesales de la responsabilidad fiscal, en disposiciones específicas que determinan la responsabilidad del contratista como co-causante del daño fiscal, en los precedentes de la jurisprudencia constitucional y en pronunciamientos de la jurisprudencia contencioso administrativa. En la actualidad a todo ello se suma como referente de obligatoria observancia y aplicación el alcance de las modificaciones introducidas por los artículos 125 y 126 del Decreto Ley 403, como se verá más adelante.

I.- Invocación de las normas generales de la responsabilidad fiscal y de los alcances dados por la jurisprudencia. –

Una primera fuente de sustentación ha sido la delimitación que hace el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, en relación con los sujetos activos que pueden ser vinculados al proceso de responsabilidad fiscal, conforme al cual se trata de un *"conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado*" (subraya fuera de texto).

Disposición que en adecuación a los conceptos de la causalidad y concausalidad en la generación de los daños patrimoniales, distingue dos situaciones:

-La de los servidores públicos y particulares que, por su acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa, causan un daño al patrimonio estatal, en ejercicio de gestión fiscal directa.
-La de los servidores públicos y particulares que, por su acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa, causan un daño al patrimonio estatal con ocasión de la gestión fiscal.
Los fallos de la Contraloría, han impuesto responsabilidad fiscal al contratista, cuando en desarrollo del objeto contractual, manejen o administren recursos, fondos o bienes públicos y en su actividad generen daño al patrimonio público. Es decir, casos en los que el contratista es **gestor fiscal directo.**

Igualmente, la Contraloría ha proferido fallos con responsabilidad fiscal al contratista, cuando en la ejecución de su actividad contractual genera o contribuye a la generación del daño fiscal. Es decir, casos en los que la Contraloría entiende que el contratista, actúa u omite con **ocasión de la gestión fiscal** contractual en aplicación de lo dispuesto en citado artículo 1º y con fundamento en el condicionamiento fijado, para la constitucionalidad de la norma, en la sentencia C-840 de 2001 (reiterada, entre otras, en las sentencias C-619-02 y C-832-02), a saber:

> *"El sentido unitario de la expresión **o con ocasión de ésta** sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de **gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respetivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.*
> *(…)*
> *Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado*[894]*, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.*
> *(…)*
> *En este orden de ideas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal* (negrilla original. Subraya fuera de texto).

En consecuencia, la responsabilidad fiscal como responsabilidad de tipo subjetivo, además, de la gestión fiscal directa que genera el daño, también puede derivarse, de los hechos u omisiones atribuibles a un servidor público o a un sujeto privado que, en desarrollo de una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal afectada, contribuyan de manera causal y, por tanto, determinante a la generación del daño fiscal. Es decir, que, para configurar la responsabilidad fiscal en estos

[894] Op. Cit. Sentencia SU 620 de 1996

casos, el sujeto debe actuar en una relación funcional, derivada, dependiente e inescindible de la gestión fiscal en cuyo devenir se produjo el daño fiscal.

La misma Corte brinda los elementos de alcance de la definición de "*conexidad próxima y necesaria*", al señalar que la expresión "*o con ocasión de esta*", solo justifica su aplicación, tanto en cuanto, los actos que la materialicen comporten dicha conexidad para el desarrollo de la gestión fiscal; y, así mismo, al señalar como potenciales destinatarios, de este alcance, a quienes profieran decisiones determinantes de la gestión fiscal, a los que cumplen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación y a contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado.

La anterior postura jurisprudencial fue reiterada por la misma Corporación, entre otras en la sentencia C-648-02, en la que se indicó que "*La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal*"

Es decir, que cuando sea preciso establecer la existencia de responsabilidad fiscal por contribución "*o con ocasión de*" la gestión fiscal afectada, se deberá evaluar la existencia de un gestor fiscal directo, cuya acción u omisión generadora del daño, resulte determinada o concausada por las acciones u omisiones de sujetos que concurren y actúan en el ámbito de esa gestión fiscal, en desarrollo de una relación funcional próxima y necesaria. De tal modo que, en el análisis de cada conducta, será pertinente establecer las condiciones de los gestores fiscales directos y de sujetos que actuaron en concurrencia y en el contexto de una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal afectada, a los efectos de establecer la secuencia de la causalidad o concausalidad productora de la lesión al patrimonio público.

Es desde la perspectiva de esa relación de conexidad próxima y necesaria del sujeto que obra con ocasión de la gestión fiscal y contribuye o determina el daño generado en el ámbito de la misma, como, en síntesis, los fallos de la Contraloría, han atribuido responsabilidad fiscal a contratistas, salvo los casos en los que éstos administran recursos públicos directamente, en los que los daños fiscales les han sido atribuidos como gestores fiscales directos, cuando manejan recursos públicos de manera directa, como es el caso del anticipo.

Así pueden citarse a título de ejemplos ilustrativos, los siguientes fallos:

-El proferido dentro del proceso verbal de responsabilidad fiscal CD 000336 en el que se determinó que un miembro de la UT contratista del contrato 165 de 2008 suscrito con la Dirección de Sanidad del Ejército para "*adquirir y poner en funcionamiento el sistema integral de información para el subsistema de salud de las fuerzas militares' Sisam', que cubra los procesos misionales, gerenciales y de apoyo, bajo una sola plataforma*" no realizó de forma completa las prestaciones relacionadas con el componente de la vertical salud ISH Med y lo que se entregó no

le prestó utilidad alguna a la Entidad Pública contratante, por lo que las fuerzas militares no contaron con el SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACION PARA EL SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES, conductas que fueron determinantes para que el daño se concretara, sobre todo si se tiene en cuenta la especial característica de ser la única empresa que contaba con la certificación SAP.

La anterior decisión fue confirmada en grado de consulta mediante Auto ORD-80112- 0041 -2018 de 1 de marzo de 2018 por cuanto se encontró demostrado que la empresa obró de manera negligente respecto al componente de Salud Vertical, trasgrediendo las estipulaciones contractuales, puesto que la entrega incompleta del producto le impidió al Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares acceder al Sistema Integral de Información para el subsistema de las Fuerzas Militares, que fue la razón de ser de la suscripción del ya precitado Contrato 165 de 2008, situación que fue determinante para la concreción del daño, teniendo en cuenta que la empresa era la única empresa certificada en SAP.

-También se puede citar la decisión proferida en 17 de enero de 2019 por el Despacho del señor Contralor en el auto ORD- 80112- 0011 -2019, respecto del proceso ordinario de responsabilidad fiscal PRF 2014-04612 21-04-962 relacionado con las irregularidades en la ejecución de los recursos de SGP dentro de un contrato interventoría, al realizar su pago total como si se hubiera realizado la ejecución integra del contrato de obra 2011-02-0693 cuando solo se ejecutó el 61.3%.

En dicha actuación se falló con responsabilidad fiscal en contra de los miembros del consorcio contratista, integrado por dos sociedades cuyo porcentaje de participación era de 20 y 80 % respectivamente. Es importante destacar que el referido porcentaje de participación no incide en la determinación de la cuantía por la cual deben responder fiscalmente.

Sobre el particular, en recurso de alzada el señor Contralor indicó:

> *Por lo demás, encuentra este despacho que el consorcio ejerció actos de gestión, pues las actividades desplegadas por éste debían llevar al logro de los cometidos estatales; sin embargo, se apartó del clausulado contractual, de los estudios previos, pliego de condiciones y por la ley de contratación, no es de recibo que alegar que él no era interventor de su propio contrato y que ninguna de las funciones de su representado tenían que ver con autorización, aval o interventoría de sus propios pagos, no siendo de recibo dicho argumento.*
>
> *(…)*
>
> *Este Despacho no observa ninguna aplicación retroactiva de normas sustanciales de la Ley 1472 de 2011. Si bien se cita en algún párrafo la*

> *presunción de culpa grave en cabeza de los interventores de que trata el artículo 82 - 2 de la Ley 1474 de 2011 en el auto N° 1712 de 2018, que resolvió los recursos de reposición, a renglón seguido la primera instancia analizó de manera acertada el grado de culpabilidad grave en cabeza de los miembros de dicho consorcio, encontrando culpa grave por el ingreso a sus arcas de cuantiosos recursos públicos por actividades que no era procedente su pago por obras suspendidas y/o sin ejecución, así como recibir de más, pactando unas tarifas en el otrosí inferiores, tal como se ha señalado en los actos administrativos impugnados, así como en el presente proveído. En este orden de ideas, este argumento carece de vocación de prosperidad.*
>
> *La determinación de responsabilidad fiscal se realizó de conformidad con el clausulado del contrato de interventoría, los principios de contratación señalados en la Ley 80 de 1993 y la Ley. No se estableció ninguna presunción en cabeza del CONSORCIO (…), sino que se probó la culpa grave de tal contratista como gestor fiscal, al tener la calidad de colaborador de la administración. En este orden de ideas, este argumento carece de vocación de prosperidad.*

-Por último, se cita el auto 80112-ORD-038-2018, decisión proferida el 28 de febrero de 2018 dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal PRF-2014- 04333 UCC-PRF-019-2013 que se originó con base en las irregularidades en la ejecución de recursos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el marco del Programa de Alimentación Escolar — PAE- en la Regional Sucre del mismo, durante la vigencia 2010 respecto de los contratos de aporte números 643, 644, 645,646 y 647.

Con la anterior decisión se confirmó en sede de apelación el fallo con responsabilidad fiscal y se determinó que el Contratista Operador de cada uno de los contratos investigados no efectuó los aportes por concepto de cofinanciación de manera completa, lo que trajo como consecuencia que el particular para cumplir con el objeto del contrato se apalancara en los recursos girados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En este auto se responde a la inquietud formulada en recurso de reposición y en subsidio apelación en la que se cuestiona ¿"cuáles fueron los fundamentos tenidos por la CGR para establecer que las cooperativas son gestores fiscales y por lo tanto atribuirle una conducta dolosa o gravemente culposa en la administración de sus propios recursos?"

Sobre el anterior planteamiento responde el despacho del señor contralor indicando que.

> *Lo primero que hay que anotar sobre este punto es que la primera instancia no calificó como gestor fiscal directo a las Cooperativas. Tal y como lo admite*

la Ley y la jurisprudencia, también es factible ser sujeto de control fiscal cuando con ocasión de la gestión fiscal un servidor público o particular contribuye a la causación del daño. En el caso concreto se dijo que la cooperativa al no hacer el aporte total establecido en los contratos se apalancó en el recurso del ICBF para cumplir el objeto del contrato y por lo tanto contribuyó a la ocurrencia del daño.

Es del caso precisar que, tal como se explicó en el acápite del grado de consulta en la presente providencia, así como en la parte considerativa del auto 2203 de 2017, el daño se encuentra debidamente acreditado por los medios de prueba obrantes en el plenario, que demuestran que efectivamente el Operador se apalancó en los recursos del ICBF.

En cuanto a la conducta del contratista y el nexo causal de la conducta desplegada por este con la producción del detrimento patrimonial, resulta claro para esta instancia que los lineamientos establecieron de manera clara y expresa el porcentaje de aporte por concepto de cofinanciación al que se comprometió el Operador; sin embargo, este al no realizar los aportes completos por concepto de cofinanciación contribuyó con la materialización del daño fiscal, puesto que durante el desarrollo de la investigación se demostró que el particular se apalancó en los recursos públicos correspondientes al patrimonio del ICBF. Con base en lo anterior, esta instancia evidencia que no existe perjuicio irremediable a ninguna de las cooperativas que fueron declaradas fiscalmente responsables, puesto que la decisión se encuentra debida y suficientemente soportada no solo en las disposiciones normativas y jurisprudenciales aplicables, sino en el análisis conjunto y bajo los criterios de la sana crítica del acervo probatorio recaudado durante el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal, lo que arrojó como resultado tanto la existencia del daño como la conducta y nexo causal de cada uno de los vinculados.

No obstante, ello no significa que exista impedimento alguno para adelantar las investigaciones a las irregularidades que sean generadoras de daño fiscal, aunque las mismas se deriven de la actividad contractual, tal como sucedió en el presente proceso, en el cual se encontró demostrado el daño fiscal por cuanto el Operador al no realizar los aportes completos de cofinanciación, se apalancó en los recursos públicos correspondientes al patrimonio del ICBF, sin que ello signifique la existencia de confusión alguna entre la declaración de incumplimiento con un hecho generador de daño fiscal.

-De otra parte, en Fallo de apelación 0015 del 6 de marzo de 2013 proferido dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal CD 000153, relacionado con las irregularidades en la inversión por parte del departamento del Casanare de recursos públicos en un patrimonio autónomo y la estructuración de un negocio fiduciario con

la compañía FIDUAGRARIA S.A en donde terceros (inversionistas beneficiarios) depositaron dinero a cambio de una remuneración adicional en un plazo determinado, previa suscripción de una "oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición", señaló el Despacho del señor Contralor:

> *Acierta el despacho en la determinación de la responsabilidad concerniente a la sociedad (…) al calificar en el grado de dolo, dado que la conducta adelantada por la comprometida sociedad en cabeza de su representante legal, se dirigió a la realización de una actividad ilegal, pues, movilizó dineros o recursos contrariando las disposiciones legales que para ellos se reserva.*
>
> *Pero además, ejecutó conductas abiertamente deliberadas y conducidas hacia el engaño e incumplimiento injustificado de los compromisos adquiridos con el inversionista, apropiándose de los recursos públicos con total conocimiento de su imposibilidad para devolverlos y sin la más mínima intención de honrar sus compromisos. Demostración de lo anterior es que, no ejecutó de manera alguna los proyectos mineros; no desembolsó recursos en el patrimonio autónomo de los derechos económicos cedidos del contrato suscrito con (…)**;** aportó documento fraudulento de la aceptación de la anterior cesión, dispuso arbitrariamente de los dineros invertidos por el **DEPARTAMENTO DEL CASANARE** e incumplió con la readquisición de los derechos cedidos del contrato de fiducia (según oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición).*
>
> *En el presente evento al darse manejo y disposición de recursos públicos resulta claro señalar que los servidores de la administración departamental de Casanare como los de FIDUAGRARIA S.A., adelantaron gestión fiscal; gestión fiscal que alcanza a cubrir a la sociedad (…), al estar todos inmersos en el manejo de los recursos pertenecientes al ente territorial, siendo desplegada por algunos de forma directa y por otros de manera indirecta.*

II.- La actividad contractual como gestión fiscal y la actividad del contratista como relación de conexidad próxima y necesaria con aquella.-

La actividad contractual, que comprende la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de su liquidación o extinción del mismo, es el medio más activo de gestión de los recursos públicos.

De modo esquemático y a grandes rasgos, la gestión fiscal de la actividad contractual, en la que las entidades estatales adquieren los bienes, obras o servicios para el cumplimiento de sus fines, está configurada por las siguientes fases secuenciales:

-Planeación o estructuración completa del proyecto de negocio jurídico estatal.

-Convocatoria y desarrollo del procedimiento de selección objetiva o escogencia del contratista, según el régimen jurídico aplicable.
-Celebración del contrato y verificación de las condiciones de ejecución.
-Ejecución del contrato, a través del cumplimiento de las obligaciones recíprocas.
-Ejercicio de la función de dirección y vigilancia de la ejecución del contrato.
-Ejercicio de las potestades unilaterales de control.
-Ordenación del gasto, para el pago de las prestaciones debidamente cumplidas.
-Liquidación o extinción del contrato.
-Ejercicio del medio de control judicial de controversias contractuales.

El Alto Tribunal Constitucional mediante la sentencia T-1176 de 2004, ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, expresó lo siguiente sobre el concepto de ordenador del gasto y los sujetos de control fiscal, para lo cual citó jurisprudencia de la misma Corporación que data de los años 1995 y 1996, cuyos preceptos se mantienen vigentes, bajo el entendido de la gestión fiscal directa e indirecta (o "con ocasión"):

> *"El concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado - limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto*[895]*.*
> (…)
>
> En cuanto a los sujetos sobre los cuales se ejerce la vigilancia fiscal, cabe mencionar, que independiente de la naturaleza pública o privada, o de sus funciones, o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, por supuesto circunscrito a la gestión fiscal realizada[896]".

Ahora bien, la titularidad de la gestión fiscal contractual, recae en los servidores públicos y particulares, que tienen la potestad o capacidad jurídica de disponer, manejar o administrar los recursos públicos, en cumplimiento de las acciones que comprenden la actividad contractual para la "*correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado."*

En otras palabras, en la actividad contractual, constituye gestión fiscal directa el ejercicio de todas las potestades jurídicas que impliquen administración y disposición directa de recursos, bienes e intereses patrimoniales públicos,

[895] Sentencia C-101 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
[896] Sentencia 374 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

necesarias en todas y cada una de las acciones enlistadas y aquellas otras que estén comprendidas en estas.

Sin embargo, el ejercicio de las potestades dispositivas de los gestores fiscales directos, requieren del apoyo y/o concurrencia de un denso conjunto de operaciones y acciones en cabeza de otros sujetos, sin las cuales no sería posible conseguir los objetivos de la gestión fiscal contractual. Son servidores públicos o particulares que, sin ostentar la titularidad de la gestión fiscal directa, tiene a su cargo funciones u obligaciones sometidas funcionalmente a la gestión fiscal de la actividad contractual, tanto en cuanto, sin su concurso o participación, esa gestión fiscal no podría materializarse. Se trata de funciones, atribuciones y obligaciones, que, entre otras, sirven de soporte, desarrollo, ejecución, determinación, origen, causa, participación, intervención, inducción, condición esencial de tales potestades dispositivas; y que, por tanto, se encuentran en una relación de conexidad próxima y necesaria con esa gestión fiscal de la actividad contractual.

A título de ejemplo:

-Sin el apoyo de los funcionarios de apoyo técnico, jurídico o financiero, no sería posible contar con los documentos o estudios previos a la contratación.
-Sin la evaluación de ofertas que realizan los funcionarios del nivel directivo y/o profesional, no sería posible contar con los soportes de la adjudicación.
-Sin los informes de la supervisión o interventoría a la efectiva ejecución contractual, no sería posible ejercer las potestades de dirección, control y sanción.
-Sin la participación de oferentes, no sería posible la selección objetiva ni la adjudicación.
-Sin la ejecución del contrato por parte del contratista, no podrían cumplirse los fines estatales específicamente perseguidos.
El contratista del Estado, en ese orden de ideas, según el contenido del objeto contractual, puede ser visto como gestor fiscal directo o como sujeto que actúa "con ocasión de" la gestión fiscal contractual.

Es un **gestor fiscal directo**, cuando en desarrollo del objeto contractual, tiene a su cargo directo la administración o el manejo de bienes, recursos o intereses patrimoniales públicos y la capacidad para cumplir con las acciones previstas en el artículo 3º de la ley 610 de 2000. Así, entre otros varios ejemplos, cuando recibe recursos por concepto de anticipo y debe asumir la titularidad de su administración, inversión exclusiva en el objeto contractual y su amortización; o cuando celebra y ejecuta obligaciones de contratos de concesión que configuran las potestades previstas en dicha norma; o de explotación de bienes del Estado.

De otra parte, como sujeto que actúa "**con ocasión de**" la gestión fiscal, no cabe duda que, en todo caso, la relación contractual, entidad contratante – contratista, es de aquellas que, como lo hace ver la Contraloría en sus pronunciamientos,

constituyen una relación de conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal de los recursos, bienes e intereses patrimoniales afectos al contrato.

Lo anterior, en el marco de los contratos conmutativos que celebra la Administración, para la consecución de bienes, obras o servicios necesarios para el cumplimiento de sus fines, se refuerza con la condición que se le confiere al contratista en el Estatuto General de Contratación, de colaborar con la entidad contratante en el cumplimiento de las finalidades estatales perseguidas con la celebración y ejecución del contrato; y, además, con la condición de estar afecto (el contratista) al cumplimiento de *"una función social que, como tal, implica obligaciones."*
Como colaborador de la Administración, el contratista, determina buena parte de la gestión fiscal a cargo de los servidores públicos de la entidad contratante, porque sus acciones u omisiones, materializadas en la ejecución o no ejecución de las prestaciones contractuales a su cargo, traducidas en la entrega o no entrega, de los bienes, obras o servicios por los cuales percibe el pago, se convierten en factores esenciales del resultado de dicha gestión fiscal. Es alrededor de tales acciones u omisiones del contratista, como se llevan a cabo, entre otras, las decisiones de quienes tienen la competencia de la entidad para celebrar el contrato; vigilar y supervigilar su ejecución; conminar a su cumplimiento; tomar las decisiones directivas o correctivas para el cumplimiento del objeto contractual; recibir y pagar los bienes, obras o servicios que integran el objeto contractual; adoptar las decisiones de ponderación del cumplimiento o incumplimiento definitivo; liquidar el contrato; acudir a la jurisdicción, entre otras.
En efecto, el contratista fue seleccionado y el contrato celebrado, en la convicción de que, con su acción de experto agente del mercado, se daría satisfacción a la necesidad estatal que el contrato pretende solucionar. Así las cosas, por ejemplo, no ejecutar las prestaciones en las condiciones anotadas y, además, cobrar y percibir el pago por lo no ejecutado o lo no cumplido, constituye una acción del contratista que afecta negativa y determinantemente el resultado de la gestión fiscal a cargo de la entidad pública en relación con la ejecución del contrato.

En tal sentido, el contratista, con ocasión de la actividad contractual, al percibir el pago de prestaciones con sobrecostos injustificados; o que nunca ejecutó; o que ejecutó indebidamente, actúa en una relación funcional u obligacional que en su naturaleza es tiene conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal a cargo de los servidores de la entidad estatal contratante y, por consiguiente, en estas hipótesis que se traen a título de ejemplo, contribuye a la generación del daño fiscal, sencillamente, porque sin su intervención, no se hubiera consolidado.

Desde tiempo atrás, año 2008, sentencia de tutela T-1012-08, la Corte Constitucional señaló, que "*En relación con la interpretación de las normas constitucionales y legales y, en especial, respecto de la calidad de destinatario del proceso fiscal del particular contratista con el Estado, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, ha sido enfática en sostener*

no sólo que los contratistas con el Estado son sujetos de vigilancia fiscal, sino también que el control sobre la gestión adelantada por las autoridades públicas y los particulares en la contratación pública se justifica por la naturaleza misma del control fiscal que fue diseñado para defender el erario público y garantizar la eficiencia y eficacia los recursos públicos."

No sobra advertir, que aún en los casos de deficiente planeación o estructuración del negocio jurídico estatal, atribuible en principio a los servidores públicos y/o a los consultores externos de la entidad, la jurisprudencia contencioso administrativa ha reseñado la posibilidad de atribuir responsabilidad civil al contratista cuando quiera que desde la fase de discusión de pliegos y presentación de ofertas, en su condición de proponente, estaban en plena capacidad de conocer las falencias de la estructuración del contrato, y a pesar de ello persistieron en su decisión de presentar oferta y celebrar el contrato. Se trata de situaciones, en las que el proponente y a la postre contratista estaba en acreditada capacidad de conocer a ciencia cierta la falencia o ausencia protuberante y palmaria de condiciones de estructuración del contrato y aun así decide celebrar el contrato, a sabiendas de su inviabilidad. Es lo que iteradamente la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado como el carácter "bifronte" de las cargas en materia de planeación como principio de la contratación pública. Así, por ejemplo, en sentencia de 8 de mayo de 2019, rad. 25000-23-36-000-2013-02029-01(59309), al recordar su postura pacífica este punto esa Alta Corporación ha indicado lo siguiente:

"Avanzando sobre las anteriores reflexiones y descendiendo en reglas concretas, la Sala concluye:

Se puede afirmar que el principio de planeación en la contratación pública es bifronte, es decir, se traduce en una carga tanto para la entidad estatal como para el contratista, respecto de aquellos aspectos que compete definir a cada parte.

La exigencia de obrar de acuerdo con el principio de planeación se predica en la formación del contrato y, de la misma forma, en la negociación de sus modificaciones y adiciones.

Dentro del marco de la colaboración que compete al contratista45, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública.

Es común que el contratista sea el encargado de elaborar los análisis de precios en forma consistente con los costos, en el caso de proponer las adiciones y modificaciones al contrato, de manera que, en ese evento, como conocedor de la

contratación en curso, se le exige definir con suficiencia los requerimientos de plazo y valor, por ello, respecto del contratista, se predica también la carga de planear adecuadamente las modificaciones, en orden a establecer los requerimientos sobre los cuales se construyen las obligaciones contractuales."

Aunque ya en sentencia de 26 de febrero de 2014, rad. 68001-23-15-000-1997-13341-01(26551) el Consejo de Estado, había preciado criterios que delimitan esta responsabilidad al señalar que:

"Pero por supuesto que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las falencias que determinan una transgresión normativa, son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.

Así las cosas, la suerte del cumplimiento de las obligaciones del contratista, exige de parte de quienes ejercen las funciones de administración, manejo y custodia, de los recursos, bienes e intereses patrimoniales involucrados en la ejecución del respectivo contrato, la verificación permanente, oportuna y completa de las circunstancias que afecten la ejecución contractual. Es en función del cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones del contratista, como los gestores fiscales de la entidad contratante deciden o no, autorizar, ordenar y erogar los pagos al contratista; y, cuando las situaciones concretas lo ameriten, hacer requerimientos perentorios y, en últimas, adoptar las medidas correctivas y/o sancionatorias que aseguren el cumplimiento de la finalidad contractual perseguida.

El criterio jurisprudencial en relación con el alcance de la expresión "con ocasión", ahora viene a ser desarrollado por los artículos 125 y 126 del Decreto Ley 403 de 2020, en disposiciones que sin duda encuentran sustento en el concepto de relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Veamos:

De conformidad con el artículo 125 del Decreto Ley 403 de 2020, al modificar el párrafo 2º del artículo 5º del Decreto Ley 610 de 2000

"La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.

- Un daño patrimonial al Estado.

- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores" (subraya fuera de texto).

Significa lo anterior, que dentro de los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal, el hecho generador puede ser atribuido al gestor fiscal directo y/o a quien contribuya determinantemente a la generación del daño fiscal en las calidades mencionadas en el párrafo 2º de la norma. Es decir, se trata de sujetos de quienes se predica una intervención necesaria para la producción del daño, es decir, sin cuya la participación, concurrencia, incidencia o contribución, el daño no se hubiera producido o no se hubiera producido en la magnitud en la que se produjo.

No cabe duda que el daño fiscal, es el que se causa en el ámbito de la gestión fiscal por el tipo de sujeto allí contemplado; como tampoco cabe duda que el fenómeno causal puede ser atribuido a uno a o varios sujetos que funcionalmente tengan actividades funcionales en la gestión fiscal afectada, en un contexto de concausalidad.

Por su parte, el artículo 126 del Decreto Ley 403 de 2020, introduce una modificación a la parte final del artículo 6º de la Ley 610 de 2000, en relación con los sujetos que pueden ocasionar el daño fiscal. Es decir, define el perfil de sujetos que pueden ser llamados a responder fiscalmente, a saber:
"Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo" (subraya fuera de texto).

Esta disposición, que en su primera parte, hace un desarrollo del concepto de daño fiscal y sus manifestaciones; en su segunda parte, se armoniza con lo previsto en el artículo 1º y en el artículo 5º de la misma Ley 610, al recoger el criterio jurisprudencial mencionado anteriormente, en relación con el término "*con ocasión*" y entender que dentro de los autores de las conductas generadoras del daño pueden encontrarse los servidores públicos o particulares que ejercen gestión fiscal; o que, sin ser los gestores fiscales directos, se consideran determinadores del hecho generador por participar, concurrir, incidir o contribuir, directa o indirectamente, en la producción del daño.

Es decir, autores o coautores, que actúan u omiten en gestión fiscal directa o "*con ocasión"* de la misma, pues no en vano, la nueva disposición del artículo 6º de la mencionada Ley, utiliza la expresión *"dicho daño podrá ocasionarse*", para reafirmar que el daño puede ser causado en la acción u omisión dolosa o gravemente culposa del tipo de sujetos allí mencionados.

Por otra parte, tanto la nueva disposición del artículo 125 como la del artículo 126 del Decreto Ley 403 de 2020, de modo idéntico utilizan para los sujetos distintos a quienes ejercen gestión fiscal directa, tiempos verbales en presente de las expresiones: *participar, concurrir, incidir o contribuir,* todos referidos a la "*producción del daño*". Son verbos rectores que, grosso modo, implican que los sujetos activos de las conductas, para producir el daño, actuaron u omitieron de modo determinante y en cumplimiento de roles, obligaciones, facultades o deberes funcionales que se deben cumplir en el ámbito de la gestión fiscal afectada.
Ahora bien, se observa que la modificación introducida por el citado artículo 126 del Decreto 403 de 2020, dispone que las modalidades de intervención allí previstas pueden ser suscitarse "*directa o indirectamente en la producción"* del daño. Expresión que, en la secuencia o relación de conexidad debe entenderse bajo la premisa conforme a la cual la intervención del sujeto en la producción del daño debe darse, en ámbito de la gestión fiscal y en una necesaria relación causal, entre el hecho generador y el daño fiscal.

Siempre que se invoque la existencia de un daño fiscal, necesariamente, debe identificarse, en concreto, la gestión fiscal en cuyo ejercicio se produjo. Sin embargo, en aplicación de lo dispuesto en la normativa y en la jurisprudencia referidas, este aserto no conduce a la conclusión de erradicar de la imputabilidad o atribución de responsabilidad respecto de conductas o actividades conexas y concurrentes a la gestión fiscal afectada, que, en el marco de una relación próxima y necesaria con ésta, generen o contribuyan a la generación del daño fiscal, tanto en cuanto resulten determinantes o constituyan causa eficiente de su producción.

Es decir, que cuando sea preciso establecer la existencia de responsabilidad fiscal por contribución "*o con ocasión de*" la gestión fiscal afectada, siempre deberá existir una gestión fiscal afectada, de tal modo que, en el análisis de cada conducta, resulte claro establecer las condiciones de los gestores fiscales directos y/o de los sujetos que actuaron u omitieron en las condiciones de contribución o generación contemplados en las dos disposiciones mencionadas en los citados artículos del Decreto 403 de 2020. Todo lo cual, sin duda se da en el contexto de una relación próxima y necesaria con dicha gestión fiscal afectada, a los efectos de establecer la secuencia de la causalidad o concausalidad productora de la lesión al patrimonio público.

En síntesis, la buena ejecución del contrato en lo material y en lo temporal, se convierte el núcleo alrededor del cual gravita la suerte gestión fiscal en el ámbito de la actividad contractual con recursos públicos. El contratista en su condición de

colaborador de la Administración para el cumplimiento de los fines de la contratación, como parte de una relación de conexidad próxima y necesaria, viene a ser un determinador de la buena o de la deficiente gestión fiscal contractual a cargo de los servidores de la entidad contratante, sin dejar de considerar los casos en los que por el objeto contractual y por virtud de la Ley el contratista haya sido investido de la titularidad de la gestión fiscal directa. Así como el contratista, "con ocasión" de la gestión fiscal contractual participa, concurre, incide o contribuye a la buena gestión fiscal de la actividad contractual, también podría en las mismas modalidades de acción u omisión ser determinante del daño fiscal.

En este escenario normativo, todos los roles que juegan en la actividad contractual, al estar en algunas de las condiciones previstas en las dos normas legales, pueden dar lugar a la atribución de la responsabilidad fiscal.

En la actualidad, a las voces de los artículos 5º y 6º de la Ley 610 de 2000, modificados por los artículos 125 y 126 del Decreto 403 de 2020, el contratista de la Administración puede tener el perfil de responsable fiscal cuando en el marco del rol que desempeña en la actividad contractual pública, bien el ejercicio de la gestión fiscal directa (p. ej., pérdida de los recursos del anticipo); o bien, cuando participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño fiscal.

III.- Pronunciamientos de la jurisprudencia contencioso – administrativa. -

En materia jurisprudencial, son varios las sentencias del Consejo de Estado, en los que se avala el tratamiento del tema por parte de la Contraloría General.

El Consejo de Estado señaló el 15 de septiembre de 2016 al pronunciarse respecto a la solicitud de nulidad de un fallo con responsabilidad fiscal proferido por este órgano de control respecto a hechos relacionado con las irregularidades en la inversión de recursos públicos en patrimonios autónomos:[897]

> *El Departamento del Casanare, previo conocimiento del Contrato de Fiducia Mercantil suscrito entre FIDUAGRARIA S.A. y COSACOL S.A., suscribió con esta última dos Ofertas de Cesión de Derechos de Beneficio con Pacto de Readquisición, por lo cual dineros públicos, que no dejaron de serlo, pasaron a ser parte del Patrimonio Autónomo administrado por FIDUAGRARIA S.A.; de manera que el ente territorial se convirtió en Inversionista Beneficiario, en los términos establecidos en el Contrato de Fiducia Mercantil, suscrito con anterioridad.*
>
> *FIDUAGRARIA S.A. conoció que al Patrimonio Autónomo que administraba ingresaron dineros del Departamento de Casanare, pues los dineros públicos*

[897] C.P. María Elizabeth García González. Rad. 25000-23-41-000-2014-00058-01

fueron consignados en su cuenta bancaria; además, el 27 de noviembre de 2006 la Vicepresidencia de Negocios Fiduciarios certificó su calidad de Inversionista Beneficiario.

Los dineros públicos que FIDUAGRARIA S.A. recibió del Departamento de Casanare no fueron recuperados, luego es indudable que hubo un daño al patrimonio público, en cuya configuración contribuyó la Fiduciaria FIDUAGRARIA S.A. al omitir su deber de verificar, constatar y exigir el efectivo ingreso de los recursos al Patrimonio Autónomo por cuenta de los contratos celebrados por COSACOL S.A. con las cuatro empresas mencionadas, en la oportunidad y en la cantidad necesaria para atender las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil. Precisamente, atendiendo la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional, citada por el actor, al ingresar dineros públicos al Patrimonio Autónomo, FIDUAGRARIA S.A. como administradora se convirtió en gestor fiscal.

Igualmente, y a modo de ejemplo, se puede señalar que las entidades bancarias al suscribir contrato de cuenta corriente con una entidad estatal son contratistas del estado y en virtud de ello pueden responder fiscalmente.

Así lo indicó el Consejo de Estado el 22 de enero de 2015 con ponencia del Magistrado Guillermo Vargas Ayala:

"Al suscribir el contrato de cuenta corriente con una entidad estatal, éste adquiere la naturaleza de contrato estatal y por ende, ***las entidades bancarias en su calidad de contratistas, responden fiscalmente*** *cuando realizan el pago de cheques falsos o adulterados, si con su proceder descuidado o negligente contribuyeron con el daño sufrido por la entidad pública"*[898]*.*

Igualmente, el 23 de julio de 2015 en sentencia proferida dentro del expediente 2007-00458-01 concluyó:

De acuerdo con lo expuesto, cuando las entidades estatales suscriben contratos con entidades del sector bancario o financiero, el contrato adquiere la naturaleza de contrato estatal y en consecuencia, la Contraloría General de la Republica tiene competencia para iniciar los procesos de responsabilidad fiscal en su contra, pues son sujetos pasivos de esta responsabilidad.

También indicó el 24 de septiembre de 2009 al pronunciarse sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la Sociedad Colombiana de

[898] Citado en Sentencia del 23 de julio de 2015 dentro del expediente 2007-00458-01 C.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Actor: BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA.

Arquitectos Regional Tolima O.N.G. contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido en septiembre de 2003 por las irregularidades evidenciadas en el contrato suscrito entre dicha entidad y el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero – FOREC, que la primera de ellas con su conducta pasiva no verificó el cumplimiento del contrato que suscribió para la ejecución de las obras de reconstrucción del municipio de Roncesvalles, como debía ser su labor, de conformidad con el contrato de administración zonal, en donde además de prestar los servicios de administración delegada, también prestaba los de interventoría y por lo mismo debería verificar la totalidad de contratos que firmaba, incluyendo los de interventoría de las obras.

Finalmente se debe citar la sentencia de 5 de diciembre de 2019, exp. 15001-23-33-000-2014-00288-01, en la que el Consejo de Estado, le confiere plena razón a la decisión de la Contraloría, en relación con la existencia de un hallazgo fiscal configurado por el pago por prestaciones no realizadas o no cumplidas por la contratista. El caso corresponde a una situación fáctica de incumplimiento contractual, en la que por las pruebas halladas por la Contraloría y el análisis que realiza el Consejo de Estado sobre el fallo del órgano de control la realidad fáctica de la ejecución contractual contrastaba con lo reflejado en los documentos contractuales (actas de recibo, informes de interventoría, liquidación), a partir de lo cual se declaró la responsabilidad fiscal. En su pronunciamiento sobre el caso, señaló el Consejo de Estado:

Acorde con lo anterior, la Sala concluye que el objeto del contrato consistía en la preparación de 4500 estudiantes de educación básica secundaria de los planteles educativos públicos del Municipio de Puerto Boyacá para las pruebas Icfes y Saber y para satisfacerlo debían cumplirse las siguientes actividades: (i) la aplicación de simulacros, (ii) la calificación de las pruebas, (iii) la elaboración de informes individuales cualitativos y cuantitativos y (iv) hacer un informe analítico por cada institución; ***de manera que no es posible predicar el cumplimiento parcial del mismo y mucho menos la cuantificación parcial del daño patrimonial, pues el objeto del contrato no se alcanzó, ni reportó beneficio alguno a la entidad contratante. Menos aún si, como se acredita en el plenario y no ha sido desvirtuado por la demandante, no preparó los respectivos cuadernillos, sino que se limitó a imprimir un material oficial para hacer uso del mismo, cuando era precisamente el material didáctico el elemento central para la capacitación***"
(…)

De conformidad con lo señalado la Sala concluye que sí se analizaron los medios de prueba para llegar a la convicción de la responsabilidad fiscal de la demandante a título de dolo y la existencia del nexo causal entre el daño y su conducta. (negrilla y subraya fuera de texto).

Al acoger los argumentos de la Contraloría, la sentencia del Consejo de Estado que se cita entendió que las actividades desplegadas por la contratista no fueron idóneas para el cumplimiento de la finalidad perseguida por la Administración y que, por tanto, al no cumplirse el objeto contractual, el valor del daño se elevó al monto total del precio contractual. La importancia esta sentencia de diciembre 5 de 2019, consiste para fundamentar la posibilidad de atribución fiscal a los contratistas cuando con ocasión de la actividad contractual generen o contribuyan a la generación del daño fiscal; y reafirmar, así sea implícitamente, la autonomía y legitimidad de la acción fiscal para el resarcimiento de daño fiscales en la contratación estatal, incluso, en casos de incumplimiento contractual.

IV.- Disposiciones normativas expresas que en el ámbito de la responsabilidad fiscal involucran al contratista.

Unido a lo anterior, el legislador en desarrollo de las disposiciones constitucionales, en particular del artículo 268 numeral 5º, no sólo ha fijado el ordenamiento jurídico general de la responsabilidad fiscal, sino que, también ha expedido preceptos que permiten desarrollar en lo normativo, manifestaciones de esa relación de conexidad próxima y necesaria del contratista con la gestión fiscal de la actividad contractual de la entidad contratante. Se citan las siguientes:

1. De la Ley 610 de 2000.-

1.1.- El artículo 61, por ejemplo, da por sentada la posibilidad legal de vincular a los contratistas al proceso de responsabilidad fiscal, al preceptuar que: "***Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable****, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado"* (resaltado fuera de texto).

Esta disposición, fue demandada junto con el artículo 44 de la misma ley 610, entre otros argumentos, formulados por los demandantes, que consideraban inconstitucional la extensión de las competencias de la Contraloría a *"los contratos estatales en ejecución, a los contratistas y a los garantes de obligaciones meramente contractuales"*.

Por su parte, la Corte Constitucional, al conocer la demanda en control abstracto de constitucionalidad, mediante sentencia C-648 de 2002, declaró exequibles las disposiciones demandadas, sin condicionamiento alguno, con fundamento en la naturaleza autónoma de la responsabilidad fiscal y su coexistencia con otro tipo de responsabilidades. En efecto, al aludir a su reiterada jurisprudencia la Corte concluye:

> *"5. Estiman los demandantes que las normas acusadas desconocen el esquema constitucional sobre vigilancia de la gestión fiscal (C.P., arts. 119 y*

268 numerales 5 y 6) al extender la intervención de la contraloría a los contratos estatales en ejecución, a los contratistas y a los garantes de obligaciones meramente contractuales. Agregan que el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 prohíbe la intervención de las contralorías en la contratación.
(…)
6. Consideran los demandantes que las normas acusadas facultan a las contralorías para establecer todo tipo de responsabilidad, no solo fiscal, y para que juzguen la responsabilidad contractual y extracontractual de funcionarios y particulares, las cuales son de competencia de las autoridades judiciales (C.P., arts. 113 y 116). Agregan que esta intromisión de las contralorías producirá decisiones contradictorias frente a las que profieran otras autoridades.
Al respecto, esta Corporación en diferentes ocasiones ha señalado que en el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de responsabilidad, las cuales, aunque se rijan por principios constitucionales comunes como el debido proceso y los que regulan la actuación administrativa, son autónomas, tienen objeto, naturaleza y finalidad propias y están reguladas por sistemas legislativos diferentes[899]
(…)
7. De lo expuesto se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de ***la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas*** *en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o*

[899] [9] Las modalidades de responsabilidad más frecuentes a que puede dar lugar la actuación de los servidores públicos y de los particulares en los casos que señale la ley, son las de carácter penal, disciplinaria, patrimonial, política y fiscal. En la materia que ocupa la atención de la Corte, en diferentes escenarios se alude a la sujeción a los principios y fundamentos constitucionales. Así por ejemplo, durante el trámite de aprobación de la ley a la que pertenecen las normas acusadas (L. 610), se plantearon estos presupuestos en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes: "- Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos responsables vinculados a investigaciones y los juicios fiscales todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa y, de otra parte, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas. (...) - Correlación entre el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y la atribución constitucional de la cual emana su fundamento legal, establecida en el numeral 5º del artículo 267 de la Carta, en cuya virtud corresponde a los contralores establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de manera que el establecimiento de aquélla por parte de las contralorías está referida a una indebida o inadecuada gestión fiscal de la cual se derive un daño patrimonial que afecte la hacienda pública. (...)". En: Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8

bienes jurídicos objeto de protección[900]*.* ***No son admisibles, por ende, los cargos formulados en este sentido****"* (resaltado fuera de texto).

Lineamiento de la jurisprudencia constitucional, que declara exequible la previsión sobre la responsabilidad fiscal del contratista, contenido en el artículo 61 de la Ley 61; que es reiterado luego en las sentencias C-735 de 2003, C-967 de 2012; y que reafirma la capacidad de determinar responsabilidad fiscal como consecuencia de "*cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales".* De igual forma, como referentes jurisprudenciales sobre el ejercicio del control fiscal respecto de particulares colaboradores de la administración pública se pueden consultar las sentencias C-167 de 1995 y la C-1148 de 2001, además de las mencionadas en el presente documento.

1.2.- El artículo 44 de la ley 610 de 2000, al regular la vinculación al proceso de responsabilidad de las aseguradoras en su calidad de terceros civilmente responsables, señala en su inciso 1º que "*Cuando el presunto responsable, o el bien* ***o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso****, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado"* (resaltado fuera de texto). Norma que da por sentado la posibilidad, en los casos de daños fiscales originados en la ejecución contractual, de vincular a la aseguradora que emitió la póliza que ampara los riesgos de incumplimiento contractual por parte del contratista.

Disposición que, como queda reseñado, fue objeto demanda junto con el artículo 61 de la misma Ley por los motivos que también ya se indicaron y respecto de los cuales, la Corte al resolver la demanda declaró la exequibilidad. Ya en relación con el alcance del artículo 44, dijo la Corte en la misma C-648 de 2002:

---

900 [14] La Corte ha precisado las distinciones entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad disciplinaria. Sobre este aspecto, en la sentencia C-484 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se dijo: "Esta Corporación tampoco encuentra que la existencia de multas y amonestaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, vulneran el principio del non bis in idem en relación con las sanciones disciplinarias de los mismos nombres, pues como lo ha dicho en varias oportunidades esta Corte, sólo es posible predicar la vulneración del artículo 29 superior cuando dos sanciones consagran "identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación". Pues bien, la multa sancionatoria en el proceso de responsabilidad fiscal pretende resarcir el daño causado al erario público, mientras que la multa en el proceso disciplinario se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable. Así mismo, la multa y la amonestación como medidas correccionales en el proceso fiscal, no tienen la misma naturaleza que las sanciones disciplinarias del mismo nombre, como quiera que, estas últimas, son impuestas como consecuencia del incumplimiento de los deberes propios del servidor público y, las primeras facilitan el ejercicio de la vigilancia fiscal. De igual manera, las medidas comparadas no tienen el mismo objeto, ya que las primeras pretenden sancionar una conducta reprochable disciplinariamente y, las segundas, buscan garantizar la eficiencia y eficacia del control fiscal. Finalmente, las multas y las amonestaciones correccionales y disciplinarias tampoco se identifican en cuanto al sujeto pasivo, como quiera que las primeras podrán imponerse a cualquier persona que maneje bienes o fondos del Estado, mientras que las sanciones disciplinarias se desenvuelven en el estricto ámbito de la función pública".

"El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que ***se ocasione*** *al patrimonio público* ***por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista,*** *por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.*

En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, ***para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal.*** *Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley.*
(…)

En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. ***El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen*** *al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal,* ***por el contrato*** *o el bien amparados por una póliza.*

Es decir, ***la vinculación del garante está determinada*** *por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público* ***por el incumplimiento de las obligaciones del contrato****, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas"* (resaltado fuera de texto).

La vinculación de la aseguradora en los casos de procesos de responsabilidad fiscal en que se debata el resarcimiento de daño causado en la actividad contractual, sólo se fundamenta en la ocurrencia de los riesgos de incumplimiento, si nos atenemos a lo señalado por la Corte, circunstancia que involucra la acción u omisión del contratista.

2.- De la Ley 1474 de 2011.-

Con la entrada la expedición de la Ley 1474 de 2011, el legislador al referirse a la responsabilidad fiscal de la actividad contractual, incluye varias disposiciones que hacen referencia a la situación de los contratistas, de las cuales se mencionan:

2.1.- En la Subsección III de la Sección Primera del Capítulo VIII de la Ley 1474, se contemplan un conjunto "*Disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal"*. Dentro de estas disposiciones, para el tema que nos ocupa, merece especial atención lo preceptuado en los literales b), c) y d) del artículo 114 de la misma ley

> *"Los organismos de control fiscal en el desarrollo de sus funciones contarán con las siguientes facultades:*
> *(…)*
> *b) Citar o requerir a los servidores públicos, contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación;*
> *c) Exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;*
> *d) Ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad;*
> *(…)"*

Disposiciones que, respecto de los sujetos contratistas, invocan las conductas manifestadas en los verbos rectores de participar, determinar, coadyuvar, colaborar que, a su vez, se desarrollan en la relación de conexidad próxima y necesaria de los contratistas, allí mencionados, con la respectiva gestión fiscal contractual.
2.2.- Por virtud del artículo 119 de la Ley 1474 de 2014, establece que: "***En los procesos de responsabilidad fiscal,*** *acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares,* ***responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista,*** *y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial"* (resaltado fuera de texto).

La norma del artículo 119 de la Ley 1474, es explícita en contemplar, entre otros, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal y como finalidad de los mismos, el fenómeno de la concurrencia y de la solidaridad pasiva del ordenador del gasto, del contratista y de las demás personas que causen o contribuyan a causar el hecho generador del daño. Concurrencia solidaria que, de acuerdo con la norma, debe ser objeto de tratamiento al interior de los procesos de responsabilidad fiscal, las acciones populares y las acciones de repetición, cuando se demuestre la existencia

de una daño patrimonial al Estado; y que, por tanto, para el caso de la responsabilidad fiscal, exige probar, además de la acción u omisión del gestor fiscal (ordenador del gasto), la participación y/o contribución del contratista y demás personas que concurran al hecho.

Una norma de similar contenido, estaba contemplada en el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, a cuyo tenor *"Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho hasta la recuperación total de lo pagado en exceso."* Sobre los alcances de esta norma se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-088 de 2000, en la que, luego de aludir a la vigencia de los principios rectores de la contratación estatal, de la función pública y de la protección al patrimonio público, dijo lo siguiente, en relación con el concepto de solidaridad:

> *"Concluye la Corte, en cuanto al segmento acusado, que se trata en realidad de establecer una solidaridad legal, de carácter sustancial,* ***entre el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista*** *con quienes concurran al hecho que quebranta la moralidad administrativa y genera perjuicios al patrimonio público por la ejecución de irregularidades o mayores costos, injustificados e ilegales, solidaridad que puede establecer el legislador, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, conforme al artículo 150 de la C.P..*
>
> *Con todo, para deducir esa responsabilidad patrimonial del representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista con quienes concurran al hecho, llámense interventores, asesores, consultores o ejecutores del contrato, etc., deberán observarse las reglas del debido proceso, incluidos naturalmente, la citación a todos ellos y la garantía del derecho de defensa"* (resaltado fuera de texto).

Posteriormente, ya sobre la citada disposición del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, con ocasión de conocer la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión *"responsabilidad fisca*l", la misma Corte, da por sentado la posibilidad de imputar este tipo de responsabilidad a los sujetos allí señalados, siempre y cuando se respete el carácter subjetivo de la misma, al señalar en sentencia C-338 de 2014, que:

> *"En consecuencia, la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El*

fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.

La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, ***con base en su actuar doloso o gravemente culposo****, hayan sido encontrados responsables.*

Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución" (subraya fuera de texto).

Es decir, que la aplicación del artículo 119 citado, exige, además, de la plena acreditación de los elementos fácticos del daño y funcionales de los roles allí mencionados, la prueba inequívoca de la participación y del dolo o culpa grave de los sujetos allí mencionados, conforme a las exigencias legales para la configuración y la imputación de la responsabilidad fiscal.

2.3.-Por virtud del artículo 53 de la Ley 80 de 1993, incluida la modificación introducida, primero por el artículo 82 de la Ley 1474 y, luego, por el artículo 2º de la Ley 1882 de 2019, se consagra expresamente la atribución de responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinariamente de contratistas en su calidad de consultores y asesore; y dentro de la condición de consultores se hace expresa regulación también de los interventores.

El texto actual de esta disposición es el siguiente:

"Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del

incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría" (negrilla y subraya fuera de texto).

La norma se refiere al rol que, por virtud de los contratos de consultoría y de prestación de servicios profesionales juegan consultores y asesores de las entidades estatales; y, a su vez, dentro del concepto de consultores, diferencia el caso de los interventores. Así las cosas, para el caso de los consultores no interventores y de los asesores externos, se delimitan dos situaciones generadoras de las responsabilidades indicadas en la norma, dentro de la cual se encuentra la responsabilidad fiscal:

-Pueden ser llamados a responder, por los daños generados por el incumplimiento de las obligaciones del contrato de consultoría o asesoría, según el caso. Es decir, por incumplimiento contractual en general.

-Pueden ser llamados a responder, por los daños o perjuicios causado a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos, en cuanto les resulten imputables en el marco de sus obligaciones como consultores o asesores según el caso; esto sobre la base de que el contrato de consultoría o de prestación de servicios profesionales, según el caso, hubiere sido la causa de los daños causados a la entidad.

Por su parte en el caso de los interventores, la norma de manera similar distingue:

-La posibilidad de ser llamados, los interventores, a responder (en lo **fiscal,** penal, disciplinario y civil), por los daños generados por el incumplimiento de las obligaciones del contrato de interventoría.

-La posibilidad de ser llamados a responder (en lo **fiscal**, penal, disciplinario y civil), por los daños derivados de la celebración y ejecución del contrato vigilado, siempre y cuando se acrediten hechos u omisiones del interventor que le fueren imputables y sean fuente generadora del daño, en cuanto, provengan del "*incumplimiento o responsabilidad directa*" de las obligaciones que le corresponden como interventor conforme al contrato de interventoría.

Ahora bien, en el caso de los interventores la misma ley 1474 de 2011 ha regulado el núcleo de deberes legales a cargo de estos contratistas, dada su función de control técnico la ejecución contractual del contrato vigilado. En consecuencia, la expresión *"conforme al contrato de interventoría",* que utiliza el artículo 2º de la Ley 1882 de 2018, debe ser armonizada o contextualizada en congruencia con ese marco normativo que les impone a quienes ejerzan la función de interventoría sobre contratos públicos, deberes funcionales específicos de vigilancia y control de dicha

ejecución. Núcleo de deberes, al que necesariamente debe ser sujeto todo contrato de interventoría. Dentro de estos deberes se destacan, entre otros:

1.-El deber "*seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista",* según lo dispone el inciso 1º del artículo 84 de la ley 1474, como regla general propia de los mandatos de vigilancia y exigencia previstos dentro de los deberes de las entidades estatales, que se ejercen a través del supervisor (funcionario) y del interventor (contratista consultor) según el caso; y implican una seria de cargas y obligaciones como las de vigilar la realidad material de un contrato en ejecución; requerir al contratista vigilado; informar a la entidad contratante sobre los pormenores de la ejecución; dictaminar y recomendar al entidad contratantes medidas que corrijan el rumbo de la ejecución y/o le impongan sanciones al contratista.

2.-La naturaleza de seguimiento técnico que caracteriza a la interventoría, es destacado en el inciso 2º del artículo 83 ibidem al calificar al contrato de interventoría como "*el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen".*

3.- Por otro lado, establece el inciso 1º, del parágrafo 3º del artículo 84, que: "*El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor."* Norma que se refiere a la imputabilidad del interventor por los daños generados en la ejecución del contrato objeto de vigilancia, en los que el interventor omitió su deber de información oportuna, a los efectos de establecer si con ello coadyuvó al daño y si, en consecuencia, está llamado a responder in solidum.

Conforme a lo anterior, este argumento no tiene mérito de prosperidad.

2. *"Que no puede derivarse responsabilidad fiscal en contra del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS, toda vez que fue un contratista de la sociedad HIDROITUANGO (posteriormente subcontratista de EPM) y que en virtud de estas nunca asumió funciones públicas"*.

R/: Sobre el particular, este despacho se remite al punto anterior y adicionalmente recuerda que no es competente para pronunciarse acerca de la responsabilidad contractual. Bajo este entendido, este argumento no tiene mérito de prosperidad.

3. *"Que, aun aceptándose que el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS era gestor fiscal, llama la atención que se califique su conducta de negligente, cuando en el mismo auto de imputación se reconoce que los retrasos*

sistemáticos no todos fueron a causa del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS, no obstante, no se descuenta ni un solo día. Lo anterior basado en informes de interventoría, mientras que no se le da el mismo valor a las actas de entrega y a la liquidación, donde se reconoció que esos atrasos no eran imputables al INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS".

R/: Este despacho reitera lo señalado en el auto de imputación y en las páginas subsiguientes se explicarán y sustentarán los atrasos atribuibles al INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS. A modo de ejemplo, en el acta 21 del comité de seguiiento al BOOMT, realizado el 15 de mayo de 2013[901]

El Dr. Maya Salazar plantea que dado que en túneles de desviación los rendimientos son tan bajos le inquieta si se podrá desviar el río en la fecha prevista.

El interventor en todo sostuvo que el mayor peso de los atrasos sí era atribuible a INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS.

En relación con las actas de entrega y liquidación de un contrato estatal frente al proceso de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional, en sentencia C-967 de 2012, ha precisado:

"para la Corte es claro que la liquidación de los contratos estatales y las constancias que en ellos se dejen respecto de los acuerdos celebrados para declararse a paz y salvo, de ninguna manera pueden ser oponibles para excluir la intervención de los organismos de control, tanto en ejercicios de auditoría como en el marco de eventuales procesos de responsabilidad fiscal, por lo que las expresiones acusadas no vulneran los artículos 119 y 267 de la Constitución".

En mérito de lo anteriormente expuesto, este argumento no tiene vocación de prosperidad.

4. "*Que lo realmente acontecido no trae causa de un posible retraso del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS (no habiendo retrasos porque el río se desvió en febrero de 2014, época prevista luego de iniciar tardíamente el proyecto, sino que esos retrasos fueron a causa de una mala gestión de contratación y planificación"*.

R/: La desviación inicial del río estaba prevista para enero de 2013, teniendo que terminar el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS las obras necesarias para la desviación del rio dos meses antes. Este plazo inicial no se cumplió. Al finalizar

[901] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_4\P1 Actas Comité BOOMT

el plazo contractual aumentado, el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS tampoco termino de construir completamente las obras. El consorcio CCCI asumió la terminación de las obras que en principio estaban a cargo del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS. Si bien es cierto que existieron atrasos atribuibles a la planeación del contrato, esta no fue la única causa de los mismos y adicionalmente como se dijo atrás, el mayor peso de los atrasos en esta ruta crítica era atribuible al INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS.

5. *"Que, erróneamente, se presume la culpa grave del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS amparados en el artículo 118 de la ley 1474 de 2011"*.

R/: Este despacho nunca ha utilizado el artículo 118 de la ley 1474 de 2011 para presumir la culpa grave en cabeza del consorcio contratista, es más, ni siquiera ha mencionado esa disposición normativa. La culpa grave sustentada en el artículo 63 del C.C se concreta en la negligencia del contratista en cuanto a la falta de equipos, personal, planeación y metodología, entre otros. Tanto así que la interventoría concluyó:

> *"Debido a la falta de experiencia especifica que demostró el Contratista Túneles Ituango FS, la obra no tuvo una planeación adecuada en cuanto a procedimientos constructivos y distribución de recursos, lo que se tradujo en improvisación y retrasos en la ejecución de los trabajos."*[902]

De otra parte, toda valoración relativa a la ocurrencia de un daño patrimonial imputable a la gestión irregular desplegada por quien ostente la calidad de gestor fiscal o por quien con ocasión de la gestión fiscal produzca o contribuya a la generación del daño en un momento determinado, debe realizarse con observancia de todos los principios que rigen el actuar fiscal. Así se ha consagrado en el estatuto fiscal:

> *"ARTICULO 3o. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales."*

Por su parte, el artículo 8° del mismo estatuto establece los fundamentos de la vigilancia sobre la gestión fiscal:

---

[902] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\T-

> *"ARTÍCULO 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración"*

Los citados postulados implican que la imputación de la responsabilidad fiscal debe evaluar si quien estaba llamado a hacer cumplir los fines del Estado mediante la administración o custodia de los recursos públicos en realidad actuó bajo el amparo de los mismos y obtuvo los resultados más favorables, evitando la configuración de un detrimento.

Ahora bien, es necesario indicar que la conducta dolosa o gravemente culposa, de conformidad con lo previsto el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 125 del Decreto 403 de 2020, debe ser desplegada por una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.

Acerca de los límites de la gestión fiscal, en la sentencia C-840 de 2001, la Corte Constitucional esclareció:

> *"Este nuevo espectro constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión fiscal que le atañe, con unas responsabilidades correlativas que atienden a la defensa de diversos bienes jurídicos tales como los referidos a la Administración y al Tesoro Público. Claro que este orden de cosas no le incumbe con exclusividad al ordenador del gasto, dado que el circuito de la gestión fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado (…) En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económicoformalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados (…)"*

Para que la conducta del gestor fiscal directo e indirecto sea relevante en términos de responsabilidad fiscal, debe realizarse con dolo o con culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil[903].

6. *"Que la única persona titular de los derechos patrimoniales del Estado para reclamar los daños y perjuicios por no generar energía en noviembre de 2018 es la dueña del proyecto, es decir la sociedad Hidroituango"*.

R/: Acorde con el artículo 268 constitucional.

> *"El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:*
> *(…)*
>
> *5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación."*

De conformidad con la ley 610 de 2000:

> *"El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas* ***adelantadas por las Contralorías*** *con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal* ***o con ocasión de ésta****, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."*
> (Negrilla fuera de texto)

De igual manera el artículo 4 del mismo cuerpo normativo dispone:

> *"****La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público*** *como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*
>
> *PARÁGRAFO.* ***La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente*** *y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad."*

De conformidad con lo anterior, es evidente que la contraloría está facultada para buscar el resarcimiento del daño patrimonial al patrimonio público ocasionado en el proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango.

---

[903] Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.... El dolo consiste en
la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro

Respecto de los argumentos con los cuales se pretende desvirtuar el daño, se anota que los mismos fueron contestados en el acápite de daño, por lo que el Despacho se está a lo allí resuelto.

7. *"Que en el contrato 000014-2011 se pactó una cláusula pecuniaria por una suma equivalente al 10 por ciento del valor del contrato, la cual se haría efectiva en caso de incumplimiento, por lo cual no se entiende por qué no es aplicable ese límite de responsabilidad contractual por incumplimiento en este proceso de responsabilidad fiscal".*

R/: Primero, este despacho no es competente para pronunciarse respecto de la responsabilidad contractual. Segundo, la cuantía del daño corresponde valor del detrimento patrimonial causado por los presuntos responsables y que tienen fundamento en las pruebas obrantes en el plenario. Tercero, de conformidad con el artículo 4 de la ley 610 de 2000, el objeto de la responsabilidad fiscal es resarcir los daños causados al patrimonio público, de allí que su límite no sea el valor de un contrato o de una cláusula contractual sino de los daños efectivamente ocasionados al proyecto, siempre y cuando se cumplan los presupuestos de la responsabilidad fiscal.

Sobre el particular, en sentencia C-832 de 2002, la Corte Constitucional ha precisado:

> *"La declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. En este sentido como lo explicó esta Corporación al declarar la exequibilidad de la expresión mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal contenida en el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, el perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado, es decir, el Estado, quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Cabe precisar sin embargo que " el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite.". Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa. Por lo mismo,* ***la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser INTEGRAL, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante), a lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal, se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610 de 2000****."* (Negrilla y mayúscula fuera de texto)"

De este modo, el argumento esbozado no está llamado a prosperar.

8. *"Que HIDROITUANGO valora los daños por 117.828 millones y dice que su causante es EPM. Que EPM dice que el daño suma 9.9 billones y que su causante es el consorcio CCCI, los diseñadores e interventores, pero no incluye al INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS".*

R/: De conformidad con el parágrafo del artículo 4 de la ley 61 de 2000, este proceso es autónomo e independiente de cualquier otro tipo de proceso que se adelante. De igual manera, la cuantía del daño se fundamenta en las pruebas que obran en el plenario. La consideración de otras personas acerca de la cuantía del daño en otros escenarios diferentes al proceso de responsabilidad fiscal, resulta inane para el caso concreto.

9. *"Que el contrato del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS tenía un plazo de terminación en abril de 2013, por lo que no se le puede reprochar que terminara las obras antes de enero de 2013"*.

R/: Si bien es cierto que el plazo de terminación era en abril de 2013, existían unas obras cuya terminación era necesaria y debía ser finalizada antes de enero de 2013[904], para que EPM pudiese desviar el río en el primer verano de 2013.

No obstante, ni en el plazo inicial que era en abril de 2013, ni en el final correspondiente a noviembre de 2013 el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS terminó las obras, la terminación de estas fue asumida por CCCI.
En efecto, dadas las demoras y problemas que se presentaron con INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS, se dio la necesidad de ceder la finalización de las obras a CCCI, pues además de los problemas, INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS también terminó interfiriendo con las obras de otros contratistas y con las mismas obras principales, como se verá más adelante en los apartes que citará este Despacho.

10. *"Que la decisión de no instalar compuertas fue de EPM, y que EPM propuso al INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS terminar anticipadamente el contrato porque las interferencias entre contratistas que trabajaban en el mismo sitio estaba afectando el rendimiento de todos. Que INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS no tenía la obligación de fabricar las compuertas sino solamente de instalar las guías de las compuertas para que el contratista principal instalara las compuertas"*.

R/: Es cierto que el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS no tenía la obligación de fabricar las compuertas. No obstante, las obras fueron entregadas a otro contratista, no solo por las interferencias entre contratistas, sino por los bajos rendimientos del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS. Sobre este punto, este

[904] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\T-\PHI-IFF-LC1-001-R0- Informe Final.pdf

Despacho se pronunciará adelante al dar respuesta a los argumentos esbozados por los miembros del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS.

Previo a continuar respondiendo los argumentos de defensa presentados por los miembros integrantes del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS, y ante la insistencia del apoderado a lo largo de su escrito de indicar que se le atribuyen conductas anteriores y posteriores a la ejecución del contrato CT 000014-2011, y aún en ejecución del mismo, no todas las conductas relacionadas en el auto le fueron atribuibles al INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS, se precisa que esta afirmación parte de una percepción subjetiva del apoderado que resulta además contraria a lo textualmente planteado en el auto de imputación, en relación con las conductas determinantes para que contribuya en la generación del daño al patrimonio del Estado objeto de esta causa fiscal.

En este sentido vale la pena reiterar lo sostenido por este Despacho al referirse a la Conducta y el nexo de causalidad, en los siguientes términos:

En el caso concreto si bien en la contingencia de 2018 se dio el evento físico de colapso de la GAD y dicha situación tiene unas causas físicas entre ellas los defectos constructivos y la falta de supervisión tanto del interventor como de EPM y de Hi, la misma no es la única causa del daño.

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 todo lo que incidió de manera determinante en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho* ***eficiente y determinante*** *para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que* ***resulte idóneo para su configuración****. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la* ***causa idónea y eficiente para la producción del daño****"*[905].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[906]*.*
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[907]:
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad*

---

[905] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[906] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[907] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> *adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*
>
> Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[908]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

[908] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS**

POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[909] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[910], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como

[909] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[910] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.
Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto

de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada "contingencia de 2018".

11. *"Que la orden de inicio dada al INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS es ilegal".*

R/: Sobre el particular, a este Despacho no le compete pronunciarse acerca de la legalidad de un documento contractual.

12. *"Que el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS no pudo iniciar trabajos dentro de término por causas que no le eran imputables"*.

R/: Este despacho recuerda que no se ha atribuido el actuar de los miembros del consorcio como causa única. Las conductas de éstos, consistentes en atrasos sistemáticos e injustificados, ampliamente citados en el auto de imputación, junto con el actuar de otros presuntos responsables, constituyen conductas concurrentes.

13. *"Que no es posible que en el auto 1484 se afirme que, en el mes de septiembre de 2011, a tan solo un mes de iniciado el contrato":*

R/:

> "*Este Despacho* (el de la Contralora Delegada 09) *encuentra probado que si bien dichas circunstancias pudieron influir en los atrasos, la causa determinante de los mismos estuvo relacionada con la falta de diligencia del contratista que se manifestó en no tener adecuado planeamiento y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores, así como por el hecho de* (Sic) *a pesar de conocer las circunstancias de orden público así como las dificultades geológicas de la Zona, no haber previsto acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones*

El aparte citado por las presuntas responsables corresponde a la página 81 del auto de imputación. En ese aparte no se hace referencia alguna al mes de septiembre de 2011. De hecho, al finalizar el párrafo, se realiza una cita que textualmente dice: "ver informes de interventoría en especial el decimotercero".

El décimo tercer informe de interventoría corresponde a octubre de 2012[911] y no a septiembre de 2011, como mal lo quiere hacer ver el apoderado.

Por lo que este argumento no está llamado a prosperar.

[911] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2012

14. *"Que CCCI terminara las obras contratadas inicialmente con el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS no sucedió por una causa imputable a este último, por lo que*

> La Contralora Delegada 09 tiene una lectura diferente y contraria a la realidad, solo vio los informes de interventoría, cerrando los ojos ante una abundante correspondencia y documentación contractual, que evidencian, como causa de la cesión parcial de unos pocos y determinados actividades de obra que hacian parte de los túneles de desviación del rio Cauca, la intención de EPM de solucionar un problema de interferencias entre contratistas haciendo trabajos en el mismo sitio y poder acordar un plan de aceleración con el contratista principal, para poder intentar resolver los problemas por el atraso generado **(i)** por la adjudicación 11 meses tardía del contrato de construcción de los túneles de desviación; **(ii)** por el hecho de que las obras de construcción de los túneles de desviación se iniciaran con varios meses de atraso por falta de vías para ejecutar los trabajos; **(iii)** por las pérdidas de producción generadas por las malas condiciones de las vías, **(iv)** por las pérdidas de producción generadas por no poder contar con el depósito TICUITA 1; **(v)** por las pérdidas de producción generadas por las realidades geológicas encontradas; **(vi)** por los atentados terroristas; **(vii)** por los bloqueos de las comunidades que constantemente demoraban o impedían el ingreso al sitio de las obras, etc., etc. „

R/: Nuevamente, este despacho recuerda que no todos los atrasos presentados en desarrollo del contrato son atribuibles a los integrantes del consorcio CTIFS. En desarrollo del contrato se presentaron atrasos a causa de la entrega tardía de vías, cambio de diseños, problemas de orden pública, entre otros. A través de AMB 3 y 5 a los miembros se le reconocieron estos días.

No obstante, los atrasos que mayor peso tienen son atribuibles a los miembros del Consorcio CTIFS. Los atrasos atribuibles a los miembros del Consorcio CTIFS conllevaron a poner en riesgo una ruta crítica del proyecto como lo era la terminación de las obras necesarias para la desviación del río Cauca. Los atrasos de los miembros del Consorcio CTIFS se deben a los bajos rendimientos, falta de personal, falta de material, falta de programación, interferencia con otros contratistas en las zonas de obras, entre otros.

De conformidad con lo anterior, pese a haberse ampliado el plazo a través de las AMB's el contratista no entregó los productos contratados. Al final, CCCI asumió la terminación de las obras inicialmente a cargo de los miembros del Consorcio CTIFS.

De este modo, este argumento no está llamado a prosperar.

15. *"Que los bajos rendimientos se presentaron en días o semanas muy puntuales por el hecho de malas condiciones de las vías, derrumbes, atentados terroristas que afectaban el flujo de energía, entre otros. Que estas circunstancias generaban discontinuidad, pero que no era por falta de personal y equipos"*.

R/: En las páginas 229 y ss. Del auto 1484 de 2 de diciembre de 2020 puede apreciarse, uno a uno los informes de interventoría, debidamente citados, en los que constantemente se refieren a bajos rendimientos del contratista y a la falta de equipo y personal. De hecho, específicamente en el quinto informe de interventoría[912], correspondiente a enero de 2012, a folio 24 se aprecia:

> *"En opinión de la Interventoría, puede predicarse que de realizar un balance del cumplimiento de las obligaciones de "Las Partes", la balanza se inclina más a los efectos adversos derivados de los propios incumplimientos del Contratista que a los presuntos efectos de las causas argumentadas por el Contratista."*

A su vez, en el décimo tercer informe de interventoría[913], correspondiente a septiembre de 2012, se afirma:

> *"La obra ha acumulado significativos días de atrasos por hechos diferentes a los expuestos en sus comunicaciones y que son de la entera responsabilidad del contratista, tales como adecuado planeamiento y metodología de trabajo, insuficiencia de equipos en buen estado de operación, adecuadas instalaciones industriales, suspensión de actividades, deficiencias en la programación del contratista, y bajo rendimientos en la ejecución de las labores."*

En el décimo cuarto informe:

La interventoria en repetidas ocasiones ha manifestado al Contratista a través de comunicaciones, comités de obra y reuniones en obra sobre la necesidad de disponer los recursos en personal, equipo y materiales para acometer varios frentes de trabajo para incrementar rendimientos con el objeto de lograr cumplir con el programa de obra. Además se le ha solicitado la presentación de alternativas que permitan recuperar los atrasos, sin embargo el Contratista ha hecho caso omiso y no se tiene respuesta a estas peticiones, ni en obra se observa la implementación de acciones remediales para aumentar la productividad en los frentes de excavaciones en superficie y subterráneas.

Los anteriores son solo unos, de los tantos, ejemplos, de los que se encuentran en el auto de imputación y que prueban los constantes atrasos atribuibles a los integrantes del Consorcio CTIFS, de donde el Despacho encuentra probado que la afirmación del apoderado no corresponde a la realidad procesal del plenario.

16. *"Que es falso que los miembros del CTIFS no tenía listas las guías de compuertas"*.

R/: En el auto se aduce que cuando estaba próxima la fecha de desvío no tenía listas las guías de compuertas de la desviación ni la estructura de descarga de fondo, así como tampoco las guías de descarga de compuertas. En principio, el río se desviaría en enero de 2013, fecha en la cual las guías no estaban terminadas.

---

912 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2012

913 Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2012

Los integrantes del CTIFS adelantaron las excavaciones pertinentes y dentro de su objeto original, se encontraba lo relativo a la instalación de las compuertas.

Por lo que contrató con Industrias CENO, quienes tal y como obra en las actas de los comités de obra realizados con los integrantes del CTIFS (ver actas 69 a 75)[914], adelantaron lo correspondiente a la elaboración de los instrumentos metálicos para la instalación de las compuertas.

17. *"Que no era obligación los integrantes del CTIFS la elaboración de las compuertas y que para febrero de 2014 las compuertas no estaban listas, por lo que no tiene gran relevancia que las obras subterráneas y as guías de compuertas hubiesen estado terminadas en noviembre de 2013, toda vez que EPM no habría podido desviar el río en febrero de 2014"*.

R/: Este argumento no logra desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal en cabeza de los integrantes del CTIFS, recuerda este despacho que las conductas atribuidas a los integrantes del CTIFS en concurrencia con las conductas de otros presuntos responsables, fueron determinantes para que se generara el daño en el caso concreto.

18. *"Que no se le puede atribuir conductas relacionadas con diseños y construcción de las vías de acceso al proyecto, ni de las obras principales, entre otros. Que los integrantes del CTIFS no tienen relación alguna con la inclusión de salvedades en el contrato BOOMT. Que los integrantes del CTIFS no tienen relación con el atraso en la suscrición del contrato de construcción de los túneles de desviación"*.

R/: Sobre este punto, a los integrantes del CTIFS no se le imputó responsabilidad fiscal por esas causas. En el auto de imputación existe un acápite en el que específicamente se estudian las conductas atribuidas los integrantes del Consorcio CTIFS y este Despacho se remite a lo allí consignado.

19. *"Que la orden de inicio emitida por EPM no es legal ni contractualmente existió, no fue valida y mucho menos eficaz. Que ese documento que contiene la orden anticipada no tiene el alcance jurídico para producir efectos. Que el término de 610 días debe correr desde que se firmó el contrato, es decir el 14 de septiembre de 2011"*.

R/: Este despacho no tiene competencia para pronunciarse acerca de la legalidad de un documento contractual como lo es una orden de inicio. No obstante, pese a mostrar su desacuerdo, se observa en el primer informe de interventoría, correspondiente a septiembre de 2011, que i) al contratista le explicaron las razones

[914] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 48\FOLIO 10362 INFORMACION DD95\7. Correspondencia\Recibida\Respuesta_2\Actas_Comite_Obra\1-INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS

para proferir una orden de inicio anticipada, ii) que el contratista dispuso personal y equipos y iii) que el contratista comenzó a ejecutar algunas obras. Por lo anterior, ese documento efectivamente produjo efectos, puesto que, pese a estar en desacuerdo con la orden de inicio anticipada, los integrantes del CTIFS dispusieron de personal y comenzó a ejecutar obras.

Lo que demuestra una conducta contraria a lo que ahora afirma el apoderado. En este punto resulta necesario recordar que el contratista es un especialista y un colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado y que cuando se compromete a adelantar una obra en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar la hace a sabiendas de que puede efectivamente desarrollar dichas prestaciones.

20. *"Que la orden de inicio anticipada ya venía con un retraso de 11 meses"*.

R/: Este despacho recuerda que a los integrantes del CTIFS no se les atribuyó conducta alguna con anterioridad a la ejecución del contrato, y así mismo como se ha venido explicando a pesar de esos atrasos anteriores los integrantes del CTIFS con la diligencia debida y producto de su conducta se destruyeron también las holguras temporales del proyecto afectando la ruta crítica que para ese momento eran las obras necesarias para la desviación del río.

21. *"Que el auto 1484 guarda "silencio cómplice" referente a la orden de inicio anticipada al contrato, a los diseños atrasados, a los atentados terroristas, a los bloqueos de las comunidades, a los cambios de diseño, a las obras extras, etc"*.

R/: Sobre el particular, este Despacho nunca ha guardado "silencio cómplice", de hecho, se ha pronunciado al respecto y dentro de lo que le compete ha imputado responsabilidad fiscal también a otras personas naturales y jurídicas por esos hechos.

Así mismo ha determinado que en el caso concreto no se ha configurado una causa extraña que pueda constituirse en eximente de responsabilidad.

22. *"Que los miembros del CTIFS no tuvieron derecho a controvertir los informes de interventoría en los cuales se fundamentan los atrasos imputados"*.

R/: Estos documentos siempre han estado a disposición de los miembros del CTIFS para que sean controvertidos, pues hacen parte del plenario se encuentran en: Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales y fueron recogidos por este Despacho en desarrollo de la visita Especial realizada en octubre de 2020 tanto a las instalaciones de EPM como de Hidroituango, prueba que fue practicada habiendo convocado a la misma, vía teams a todos los presuntos responsables o sus apoderados. Este Despacho nunca ha negado el acceso a los informes de

interventoría, esta información obedece al desconocimiento del plenario y no a una situación atribuible al Despacho.

Así mismo, cabe anotar que el apoderado ha tenido la oportunidad además de solicitar pruebas, aportarlas, formular nulidades, argumentos de defensa e inclusive ha impetrado acciones de tutela. De donde no se ajusta a la realidad que no haya podido controvertir todas las pruebas obrantes en el plenario incluidos los informes de interventoría.

23. *"Que es necesario realizar una precisión muy importante y necesaria para sacar del error a la Contraloría: los integrantes del CTIFS no tenían a su cargo la desviación"*

R/: A folio 50 de los argumentos de defensa presentado por los miembros del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS, en negrilla, al citar el auto 1484, se lee:

> **"- Atrasos sistemáticos en la construcción de las obras necesarias para la desviación del río Cauca, lo que, aunado a situaciones de planeación, trajo como consecuencia la necesidad de implementar planes de contingencia y aumentó el valor del contrato."**

Observado lo anterior, de la cita del auto 1484 de 2021 realizada por las imputadas, es evidente que este Despacho no considera que los integrantes del CTIFS tenían a su cargo la desviación del río Cauca, no obstante, las obras necesarias para la desviación si era una obligación suya.

Por lo que este argumento no desvirtúa las conclusiones a las que llegó el Despacho en el auto de imputación.

24. *"Que el auto explica equivocadamente el marco legal aplicable a los constructores y que genera desconfianza que no se refiere a normas sobre deberes y responsabilidades de las entidades, al campamento, a los diseños atrasados, a los atentados terroristas, los bloqueos de las comunidades, a los cambios de diseño, a las obras extras, etc".*

R/: En el auto de imputación se adujo que los principios de la contratación de la ley 80 de 1993 eran aplicables al contrato en mención, en virtud de que el artículo 14 de la ley 1150 establece:

> *"Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de*

> *inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal."*

En virtud de lo anterior, de conformidad con el artículo tercero de la ley 80, los contratistas son colaboradores de la administración. Adicionalmente la imputación se atuvo a las obligaciones inmersas dentro del contrato CT-2011-000014.

Adicional a lo anterior, Sobre este punto, se recuerda que las conductas atribuidas al CTIFS no es una conducta única sino una concurrencia de conductas, y en ese auto se señaló el marco que le aplicaba como contratista para sustentar las obligaciones a su cargo, independientemente de otras causas imputables a otros presuntos responsables o diferencias de orden contractual, que no son competencia de este Despacho sino de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que mal haría la suscrita contralora en abrogarse funciones que no le corresponden.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 1 de la ley 610 de 2000 las entidades no pueden ser sujetos pasivos de un proceso de responsabilidad fiscal. Señala el artículo 1:

> *"El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los* ***servidores públicos y de los particulares****, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."* (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

25. *"Que la acusación de "falta de diligencia que se manifestó en no tener adecuado planeamiento y metodología de trabajo" es una falsa apreciación subjetiva, que los integrantes del Consorcio CTIFS no hicieron una adecuada planeación para ejecutar el contrato, pero que EPM sorprendió con una ilegal e indebida orden anticipada de inicio. Que no es cierto que no haya contado con suficiente personal y equipo para atender las obras"*.

R/: En los informes de interventoría, citados en el auto de imputación, se explica el fundamento de esta posición. En esos informes se refiere a que se presentaron atrasos imputables al contratista. Algunos atrasos fueron consecuencia de la falta de planeación y otros por no contar con el suficiente personal y equipo. Al respecto, el radicado INT-OC-EPM-026/12[915], la interventoría informa a EPM que el contratista está incumpliendo algunas obligaciones:

[915] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\R-\1-INVTEINTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS-EPM\2012

1. **Personal para la Gestión Ambiental**. En el Numeral *19.5.6 Personal para la Gestión Ambiental*, de las Especificaciones Técnicas se establece que el grupo de gestión ambiental debe contar, con la dedicación completa de los siguientes profesionales:

- *"(…) Un profesional con título en Ingeniería Civil, Ingeniería de minas o Ingeniería geológica, con experiencia general mínima de cinco (5) años a partir de la expedición de su matricula profesional y una experiencia especifica no menor a tres (3) años en Geotecnia .*

- *Un profesional con formación en ingeniería civil, ingeniería ambiental, ingeniería sanitaria, con experiencia general de cinco (5) años y una experiencia específica mínima de tres (3) años, en aspectos relacionados con el manejo ambiental de proyectos. (…)"*

La presencia de este personal en la obra es indispensable para cumplir a cabalidad con las funciones y responsabilidades detalladamente descritas en el PMA del proyecto, las especificaciones ambientales y cumplir las instrucciones y recomendaciones de la Interventoria.

También, en oficio INT-OC-EPM-145/13, se informa a EPM que las causas presentadas por los miembros del Consorcio CTIFS se deben a las siguientes causas:

3. Causas de los atrasos en la ejecución de las obras

Persisten las causas enumeradas en el informe anterior, ya que no se han dispuesto nuevos recursos para mejorar la productividad. Las razones más visibles para el atraso en el avance de las obras son las siguientes:

- **Falta de planeación y programación:** Persiste la falta de planeación y programación para la ejecución de la obra.

- **Equipos:** la falta de equipos y los equipos en condiciones inadecuadas de operación, han generado inactividades o tiempos de espera en los frentes de trabajo. De acuerdo a revisión realizada por la Interventoría, el Contratista tiene a la fecha equipos fuera de servicio o inactivos, además tiene dispuesto equipo que ha reparado para devolución. A continuación se relaciona el equipo que no está siendo utilizado por las circunstancias anteriores:

Tabla 4. Equipo inactivo o fuera de servicio

Equipo reparado para entrega	Equipo fuera de servicio o inactivo	
1 lanzadora de concreto Poca	1 Jumbo de tres brazos	1 Martillo hidráulico
1 Jumbo Atlas de dos brazos	1 Perforador de superficie	2 Lanzadoras
	2 cargadores	

Se observa que el Contratista tiene a la fecha 2 Jumbos, 3 lanzadoras, 2 cargadores y 1 martillo hidráulico y 1 perforador de superficie inactivos. La no utilización de estos equipos en la obra disminuye la productividad y afecta la terminación de la obra.

En la siguiente tabla se indican los equipos que están siendo utilizados para realizar las excavaciones y tratamientos en los distintos frentes de trabajo.

Tabla 5. Equipo utilizado en las excavaciones subterráneas a 05 de junio de 2013

Relación de equipo usado en perforación y lanzado		
Localización	**Equipo**	**Frente de trabajo que atiende**
Portal entrada	1 Jumbos de dos brazos 1 Bomba lanzadora 1 Lanzador 1 Trackdrill 1 Perforador Sandvik 1 Excavadora 2 Cargadores bajo perfil 3 Montacargas Manitu 2 Montacargas telescópicos 1 elevador telescópico 2 Bomba de inyección 1 Perforadora 1 Martillos hidráulicos 1 Martillo neumático	Túnel izquierdo aguas abajo (TI-2) Túnel derecho aguas abajo (TD-2) Ramales 1 y 2 derecho Ramales 1 y 2 izquierdo Pozos de compuertas Portal entrada
Portal salida	1 Jumbos de tres brazos 1 jumbo de dos brazos 1 lanzador 3 Excavadoras 1 Miniexcavadora 1 Retrocargador 2 Elevadores 1 Montacargas telescópico 1 Bomba de inyección 1 perforadora hidráulica	Túnel izquierdo Galería aguas abajo (TI-3-TI-4 y portal salida (TI-5). Túnel derecho Galería aguas abajo (TD-3, TD-4) y portal salida (TD-5).

- **Incidencia en bajos rendimientos por falta de energía**
  Para la operación de todos los equipos y sistemas de ventilación, bombeo e iluminación, el Contratista cuenta con plantas de generación de emergencia que no tienen la capacidad suficiente de suministrar la energía requerida para una operación normal.
- **Rendimientos:** persiste los bajos rendimientos tanto de las excavaciones exteriores como subterráneas.
- **Personal:** El personal operativo en los distintos frentes de trabajo es poco teniendo en cuenta que deben atender varios frentes. Se ha realizado la evaluación del personal operativo en cada uno de los frentes relacionados con las obras de la desviación a partir del mes de agosto de 2012 y se encuentra que se dispone de poco personal para atender los frentes de obra. En promedio se cuenta con 200 personas por jornada, para atender todos los frentes de obra activos (trece en total), lo que indica que se tiene en promedio

15 personas por frente entre profesionales, encargados, operarios de equipo, oficiales, topógrafos, almacenista y ayudantes. En la tabla siguiente se muestra la distribución del personal desde el mes de agosto de 2012, mes en que se dio inicio a las excavaciones en los túneles de la desviación.

Tabla 5. Personal Operativo en los frentes de trabajo

Promedio de personal en los frentes de obra por turno			
Ocupación	Túneles por portal salida (TI-5 ,TD-5)	Ramales, Portal de entrada, túneles TD-2 y TI-2	Túneles por galería aguas abajo (TI-3,TI-4, TD-3 y TD-4)
Profesionales	2	2	2
Secretaria	0	0	0
Almacenista	1	2	1
Enfermera	1	0	0
Encargados	3	5	2
Oficiales	2	6	2
Ayudantes	17	38	16
Mecánicos	2	2	1
Topógrafos	1	1	0
Cadeneros	1	1	1
Operadores	21	35	17
Electricistas	3	3	3
Conductores	3	3	1
Soldadores	1	2	1
Tornero	0	0	0
Bombero	0	0	0
Total	**59**	**102**	**46**

- **Las Inactividades:** Las inactividades persisten por situaciones inherentes a la responsabilidad del contratista. El mayor factor causante de inactividad tiene que ver con la falta de equipos o equipos en mal estado, la falta de programación o personal laborando en varios frentes de trabajo.

26. *"Que si contaron con los equipos suficientes, que de no ser así no podía lograrse mayores rendimientos a lo ofertado. Que en el acta 17 del comité de seguimiento del BOOMT EPM hizo "una aclaración n técnica sobre los rendimientos en la desviación; si se suman los rendimientos parciales de todos los frentes de obra, incluidos los nuevos, se están obteniendo rendimientos superiores a los estimados en el cronograma de la oferta del consorcio FAS*."

R/: Lo relacionado con los equipos ya fue respondido en el numeral anterior. Por otra parte, es cierto que EPM realizó esa afirmación en el el comité de seguimiento al BOOMT, realizado el 25 de octubre de 2012 y documentado a través del acta 17. Por otra parte, en el acta 21 del comité de seguiiento al BOOMT, realizado el 15 de mayo de 2013[916] se observa que

[916] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_4\P1 Actas Comité BOOMT

El Dr. Maya Salazar plantea que dado que en túneles de desviación los rendimientos son tan bajos le inquieta si se podrá desviar el río en la fecha prevista.

Lo que desvirtúa la afirmaciòn del apoderado.

27. *"Que teniendo en cuenta las fechas de acceso a los frentes en los que los miembros del CTIFS podrían comenzar los trabajos del alcance inicial del contrato, y considerando que los miembros del CTIFS integraran en su ejecución los mismos plazos de ejecución de la oferta (550 días desde el portal salida y 535 días del portal de entrada), la finalización habría tenido lugar a finales de enero de 2014, a los 896 días d ela orden de inicio. Si a esto, añadimos los 90 días de pérdida de producción reocnocidos por la Interventoría por orden público e interferencias con otros contratistas, la finalización del proyecto se abría producido el 28 de abril de 2014"*.

R/: Este Despacho no encuentra cabida a este argumento, puesto que en el AMB 3 se tuvo en cuenta lo alegado por el contratista para ampliar el plazo contractual. En comité de seguimiento al BOOMT de 16 de mayo de 2013, documentada por el acta 021:

EPM manifiesta que con el consorcio CTIFS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer de las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originados por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resumen, el nuevo programa pactado mediante la AMB3, que sanea todas las situaciones no imputables al contratista, otorga plazo hasta octubre de 2013 para que CTIFS termine las obras objeto de su contrato.

Incluso, en esta acta, en la que tambíen se muestra preocupación por los bajos rendimientos de los miembros del CTIFS, lo que ponía en riesgo la desviación del río en la fecha prevista, EPM da a conocer que esta buscando alternativas en caso de que el los integrantes del CTIFS no cumplieran.

28. *"La ejecución del portal de entrada se reducía y de los ramales de entrada - en los que los integrantes del CTIFS dejaron de trabajar entre los días 15 de julio de 2013 y 2 de septiembre de 2013, siguiendo indicaciones de EPM y el acuerdo de entrega anticipada de estos frentes para evitar interferencias con CCCI-, se reducía, respecto del programa aprobado, de 535 a 372 días*

efectivos. Por tanto, los integrantes del CTIFS no solo disponían de plazo adicional para la ejecución de los túneles de desviación, portal de entrada y ramales, sino que, por el contrario, dispuso de menos para los que dispuso los recursos adicionales requeridos".

R/: Encuentra este despacho que esta afirmación no es cierta, tanto así que en el aparte denominado "lecciones aprendidas" del informe final de interventoría, se afirmó:

> *"Los rendimientos ofrecidos por los licitantes deben ser comprobados de que son obtenibles (historia de otros proyectos) en las obras y que por ende se ajustan a los programas propuestos.*
>
> *(…)*
>
> *Exigir que las obras cuenten con personal específico para las áreas de apoyo (SISO, Ambiental, Seguridad Física etc.) de manera que en las obras estos cargos sean desempeñados por personal idóneo y en la cantidad requerida."*

Por lo anterior, encuentra este despacho que este argumento no tiene mérito de prosperidad.

29. *"Que la prueba relacionada con la correspondencia cruzada entre EPM, la Interventoría y el Consorcio se decretó pero no se ha anexado al expediente"*.

R/: Esto no es cierto, las comunicaciones cruzadas a las que hace referencia las presuntas resposnables obran en el disco duro de la carpeta 74 y en dos USB's que se encuentran en la carpeta 78.

30. *"Las presuntas responsables realizan algunas apreciaciones acerca de la negación de algunas pruebas"*.

R/: Sobre el particular, se recuerda que esta no es la etapa procesal pertinente para esto, la solicitud probatoria y los recursos contra las pruebas negadas ya fueron desatados.

31. *"Que la entidad no entregó oportunamente las vías de acceso que se habìa obligado a entregar y que la CGR se refiere a los atrasos pero no tuvo en cuenta cuándo y en que condiciones se entregó el predio para el campamento"*.

R/: En este punto cita la comunicación de la interventoría INT-OC-CTIFS-039 de 2011 y DO-011-11, a través de la cual los integrantes del CTFS dieron a conocer su inconformidad respecto a las vías de acceso.

Este Despacho considera que a través de oficio con radicado INT- CTIFS-022[917] al Contratista se le hizo saber que el puente sobre el Río Cauca aguas abajo, el cual daba acceso al portal de salida de los túneles de desviación, estaba en funcionamiento y daba acceso vehicular hasta el referido portal de salida. Por otra parte, mediante AMB3, se reprogramó la finalización de las obras teniendo en consideración los problemas que se presentaron por la disponibilidad de las vías de acceso:[918]

> EPM manifiesta que con el consorcio CTIFS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer de las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originados por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resumen, el nuevo programa pactado mediante la AMB3, que sanea todas las situaciones no imputables al contratista, otorga plazo hasta octubre de 2013 para que CTIFS termine las obras objeto de su contrato.

32. *"Las imputadas afirman que las vías existentes no contaban con las especificaciones que había indicado la entidad contratante"*.

R/: La interventoría, en informe 1[919], aduce que de conformidad con los documentos contractuales el Contratista desconoce que la entidad se obligó a entregar las vías industriales a nivel de sub-rasante y no a nivel de afirmado como lo consideraba el contratista, según la comunicación INT (MED)- CTIFS-022.

33. *"Que el Consorcio no podía prever que debía compartir una zona de depósito de material con otras contratistas. Que esa circunstancia fue sorpresiva para el contratista, puesto que confió en que la entidad contratante cumpliría con su promesa de entrega de la vía de acceso a la zona a más tardar 60 días después de la orden de inicio. Que ajustar una planificación de actividades a situaciones inesperadas, derivadas de atrasos en la verificación de las premisas prometidas e informadas oportunamente, genera costos adicionales, los cuales deben ser reconocidos por la Entidad Contratante"*.

[917] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2011
[918] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_4\P1 Actas Comité BOOMT
[919] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2011

R/: Sobre las diferencias contractuales, como lo es el reconocimiento de un mayor valor, este Despacho no es el competente para resolver este asunto. Por otra parte, conforme a la adenda No. 8[920], al dar respuesta a la pregunta 220, se lee:

> *"En caso de requerirse, Hidroituango definirá sitios temporales adicionales para depositar los materiales producto de las excavaciones del proyecto"*

Haciendo uso de esta facultad, la interventoría indicó al consorcio contratista que podría utilizar la zona de depósito denominada k2+600[921], solucionando de esta forma lo alegado por el apoderado.

Adicional a lo anterior, se reitera que las entidades Estatales no son sujeto pasivo del proceso de responsabilidad fiscal.

34. *"Que las vías de acceso al portal de entrada, al igual que la vía de acceso industrial al depósito techne no fueron entregadas a tiempo. Que se vió obligada a ajustar su planificación original, la cual difiere al pliego de condiciones, por lo que no son válidas ni justas las afirmaciones realizadas por la interventoría sobre la falta de planeación adecuada de los recursos y de una metodología"*.

R/: Sobre este punto, se encuentra demostrado que la interventoría tenía en cuenta que esas vías no habían sido entregadas, por lo que no utilizó ese retardo para justificar "la falta de planeación y de metodología". De hecho, en el informe de interventoría de noviembre de 2011, citado líneas atrás, la interventoría señala que:

2.3.2 Vía de acceso a portal entrada de los túneles de desviación

En la Adenda No. 4 se considero que esta vía se entregaría a los setenta y cinco días (75), contados a partir de la orden de inicio. Considerando la fecha de inicio el 16 de agosto de 2011, la vía para el ingreso al portal salida, debió ser entregada al Contratista el día 29 de octubre de 2011, sin embargo la vía aún no está transitable, lo que indica que el plazo para la construcción del portal de entrada se contará a partir de la fecha de entrega de esta vía.

2.3.3 Vía de acceso a portal entrada de túnel de acceso a casa de máquinas

En la Adenda No. 4 se considero que esta vía se entregaría a los sesenta días (60), contados a partir de la orden de inicio. Considerando la fecha de inicio el 16 de agosto de 2011, la vía para el ingreso al portal de entrada del túnel de acceso a casa de máquinas, debió ser entregada al Contratista el día 14 de octubre de 2011, sin embargo la vía aún no está transitable, lo que indica que el plazo para la construcción del portal de entrada del túnel de acceso a casa de máquinas se contará a partir de la fecha de entrega de esta vía.

[920] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 CTIFS\Precontractual\8. Adendas

[921] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2011\PHI-INM-LC1-003-R0

Adicionalmente se recuerda que en comité de seguimiento al BOOMT No. 21 se aduce que, mediante AMB3, se reprogramaron obras teniendo como fundamento, entre otras, la disponibilidad de las vías.

Por último, las imputadas en su escrito de defensa afirman que los informes de interventoría se realizaron sin su conocimiento. Que no conocían esos reportes que realizaba la interventoría. No obstante, a folio 59 de los argumentos de defensa (Fl. 22353), el mismo apoderado cita una comunicación, en la que los miembros del CTIFS dan respuesta al oficio INT-OC-CTIFS-039/11, pronunciándose acerca de la falta de planeación y de metodología de trabajo, reportadas como causas de retraso por parte de la interventoría. Lo anterior desvirtúa lo sostenido por el apoderado, en cuanto a que los informes de interventoría se realizaban sin el conocimiento de los miembros del CTIFS.

35. *"Que en oficio DO-45-11 los miembros del CTIFS plantearon dificultades surgidas de las condiciones de entrega de vías y del botadero fuera de lo establecido en el pliego de condiciones. Que las causas por las cuales el Consorcio no pudo alcanzar el primer hito parcial el 13 de diciembre son perfectamente conocidas por la Interventoría, pues obedecen a que la Entidad Estatal Contratante sigue sin entregar las vías industriales del proyecto y los puntos topográficos de los sitios de obra, entre otras varias obligaciones pendientes. Que los incumplimientos por parte de la Entidad ha descoordinado y dejado sin efecto el programa de trabajo, al tiempo que ha vuelto inexigibles los plazos de los hitos parciales. Por lo anterior, es necesario revisar las condiciones realmente soportadas en obra, analizar su impacto en el programa, revisar cómo será la ejecución de los compromisos que tiene la entidad como condición para el avance de las obras y de común acuerdo hacer los ajustes que permitan reflejar la realidad de la obra y proyectarla. El contratista insiste en que continuará haciendo sus mejores esfuerzos para trabajar en las condiciones adversas encontradas en obra y lograr la ejecución total del objeto contratado".*

R/: Este despacho encuentra que, citando la comunicación DO-45-11 entre otras, la interventoría respondió:

> *"a cada una de las supuestas causales indicadas por el Contratista, manifestando que algunas de las justificaciones no tienen asidero contractual y para otras no demuestran de manera concreta y objetiva los supuestos efectos perjudiciales que el Contratista les quiere atribuir. En cambio dice la Interventoría, lo que sí se constituye en un hecho evidente es la actitud poco diligente y descuidada del Contratista en cuanto al cumplimiento de unas obligaciones contractuales preparativas necesarias para una correcta y cumplida ejecución del contrato y que tienen relación con: la planeación y programación de las obras; conformación oportuna de una organización básica para la dirección, administración, y supervisión de los trabajos; presentación de metodologías constructivas; consecución oportuna de equipos; construcción de*

campamentos e instalaciones industriales en el tiempo programado; presentación de ensayos preliminares de materiales; y planeación para el ingreso de materiales e insumos y su disposición en el sitio de los trabajos. Obligaciones que en buena parte determinan el debido cumplimiento de un programa de obra. Incumplimientos que bien se pueden evidenciar en la nutrida serie de comunicaciones cruzadas sobre dichos asuntos y el constante tratamiento de los mismos en los comités de obra.

EN OPINIÓN DE LA INTERVENTORÍA, PUEDE PREDICARSE QUE DE REALIZAR UN BALANCE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE "LAS PARTES", LA BALANZA SE INCLINA MÁS A LOS EFECTOS ADVERSOS DERIVADOS DE LOS PROPIOS INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATISTA QUE A LOS PRESUNTOS EFECTOS DE LAS CAUSAS ARGUMENTADAS POR EL CONTRATISTA"[922] (Negrilla y mayúscula fuera de texto)

Sumado a lo anterior, en diciembre de 2011 y enero de 2012, aproximadamente para la misma época en la que la interventoría dio respuesta a la comunicación DO-45-2011, también remitió los integrantes del CTIFS, oficios que demuestran la negligencia del consorcio contratista:[923]

- INT-OC-CTIFS-053/11: relativo a "atrasos en la construcción de las instalaciones industriales y campamentos"
- INT-OC-CTIFS-055/11: relativo a "preocupación por las condiciones del puente capitán"
- INT-OC-CTIFS-001/12: relativo a "falta en la obra del personal básico de dirección"
- INT-OC-CTIFS-058/12: relativo a "parálisis de actividades en frentes de trabajo"
- INT-OC-CTIFS-023/12: Relativo a "inactividad de equipo de construcción, falta de combustible"

Estas comunicaciones, también traen a la luz que las fallas reportadas en los informes de interventoría fueron informadas al consorcio contratista en el tiempo de ejecución del contrato, por lo que se desvirtúa el argumento de que los informes de interventoría se realizaban sin su conocimiento.

Por lo que de un análisis de conformidad con la sana crítica y la persuasión racional, de las pruebas atrás referidas teniendo en cuenta que los informes y las comunicaciones de interventoría mantienen indemne la información con el paso del tiempo y reflejan de manera fidedigna las condiciones en las que se sucedieron los hechos, de manera objetiva más si se tiene en cuenta que en ese entonces no se encontraba en trámite la presente causa fiscal, por lo que lo consignado por el

[922] [922] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2012\PHI-INM-LC1-005-R0
[923] Anexo 2 del informe de interventoría de enero de 2012

interventor no estaba mediado por ningún interés de este de cara a salvar responsabilidades en este proceso.

36. *"Las presuntas responsables citan una comunicación del 13 de febrero de 2012, en la que se refiere al depósito Tituitá 1 y a la entrega tardía del mismo y cambio de la configuración y uso del depósito"*.

R/: Este despacho recuerda que no todas las causas son atribuibles al consorcio contratista, nada se le reprocha con la entrega tardía del depósito. No obstante, con su actuar contribuyó a la causación del daño, configurándose su conducta como una concurrencia de conductas. Por otra parte, la entrega tardía de algunas vías o depósitos fue tenida en cuenta para reprogramar la obra mediante AMB3, como se explicó anteriormente.

37. *"Citan la comunicación que da respuesta al requerimiento INT-OC-111/12 en la que subraya temas relativos a que existen asuntos pendientes por definir, ya que el nuevo portal de entrada hacia los túneles de desviación y todas aquellas obras asociadas, se han configurado como un replanteo real y total del proyecto de desviación, que deben estimarse los tiempos para su ejecución y proyectarlos en un nuevo programa de trabajo. Que es prematuro decir que esas nuevas obras permitirán la desviación del río Cauca para enero de 2013 como lo manifiesta en su carta, más aún si tienen de presente que se trata de una solución propuesta por EPM Ituango ante la inviabilidad de entregar el sitio de obras en la cota 209"*.

R/: Este despacho considera que la imposibilidad de entregar el sitio de obras de la cota 219 fue tenida como fundamento en el AMB1, mediante la cual, con aceptación los integrantes del CTIFS se acordó una obra extra, una obra adicional y la disminución de algunas cantidades de obra, junto con su respectiva valoración económica[924]. De igual manera, a través de AMB3[925] se reprogramó la obra teniendo en cuenta todos estos imprevistos alegados por el presunto responsable. Por lo que este Despacho reconoce que no todos los atrasos presentados durante la ejecución del contrato son imputables, no obstante, como se documentó en el auto de imputación y en algunos apartes de esta providencia, el mayor peso en los atrasos se deriva de la conducta de los miembros del CTIFS, por lo que se considera que su actuar concurrió con otras conductas que causaron un detrimento patrimonial causado al Estado.

[924] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS\Contractual\Contrato y AMB's 1 a 5
[925] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS\Contractual\Contrato y AMB's 1 a 5

38. *"Cita una comunicación del 30 de marzo de 2012 referida a una nueva obra de construcción del túnel que constituirá la galería de acceso a los túneles de desviación por el portal de entrada y a algunos ajustes indispensables al programa de trabajo para argumentar que la gráfica insertada en la página 234 del auto 1484 no es real. Que esa gráfica no refleja ni la situación real del proyecto, ni los retrasos del contratista"*.

R/: Si bien es cierto que en esa gráfica no se tiene en cuenta el nuevo programa de trabajo sino el anterior, antes de las modificaciones y del nuevo plazo contractual, los miembros del CTIFS no terminaron las obras requeridas para realizar la desviación del río Cauca, aun contando con el nuevo programa de trabajo. Estas obras debieron ser asumidas por el contratista principal CCCI. Lo anterior, no obstante, de que a través de AMB 3 y AMB 5 se amplió el plazo contractual por los retrasos en entrega de vías y depósito de material, por los ajustes a los diseños y por eventos de orden público. En el informe final de interventoría[926] se señalan tres factores que impactaron negativamente el programa de trabajo, dos externos al consorcio contratista como lo fueron los reajustes del diseño de obras y la disponibilidad de las vías de acceso y una atribuible al CTIFS, consistente en los bajos rendimientos obtenidos por los integrantes del CTIFS. Por lo anterior, este despacho sostiene su posición en que el actuar los integrantes del CTIFS fue una concurrencia de conductas para la causación del daño.

39. "Nuevamente se refiere al atraso en la entrega de depósito y vías de acceso".

R/: En el informe final de interventoría, al referirse al reclamo No. 0001 relativo a la entrega y recibo de las vías de acceso al proyecto y el reclamo No. 0002, relativo al depósito de material, en un aparte denominado estado de la reclamación se lee textualmente:

> *"Tal como fue acordado en el Acta de Modificación Bilateral 3, este tema fue tratado en las mesas de trabajo y se llegó a un acuerdo con el finiquito del contrato."*

Este aparte tiene relación con lo antes señalado en que a través del AMB 3, aceptado por los miembros del CTIFS, se reprogramó las obras teniendo en cuenta atrasos no atribuibles a los miembros del CTIFS. Por lo que para obtener un mayor plazo contractual aceptó en AMB 3 y AMB 5 un plazo mayor, pero años después utiliza a su favor argumentos de los que en su momento le permitieron reprogramar las obras aduciendo que debió contar con más tiempo del que voluntariamente aceptó en las AMB`s

[926] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\T-

Adicionalmente, como se ha citado en esta providencia y en el auto de imputación, el mayor peso parte de esos atrasos son imputables al contratista, lo que lo hace responsable por haber contribuido en la causación del daño.

40. *"Cita las comunicaciones GG-016, DO-2011001 y GG-089 de 2011, relativas a las consecuencias del incumplimiento de la entrega de vías industriales, sobre la solicitud de entrega del depósito y el predio para el campamento y sobre situaciones de orden público"*.

R/: Este despacho considera que el consorcio voluntariamente a través del AMB 3 y 5, que tomaba como fundamento lo señalado en estos oficios y que no es atribuible al contratista, acordó ampliar el plazo contractual en el que se obligó a terminar las obras necesarias para la desviación del río Cauca, no obstante, con ese plazo adicional tampoco se terminaron completamente, ya que CCCI asumió la terminación de estas.

Adicionalmente, en esta causa fiscal no se encuentran probados como determinantes del daño hechos extraños que se erijan como eximentes de responsabilidad.

De conformidad con el numeral 5.2.3.3 del pliego de condiciones[927], bajo el título de "Reconocimiento de las condiciones en que se va a ejecutar el contrato":

> "*El CONTRATISTA hace constar expresamente que estudió cuidadosamente las condiciones de la zona donde se ejecutará el contrato, el tipo de trabajo a ejecutar, su naturaleza, localización, composición y conformación del terreno; las condiciones normales y extremas del clima que se presentan o puedan presentarse, en el paraje donde ellas han de ejecutarse; la situación, calidad, cantidad y disponibilidad de los materiales necesarios para su ejecución; las condiciones de transporte y acceso a los sitios de las obras; la disponibilidad de energía eléctrica, agua y comunicaciones; el tipo de instalaciones temporales, accesos industriales, servicios de vigilancia, máquinas, equipos y herramientas que se requieran durante el desarrollo de los trabajos; la disponibilidad de mano de obra y las disposiciones de las leyes relativas a prestaciones sociales. El CONTRATISTA deja también constancia de que ha investigado la disponibilidad local de materiales, herramientas, mano de obra, equipos y demás insumos requeridos para la ejecución de las obras y todas las leyes, regulaciones y las restricciones que rigen en Colombia para importar materiales, elementos, equipos y repuestos, bien sea temporal o permanentemente.* ***Que conoce el sitio y la zona del proyecto y sus alrededores y que se ha informado de todas las circunstancias topográficas, climatológicas, de acceso, DE SEGURIDAD Y DE ORDEN PÚBLICO, y sobre todos los demás aspectos que puedan influir o afectar el trabajo****. También deberá obtener la*

[927] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS\Precontractual\9. Pliego de Condiciones

información necesaria en cuanto se refiere a artículos de prohibida importación y sobre los diferentes tipos de procedimientos de licencias de importación y tiempo necesario para obtenerlas; las obligaciones que se adquieren y los costos, impuestos, derechos y gravámenes originados en dichas importaciones. La obtención de cualquier licencia de importación será de completa responsabilidad del CONTRATISTA y no podrá justificar por esta causa ningún incumplimiento del contrato. Así mismo, el CONTRATISTA hace constar que conoce todos los requisitos e impuestos exigidos por las leyes colombianas; que conoce cada una de las estipulaciones del Pliego de Condiciones y que ha considerado estas en relación con las condiciones de los sitios de las obras y ha hecho todos los estudios necesarios para entender completamente el propósito de todas las partes del contrato y la naturaleza de los trabajos. Todos estos factores, favorables o desfavorables, que puedan influir en la ejecución de las obras y todas las demás condiciones que puedan afectar el costo o el plazo para ejecutarlas fueron tenidos en cuenta por el CONTRATISTA al formular la oferta y su influencia no será alegada por el CONTRATISTA como causal que justifique reclamación alguna o el incumplimiento del contrato." (Negrilla y mayúscula fuera de texto)

A su vez en el numeral 5.2.3.2 ("Seguridad física)

"El CONTRATISTA hace constar expresamente que ***conoce las condiciones sociopolíticas de la región donde ejecutará las obras objeto del contrato, así como sus riesgos y la manera de minimizarlos****. EL CONTRATISTA deberá desarrollar programas, aplicar planes de seguridad y asignar los recursos humanos y técnicos necesarios en cada uno de los sitos de la obra y sus entornos, de tal forma que garantice la protección e integridad de sus empleados, instalaciones permanentes y temporales, maquinaria, equipos y materiales necesarios para la oportuna atención de sus necesidades y las de la obra. EL CONTRATISTA deberá tener en cuenta que todos sus programas y planes de seguridad deberán enmarcarse dentro de las políticas establecidas por la legislación colombiana en lo referente a este aspecto.*

(…)
Dentro de las actividades específicas a ejecutar por parte del coordinador de seguridad física del CONTRATISTA, estarán:
(…)

- *Generar alertas tempranas en el tema de seguridad y orden público."* (Negrilla fuera de texto)

De igual manera en el numeral 1.3.6 (visita al sitio de obras) se aduce:

"En todo caso, el interesado, ***antes de presentar su oferta****, deberá* ***investigar e informarse****, completamente, de todas las circunstancias topográficas, climatológicas, de acceso y transporte, disponibilidad de materiales de*

> *construcción, mano de obra, zonas de depósito autorizadas, y* ***todos los demás aspectos que de acuerdo con la ubicación de las obras puedan influir o afectar los trabajos, tales como la SITUACIÓN DE ORDEN PÚBLICO***
>
> *El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo las cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones"* (Negrilla y mayúscula fuera de texto)

De conformidad con las disposiciones citadas, es evidente que los miembros del CTIFS debió conocer los problemas de orden público desde antes de realizar la propuesta. Que, consecuentemente, tenía la obligación de minimizar los efectos de los problemas de orden público, como lo señala específicamente el numeral 5.2.3.2. Al consorcio contratista no se le reprocha la ocurrencia de situaciones de orden público sino la falta de preparación para minimizar las afectaciones que causaban estas situaciones cuando ocurrían.

41. *"Cita un oficio aduciendo que esa respuesta fue suficiente para que EPM se abstuviera de seguir el procedimiento contractual de multa"*.

R/: Este despacho considera que el hecho de que EPM no hubiese continuado con el proceso contractual de multa no conlleva a que este despacho dé razón al consorcio contratista, puesto que, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, se ha soportado que si bien, no todos, el mayor peso de los atrasos le son atribuibles.

42. *"Los miembros del CTIFS se refieren a la exigibilidad de las obligaciones concluyendo que EPM ITUANGO incumplió obligaciones a su cargo como lo fue el acceso tardío a los frentes de obra y zonas de depósito, lo que alteró por completo el programa de obra, causando así que las obligaciones de los miembros del CTIFS perdieran exigibilidad desde el mismo momento en que el contratante incumplió sus obligaciones contractuales"*.

R/: Este despacho recuerda que no es el competente para pronunciarse acerca de diferencias contractuales como el incumplimiento de una obligación. No obstante, considera que mediante AMB3 el contratista aceptó un plazo adicional para terminar las obras, plazo que sanearía la entrega tardía de las vías de acceso, el depósito, las reformas a los diseños, entre otros. No obstante, tampoco terminó totalmente las obras en el plazo pactado en el AMB 3 ni en el posteriormente ampliado en el AMB 5. Habiéndose presentado la entrega tardía de las vías y el depósito.

De lo anterior es evidente que es aplicable el principio general del derecho "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS" conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa., por lo que no es válido que en este punto los integrantes del CTIFS, hayan aceptado que estos hechos se superaban con la

suscripción del AMB 3 y ahora utilizarlos para intentar eximirse de responsabilidad fiscal, más aún cuando no alcanzó a terminar obras en el tiempo adicional.

43. *"Nuevamente expresa que la denominada orden de inicio ni legal ni contractualmente existió, no fue válida y mucho menos eficaz. Señalando el régimen legal aplicable al contrato y temas afines"*.

R/: Este Despacho no es el competente para pronunciarse acerca de la validez de un acto administrativo, así mismo a este punto se le dio respuesta líneas atrás por lo que el Despacho se remite a lo allí sostenido.

44. *"Que es asombroso que en el auto de imputación se considere que las alteraciones de orden público, como lo fueron actos terroristas de las FARC contra los bienes y personas del proyecto, así como los bloqueos de la comunidad y paros armados, son riesgos normales del contratista, quien debe tomar las medidas más adecuadas sin que le sirvan de excusa para el incumplimiento de sus obligaciones, pues los atrasos por esas causas son exclusivos de su responsabilidad"*.

R/: De conformidad con el numeral 5.2.3.3 del pliego de condiciones[928], bajo el título de "Reconocimiento de las condiciones en que se va a ejecutar el contrato":

> *"El CONTRATISTA hace constar expresamente que estudió cuidadosamente las condiciones de la zona donde se ejecutará el contrato, el tipo de trabajo a ejecutar, su naturaleza, localización, composición y conformación del terreno; las condiciones normales y extremas del clima que se presentan o puedan presentarse, en el paraje donde ellas han de ejecutarse; la situación, calidad, cantidad y disponibilidad de los materiales necesarios para su ejecución; las condiciones de transporte y acceso a los sitios de las obras; la disponibilidad de energía eléctrica, agua y comunicaciones; el tipo de instalaciones temporales, accesos industriales, servicios de vigilancia, máquinas, equipos y herramientas que se requieran durante el desarrollo de los trabajos; la disponibilidad de mano de obra y las disposiciones de las leyes relativas a prestaciones sociales. El CONTRATISTA deja también constancia de que ha investigado la disponibilidad local de materiales, herramientas, mano de obra, equipos y demás insumos requeridos para la ejecución de las obras y todas las leyes, regulaciones y las restricciones que rigen en Colombia para importar materiales, elementos, equipos y repuestos, bien sea temporal o permanentemente.* ***Que conoce el sitio y la zona del proyecto y sus alrededores y que se ha informado de todas las circunstancias topográficas, climatológicas, de acceso, DE SEGURIDAD Y DE ORDEN PÚBLICO, y sobre todos los demás aspectos que puedan influir o afectar el trabajo****. También deberá obtener la información necesaria en cuanto se refiere a artículos de prohibida importación y sobre los diferentes tipos de procedimientos de licencias de importación y*

[928] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS\Precontractual\9. Pliego de Condiciones

tiempo necesario para obtenerlas; las obligaciones que se adquieren y los costos, impuestos, derechos y gravámenes originados en dichas importaciones. La obtención de cualquier licencia de importación será de completa responsabilidad del CONTRATISTA y no podrá justificar por esta causa ningún incumplimiento del contrato. Así mismo, el CONTRATISTA hace constar que conoce todos los requisitos e impuestos exigidos por las leyes colombianas; que conoce cada una de las estipulaciones del Pliego de Condiciones y que ha considerado estas en relación con las condiciones de los sitios de las obras y ha hecho todos los estudios necesarios para entender completamente el propósito de todas las partes del contrato y la naturaleza de los trabajos. Todos estos factores, favorables o desfavorables, que puedan influir en la ejecución de las obras y todas las demás condiciones que puedan afectar el costo o el plazo para ejecutarlas fueron tenidos en cuenta por el CONTRATISTA al formular la oferta y su influencia no será alegada por el CONTRATISTA como causal que justifique reclamación alguna o el incumplimiento del contrato." (Negrilla y mayúscula fuera de texto)

A su vez en el numeral 5.2.3.2 ("Seguridad física)

"El CONTRATISTA hace constar expresamente que **conoce las condiciones sociopolíticas de la región donde ejecutará las obras objeto del contrato, así como sus riesgos y la manera de minimizarlos**. EL CONTRATISTA deberá desarrollar programas, aplicar planes de seguridad y asignar los recursos humanos y técnicos necesarios en cada uno de los sitos de la obra y sus entornos, de tal forma que garantice la protección e integridad de sus empleados, instalaciones permanentes y temporales, maquinaria, equipos y materiales necesarios para la oportuna atención de sus necesidades y las de la obra. EL CONTRATISTA deberá tener en cuenta que todos sus programas y planes de seguridad deberán enmarcarse dentro de las políticas establecidas por la legislación colombiana en lo referente a este aspecto.

(…)
Dentro de las actividades específicas a ejecutar por parte del coordinador de seguridad física del CONTRATISTA, estarán:
(…)

- *Generar alertas tempranas en el tema de seguridad y orden público."* (Negrilla fuera de texto)

De igual manera en el numeral 1.3.6 (visita al sitio de obras) se aduce:

*"En todo caso, el interesado, **antes de presentar su oferta**, deberá **investigar e informarse**, completamente, de todas las circunstancias topográficas, climatológicas, de acceso y transporte, disponibilidad de materiales de construcción, mano de obra, zonas de depósito autorizadas, y **todos los demás aspectos que de acuerdo con la***

ubicación de las obras puedan influir o afectar los trabajos, tales como la SITUACIÓN DE ORDEN PÚBLICO

El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo las cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones" (Negrilla y mayúscula fuera de texto)

De conformidad con las disposiciones citadas, es evidente que miembros del CTIFS debieron conocer los problemas de orden público desde antes de realizar la propuesta. Que, consecuentemente, tenía la obligación de minimizar los efectos de los problemas de orden público, como lo señala específicamente el numeral 5.2.3.2. Al consorcio contratista no se le reprocha la ocurrencia de situaciones de orden público sino la falta de gestión para minimizar las afectaciones que causaban estas situaciones cuando ocurrían.

45. *"Cita una comunicación de marzo de 2012 en la que los miembros del CTIFS informan a EPM acerca de nuevos bloqueos en la entrada de la obra. Luego en marzo de 2013 informó sobre alteraciones de orden público que afectaban negativamente el plazo de ejecución y costo de las obras"*.

R/: Considera este despacho que no todos los atrasos atribuibles a situaciones de orden público son imputables los miembros del CTIFS, sino solo aquellos explicados en el auto de imputación y que fueron causados porque los miembros del CTIFS no realizaron gestiones para minimizar los impactos de las alteraciones de orden público, lo cual era su responsabilidad de conformidad con lo expresado en el párrafo anterior. Por otra parte, a través del AMB 5 se amplió el plazo contractual para sanear los atrasos imputables a situaciones de orden público, AMB que fue suscrita y aceptada por los miembros del CTIFS, no obstante, tampoco alcanzó a terminar todas las obras aun habiéndose ampliado el término. En su momento miembros del CTIFS consideraron, y suscribieron un AMB, que ampliaba el plazo contractual y le pareció suficiente el tiempo concedido, pero ahora pretende mostrar que esos atrasos fueron causados únicamente por las alteraciones de orden público. Los atrasos de orden público pudieron haber sido menores si los integrantes del CTIFS hubiesen adoptado medidas que minimizaran ese riesgo.

Por lo que este argumento no logra desvirtuar las conclusiones del auto de imputación ni tampoco es prueba de una causa extraña eximente de responsabilidad.

46. *"Que no entiende como en el auto de imputación, basado en informes de interventoría, hechos como atentados terroristas, bloqueos de vías con cargas explosivas y amenazas contra la vida e integridad de los trabajadores son hechos previsibles"*.

R/: De conformidad con los pliegos de condiciones, citados anteriormente, el contratista debía conocer las condiciones sociopolíticas de la zona y su posible

impacto en las obras, por lo que debía adoptar las medidas necesarias para minimizar este riesgo. Conforme a lo anterior, si bien es cierto que no todos los atrasos por problemas de orden público son atribuibles al contratista, como se señaló en el auto de imputación, si lo son aquellos atrasos a causa de no haber tomado las medidas necesarias para mitigar los problemas de orden público. Como se señala en la página 241 del auto 1484 de 2020 el contratista debía contar con equipos, personal, víveres, repuestos, herramientas y suministro suficientes que le permitieran tener abasto de esos recursos por un tiempo suficiente para mitigar la contingencia presentada.

Es importante señalar que los atrasos por situaciones de orden público fueron saneados a través del AMB5. Por último, la interventoría al reportar las respuestas dadas a los integrantes del CTIFS, en las que se refiere a problemas de orden público, concluye:

> *"Anota que no son los hechos externos los que primordialmente han afectado los rendimientos de los trabajos y así lo ha hecho saber al Contratista en un nutrido número de comunicaciones enviadas sobre el seguimiento de las obras. Indica que en tales comunicaciones la Interventoría ha registrado que los sustanciales atrasos acumulados en la ejecución de las obras obedecen más a los propios incumplimientos del Contratista, que a hechos que no son de su responsabilidad"*[929]

47. *"Cita la comunicación INT-OC- CTIFS-444-13 y 452-13, para afirmar que los integrantes del CTIFS tenían derecho a un plazo adicional para continuar obras pendientes"*.

R/: De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, CCCI asumió la terminación de las obras que no terminaron de ejecutar los miembros del CTIFS. Estos últimos, no alcanzaron a ejecutar obras por los constantes atrasos y por no planear sus obras con la de otros contratistas, causándose interferencias. Adicional a lo mencionado, el plazo adicional de 35 días, en los cuales dados los bajos avances del contratista, tampoco logró acometer las obras.

En virtud de lo anterior, este argumento no tiene mérito de prosperidad.

48. *"Que la finalización de las obras se limitaba a la adecuación de los canales de salida, consistentes en la retirada de los accesos industriales a los túneles de desviación y a una nueva reconfiguración de los diseños"*.

[929] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\U-\CT-I-2011-000014 Inf Mensuales\2013\PHI-INM-LC1-018-R0.pdf

R/: La finalización de las obras no es tan insignificante. De conformidad con el informe final de interventoría, las obras asumidas por CCCI, cuya responsabilidad era de los miembros del CTIFS[930], fueron:

- Construcción de una vía de acceso a la elevación 225, para excavación de los emboquilles en el portal entrada de los túneles de desviación.

- Excavación de los emboquilles en el portal entrada de los túneles de desviación.

- Instalación de soporte de excavación faltante (pernos, malla, concreto lanzado en los pozos de compuertas).

- Construcción de concretos de revestimiento faltante, aguas arriba y aguas abajo de la zona de compuertas, en los ramales de los túneles de desviación.

- Colocación de acero de refuerzo y concreto lanzado vía húmeda para conformación de los abocinamientos y emboquilles de los ramales de los túneles de desviación.

- Ejecución de los cortes y provisiones para cajas guías de stop-logs o rejas en la zona de compuertas.

- Construcción de tapones o muros de cierre en las galerías de conexión y galería aguas abajo (galería 3).

- Ejecución de las inyecciones de consolidación y de contacto, perforaciones de drenaje en los cuatro ramales de los túneles de desviación.

- Construcción de las obras de protección del talud y canal izquierdo del portal salida de los túneles de desviación, así como de la excavación de los canales hasta la cota 210.

- Excavación y soporte de bancos faltantes en los ramales de los túneles de desviación.

- Construcción de soleras en concreto que faltaron en las zonas de roca tipo III de los túneles de desviación.

- Construcción de solera en los ramales de los túneles de desviación, desde el punto de terminación de los concretos de revestimiento, aguas abajo de la zona de compuertas, hasta la intersección con la galería de conexión aguas arriba.

[930] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\T-

- Excavación a cielo abierto para la conformación del talud entre elevaciones 260 y en el portal de entrada de los túneles de desviación

De lo anterior se evidencia que no sólo eran las obras por portal Salida que se limitaban a la finalización de los canales de salida, consistentes principalmente en la retirada de los accesos industriales a los túneles de desviación.

49. *"Que en el expediente no obran los estudios técnicos a los que se refiere la Asamblea Departamental de Antioquia y que los miembros del CTIFS no recibieron ningún premio de 43.000 millones"*.

R/: Este despacho realizó una cita de lo expresado en la Asamblea, no fundamentándose únicamente en lo dicho en esa Corporación Pública para fundamentar la imputación realizada. Por otra parte, en el expediente obran sendos documentos técnicos, ampliamente citados en el auto de imputación y en este proveído, que permiten inferir la responsabilidad de los miembros del CTIFS. Por lo anterior, que esos documentos no obren en el plenario no liberan a los miembros del CTIFS CTIFS de responsabilidad.

En este punto se le recuerda al apoderado que tal y como se explicó a lo largo de este proveído, los problemas que se dieron con la GAD no fueron la única causa eficiente del daño, sino que se trató de una serie de hechos sucesivos, concatenados que pusieron en una situación de vulnerabilidad el proyecto, lo que desembocó en la mal llamada contingencia de 2018.

En este punto el Despacho se remite a lo dicho líneas atrás en relación con la teoría de la causalidad adecuada.

50. *"Que los miembros del CTIFS sufrieron muchos daños a causa de los incumplimientos de EPM, cambios de diseño, atentados terroristas, afectaciones de orden público, interferencia con otros contratistas, entre otros"*.

R/: Frente a este punto este despacho tiene varias consideraciones. Primero, sobre los eventuales incumplimientos de EPM este despacho no tiene competencia para pronunciarse. Segundo, si bien es cierto que existieron otras causas, la conducta asumida por los integrantes del CTIFS se concreta en el mayor peso de los atrasos.

Los atrasos conllevaron a adelantar el proyecto bajo planes de aceleración, no poder realizar el proyecto de conformidad con las características técnicas inicialmente definidas, puso al proyecto en una **situación de VULNERABILIDAD, destruyendo las holguras temporales con las que contaba, suscitando la realización de mayores inversiones injustificadas, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera**

determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>

Tercero, como se ha probado, los atrasos a causa de cambios de diseños, problemas de orden público, entrega de vías, entre otros, fueron solucionados con las AMB 3 y 5.

51. *"Que la transacción pactada en la liquidación bilateral, tiene efectos de cosa juzgada"*.

R/: Si bien es cierto que la transacción hace tránsito a cosa juzgada de conformidad con el artículo 2483 del Código Civil, al revisar el acta de liquidación bilateral se observa:

PRIMERA. Objeto de la presente acta. a) Transar todas las diferencias surgidas entre la partes durante la ejecución del contrato CT-I-2011-000014 y **b)** Liquidar bilateralmente el contrato CT-I-2011-000014. Todo lo anterior conforme se consigna a continuación.

De conformidad con la jurisprudencia relacionada con las actas de entrega y liquidación de un contrato estatal frente al proceso de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional, en sentencia C-967 de 2012, ha precisado que no son oponibles para excluir la intervención de los órganos de control:

> *"para la Corte es claro que la **liquidación de los contratos estatales y las constancias que en ellos se dejen respecto de los acuerdos celebrados** para declararse a paz y salvo, **de ninguna manera pueden ser oponibles para excluir la intervención de los organismos de control, tanto en ejercicios de auditoría como en el marco de eventuales PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL**, por lo que las expresiones acusadas no vulneran los artículos 119 y 267 de la Constitución."*(Negrilla y mayúscula fuera de texto.

52. *"Que a los integrantes del CTIFS no se les entregó "un solo peso" en aras de optimizar las obras y con la finalidad de que la presa entrara en funcionamiento a partir de noviembre de 2018. Que las obras contratadas fueron entregadas en el plazo convenido y que el INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS recibió el precio pactado"*.

R/: Desde el principio el los miembros del CTIFS conocieron que el proyecto estaba condicionado al cumplimiento de algunos HITOS, dentro de los cuales se encontraba la desviación del río Cauca a través de unos túneles (encargada su construcción los miembros del CTIFS). Para que la presa pudiese entrar en funcionamiento en 2018 se debía realizar la desviación en cierta época. Debido a los atrasos de los miembros del CTIFS y a otras causas, la desviación del río tuvo que ser pospuesta. A través de AMB 3, suscrita por los integrantes del CTIFS, se

modificaron los hitos para que la presa pudiese entrar en funcionamiento. Con posterioridad en AMB 5 también se amplió el plazo contractual. Finalizado el plazo contractual miembros del CTIFS no terminaron completamente las obras y su finalización fue asumida por CCCI. Por lo que, si bien es cierto que el funcionamiento de la presa en noviembre de 2018 no hizo parte del contrato suscrito con los miembros del CTIFS, si hizo parte del contrato la construcción de los túneles de desviación para el cumplimiento de ciertos HITOS, túneles que terminado el plazo contractual no estaban completamente finalizados, atrasando aún más el proyecto y comprometiendo la entrada en funcionamiento de la presa en noviembre de 2018.

En este sentido, los atrasos y problemas con los miembros del CTIFS conllevaron a adelantar el proyecto bajo planes de aceleración, no poder realizar el proyecto de conformidad con las características técnicas inicialmente definidas, lo que puso al proyecto en una **situación de VULNERABILIDAD, destruyendo las holguras temporales con las que contaba, suscitando la realización de mayores inversiones injustificadas, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

53. *"Que los miembros del CTIFS se comprometieron a ejecutar los túneles para que EPM hiciera la desviación del río Cauca, que nunca se "habló hacerlo para que EPM Ituango pudiese desviar el rio en el primer verano de 2013"*.

R/: En el contrato suscrito con los miembros del CTIFS se comprometieron a terminar los túneles en un plazo determinado. Al no terminar las obras necesarias para la desviación del río Cauca en el plazo inicialmente pactado, EPM no pudo realizar la desviación del río en el primer verano de 2013.Época en las que se daban las mejores condiciones técnicas y físicas para llevar a cabo dicho desvío.

54. *"Que falta a la verdad de que en alguna AMB el compromiso se extendiera para julio de 2013"*.

R/: El auto de imputación no falta a la verdad. Efectivamente el compromiso de terminar las obras necesarias para la desviación del río Cauca se extendió hasta Julio de 2013, mediante acta suscrita por los miembros del CTIFS, documento que 8 años después desconoce al decir que "falta a la verdad de que en alguna AMB el compromiso se extendiera para julio de 2013. Conforme al AMB 3[931], el plazo inicial para la terminación de las obras necesarias para la desviación del río Cauca fue:

[931] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\T-

Hito	Plazo en días calendario a partir de la orden de inicio	Fecha de cumplimiento
1: Inicio de la excavación de los túneles de desviación por el frente de aguas abajo.	120	13 de diciembre de 2011
2: Inicio de la excavación del túnel de acceso a la casa de máquinas.	150	12 de enero de 2012
3: Inicio de las estructuras de concreto en el portal de entrada de los túneles de desviación.	250	21 de abril de 2012
4: Terminación de la excavación y soporte del túnel de acceso a la casa de máquinas.	400	18 de septiembre de 2012

Una vez suscrito el AMB 3, fue:

Hito	Plazo en días calendario a partir de la orden de inicio	Fecha de cumplimiento
Terminación de todas las obras, objeto del contrato, necesarias para la desviación del río Cauca.	715	31 de julio de 2013

Por lo que resulta evidente que lo afirmado por el Despacho encuentra fundamento en el material probatorio obrante en el plenario y responde a la realidad de lo ocurrido.

55. *"Que es absurdo creer que los actos terroristas eran previsibles para los miembros del CTIFS y que se incurrió en culpa grave por no adoptar medidas de mitigación. Que ese riesgo no era atribuible a los miembros del CTIFS".*

R/: Es necesario precisar que los miembros del consorcio CTIFS al momento de contratar, de cara específicamente a los temas sociales, en el Pliego de Condiciones[932] respecto de la información suministrada aceptaron lo siguiente:

> *"EL CONTRATISTA deberá informarse de las condiciones y características socioeconómicas, políticas y culturales de la zona, para así poder organizar y planear acciones con otras entidades involucradas en la gestión social y que estén previamente autorizadas por HIDROITUANGO".*

De donde resulta evidente que tanto las condiciones sociales de la zona eran de conocimiento de los miembros del consorcio subcontratista e implicaban acciones positivas de su parte para gestionar lo correspondiente a los riesgos que pudieran derivarse de las mismas. Esta posición toma mayor peso al revisar el punto 5.2.3.2 del pliego de condiciones:

> *"**El CONTRATISTA hace constar expresamente que conoce las condiciones sociopolíticas de la región donde ejecutará las obras objeto del contrato, así como sus riesgos y la manera de minimizarlos.** EL CONTRATISTA deberá desarrollar programas, aplicar planes de seguridad y*

[932] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014 INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS\Precontractual\9. Pliego de Condiciones

> *asignar los recursos humanos y técnicos necesarios en cada uno de los sitos de la obra y sus entornos, de tal forma que garantice la protección e integridad de sus empleados, instalaciones permanentes y temporales, maquinaria, equipos y materiales necesarios para la oportuna atención de sus necesidades y las de la obra. EL CONTRATISTA deberá tener en cuenta que todos sus programas y planes de seguridad deberán enmarcarse dentro de las políticas establecidas por la legislación colombiana en lo referente a este aspecto."* (Negrilla fuera de texto.)

Por lo que se encuentra desvirtuado el argumento del apoderado.

56. *"Que la responsabilidad fiscal objetiva no existe, por lo que la CGR debe entrar a mirar la realidad del contrato y su ejecución"*.

R/: Este Despacho, al fundamentar la imputación realizada y en este proveído, ha estudiado la ejecución contractual para atribuir responsabilidad a los miembros del CTIFS. De allí que a las miembros del CTIFS no sean las únicas presuntas responsables en este proceso. También de que no todos los atrasos se hayan hechos atribuibles los miembros CTIFS, este Despacho únicamente atribuye al miembros CTIFS aquellos atrasos producto de la falta de personal o de equipo, el estado de los equipos, la falta de planeación, entre otros.

Estas conductas fueron valoradas a la luz del artículo 63 del código civil, lo que permitió establecer que

Bajo estos supuestos es que se predica la culpa grave, lo cual ya extrae cualquier tipo de responsabilidad objetiva en esta causa. Se recuerda que al INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS no se le reprocha la no desviación del río, sino la no terminación de las obras necesarias para la desviación del río en el tiempo convenido lo que concurrió con otras conductas y causó que la hidroeléctrica no entrara en funcionamiento en noviembre de 2018.

57. *"Que los hechos de grupos armados no son un riesgo atribuible los miembros del CTIFS"*.

R/: En este punto, el apoderado se refiere al hecho de que el Despacho obvio la asignación de riesgos. Sin embargo, ello no es verdad toda vez que como se ha explicado líneas atrás, se le exigía al contratista al momento de presentar su oferta tuviera en cuenta las situaciones de orden público y conociera el entorno socio político del lugar en el cual iba a desarrollar sus labores.

En este sentido, quien debía prever, previo a comprometerse a ejecutar una obra de esta magnitud, la manera de mitigar el impacto de las situaciones de orden público era el contratista. De igual forma frente a estos temas EPM le reconoció mayores tiempos a través de las diferentes AMB citadas, pero en ninguno de los plazos el contratista logró acometer las obras.

En este sentido el argumento planteado no logra desvirtuar las conclusiones del auto de imputación.

58. *"Que en una parte del auto se refiere a que, por causas de los supuestos atrasos de los miembros del CTIFS, el rio Cauca no se desvió en enero de 2013 y la hidroeléctrica no empezó a generar energía en noviembre de 2018"*.

R/: Sobre este punto, es necesario precisar que a los integrantes del CTIFS no se les reprocha por el atraso sino por el aumento del atraso que hizo adoptar cronogramas de aceleración.

En el auto de imputación es totalmente claro que a los miembros del CTIFS no se les hace responsable de todos los atrasos, sino que su actuar es una conducta que en concurrencia con las de los demás imputados a la causa fiscal, llevó a no poder realizar el proyecto de conformidad con las características técnicas inicialmente definidas, lo que puso al proyecto en una **situación de VULNERABILIDAD, destruyendo las holguras temporales con las que contaba, suscitando la realización de mayores inversiones injustificadas, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

59. *"Hace algunas referencias acerca del contenido del informe de la universidad Nacional"*.

R/: Este Despacho se atiene a lo dicho en el acápite de daño.

60. *"Que se corrió traslado del informe técnico a algunos presuntos responsables en septiembre de 2020 y a otras en octubre de 2020"*.

R/: Este Despacho se atiene a lo dicho en el acápite de daño.

61. *"Que las razones usadas en el auto de imputación para establecer la conducta de culpa grave y vincular a los miembros del CTIFS a esta causa fiscal son tomadas de un informe de la Universidad Nacional que no dice lo que la funcionaria de conocimiento aduce en el auto 0945 de 2020"*.

R/: El informe de la Universidad Nacional se utilizó para determinar la cuantía del daño no para calificar la conducta de las presuntas responsables.

62. *"Que el informe de la universidad Nacional no encuadra con lo dispuesto en el artículo 117 de la ley 1474 de 2011, toda vez que el mismo no fue gratuito"*.

R/: Sobre este punto el Despacho se pronunció en el acápite de daño en los siguientes términos:

Es importante precisar que este argumento ya fue resuelto En Auto 1346 de 12 de noviembre de 2020 (Fl. 16478 y ss.), al referirse el Despacho a las solicitudes de aclaración y complementación al informe técnico. Por lo que se procede a reiterar lo allí sostenido así:

Cabe precisar que el informe de la Universidad Nacional, es un insumo que fue entregado en desarrollo de una actuación especial adelantada por la Contraloría Delegada de Minas y Energía. Dicha actuación se rige por lo previsto en la Resolución Reglamentaria Orgánica 0024 de enero 9 de 2019 por medio de la cual se reglamenta la actuación especial de fiscalización.

En dicha resolución, artículo 7 expresamente se consigna que: *"El equipo de trabajo adelantará a partir de los procedimientos previamente aprobados, la práctica de las pruebas necesarias, aplicando técnicas y herramientas, a fin de obtener la evidencia que soportará los resultados y hallazgos de la actuación especial realizada. (...)"*

De donde resulta claro, que el equipo de trabajo de la actuación podía perfectamente servirse de los servicios de la Universidad Nacional para la práctica de las pruebas necesarias, entre ellas el informe.

De igual forma en el Disco duro obrante en el plenario, Carpeta 65 obran las actas de reunión con la Universidad Nacional, en las cuales se precisan los puntos solicitados por la contraloría para la elaboración de dicho informe.

Ahora bien, cabe anotar el tratamiento procesal como informe técnico, dado por el Despacho al entregable de la Universidad nacional, surge de la Ley y responde a la naturaleza técnica del producto allegado por la Universidad Nacional, por lo que el Despacho consideró en virtud de lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 y en garantía del Derecho de defensa, que al reunir el documento presentado por la Universidad Nacional las características de un informe técnico, debía ser puesto a disposición de los sujetos procesales para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, mediante la solicitud de aclaraciones y complementaciones, en los términos del artículo 277 del C.G:P, aplicable por remisión del art 66 de la Ley 610 de 2000.
Ahora bien, respecto de la gratuidad del informe técnico, es necesario precisar que la gratuidad se predica del servicio, lo que no obsta para que se realicen reconocimientos económicos en relación con los gastos en que se tenga que incurrir para la elaboración del informe.

Así mismo, la norma indica que "podrá" solicitar a las entidades públicas para que de forma gratuita realicen el informe, lo que no obsta para que la entidad pública en el marco de la Ley suscriba convenios y/o contratos interadministrativos, como

ocurrió en el caso concreto y que producto de los mismos se desarrollen informes de naturaleza técnica.

Por todo lo anterior, este argumento tampoco está llamado a prosperar.

63. *"Que la Contraloría no tiene competencia para pronunciarse sobre el incumplimiento del contrato por EPM, pero si la tiene para señalar de incumplidos a los miembros del CTIFS"*.

R/: Este despacho no es competente para pronunciarse acerca del incumplimiento contractual. Nunca se ha dicho que los miembros del CTIFS incumplieron el contrato celebrado. Se reprocha el actuar de los miembros del CTIFS que, por no terminar unas obras en un plazo determinado, junto con otras causas no atribuibles a él, causó atrasos que pusieron en **situación de VULNERABILIDAD, destruyendo las holguras temporales con las que contaba, suscitando la realización de mayores inversiones injustificadas, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

Lo que evalúa este Despacho son las repercusiones económicas que en el proyecto Hidroituango generaron las conductas atribuidas a INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS que contribuyeron a generar el daño al patrimonio del Estado que se estudia en esta causa fiscal.

En este sentido, el argumento no está llamado a prosperar

64. *"Que los AMB fueron usados como la prueba de negligencia y de generación de daños y perjuicios, siendo esta una interpretación errada de los AMB que son ley para las partes"*.

R/: En este punto, es necesario precisar que las AMB no implican una tarifa legal, en esta medida pueden y deben ser valoradas por el Despacho de conformidad con la sana crítica y la persuasión racional.

Dichos documentos fueron valorados por el Despacho y permitieron demostrar la diferencia económica entre el valor inicial y el valor final, el aumento del plazo contractual y que pese a un mayor plazo contractual no se terminaron totalmente las obras.

Dichos documentos sirvieron para establecer elementos de la conducta de los miembros del CTIFS, pues los mismos muestran el contexto en el que se tomaron determinaciones frente a la ejecución del proyecto.

De donde resulta evidente que el argumento no está llamado a prosperar.

65. *"En cuanto al atraso por fallas y deficiencias del servicio de energía: los miembros del CTIFS de suministro eléctrico de EPM. Los miembros del CTIFS de varias plantas eléctricas de emergencia para atender los frentes principales, pero no la totalidad de la obra. EPM reconoce aumentos de plazo por esta causa"*.

R/: Como se señaló anteriormente, los atrasos que no fueron responsabilidad del CTIFS, se subsanaron a través del AMB 3 y el AMB 5. De conformidad con el numeral 1.5.3 de las especificaciones técnicas del contrato, bajo el título de "Energía eléctrica para la Construcción":

> "*Durante el desarrollo de las obras,* ***el Contratista no podrá reclamar a Hidroituango en el caso de presentarse fallas o interrupciones en el suministro de la energía eléctrica y, deberá mantener permanentemente, plantas portátiles de emergencia para hacer frente a las posibles interrupciones en el servicio de energía eléctrica.*** *Los equipos de medición, transformación, protección de la energía, y las redes de baja o media tensión que también requiera el Contratista, serán de su responsabilidad y a su costo. El Contratista suministrará, transportará y montará en el sitio de los trabajos, los equipos, materiales y elementos requeridos para las instalaciones eléctricas temporales de alumbrado y fuerza, de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes de las Empresas Públicas de Medellín, Código Eléctrico Nacional e Icontec (NTC). Las instalaciones eléctricas temporales de fuerza deberán servir al Contratista para todos los equipos, herramientas y elementos que fueren necesarias para la ejecución de los trabajos y el montaje de los equipos."*

En el mismo sentido, el numeral 1.5.1 dispone que el Contratista

> *"deberá considerar la posibilidad de falla temporal en el sistema de suministro de energía para construcción. En consecuencia, deberá disponer de plantas de emergencia en número y capacidades suficientes para operar los sistemas de iluminación y bombeo, particularmente en los sitios de obras subterráneas."*

De la lectura de las obligaciones transcritas, y de lo señalado en los informes de interventoría citados en el auto de imputación, se infiere que algunos atrasos fueron a causa de que lo miembros del CTIFS no disponían de plantas eléctricas de emergencia **SUFICIENTES** para mitigar los cortes de energía.

Lo que desvirtúa el argumento planteado por el apoderado.

66. "*En los descargos los presuntos responsables escribieron: "Sigue el Auto 1484 mostrando el talante de la Contralora delegada 09"".*

R/: El hecho de que el apoderado no esté de acuerdo con las atribuciones realizadas no lo habilita para que se refiera a la suscrita funcionaria de una

manera irrespetuosa. De conformidad con el numeral del artículo 28 de la ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), es un deber del abogado

> *"Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y **respeto** en sus relaciones con los **servidores públicos**, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión"* (Negrilla fuera de texto)

67. *"Que SAINC y FERROVIAL argumentaron y demostraron en versión libre que había terminado un hito 2 días antes de lo establecido y este Despacho lo consideró inútil. (El consorcio hace referencia a lo aducido en versión libre: Que el 26 de febrero de 2013, el consorcio culmino satisfactoriamente el hito consistente en la excavación y soportes túnel de acceso a casa de máquinas y galería superior norte. Cuya fecha de terminación prevista era del 28 de febrero de 2013, de conformidad con el AMB 3.)"*

R/: Este hecho se calificó de irrelevante porque, como se demostró en el auto 1484 de 2020, de nada sirve haber terminado un hito 2 días antes de lo esperado si al finalizar el plazo contractual la totalidad de las obras no estaban completamente ejecutados. Otro contratista tuvo que asumir la finalización de las obras inicialmente encomendadas los miembros del CTIFS. En consecuencia, no se le da la razón a las presuntas responsables sobre este punto.

68. *"Que del documento técnico aportado se pueden concluir algunas cosas. Realiza conclusiones relativas a obligaciones con base en el contrato, pliegos de condiciones y especificaciones técnicas"*.

R/: El artículo 226 del CGP es aplicable a cualquier prueba de orden técnico, por lo tanto, los apartes de un documento técnico que se refieran a puntos de derecho serán inadmisibles

69. *"Fundamentado en el documento técnico aportado, enumera una lista de eventos que impactaron el plazo del contrato. Ninguno de los eventos es atribuible a los miembros del CTIFS. Enumera cambios que impactaron los plazos del contrato"*.

R/: Este despacho encuentra que este argumento es parcialmente cierto, puesto que parte de los atrasos no son atribuibles a la conducta los miembros del CTIFS sino a otras causas, sin embargo, con la suscripción de las AMBS todas estas causas le fueron reconocidas al contratista y el contratista aceptó que con los incrementos en el plazo se entendían subsanadas tales situaciones. No obstante, como se demostró en el auto de imputación, varios de los atrasos fueron imputables a falta de equipo, de personal, de material,

de planeación, entre otros. En las conclusiones del informe final de interventoría del contrato CT-000014 se lee:

"

1. *La no entrega oportuna de las vías de acceso a las obras de desviación, portal de acceso a casa de máquinas y zonas de depósito, originó los primeros retrasos para el inicio de los frentes mencionados,* ***los cuales unidos a la falta de experiencia y planeación de los trabajos fueron retrasando la entrega final de las obras.***

2. *Este tipo de proyectos debe tener mayor grado de precisión en los estudios previos al diseño, y además se requiere que el diseño sea más detallado y organizado para excavaciones y estructuras. Lo anterior para evitar cambios en diseño que inciden en mayores costos y en el programa de obra.*

3. ***Debido a la falta de experiencia especifica que demostró el Contratista Túneles Ituango FS****, la obra no tuvo una planeación adecuada en cuanto a procedimientos constructivos y distribución de recursos, lo que se tradujo en* ***improvisación y retrasos en la ejecución de los trabajos.***

4. ***El Contratista presentó equipos de variadas marcas que no le permitieron realizar un mantenimiento adecuado en los casos de fallas, llegando a tener maquinaria represada en talleres por falta de repuestos, lo que trajo como consecuencias bajos rendimientos en la ejecución de las obras y la no obtención de los rendimientos los programados.***

5. *El Consorcio Túneles Ituango se constituyó únicamente para la ejecución de este proyecto, lo que generó que en la obra se observara que se tenía personal de diferentes procedencias (chilenos, españoles y colombianos) los cuales no habían trabajado juntos en la construcción de proyecto alguno,* ***lo que se demostró falta de organización y en la ejecución de los trabajos no se observó una buena capacidad operativa por la falta de experticia y manejo en el desarrollo de las obras****."* (Negrilla fuera de texto.

En conclusión, si bien es cierto que no todos los atrasos son imputables a los miembros del CTIFS, gran parte de estos si lo son.

70. *"Que las causas que ampliaron el contrato fueron: 132 días, de conformidad con el Acta de Modificación No. 3 originada por los cambios de diseño definidos en Actas de Modificación Bilateral 1 y 2. Ampliación de 43 días, pactadas en el AMB 3 5. A causa de las afectaciones*

generadas por orden público. 38 días a causa de los diferentes tipos de terreno encontrados".

R/: Como se ha señalado en este proveído a través de AMB 3 y AMB 5 se subsanaron los atrasos no imputables al consorcio contratista. No obstante, parte de los atrasos si le fueron imputables. En el punto anterior se demuestra como el contratista si es responsable de parte de los atrasos. A lo largo de este proveído se han señalado pruebas que permiten inferir que los miembros del CTIFS actuó negligentemente, conllevando al aumento de los atrasos.

71. *"Con fundamento en el documento técnico aportado refiere una serie de modificaciones y cambios, dentro de los que se resaltan:*

- *Nuevos diseños*
- *Acceso de cota 219*
- *Incremento de tratamiento en ramales*
- *Revisiones sucesivas*
- *Obras extra*
- *Incremento de longitud en los ramales*
- *Incremento del volumen de excavación*
- *Diferencia de material*
- *Incremento de tratamientos"*

R/: De conformidad con lo expresado en este proveído, en comité de seguimiento al BOOMT de 16 de mayo de 2013, documentada por el acta 021,se dijo:

EPM manifiesta que con el consorcio CTIFS se pactó, mediante la AMB3, una reprogramación de los trabajos, que consideró todos los eventos de orden público que le impidieron trabajar, ocurridos antes del 16 de abril de 2013; en disponer de las vías de acceso en la oportunidad y condiciones estipuladas en los términos de referencia; los cambios de diseño originados por la geología encontrada; y los ajustes ordenados por el panel de asesores externos del proyecto. Esta reprogramación considera la terminación de las obras en agosto de 2013, a la cual hay que sumar un plazo adicional de 43 días, por los bloqueos de las vías ocurridos en lo corrido del año 2013, hasta el 16 de abril. En resumen, el nuevo programa pactado mediante la AMB3, que sanea todas las situaciones no imputables al contratista, otorga plazo hasta octubre de 2013 para que CTIFS termine las obras objeto de su contrato.

Por lo que a través de AMB 3 y AMB 5 se subsanaron los atrasos no imputables a los miembros del CTIFS

Adicional a lo anterior, es necesario precisar que los miembros del CTIFS al momento de contratar, de cara específicamente a los aspectos geológicos, en el

Pliego de Condiciones[933] respecto de la información suministrada aceptaron lo siguiente:

> *"TOMO 3 – Información de referencia*
> *Clima – Hidrología – Hidráulica*
> *Caracterización geológica y geotécnica*
> *Estudio de impacto ambiental*
>
> *El Tomo 3 – Información de referencia - se facilita únicamente para fines informativos. Por lo tanto, HIDROITUANGO no garantiza que la información contenida en dicho Tomo sea exacta o típica o que represente parcial o totalmente las condiciones que se encontrarán durante la ejecución del contrato, o que sea indicativa de que no puedan encontrarse situaciones diferentes durante la ejecución de la obra. HIDROITUANGO tampoco garantiza que dicha información contenga todos los datos que existen ni que contenga la información que el Proponente pueda considerar como más importante.*
>
> *El Proponente deberá hacer sus propias interpretaciones de la información contenida en el Tomo mencionado en el anterior párrafo y obtener por su cuenta y riesgo y a su cargo todos los demás datos que requiera. Al formular los precios de la propuesta y evaluar el costo potencial de los riesgos inherentes, el Proponente deberá considerar que las condiciones que realmente se encontrarán durante la ejecución del contrato podrán ser diferentes o estar por fuera de los límites de lo indicado en la información suministrada.*
>
> *Por consiguiente, será de la total responsabilidad del Proponente la interpretación de la información contenida en el Tomo 3 – Información de referencia - y la estimación de la incidencia que pueda tener sobre los precios o plazos de la propuesta. En consecuencia, HIDROITUANGO no asume ninguna responsabilidad por cualquier interpretación, deducción o conclusión que pueda hacerse sobre dicha información o a partir de ella".*

De donde resulta evitente que las situaciones geológicas de la zona eran de conocimiento de los miembros del consorcio contratsta e implicaban acciones positivas de su parte para gestionar lo correspondiente a los riesgos que pudieran derivarse de las mismas.

72. "Que la mayor permanencia se orignó por:

[933] Z:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 65\FOLIO 13915 INFORMACION DD 094\Correspondencia\Recibida\Respuesta_3\Ob civiles y consultoria\CT-2011-000014CTIFS\Precontractual\7. Pliego de Condiciones

- *Demora en la entrega de las vías industriales*
- *Problemas de orden público*
- *Sobreexcavaciones*
- *No entrega oportuna de depositos de materiales*
- *Necesidad de eecutar items de obra adicional y obras adicionales".*

R/: Para dar respuesta a este punto, se remite a lo señalado en el punto anterior. La demora de entrega en las vías, problemas de orden público, no entrega oportuna de depositos de maeriales y obras extra fueron subsanadas a través de AMB 3 y 5. En cuanto a las sobre excavaciones, de conformidad con el pleigo de condiciones el consorcio contratista debía conocer las condiciones geológicas del proyeto, por lo que pudo haber adptado acciones positivas para gestionar lo correspondiente a los riesgos que pudieran desprenderse de estas.

73. *"Hace algunas anotaciones que realizó el perito acerca de los problemas de situaciones de orden público, a la luz de la estructuración y gerencia de proyectos de construcción".*

R/: Este despacho se remite a lo señalado en líneas anteriores sobre los temas de orden público.

74. *"En el dictamen pericial se pronuncian acerca de la entrega tardia de vías de acceso, ejecución de obras adicionales, entre otros*".

R/: Los atrasos a causa de estos hechos fueron subsanados a través de AMB 3 y AMB 5 como ya se ha explicado en este proveído.

75. *"En el dictamen pericial se pronuncian acerca de los cambios de diseño"*:

R/: Los atrasos a causa del cambio de diseños fueron subsanados a través de AMB 3.

76. *"En el documento aportado se dice que fueron cinco las causas que afectaron los rendimientos esperados en la ejecución de las labores en la obra:*

- *Vías industriales*
- *Alteraciones de orden publico*
- *Sobrexcavaciones*
- *Cambio de manejo de Zonas de depósito*
- *Cambios de condiciones, obras adicionales y obras extra"*

R/: La interventoría realizaba seguimiento diario al consorcio contratista en la época en que realizaba las obras. En el informe final de interventoría[934] se señalan tres

[934] X:\PRF-014\DIGITAL\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\Nueva carpeta\T-

factores que impactaron negativamente el programa de trabajo, dos externos al consorcio contratista como lo fueron los reajustes del diseño de obras y la disponibilidad de las vías de acceso **Y UNA ATRIBUIBLE AL INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS, CONSISTENTE EN LOS BAJOS RENDIMIENTOS OBTENIDOS POR EL INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS. POR LO ANTERIOR, ESTE DESPACHO SOSTIENE SU POSICIÓN EN QUE EL ACTUAR DEL INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS CONCURRIO CON OTRAS CONDUCTAS PARA LA CAUSACIÓN DEL DAÑO.**

77. *"La persona que elaboró el documento respondía acerca de si el contratista cumplió con sus deberes y obligaciones contractuales y en el caso de que un hubiese sido así, precisar cuáles fueron los deberes y obligaciones incumplidas o cumplidas imperfectamente, así como las consecuencias que se derivaron de dicho comportamiento contractual"*.

R/: De conformidad con el CGP en un documento de este tipo no es admisible pronunciarse acerca de puntos de derecho, como lo es el cumplimiento o incumplimiento de un contrato o la responsabilidad contractual.

78. *"El ingeniero que elaboró el documento afirma que los miembros del CTIFS si dispusieron de los equipos suficientes y en buen estado de operación"*.

R/: Esta afirmación realizada por el ingeniero no es cierta y fue desvirtuada por otros medios probatorios como son los informes de interventoría, realizaba seguimiento diario y paralelo a las obras del contratista. En los informes de interventoría, citados tanto en este proveído líneas atrás como en el auto de imputación, se observa que constantemente se le reprochaba al contratista que no disponía de equipos ni personal suficiente, o que los equipos no se encontraban en buen estado, incluso que no tenía los repuestos necesarios para reparar los equipos averiados. También se han citado líneas atrás comunicaciones en este sentido. De igual manera en el informe final de interventoría se concluye:

> *"El Contratista presentó equipos de variadas marcas que no le permitieron realizar un mantenimiento adecuado en los casos de fallas, llegando a tener maquinaria represada en talleres por falta de repuestos, lo que trajo como consecuencias bajos rendimientos en la ejecución de las obras y la no obtención de los rendimientos los programados."*

79. *"Las imputadas señalan que la solidaridad pasiva se presenta cuando una obligación está en cabeza de varios deudores. Que en Colombia las únicas fuentes de la solidaridad pasiva son la voluntad de los contrayentes de la obligación en un contrato o por imposición de la ley. Que entre los presuntos responsables no existe acuerdo o contrato de solidaridad frente a la CGR".*

R/: el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 establece la solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal cuando se demuestre a la existencia de daño patrimonial para el estado proveniente de sobrecostos en la contratación y otros hechos irregulares, respondiendo solidariamente el ordenador del gasto, el contratista y las demás personas que concurran al hecho pero que en esta causa fiscal no se presentan estos presupuestos.

De conformidad con la sentencia C-338 de 2014:

> *"En consecuencia, la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.*
>
> *La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que,* ***con base en su actuar doloso o gravemente culposo****, hayan sido encontrados responsables."*

De lo anterior se encuentra que efectivamente si se presenta solidaridad pasiva en esta causa fiscal. Más aún, teniendo en cuenta que el actuar de todos los presuntos responsables concurrieron para causar la destrucción del valor de la inversión por mayores valores injustificados y causaron un daño patrimonial al Estado en virtud de que, dada la negligencia, la presa no pudo entrar en operación en noviembre de 2018, concretandose un daño patrimonial al Estado.

De lo anterior que el argumento del INTEGRANTES DEL CONSORCIO CTIFS no esta llamado a prosperar.

80. *"Que no se realiza una individualización en relación al daño y que no se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad"*.

R/: Este despacho no individualizó el daño toda vez que la suma de las conductas de los preusntos responsables concurrieron para causar detrimento patrimonial al Estado, siendo llamados todos a responder por este.

En este sentido, la obligación reparatoria que surge del proceso de responsabilidad fiscal es solidaria y teniendo claro que la solidaridad es una garantía en favor del acreedor, que le permite solicitar el pago de su deuda de uno, varios o todos los causantes del daño, no resulta claro por qué razón en opinión del apoderado,

existiría alguna irregularidad por el hecho de no indicar el porcentaje de participación en el daño causado, pues no se trata de una obligación parciaria.

Así mismo, no existe ninguna disposición en las normas especiales aplicables al proceso de responsabilidad fiscal que obliguen al operador fiscal a realizar dicha división. En efecto ni el artículo 41 de la Ley 610 respecto del auto de apertura, ni en el artículo 48 de la Ley 610 que relaciona el contenido del Auto de imputación ni en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, que se refiere al contenido del fallo con responsabilidad fiscal, establecen la obligación de individualizar la cuantía de la responsabilidad de cada uno de los implicados. Por el contrario, dicha normatividad, guardando congruencia con el hecho de que las obligaciones que surgen de la declaratoria de responsabilidad fiscal cuando 2 o más personas concurran a la producción de un daño, de manera expresa se refieren a "**La cuantía** del daño" entendiendo por tal **una sola** y únicamente utiliza la palabra "individualizar", en relación con las conductas desplegadas por los vinculados a la causa fiscal.

Por lo anterior este argumento no está llamado a prosperar.

81. *"Que desde una óptica contractual el llamado a responder es EPM"*.

R/: Nuevamente se recuerda que este despacho no tiene competencia para pronunciarse acerca de la responsabilidad contractual. En este proceso de RESPONSABILIDAD FISCAL, más no CONTRACTUAL, conforme a las normas especiales que lo regulan, se vinculó a funcionarios de EPM, los contratistas y la interventoría porque de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, con su actuar causaron un detrimento patrimonial al Estado y se reitera que el Estado no puede ser sujeto pasivo del proceso de responsabilidad fiscal.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Apoderado, ni tampoco del análisis del material probatorio obrante en el plenario se desvirtúan los elementos de la responsabilidad fiscal descritos en el auto de imputación, en la parte resolutiva de esta providencia se proferirá fallo con responsabilidad fiscal, en cuantía de **CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte, INDEXADOS**, como contribuyentes con ocasión de la gestión fiscal, de manera solidaria y a título de culpa grave en contra de **FERROVIAL AGROMAN CHILE S.A, CON NIT 900.452.428-2 Y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A, CON N.I.T 890.311.243-7**

JORGE MARIO PÉREZ GALLÓN
C.C. 70.043.915,

En el Auto No.1484 de 2 de diciembre de 2020, se le endilgó la siguiente conducta al señor JORGE MARIO PÉREZ GALLÓN:

> *Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.*

De acuerdo al material probatorio que obra en el proceso, se evidenció a través de los **correos de los miembros de la junta directiva de HI que se realizó la probación programática del plan de aceleración lo cual se efectuó de la siguiente manera:**

- ✓ El señor **Jesús Aristizábal**, expresó: *"Por medio del presente correo electrónico doy mi aprobación al costo de aceleración de las obras del proyecto Hidroeléctrico ITUANGO. Tema puesto a consideración a través de la junta virtual de la Sociedad Hidroituango S.A. E.S.P.".*

- ✓ **Jorge Mario Pérez Gallón**: *"Buenos días, no tengo comentarios ni observaciones a la documentación presentada, por lo tanto doy mi voto afirmativo a los solicitado".*

- ✓ **Rafael Nanclares**: "Estoy de acuerdo y doy mi aprobación".

- ✓ **Alejandro Granda Zapata**: *"Cordial saludo. De acuerdo con los elementos y razones expuestas en el documento anexo, es preciso el desarrollo de acciones que permitan acelerar las obras requeridas para la operación de la Hidroeléctrica en los tiempos comprometidos. Por lo anterior voto positivo por el plan de aceleración y, como ha sido una constante en el trabajo de las entidades que acá participan, se deberán dejar las valoraciones jurídicas, técnicas y financieras que respalden cada una de las actuaciones que permitirán su efectiva concreción.*

  Mil gracias a todos por su respaldo, apoyo y permanente enseñanza para permitirme hacer parte del desarrollo de un proyecto tan importante para la vida de muchas regiones de Antioquia y Colombia".

✓ **María Eugenia Ramos Villa**: "*Buenas tardes, de acuerdo con el concepto anexo, doy mi voto positivo para que se inicien los trámites tendientes a lograr con el contratista del proyecto, la implementación de las estrategias de aceleración requeridas para entrar en operación en diciembre/18 tal como está programado".*

Una vez revisada el acta No.158 de 28 de diciembre de 2015, se evidenció que estuvieron presentes los siguientes miembros de la junta directiva de Hidroituango:

ASISTENTES:

Nombre	Cargo	Registro de Asistencia
María Eugenia Ramos Villa	Miembro Principal Junta Directiva	Participó
Wilson Chinchilla Herrera	Miembro Principal Junta Directiva	Participó
Jesús Arturo Aristizabal Guevara	Miembro Suplente Junta Directiva	Participó
Alejandro Granda Zapata	Miembro Principal Junta Directiva	Participó
Rafael Nanclares	Miembro Suplente Junta Directiva	Participó
Eliana Saldarriaga Escobar	Secretaria Junta Directiva	Participó
John Alberto Maya Salazar	Representante Legal Sociedad	Participó

Así mismo, en las certificaciones de asistencia de las juntas directivas de Hidroituango[935] se estableció como asistentes los siguientes:

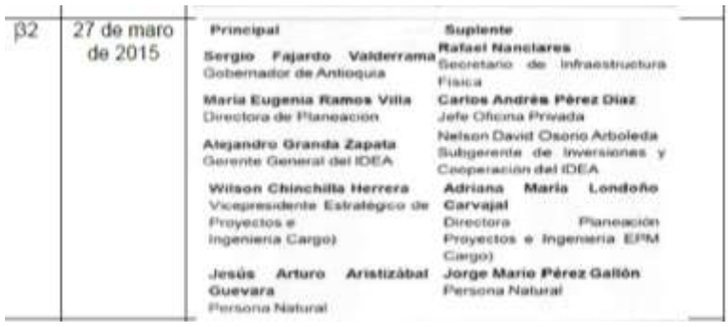
		ASISTENTES:

Nombre	Cargo
María Eugenia Ramos Villa	Miembro Principal Junta Directiva
Wilson Chinchilla Herrera	Miembro Principal Junta Directiva
Jesús Arturo Aristizabal Guevara	Miembro Suplente Junta Directiva
Alejandro Granda Zapata	Miembro Principal Junta Directiva
Rafael Nanclares	Miembro Suplente Junta Directiva
Eliana Saldarriaga Escobar	Secretaria Junta Directiva
John Alberto Maya Salazar	Representante Legal Sociedad

158	28 de diciembre de 2015

[935] Carpeta principal 74 – DD 75. Visita especial EPM E HI. RTA. G- Miembros de Junta Directiva

De otro lado en las certificaciones de miembros de la junta directiva[936] se indicó por Hidroituango, que el señor Jorge Mario Pérez Gallón era suplente del señor Jesús Aristizábal Guevara:



		Principal	Suplente
β2	27 de maro de 2015	**Sergio Fajardo Valderrama** Gobernador de Antioquia	**Rafael Nanclares** Secretario de Infraestructura Física
		María Eugenia Ramos Villa Directora de Planeación	**Carlos Andrés Pérez Díaz** Jefe Oficina Privada
		Alejandro Granda Zapata Gerente General del IDEA	Nelson David Osorio Arboleda Subgerente de Inversiones y Cooperación del IDEA
		Wilson Chinchilla Herrera Vicepresidente Estratégico de Proyectos e Ingeniería Cargo)	**Adriana María Londoño Carvajal** Directora Planeación Proyectos e Ingeniería EPM Cargo)
		Jesús Arturo Aristizábal Guevara Persona Natural	**Jorge Mario Pérez Gallón** Persona Natural

Teniendo en cuenta la votación del acta No.158, se deduce que el señor Jesús Aristizábal votó dicha decisión como miembro principal, por lo que el voto del señor Jorge Mario Pérez Gallón no es válido toda vez que por estar presente el miembro principal no tenía capacidad para incidir válidamente en la decisión.

Por lo anterior, este Despacho fallará sin responsabilidad fiscal a favor del señor JORGE MARIO PÉREZ GALLÓN, teniendo en cuenta que no se configura el elemento de la conducta.

ANIBAL GAVIRIA CORREA

Mediante Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020, se le imputó responsabilidad fiscal al señor Aníbal Gaviria Correa en los siguientes términos[937]:

> "de manera solidaria en cuantía de CUATRO BILLONES SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS ($4.075.680.000.000), por su contribución en la causación del daño y a título de culpa grave en contra de ANIBAL GAVIRIA CORREA".

Como consecuencia de "*No haber cumplido con el control de tutela que legalmente se le exigía como Alcalde respecto de una empresa de propiedad del municipio como es EPM. Situación que resulta determinante y grave si se tiene en cuenta que*

[936] Carpeta principal 74 – DD 75. Visita especial EPM E HI. RTA. G- Miembros de Junta Directiva

[937] Ver folio 18311 vto del expediente que corresponde a la página 1090 del Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020.

EPM es el contratista ejecutor del proyecto de la Hidroeléctrica de Ituango el cual es a su vez el proyecto más importante para la región".
Lo anterior con fundamento en que:

> *"Le resultaba elemental, en su condición de alcalde, estar plenamente informado de un proyecto de especial importancia para el país, el departamento de Antioquia y el municipio de Medellín, que por su magnitud no podía ser comparado con cualquier otro proyecto y que tanto exigía un deber positivo de conducta de fijar posición contundente frente al desarrollo del proyecto, a través de su ejercicio del control de tutela, conducta omisiva que contribuyó a la generación del daño aquí investigado y ampliamente valorado en el respectivo capítulo.*
> *De lo anterior, resulta evidente que, el Alcalde de Medellín tiene un deber de vigilancia y control respecto de dicha entidad descentralizada, que se debe traducir en el seguimiento y control de la actividad desplegada para que la misma coincida con las políticas públicas que desarrolle el ente territorial en búsqueda del Interés general.*
> *En el caso concreto y en tratándose del proyecto más importante para Antioquia por lo que sin duda era es un proyecto que también impacta al Municipio de Medellín, este Despacho procedió a indagar si existían comunicaciones cruzadas entre el municipio y EPM y entre el Municipio e Hidroituango, en las cuales se demostrara que el señor Gaviria se había informado y/o había realizado alguna manifestación en relación con el desarrollo de la hidroeléctrica. Si bien, en respuesta a dicha solicitud, el Municipio allego un copioso material de comunicaciones recibidas y enviadas tanto con EPM como con Hidroituango, en ninguna de ellas se encuentra que el señor Gaviria haya realizado ninguna actuación dirigida siquiera a informarse sobre el estado del proyecto*
> *Teniendo en cuenta el contexto anterior, es necesario recordar que en el período en el cual el señor Gaviria se desempeñó como Alcalde, en el proyecto se dieron una serie de situaciones que fueron determinantes para que se aumentara injustificadamente el valor de las inversiones y se impidiera la entrada en operación en la fecha programada, todo lo cual consolidó el daño al patrimonio del Estado, que se endilga en la presente causa fiscal.*
> *(…)*
> *En este punto, cabe recordar que el señor Gaviria nombró como Gerente de EPM al señor Juan Esteban Calle, respecto de quien se demostró en esta causa fiscal que obró con culpa grave en el ejercicio de sus funciones tanto como Gerente de EPM, como miembro de la junta directiva de Hidroituango.*
> *(…)*
> *La función del señor Gaviria, como alcalde de Medellín no se limitaba a nombrar a una persona que cumpliera con las exigencias para el cargo, sino que de él era exigible que desarrollara un control efectivo sobre las acciones y omisiones desarrolladas por el Gerente de EPM en relación con la hidroeléctrica de Ituango, la cual se recuerda era la obra más importante para la región y en consecuencia para el Municipio de Medellín. La cual por demás estaba siendo desarrollada por EPM como contratista, empresa que es de propiedad del Municipio.*
> *En este punto es importante destacar el hecho de que dada la dimensión del proyecto, se trataba también para EPM de un proyecto relevante, que tal y como*

se explicó al abordar el daño, le ha implicado un proceso importante de endeudamiento, por lo que las fallas en la ejecución de la Hidroeléctrica de Ituango, al tener el potencial de generar daños graves a una empresa emblemática tanto para Antioquia como para el país, no podían ser simplemente ignoradas por el Alcalde".

RESPUESTA A ARGUMENTOS DE DEFENSA Y VALORACIÓN PROBATORIA

Mediante oficio con radicado No 2021ER0039617 de fecha 27 de abril de 2021(fl. 21902 a 21941), la apoderada del señor Gaviria Correa formuló sus argumentos de defensa, los cuales serán confrontados con el material probatorio obrante en el plenario y con el aportado por el señor Gaviria en las distintas etapas del proceso, lo que permitirá concluir si se confirman o desvirtúan las imputaciones realizadas.

La apoderada del señor Gaviria Correa Inicia su defensa haciendo un recorrido a través de los antecedentes de la causa fiscal, haciendo énfasis en las razones que el Despacho esgrimió en el auto de apertura para vincular a su poderdante y posteriormente las razones para imputarle responsabilidad fiscal. De donde infiere que la Contraloría ha reconocido que el Señor Gaviria no es gestor fiscal, por lo que procede a concluir que:

"la responsabilidad fiscal sólo es atribuible al servidor público o particular que ejerce gestión fiscal, esto es, a quien tiene disposición sobre los recursos que sufrieron el supuesto detrimento. Es decir, si un servidor público o particular causa un detrimento al patrimonio del Estado por una actividad distinta a la gestión fiscal, corresponde a un juez determinar la responsabilidad en un proceso judicial y no a la Contraloría en un proceso administrativo"

R/: En este punto, no le asiste razón a la apoderada, toda vez que no solo quienes hayan sido gestores fiscales son responsables fiscales también quienes contribuyan con ocasión de la gestión fiscal en una relación próxima y necesaria con la misma, pueden ser declarados responsables fiscales. Sobre el particular, resulta necesario recordar lo sostenido por la Corte Constitucional, en Sentencia C-840 de 2001:

*"El sentido unitario de la expresión o **con ocasión de ésta** sólo se justifica en la medida en que **los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal**. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respetivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado".*

Respecto de este punto más adelante en su escrito, la apoderada presenta una lectura equivocada de la misma sentencia para concluir erróneamente que solamente se puede ser responsable fiscal cuando se es gestor fiscal directo,

cuando ello no es cierto y no era cierto desde que se profirió la Ley 610 de 2000, que incluyó en el artículo 1º la expresión *"en el ejercicio de la gestión fiscal **o con ocasión de ésta**"* y en el artículo 6º la expresión "dolosa o culposa produzcan **directamente o contribuyan** al detrimento"

De donde tampoco resulta cierto lo que también asevera, en varios puntos de su escrito, la apoderada al considerar que el Despacho al imputar al señor Gaviria como consecuencia de no haber ejercido el control de tutela está dando aplicación a lo dispuesto en el Decreto 403, norma que no se encontraba vigente al momento de ocurrir los hechos que se estudian en la presente causa fiscal.

Adicional a lo anterior, aduce que:

> *"El doctor Aníbal Gaviria Correa sí ejerció el control de tutela sobre EPM de conformidad con lo establecido en la Ley 489 de 1998, en los Estatutos de EPM y en el Convenio Marco de Relaciones celebrado entre el Municipio de Medellín y EPM el día 23 de abril de 2007 por las siguientes razones:*
> *- En calidad de Alcalde de Medellín para el periodo 2012 — 2015 al doctor Aníbal Gaviria Correa le correspondió presidir la Junta Directiva de EPM, en la cual se destacó como el Alcalde más activo y presente en la Junta Directiva de EPM. Junta a la cual en más de 29 reuniones el Gerente General, la Dirección Energía, la Vicepresidencia Ejecutiva Proyectos e Ingeniería y demás equipos técnicos informaron sobre los avances del proyecto hidroeléctrico Ituango, es decir, contrario a lo que dice la Contraloría, el doctor Gaviria sí estuvo permanentemente informado de los avances del proyecto.*
> *- El Convenio Marco de Relaciones celebrado entre el Municipio de Medellín y EPM el día 23 de abril de 2007, es un documento de obligatorio cumplimiento que regula las relaciones entre las dos entidades y la forma en que el Municipio de Medellín debe ejercer el control de tutela sobre EPM, de conformidad con lo previsto en el artículo 106 de la Ley 489 de 1998. Este convenio establece que el cambio de Gerente General debe responder a razones objetivas, de acuerdo con los resultados que arroje su gestión y después de llevarse a cabo una evaluación por parte de la Junta Directiva con base en modelos objetivos. En razón a ello, desde la Junta Directiva de EPM se aprobó el método de evaluación para el Gerente General y le fueron hechas las evaluaciones por parte de la Junta para cada vigencia, las cuales arrojaron resultados satisfactorios y en todas ellas el Gerente General fue destacado, razón por lo cual no existían motivos para remover al Gerente General y tampoco era dable que el Alcalde de Medellín procediera a removerlo, pues se habría desconocido lo dispuesto por el Convenio Marco de Relaciones Además, el doctor Aníbal Gaviria Correa en calidad de Presidente de la Junta Directiva de EPM, realizó visitas al lugar del proyecto Hidroituango"*
> (…)
> *Para el 31 de diciembre de 2015, cuando el doctor Aníbal Gaviria Correa dejó de ser alcalde, el proyecto Hidroituango venía avanzando, no se tenían alertas sobre defectos constructivos, nadie en el país había censurado que EPM se hubiera postulado en la subasta de energía. Ningún órgano de control había hecho señalamientos, denuncias, apertura de investigaciones sobre ese*

proyecto sobre retrasos o temas referentes a los puntos objeto de la presente investigación.
1.11. Entre el 1° de enero de 2016 y el 28 de abril de 2018, los cronogramas de ejecución del proyecto Hidroituango se venían cumpliendo, y EPM se preparaba para poner en funcionamiento el proyecto en noviembre de 2018. Es más, en esos 28 meses después de que el doctor Aníbal Gaviria dejó el cargo de Alcalde de Medellín, no hubo ningún cuestionamiento sobre el proyecto ni al interior de EPM e Hidroituango, ni por parte de los órganos de control. No sobra recordar que entre el 1° de enero de 2016 y el 28 de abril de 2018 se ejecutó el 95% del Plan de Aceleración — que incluyó la construcción de la Galería Auxiliar de Desviación — y todas las decisiones que se tomaron en esta etapa se dieron en una época donde el doctor Aníbal Gaviria no tuvo ningún tipo de participación o injerencia.
Además, desde EPM e Hidroituango se continuó trabajando en la misma dirección, lo que quiere decir que las decisiones tomadas con anterioridad estaban debidamente soportadas en los estudios e informes elaborados por los grupos de trabajo del más alto nivel.
1 12 Además, mediante Acta de Modificación Bilateral No. 10 suscrita el 29 de agosto de 2017, EPM e Hidroituango acordaron modificar las fechas de cumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9, ratificando que la entrada en operación comercial sería a finales de 2018, es decir, para la fecha de suscripción del acta el proyecto marchaba sin inconvenientes, ni alertas y menos que fueran a presentar retrasos en la entrada en operación del proyecto
1 13 Durante los meses y días previos a la contingencia del 28 de abril de 2018, EPM realizaba un proceso de socialización para la entrada en funcionamiento a finales de ese año, lo cual es indicativo que la contingencia sí fue repentina e imprevista, lo que la hace ajena a cualquier acción u omisión del doctor Aníbal Gaviria como Alcalde de Medellín.

Así mismo dentro de su argumentación, más adelante concluye que:

Si bien, en respuesta a dicha solicitud, el Municipio allego un copioso material de comunicaciones recibidas y enviadas tanto con EPM como con Halroltuango, en ninguna de ellas se encuentra que el señor Gavina haya realizado ninguna actuación dirigida siquiera a informarse sobre el estado del proyecto "
Ahora, como se pudo ver el control de tutela sobre EPM no se ejerce con el simple envío o recepción de comunicaciones, pues el Alcalde de Medellín es quien preside la Junta Directiva de la entidad y en las reuniones es enterado de primera mano de los temas más relevantes, no sólo del proyecto hidroeléctrico Ituango sino también de otros proyectos de importancia.
En ese sentido, contrario a lo manifestado por la Contraloría, en el doctor Aníbal Gaviria en calidad de Alcalde de Medellín y Presidente de la Junta Directiva de EPM
asistió entre 2012 y 2015 a todas las reuniones de la Junta Directiva donde los comités o direcciones correspondientes informaban sobre los avances y otros aspectos del proyecto de la hidroeléctrica. Así, las reuniones de la Junta Directiva son las que se señalan a continuación:

(…)

R/: Respecto de este argumento le asiste razón a la apoderada, motivo por el cual se fallará sin responsabilidad fiscal en favor del señor Gaviria Correa, por los motivos que se explicarán a continuación:

En primer término, si bien el Despacho no le imputó responsabilidad al señor Gaviria por no haber realizado el control de Tutela Frente a EPM como mal lo plantea la apoderada, sino respecto del proyecto hidroeléctrico, también es cierto que este Despacho no puede desconocer dos particularidades que resultan muy importantes a saber: El Señor Gaviria era en calidad de Alcalde de Medellín el presidente de la junta directiva de EPM y, de otro lado no tenía asiento en la junta directiva de Hidroituango ni tampoco lo tenían subalternos suyos, sino únicamente el Gerente de EPM nombrado por él.

En este contexto, se encuentra probado que el señor Gaviria asistió a las juntas directivas de EPM en calidad de presidente de la misma, que en dichas juntas recibió información sobre el proyecto, que de lo textualmente consignado en las mismas no es posible inferir que haya obtenido datos o circunstancias que le permitieran comprender la existencia de situaciones que ponían en riesgo la ejecución del proyecto o su entrada en operación en la fecha programada.

Elementos que se reportaban en las actas de EPM	**Hechos ocurridos entre 2012 y 2015**
Acta 1543 de 7 de febrero de 2012. **.2 Avance Proyecto Ituango** La Dirección **de** Energía presenta un informe sobre diferentes opciones de desarrollo del proyecto Hidroelbctrico Ituango. **Temas** tratados: (i) Estructura del negocio: Contrato BOOMT en **cabeza** de la Filial EPM Ituango; (ii) Detalle de las opciones para el desarrollo del proyecto: en EPM mediante la cesión del contrato BOOMT **y** otros contratos, o a través ***de*** una fusión con EPM Ituango; o a travbs **de** una **filial** de EPM con Zona Franca **y** con socio; (iii) Pasos **a** seguir. **Se** resuelven **las** inquietudes planteadas por los miembros **de** la Junta Directiva respecto al alcance del contrato de estabilidad jurídica celebrado entre EPM **y**	Durante el año 2012, debía definirse la estructura administrativa de Hidroituango para atender en debida forma al rol que le correspondía de vigilancia y control bajo el contrato BOOMT. A pesar de los graves atrasos acumulados, con los que venía el proyecto, en 2012 se insistió en participar en una segunda subasta de energía en firme, que les fue adjudicada e implicaba entregar 9.540.821,91 KWh-día de energía en firme para el periodo comprendido entre 01/12/2021 a 31/11/2038.Lo anterior, sin contar aún con la infraestructura esencial del proyecto.

la Nación; estado de avance del proyecto frente a su cronograma de **ejecución;** avances en la solicitud de zona franca, entre otros aspectos.	
Acta 1548 de 2 de mayo de 2012:La Direccion de energía presenta un informe sobre el esquema del Proyecto Hidroeléctrico Ituango. Temas tratados: (i) Descricpión general del proyecto. (ii) Seguimeinto a la ejecución de obra: - Solicitudes pendientes de modificación de la licencia ambiental - Infraestructura vial - Via sustitutiva - Puente San Andrés - Vias industriales por margen izquierda - Variantes - Vias en campamentos - Túneles de desviación - Portales - Túnel de acceso a casa de máquinas - Campamentos - Campamentos EPM - Interventoria infraestructura - Interventoria obras civiles y equipos - Operador gestión social - Títulos mineros (iii) Procesos de contratación. Licitaciones abiertas: Via Puerto Valdivia-sitio de presa del proyecto; obras civiles principales; turbinas y generadores. (iv) Avance físico del proyecto. - Avance proramado vs ejecutado - Estrategias de construcción - Principales rubros-gestión social (v) Seguimeinto de los hitos del contrato BOOMT (vi) Seguimiento del costo y avance del proyecto. Resuelve las inquietudes planteadas por los miembros de la junta directiva relacionadas entre otros aspectos, con la posibilidad que la Vía a Puerto Valdivia sirva de conectividad al sistema vial nacional, y la asesoría que se	• A partir de 2011 y hasta finales de 2012, debía desarrollarse la construcción de los túneles de desviación del río Cauca, de conformidad con los diseños preestablecidos que suponían que se contara para el cierre de dichos túneles con dos compuertas. Sin embargo, dado que el contratista de los túneles de desviación desarrolló el contrato, sin tener una adecuada planeación y metodología de trabajo y con insuficiencia de equipos en buen estado de operación y adecuadas instalaciones industriales, llevó a que suspendiera actividades, tuviera deficiencias en la programación, y bajos rendimientos en la ejecución de las labores. Así, a pesar de conocer las circunstancias de orden público y las dificultades geológicas de la Zona, no previó acciones que le permitieran mitigar las consecuencias de estas situaciones, acumulando atrasos significativos, generando la necesidad de aplicar nuevos planes de recuperación de tiempos y aumentando los costos a pesar de lo cual no se logró cumplir, en las estivas de 2013, con uno de los hitos fundamentales del proyecto, el cual era la desviación del Río Cauca. • Como consecuencia de la no desviación del río Cauca en la fecha programada, desde 2012 se hizo evidente una alta probabilidad de que el proyecto no entrara en operación en

brinda para la elaboración de los planes de desarrollo territorial.	noviembre de 2018, frente a lo cual no se tomaron decisiones para evitar que el proyecto incrementara las inversiones y por el contrario se siguieron aprobando e implementando planes de aceleración con sus respectivos costos, los cuales al final se iban a mostrar poco efectivos y a la postre, terminaron por destruir el valor presente neto del proyecto.
Acta 1549 de 5 de junio de 2012: 4.1 Temas de la Gerencia General El Gerente General informa sobre los siguientes temas: (i) Estado de la solicitud de declaratoria de Zona Franca para el Proyecto ltuango y algunas alternativas analizadas para el posible desarrollo del proyecto en el balance de EPM, (ii) La firma Acciona interpuso tutela contra uno de los procesos de selección de contratista para el proyecto Ituango, la cual fue desfavorable para dicha firma en primera instancia, y aunque apel6, no prosperó dicho recurso por extemporaneidad	A finales de 2013 y principios de 2014 se dio la necesidad de ceder el contrato de construcción de los túneles de desviación del río Cauca al contratista de obras principales, para lograr cumplir con el cronograma de entrada en operación del proyecto en noviembre de 2018. Lo que llevó a implementar un plan de aceleración para lograr la desviación del río a principios de 2014, hecho que por la premura y por el atraso de 333 días en la contratación de las mismas y del 91% en la ejecución de este mecanismo hidromecánico, llevó a prescindir de la instalación de las compuertas en los dos túneles de desviación, lo que indujo a modificar las características catalogadas contractualmente como "inmodificables" del proyecto como fue la construcción del tercer túnel de desviación (GAD). Lo anterior a pesar de que el BOARD de expertos no avaló estas dos soluciones metodológicas
Acta 1550 de 3 de julio de 2012: La Direccion de Energía presenta un avance del proyecto Ituango con énfasis en el tema social- Temas tratados: (i) Localización y vías del proyecto, infraestructura vial, contratos en ejecución, túneles de desviación y acceso a casa de máquinas y campamentos; (ii) Avance de las obras: estudio de impacto ambiental y social, impactos sociales, población de influencia del proyecto, plan de gestión social, estrategia de comunicaciones y avances; (v) Programa de integración Proyecto-Región y seguimeinto al entorno csociopolitico; y (v) Avance de la gestión de riesgos. Los miembros de la Junta Dircetiva debaten ampliamente el tema, específicamente sobre el estado actual del trámite de modificación de la licencia ambiental del proyecto y las dificultades frente a la obtención de dicha autorización; el plan de manejo de los atrasos en algunas obras del proyecto; el apoyo a las administraciones municipales en el planeamiento de desarrollo territorial; los planes de reasentamiento de las familias de	

la zona de influencia y la construcción conjunta de su proyecto económico; la contratación de mano de obra no calificada en las veredas del área de influencia del proyecto; y el grado de escolaridad y alternativas para contrarrestar las tasas de analfabetismo en la zona, entre otros aspectos. (…) El señor Alcalde, en consideración a la envergadura del Proyecto Ituango, propone conformar una comisión de miembros de la Junta Directiva para que realice un acompañamiento permanente a la administración en el tema social del Proyecto Ituango. Para el efecto se designan las siguientes personas: (…)	
Acta 1551 de 15 de agosto de 2012: La Direccion de energía presenta un informe de avance general del Proyecto Ituango Temas tratados: Localizacion y descripción del proyecto Detalle de los procesos de contratación para la ejecución del proyecto y estado de avance de los mismos, a saber: obras principales; turbinas y generadores; vía Puerto Valdivia – Presa; puente gruas; compuertas y transformadores. Estado de avance de las obras correspondientes a: Infraestructura vial, túneles de desviación; y campamentos. El proyecto en el desarrollo regional: Política y lineamientos de Responsabilidad Social Empresarial; Programas institucionales-aporte a la región: Programa Aldeas, Antioquia Iluminada, Plan de manejo ambiental, comunicación y participación comunitaria (avance restitución de condiciones de vida), integración Proyecto-Región (Política de empleo, adquisición de bienes y servicios, bienestar de los trabajadores con su capacitación y formación), y bienestar social.	

Detalle de la situación de Orden Público en la región. En el anexo a esta acta se lee: “Luego de la presentación por parte del equipo del proyecto, los miembros de la Junta hicieron énfasis en el acompañamiento en lo social y ambiental, ya que los temas técnicos vienen siendo asumidos con la mayor responsabilidad por parte del equipo de EPM”	
Acta 1552 de 11 de septiembre de 2012: Adjudicacion del contrato de obras principales del Proyecto Ituango: se informa sobre el detalle de la audiencia pública y la adjudicación del contrato al Consorcio CCC Ituango. Presentación de proyectos al Consejo de Gobierno departamental: se presentaron los proyectos Ituango, Antioquia Iluminada, Aldeas, entre otros. En cuanto al primero se advierte la mejor disposición para su desarrollo, y el propósito de hacer el mejor esfuerzo en bienestar de la región. Proceso de contratación de turbinas, generadores y equipos asociados al proyecto Ituango: se informa el detalle de las ofertas presentadas y la programación de la audiencia. Los miembros de la Junta Directiva realizan un reconocimiento a los servidores de EPM que participaron en el proceso de contratación de las obras principales del Proyecto Ituango, por el excelente desempeño y manejo de los reparos que se gestaron alrededor del mismo, lo cual dejó muy en alto a la organización, especialmente en la Audiencia Pública realizada dentro del procedimiento de contratación citado. El Gerente General igualmente agradece por el acompañamiento recibido y se suma al reconocimiento a los servidores de EPM que pusieron todo su empeño con el propósito de llevar a feliz término el proceso de contratación.	

Acta 1553 de 2 de octubre de 2012: El Alcalde no participó, delegó en el doctor David Rodriguez Restrepo, Secretario de Hacienda del Municipio de Medellin. Licenciamiento ambiental de Ituango: se autorizó la Modificación 3 mediante la Resolución 0764 de septiembre 13 de 2012. Se continúa a la espera de la Modificación 4 de la licencia.	
Acta 1554 de 6 de noviembre de 2012: Proyecto ltuango Se presenta un informe sobre el avance de la negociación con el IDEA y la Gobernación sobre la posible cesión del contrato BOOMT de EPM Ituango a EPM, como consecuencia de la negativa del otorgamiento de Zona Franca para la ejecución del proyecto. Detalla los elementos considerados en la negociación y comunica que dado que la cesión requiere aprobación de los accionistas de la sociedad Hidroeléctrica ltuango S.A. E.S.P., EPM le propuso al IDEA algunas alternativas para dicha cesión. Se detalla la ruta de trabajo acordada y próximos pasos a seguir. Se comunica sobre los avances en el acuerdo de inversión social para la sostenibilidad correspondiente al plan de manejo ambiental en su componente social que comprende programas de comunicación y participación comunitaria, programa de restitución de condiciones de vida y de integración Proyecto - Región. Para la zona de influencia se propone el desarrollo integral entre EPM, la Gobernación de Antioquia y el Proyecto Ituango. Informes del Comité de Seguimiento a Proyectos: correspondiente a la sesión 1 del 26 de octubre de 2012 (Anexo 6). Temas tratados: (i) Comparación del proyecto PTAR Bello con el negocio de México; (ii) Nueva organización para el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico ltuango y Gestión Social para el Proyecto.	

Esta acta no tiene ningún anexo.

Acta 1555 de 4 de diciembre de 2012:
Ituango en balance de EPM
Las Direcciones Energía y Finanzas Institucionales presentan una propuesta de negociación para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico Ituango en el Balance de EPM (Anexo 9)
El Gerente General presenta un resumen del avance del proyecto, específicamente los resultados adversos a las gestiones adelantadas para su desarrollo en zona franca, de allí la necesidad de adelantar otras alternativas para su desarrollo, una de ellas traer el proyecto al balance a EPM. Sobre este último aspecto se refiere de manera general a los detalles de la negociación adelantada con la Gobernación de Antioquia, y el posible impacto que genera el desarrollo del proyecto en el balance de EPM.
Temas tratados:

(i) Importancia para EPM de desarrollar el proyecto Ituango en su Balance.
(ii) Acuerdo entre EPM, la Gobernacón de Antioquia, y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia-IDEA. El Contrato BOOMT establece que la cesión del contarto por parte de EPM Ituango debe contar con el visto bueno de Hidroituango. Se detallan los elementos del acuerdo y la forma de materialización de los mismos.
(iii) Cálculo estimado del beneficio tributario por Activos Fijos Productores de Renta para el proyecto Ituango.
(iv) Propuesta de EPM para traer al proyecto Ituango al balance EPM, y posible manejo de socios minoritarios de EPM Ituango.

(v) Cronograma del proyecto.

Se resuelven las inquietudes planteadas por los asistentes relacionadas con la necesidad de compra de la posición contractual del BOOMT y de la infraestructura en EPM Ituango; posible impacto de la decisión en el efecto neto para las transferencias al municipio de Medellín del próximo año; inversión social del proyecto de los cual se encuentra pendiente por concertar las líneas de intervención y programas entre otros aspectos.

Sobre la Inversión social del proyecto Ituango, se sugiere incluir dentro del equipo que se integre para la definición de dicho aspecto a los doctores (…)

Decisión:

- Autorizar la inclusión de las partidas presupuestales necesarias en el presupuesto 2013 para pagar hasta 35MUSD (equivalente aproximadamente a 64.000 MCOP) como contraprestación a los accionistas de Hidroituango, diferentes de EPM por la firma del contrato de usufructo de acciones de Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P.
- Autorizar la inclusión de las partidas presupuestales necesarias en el presupuesto del año 2013 y 2014 para:
- Aumentar el presupuesto de Inversiones del Proyecto Ituango para Inversión social adicional por un valor de U$ 1oo Millones, distribuidos en U$25 millones en el 2013 y U$75 millones en el 2014.
- Compra de la Infraestructura (Construcciones en Curso) de EPM Ituango y los anticipos entregados a los contratistas, cuyo valor se estima en $907.000 millones para el año 2013.
- La compra de la participación accionaria a todos los socios

minoritarios en EPM Ituango hasta por un valor de $5.600 millones. • Compra de la posición contractual de EPM Ituango en el contrato BOOMT hasta por un valor de $20.000 millones.	
Acta 1556 de 22 y 23 de enero de 2013: -Se solicita a la Junta Directiva autorizar la inclusión del proyecto Ituango en el plan de inversiones de EPM (…) - Se solicita autorización a la administración para realizar las modificaciones presupuestales a que haya lugar en concordancia con las normas internacionales de información financiera NIIF adoptadas en el grupo EPM. - Se anexó el documento soporte de la solicitud que fue sometida a consideración de los miembros de Junta Directiva (Anexo 2)	
Acta 1557 de 5 de febrero de 2013: La Direccion de Energía presenta un informe sobre el avance del proyecto de traer el proyecto Ituango al Balance de EPM, acompañado de los asesores de Suma Legal y Corpbanca (Anexo 4) Temas presentados: (i) Descripción de la negociación realizada durante los años 2010 y 2011 y desarrollo del proyecto a través de una filial de EPM. (ii) Descripción de la negociación realizada durante los años 2012 y 2013 y la propuesta de desarrollar el proyecto en el Balance de EPM. (iii) Sustento legal y financiero con explicación de la cesión del contrato BOOMT de EPM Ituango a EPM; la situación actual del contarto BOOMT; alternativas para llevar el proyecto a EPM; impacto económico en relación con EPM Ituango y con Hidroituango;	

autorización decesion del contrato y posibles riesgos. (iv) Resumen de la valoración independiente de la posición contractual en el contrato BOOMT para un accionista minoritario de EPM Ituango, con descripción de la metodología de valoración de la posición contractual; metodologías de la valoración de las compañías, metodología recomendada; detalle de los supuestos utilizados; sensibilidades para la definicipon de rango; resultados; y aplicación de sensibilidades adicionales y resultados. (v) Sustento del valor de la cesión de la posición contractual del BOOMT. (vi) Detalle del avance de actividades del proceso de traer el proyecto al balance de EPM, específicamente las actividades realizadas y pendientes por realizar.	
Acta 1559 de 5 de marzo de 2013: El Alcalde no se encuentra presente, delega en David Rodríguez Restrepo, Secretario de Hacienda del Municipio de Medellín. El Gerente General informa los siguientes temas: (i) Lanzamiento del Plan Integral Hidroeléctrica Ituango: con detalle del esquema del plan, las líneas de actuación de la inversión social adicional; y eventos de socialización. Los miembros de la Junta Dircetiva sugieren considerar lso municipios de la zona de influencia con sus diversas características, teniendo en cuenta además los aspectos económicos, los culturales. (ii) Asamblea EPM Ituango: detalle de la convocatoria y realización de la asamblea ordinaria de EPM Ituango S.A. E.S.P. llevada a cabo	

el 20 de febrero de 2013, en la que se aprobó la distribución de dividendos, se eligió la junta directiva; se aprobó la disolución de la sociedad; se nombró liquidador; y en proposiciones y varios, la representante de Ríos Vivos, quien representaba a un accionista, se pronunció sobre algunos aspectos sociales del proyecto; y se radicó una constancia con más de 60 preguntas. Se realizaron acercamientos con los accionistas minoritarios de EPM Ituango en los que se presentaron alternativas de valoración de su posición en EPM Ituango. Cualquiera sea la alternativa jurídica escogida se podrán presentar contingencias jurídicas.	
Acta 1560 de 2 de abril de 2013: el tema del avance del proyecto Hidroituango se aplaza para una próxima reunión. En el anexo a dicha acta se lee : “La dirección de Energía presentó en estado de las obras principales del proyecto. Se resalta la finalización del portal de acceso y la excavación del túnel de la casa de máquinas, el avance 90% en el mejoramiento de la vía de acceso desde llanos de Cuivá hasta el sitio de la presa, el avance del 75% en el campamento para el personal de interventoría. Ae menciona así mismo el avance del 63% en uno de los túneles de desviación donde se han presentado atrasos debido a los rendimientos de obra obtenidos por el contratista. Se indica la expectativa hacer la desviación en el segundo semestre de 2013. (…) 3. Análisis de la situación sociopolítica de la zona de influencia del proyecto Ituango y estrategias de abordaje La Direccion de Energía presentó el análisis del contexto sociopolítico y de Seguridad en que se desarrolla el proyecto, el análisis del actor relevante Movimiento Ríos Vivos, la	

cronología de sus actuaciones, y la respuesta institucional desplegada por la empresa, la Gobernación y la Alcaldía en torno al manejo de la situación sociopolítica del proyecto. El comité señala la necesidad de dotar a actores como diputados y concejales con información suficiente que permita defender a la empresa en debates públicos y desmentir las acusaciones del movimiento Ríos Vivos y la importancia de continuar involucrando la presencia institucional desde el Gobierno Nacional y Local. De igual forma a los columnistas, líderes de opinión y representantes de la comunidad. Así mismo se invita a tener una visión proactiva de prevención frente a los elementos de confrontación para que esto sea percibido como el esfuerzo de EPM de atender a las comunidades.	
Acta 1561 de 7 de mayo de 2013: La Dirección Energía presenta un informe del avance del Proyecto ltuango (Anexo 11). 1 Temas presentados: (i) Avances de la obra del Proyecto Ituango: ubicación; características de las obras principales; avances en la infraestructura vial; avances del túnel de acceso a la casa de máquinas y de los túneles de desviación; campamentos; obras principales; turbinas y generadores; y otros contratos adjudicados. (ii) Situación sociopolítica y de seguridad en la zona del proyecto con el detalle de los siguientes aspectos: propósito del actor relevante correspondiente a que el proyecto hidroeléctrico ltuango no se desarrolle o se suspenda; situaci6n sociopolítica al mes de marzo de 2013; situación sociopolítica al mes de abril de 2013; análisis situacional; respuesta institucional; escenarios en el corto y mediano plazo en la articulación institucional; y construcción del escenario de legitimación de! proyecto que busca un alto respaldo ciudadano,	

el normal avance del proyecto, y una fuerte articulación institucional. A las 12:39 p.m. se reincorpora a la reunión el doctor Rubén Hernando Fernández Andrade. Se resuelven las inquietudes planteadas por los asistentes relacionadas con el avance del proyecto a la fecha en comparación con tres meses atrás, específicamente en los temas del relacionamiento con la comunidad. Los miembros debaten ampliamente el tema. Sugieren buscar visibilizar el compromiso y las gestiones adelantadas por el municipio de Medellín para la ejecución del proyecto situación que se planteará al Alcalde de Medellín. Consideran pertinente el acompañamiento a EPM de los organismos del Estado en los acercamientos a la comunidad, inclusive como garantía del desarrollo de las actividades que adelanta la empresa con los habitantes de los territorios de, la zona de influencia del proyecto.	
Acta 1563 de 4 de junio de 2013: -en cuanto al proyecto Ituango igualmente se realizaron observaciones a la gestión social y acompañamiento a la comunidad antes, durante, y después de la ejecución del proyecto. (…) El Gerente General (…) Sobre el proyecto Ituango comunica que se ha buscado el cubrimiento de medios con la descripción detallada del proyecto, contrarrestando la información poco precisa del mismo, difundida en otras fuentes.	
Acta 1564 de 9 de julio de 2013: El Alcalde no asiste delega en el Dr. Jorge Pérez Jaramillo, Director del Departamento Administrativo de planeación. 5.3 Informe Avance Proyecto Ituango El Gerente General informa que tuvo conversaciones detalladas con la Agencia Nacional de Licencias Ambientales-ANLA sobre el manejo ambiental del proyecto,	

específicamente respecto a la construcción de un túnel para la protección de un bosque, el manejo de un depósito de materiales que presentó un exceso del 1%, y la colocación de un filtro provisional en una quebrada, que la ANLA consideró con una “pavimentación”. Se acordó que en adelante los cambios menores a la licencia como los citados serán comunicados de manera previa al ANLA. La doctora Beatriz Restrepo Gallego agradece al Gerente General y a EPM por la visita que facilitó realizar al proyecto en compañía del doctor Alberto Arroyave Lema. Señala que solo cuando se visita el proyecto, se dimensiona su complejidad. Resalta que durante el recorrido se advirtió el excelente manejo ambiental del mismo. La Dirección de Energía presenta un informe de avance del Proyecto Ituango (Anexo 8). Temas tratados: Avance en la infraestructura vial, especificamente el estado de la vía Puerto Valdivia-sitio de la presa; vía llanos de Cuivá-San José de la montaña; vía sector el Bombillo-Ituango; campamentos; túneles de desviación y acceso a casa de máquinas; avance obras principales presa, central y obras asociadas; y excavaciones del vertedero. Se informa que para el próximo 24 de julio de 2013 se tiene prevista la inauguración de los últimos 11,6 kilómetros de vía, entre los sectores El Bombillo y Alto El Líbano, con lo cual ya quedan completamente pavimentados los 190 kilómetros de extensión que separa a Medellín de Ituango. Se hace extensiva la invitación a los miembros de la Junta Directiva a participar en el acto de inauguración y para que además conozca del proyecto en el sitio de obra. Detalle de los equipos electromecánicos adquiridos: turbinas y generadores y compuertas para desviación, aducción y túneles de aspiración.	

Detalle d equipos en proceso de adquisición: transformadores de potencia y puentes grúa. Se resuelven las inquietudes planteadas relacionadas con la situación de seguridad de la zona. En el anexo a esta acta, en relación con el avance de la obra se lee: “LA Dirección de Energía presentó el estado de avance de las obras del proyecto. Se resalta el avance 93% en los campamentos para el personal de EPM, Interventoría, Asesoría y Operador Social. El tema más crítico actualmente es el de túneles de desviación y acceso de casa de máquinas donde se tiene un avance de los túneles (bóvedas del 99% y bancos del 32%). El avance esperado a la fecha era del 100%. En general se están aplicando estrategias para priorizar todas las obras relacionadas con el desvío del río.	
Acta 1566 de 6 de agosto de 2013. Proyecto Ituango: Encargada de liderar la ejecución y entrega del proyecto Ituango en el tiempo, costo y calidad negociados con el cliente interno. Además contará con otra dependencia del Nivel 4 que se denominará Planeación Proyectos e Ingeniería encargada de liderar la planeación, verificación de actividades y servicios asociados a proyectos e ingeniería para optimizar el uso de los recursos y contribuir al logro de los obejtivos. Fundamentalmente esta vicepresidencia brindará el apoyo en el manejo de todo tipo de proyecto en aspectos de especialidad técnica, ambiental, social, y de operación e infraestructura física. Al proyecto Ituango por tratarse de un megaproyecto, se le reconoce su relevancia y por ello se crea una dependencia de mayor jerarquía para su atención. La Vicepresidencia de estrategia y crecimiento se integra por las siguientes dependencias:	

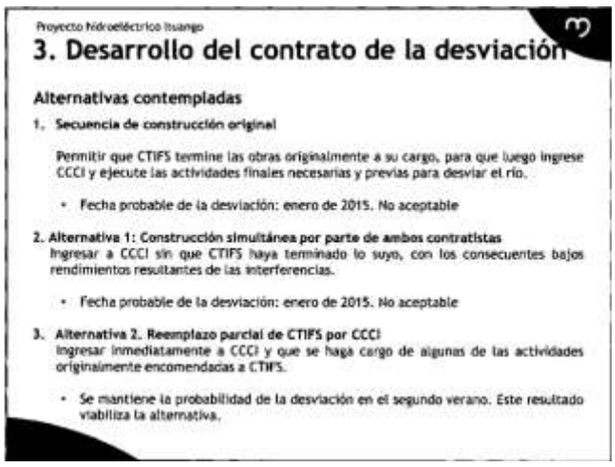
(…) La incorporación del proyecto Hidroituango al balance de EPM ha implicado incrementos en los anticipos a proveedores y contratistas, construcciones en curso, cuentas por cobrar y por pagar. La cifra de excedentes ordinarios y extraordinarios pagados al Municipio de Medellín en el año, han sido de $526.122 y $170.000 millones respectivamente. Se presentó una sobreejecución del 14% en provisiones, depreciaciones y amortizaciones debido a la amortización del contrato de usufructo Hidroituango por $63.900 millones. -Informe de la visita realizada al Proyecto Ituango: la vía Medellín-Ituango se encuentra completamente pavimentada entre los sectores El Bombillo y Alto El Líbano, gracias a la ejecución de recursos asignados al Plan de Manejo Integral del proyecto. Allí también se participó en la inauguración de un mejoramiento realizado a la escuela el Mote. Se pregunta por el censo realizado a las personas participantes de las manifestaciones contra la ejecución del proyecto que se encuentran albergadas en la sede de la Universidad de Antioquia. Se informa que esa es una gestión que no es de competencia de EPM y que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Defensoría del pueblo intentaron en días anteriores realizar dicho censo.	
Acta 1568 de 3 de septiembre de 2013: (iv) Efectos del paro agrario en el Proyecto Ituango y el suministro de gas para oriente. Durante la semana comprendida entre el 19 y el 25 de agosto de 2013, se presentó una jornada de manifestaciones de campesinos. Los contratistas y la interventoría tuvieron dificultades para desplazar personal de la obra por motivo del bloqueo de vías. El avance de las obras principales tuvo afectación por desabastecimiento de cemento y agregados para la producción de concreto; disminución en el almacenamiento	

de combustible; imposibilidad de ingreso de los vehículos con los insumos; imposibilidad de desplazamiento de personal; además estuvieron suspendidos entre el 22 y 25 de agosto los trabajos en casa de máquinas, las obras para las descargas y galerías de acceso y de inyección del vertedero de presa. Hubo menor productividad por falta del concreto necesario para las obras de los túneles de desviación. Las obras de alcantarillado en el Valle de Toledo se suspendieron el 19 de agosto por presencia de los manifestantes que no permitieron continuar los trabajos. El personal de CONHYDRA reanudó sus labores el martes 27 de agosto. (v)Avances plan integral del Proyecto Ituango El 21 de agosto se firmaron los convenios marco con los 12 municipios del área de influencia del proyecto hidroeléctrico Ituango: Briceño, Buriticá, Ituango, Liborina, Peque, Olaya, Sabanalarga, San Andres de Cuerquia, Santa Fe de Antioquia, Toledo, Valdivia y Yarumal. En el marco de la Inversión Social adicional, los municipios ejecutarán $32.500 millones en actividades de conectividad, desarrollo de cadenas productivas, y desarrollo para el bienestar social- Se resuelven inquietudes planteadas relacionadas con la inversión del presupuesto destinado para el bienestar social, y específicamente sobre la posible participación de la comunidad en el mantenimiento de vías secundarias o terciarias que puedan construirse para mejorar su calidad de vida. Al respecto se indica que una vez se inicie la ejecución de los convenios, se definirá el modelo de inversión de dichos recursos buscando su sostenibilidad.	
Acta 1570 de 1 de octubre de 2013. 9.2 Informe Ituango	

La Administración informa que se están analizando proyectos como la línea Ancón y las líneas que vienen de Ituango. Se está insistiendo ante el Gobierno Nacional para que inicie los procesos de selección una vez haya terminado unos corredores para las líneas de transmisión y estos estén previamente licenciados. 9.2 Avances del Proyecto Hisroeléctrico Ituango. La Dirección de Energía presentó los avances del Proyecto Hidroeléctrico Ituango (Anexo 9) (i) Estado del Proyecto: Se informa sobre la conclusión de la construcción de los campamentos del proyecto; el avance de la construcción de la infraestructura vial; el avance de la construcción de los túneles de desviación, así como las obras principales, especialmente las obras del vertedero y las excavaciones ne la casa de máquinas. (ii) La Vía Puerto Valdivia-Presa Se informa sobre el avance de la construcción de la vía, de 37 kms de longitud, entre el municipio de Puerto Valdivia y el sitio de presa del Proyecto, la cual incluye la construcción de 65 puentes y 9 túneles. Se detalla el estado actual de la adquisición de predios y el avance de las obras a diciembre de 2015, según el cronograma vigente. Se resuelve inquietud sobre la mencionada vía, indicando que una vez culminada su construcción, se entregará al Departamento de Antioquia. Se explica también que esta vía, que tendrá buenas especificaciones y mejorará notablemente la conectividad de la región. Se exponen además las soluciones que se han considerado para las familias que viven en la margen del río y que se puedan ver afectadas por la construcción de la vía mencionada. Se resalta la importancia que tiene realizar una adecuada socialización y comunicación de la solución.	

(iii) Desarrollo del contrato de desviación del río Cauca Igualmente, se informa el estado del desarrollo del contrato de la desviación del río cauca, así como las razones que explican la decisión de encargar al Consorcio Construcciones Camargo Correa, Conconcreto y Coninsa Ramon hache(SIC) (CCCI) algunas de las obras del portal y ramales de entrada a la desviación que inicialmente estaban a cargo del consorcio Túneles Ituango Ferrovial Agromán y Sainc (CTIFS) Se explican las consecuencias que podría tener el hecho de no desviar el río Cauca en el año 2014, entre potras, se mencionan: la ejecución de la garantía de cargo por confiabilidad; aplicación de multas en el contrato BOOMT; pérdida de ingresos por venta de energía en un periodo de 6 meses y la pérdida de asignación del cargo por energía firme que tiene asignada el proyecto. Se informa además que se están analizando las acciones jurídicas que podría utilizar EPM de conformidad con el contrato celebrado con CTIFS. Finalmente se explican las medidas adoptadas por EPM para desviar el río a principios de 2014. (iv) Avances del Plan Integral Plan de Manejo Ambiental-Componente Social Se informan las acciones adelantadas en desarrollo del Programa de Comunicación y Participación, entre las que se cuentan eventos de sensibilización en derechos humanos con contratistas y proveedores y la presentación de alcaldes y personeros del mecanismo de quejas y reclamos con respecto a los derechos humanos. Avance del programa Restitución Condiciones de vida y Programa Articulación Proyecto Región.	

Plan de Manejo Ambiental-Componente Físico Biótico-	
Se informa sobre la adquisición de tierras; el diseño del centro de fauna para el manejo de impacto de este componente, además del avance en el monitoreo trimestral de la calidad del aire y el agua. Se informa que está en trámite la modificación No 8 de la licencia de obras principales para la ampliación del campamento Villaluz, concesión para ríos Ituango y Cauca, y zonas de depósito. Además se iniciaron los trámites de cambios menores y la modificación de la licencia ambiental para la ampliación de zonas de depósito en la vía Puerto Valdivia-sitio de presa, lo que disminuirá impactos. En cuanto a la inversión social adicional, se han adelantado los procesos de socialización, validación, seguimiento y control y se han firmado convenios con los 12 municipios en las líneas de proyectos productivos, vías terciarias y planeación de presupuesto participativo. Se suscribió el contrato para el diseño y actualización de los planes maestros de acueducto y alcantarillado por $2.100 millones y a través de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, se ejecutarán los proyectos de la líneas Vivienda y Educación. Se ilustra acerca de las dificultades que se han presentado para realizar las inversiones en la infraestructura educativa en algunas de las escuelas de la región, así mismo, en el tema de salud se explica que es un asunto propio de cada secretaría de salud municipal. Se comenta sobre la situación actual de las personas de la comunidad del área de influencia del Proyecto que actualmente se encuentran ocupando predios de la Universidad de Antioquia. En el Anexo al acta se ve lo siguiente:	



Acta 1575 de 25 de febrero de 2014.
Temas de la Gerencia General (Anexo 1)
El Gerente General informa sobre los siguientes asuntos:

(i) Desviación del río Cauca: Con el propósito de informar acerca de la ejecución de la desviación del río Cauca, en el marco del proyecto Hidroeléctrica de Ituango, se presentan lagunas fotos y un video sobre el cumplimiento de este importante hito.

Los miembros de la junta Directiva destacan la organización y la logística de visita realizara al proyecto Hidroeléctrica Ituango con ocasión de la desviación del río Cauca y

resaltan la presencia de los contratistas en dicho evento. Así mismo la Junta Directiva analiza el despliegue informativo que tuvo la desviación del río Cauca en el Proyecto Hidroeléctrica Ituango y se indica que es importante tener una estrategia de prensa sobre estos grandes proyectos. Sobre el particular la Administración señala que se invitaron 10 medios nacionales para que cubrieran este importante evento y que el análisis que se hizo posteriormente del despliegue informativo fue ampliamente positivo.	

Acta 1576 de 4 de marzo de 2014 Informe compuertas de los túneles de desviación del Proyecto Hidroeléctrica Ituango La Vicepresidencia Ejecutiva de Proyectos e Ingeniería presenta un informe sobre el cambio de las compuertas de los túneles de desviación del proyecto Hidroeléctrica Ituango por la Galería Auxiliar de desviación del río Cauca (Anexo 12) Temas tratados: (i) Caudal del río Cauca. Se ilustra el nivel del caudal del río Cauca y se destaca que en los meses de enero, febrero y marzo es cuando el río tiene el caudal más bajo, a diferencia de los meses de mayo y noviembre en los cuales el caudal es el más alto, razón por la cual la desviación del río se debía hacer el primer trimestre del año. Se explica el sistema de desviación diseñado inicialmente, el cual tenía previstas 2 compuertas, las cuales se utilizarían en dos túneles y luego se pasarían a los otros dos. (ii) Alternativas consideradas para desviar en primer verano de 2014. Se indica que en agosto 2013, después de revisar el estado de las obras del proyecto incluyendo las dificultades, retrasos y el desempeño del Consorcio Túneles Ituango FS, se determinó la necesidad de considerar otras alternativas técnicas diferentes en aras de ejecutar la desviación del río en el primer trimestre de 2014, porque de lo contrario solamente podría realizarse en enero de 2015, lo cual implicaría un retraso general de todo el proyecto con un impacto	

	económico estimado en la suma de COP 730.000 millones. Se señalan las razones de los retrasos que tuvo el contratista mencionado en la ejecución del contrato, así como las gestiones realizadas y los acuerdos logrados para posibilitar la ejecución de la alternativa técnica que permitiría desviar el río a principios de 2014, y minimizar el impacto económico señalado y no afectar el desarrollo constructivo del proyecto. Se explican las ventajas y desventajas de las dos alternativas técnicas analizadas con el apoyo de la junta de Asesores: 1. El cierre con tableros provisionales (stop logs) y 2. La construcción del túnel auxiliar de desvío. Se detallan las razones por las cuales se determinó que la mejor alternativa técnica consistía en la construcción de un túnel auxiliar de desvío, incluyendo entre tales razones el análisis de los riesgos constructivos y el cronograma para su ejecución; se señala que esta opción fue la que finalmente se implementó y permitió la desviación del río en el primer verano de 2014. El costo estimado de esta adecuación asciende a COP 55.000 millones y contó con el aval de la junta de Asesores que consideró viable esta alternativa. Se detallan las condiciones técnicas de la alternativa empleada y se resuelven las inquietudes de los miembros de la Junta Directiva con respecto a tales características. El anexo a esta acta corresponde a la presentación realizada por EPM en los mismos términos.	

Acta 1580 de 10 de junio de 2014 Seguimiento a proyectos estratégicos (…) La Vicepresidencia Ejecutiva de Proyectos e Ingeniería presenta un informe sobre le Avance de los megaproyectos de EPM (Anexo 12) Proyectos presentados: Proyectos Hidroeléctrica Ituango. Temas tratados: (i) Avance, (ii) Localización general de las obras; (iii) Aspectos relevantes; (iv) Obras principales; (v) Gestión ambiental y social y Plan Integral. Se detallan las razones del atraso en el avance del proyecto así como las acciones tomadas para remediarlas. Se explica que los estudios geológicos que se realizan en esta clase de proyectos, arrojan una probabilidad de las condiciones del terreno pero nunca una certeza total, de tal manera que siempre en la fase de ejecución se pueden detectar o encontrar condiciones que implican la realización de obra extra o la modificación de los diseños o condiciones iniciales, como ha ocurrido en el presente caso. Además se señala que los diseños también usualmente requieren ser ajustados, de acuerdo con las condiciones reales que se encuentran en la ejecución del proyecto. Los miembros de la Junta Directiva solicitan que se presente en una oportunidad posterior la proyección de la ejecución del Proyecto completo, incluyendo el impacto por los ajustes a los diseños y las condiciones geológicas de los terrenos.	
Acta 1582 de 5 de agosto de 2014 Seguimiento a proyectos Ituango y PTAR Bello La Vicepresidencia Ejecutiva de Proyectos e Ingeniería presenta a la junta Directiva un informe sobre el avance de los proyectos Ituango y PTAR Bello (Anexo 11) Para el efecto explican: 10.1 Proyecto Ituango	

(i) El avance a junio de 2014 del Proyecto Ituango, detallando el avance físico y el avance financiero. Se explican las razones de los desfases en determinadas partes de la obra. Se explican los problemas que se han presentado en la adquisición de tierras y la imposición de las servidumbres. (ii)Se ilustra la ubicación física de las principales obras del proyecto y se explica el avance y los atrasos de la construcción de la vía Puerto Valdivia-Presa. (iii)Se detalla el costo actual y el avance en la ejecución presupuestal del proyecto así como el costo de la gestión ambiental y social del mismo. Se explica la razón del incremento del costo y se indica que se debe al Plan de inversión social adicional. (iv)Se detallan los hitos ejecutados en el año 2014, los planeados y no ejecutados y los hitos planeados para el cuarto trimestre del año. Se estima una ejecución presupuestal del 80% al finalizar el año. (v) Se informa que para mitigar los desfases que se presentan y lograr la entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018, se están analizando con el acompañamiento de los expertos y asesores en seguros, la alternativa relacionada con los llenos de la presa, la captación, la conducción y las obras de la descarga de la central. Este análisis incluye los costos, el cual se estima que es mucho menor si no se cumple la fecha de entrada en operación. (vi) Se detalla el avance las obras principales, de la gestión social, de la gestión predial.	

(vii) Se detalla el avance del Plan de manejo ambiental, en sus componentes físico y biótico.	
Acta 1589 de 27 de enero de 2015 presenta Avance en la estructuración de la Convocatoria UPME 03-2014	
Acta 1590 Convocatoria UPME	
Acta 1591 de 24 de febrero de 2015 convocatoria UPME	
Acta 1595 de 26 de mayo de 2015 Seguimiento a proyectos estratégicos-Proyecto Ituango La Vicepresidencia ejecutiva Proyectos e Ingeniería presenta un informe sobre el proyecto Ituango (Anexo 16) Temas tratados: (i) Componentes del proyecto: se relacionan las componentes del proyecto a saber: obra física, gestión ambiental y gestión social y se explica que en esta oportunidad se hará referencia únicamente a la componente física. (ii) Obra física: se detalla el avance de la vía Puerto Valdivia-presa (37 Kms), de la presa; del vertedero; las obras subterráneas; los túneles de conducción inferior y de descarga. (iii) Equipos electromecánicos: Se detalla el avance de la instalación de los equipos electromecánicos: turbinas y generadores, puentes grúa, compuertas, transformadores, cables de potencia y equipos de control. (iv) Se informan las dificultades que se presentaron en la construcción de la casa de máquinas y los impactos que se causaron. Así mismo, se explica la estrategia de aceleración para recuperar el atraso del 8% con respecto al cronograma inicial y se indica su valoración económica. Se presentan así mismo, los diferentes	

casos de atraso y la reducción estimada en el VPN del proyecto. (v) Seguimeinto a curva “S” y costo. Se presentan las curvas de seguimeinto del avance físico y financiero del proyecto. Se informa que se estima que en el año 2016 se nivelará la curva “S”, es decir, el proyecto tendrá el desarrollo necesario para alcanzar la fecha de entrada. Se presenta el seguimiento de hitos del proyecto, así como la justificación, en caso de no cumplimiento. Se presenta el cronograma de avances, así como la tabla de ejecución presupuestal del proyecto, con la explicación de los desfases más relevantes. Se indica que, en términos generales el proyecto avanza satisfactoriamente y se mantiene la fecha de diciembre de 2018 para la entrada en operación de la primera unidad. Se informa que se está analizando la propuesta presentada por el contratista para definir la estrategia de aceleración del proyecto. Los miembros de la Junta Dircetiva indican que el Comité de Estartegia recomendó analizar el AIU del contratista para la estrategia de aceleración, toda vez que se debería considerar que el contratista ya tiene presencia en el sitio de la obra. Se explica que los trabajos se realizan con el acompañamiento de la fuerza pública y que **a la fecha, el proyecto no ha tenido traumatismos por razones de seguridad.**	
Acta 1598 de 28 de julio de 2015	

Seguimiento a proyectos estratégicos Proyecto Ituango-Plan Integral La vicepresidencia ejecutiva Proyectos e Ingeniería presenta un informe sobre le Proyecto Ituango-Plan Integral (Anexo 16) Temas tratados: (i) El proyecto como integrador del territorio y dinamizador del desarrollo. Se explica que el poryceto Hidroeléctrico Ituango es un referente en Colombia sobre cómo se pueden desarrollar megaproyectos de manera responsable y respetuosa con el medio, propiciando y articulando un sistema territorial sostenible en sus municipios de influencia y contribuyendo de manera significativa a la generación de oportunidades para sus habitantes. (ii) Descripcion General del proyecto (iii) Avance de las obras Se explica que una de las dificultades del proyecto en la oposición de algunas personas, poseedores y propietarios de inmuebles. Para el efecto, EPM cuenta con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación para el tema de la adquisición de predios y demás. (iv) Acciones para el desarrollo y la integración del territorio. Se informa el valor de cada uno de los componentes así: (…) Seguidamente se explica cada componente, el valor invertido a la fecha y el número de personas y familias beneficiadas con cada programa. Así mismo, se explican las obras realizadas en cada uno de los municipios de la zona de influencia del proyecto, así como su respectivo valor.	

	Los miembros de la junta Directiva plantean sus inquietudes; en particular, con respecto a la informacipon del traslado de las poblaciones de Orobajo y Barbacoas, se informa que en los sitios mencionados se ha desestimado la compra directa de los predios, además que los predios sugeridos a la población están ubicados en veredas cercanas, y en cada caso se hace el respectivo análisis. En tales casos se trata de una concertación. Con otras personas se diseña el asentamiento y se construyen todas las facilidades y se desarrollan los proyectos para cada familia. Todo con el debido acompañamiento, con presencia de la Defensoría del Pueblo. Se explica que el acompañamiento a las familias se extiende por 5 años, de acuerdo con los términos de la licencia ambiental. Se explica que el traslado de las familias de Orobajo debe estar terminado antes del embalse del río, en junio de 2018. Con respecto a las dificultades con los contratistas, se explica que el procedimiento consiste en que el contratista presenta una reclamación, la cual se analiza, se discute y se determina su viabilidad y que en términos generales se tiene la voluntad por solucionar las diferentes dificultades. Se explica que el costo promedio de una restitución nucleada es de $500 millones, por familia. El costo del traslado de un minero, puede ser de $70 a $100 millones, incluyendo la tierra.	

	Se destaca que este proyecto ha decidido que sean las comunidades directamente quienes decidan como invertir parte de los recursos. Adicionalmente con respecto al futuro desarrollo del embalse	

En este sentido, se encuentra desvirtuada la imputación realizada por la Contraloría General pues se demuestra que no obró con culpa grave toda vez que, como se observa de la información presentada del proyecto en el tiempo que el entonces Alcalde Gaviria participó en la junta directiva de EPM, no era posible determinar la magnitud real de los problemas que se estaban dando en desarrollo de la Hidroeléctrica, pues como puede verse la información era parcial y posterior al acaecimiento de las situaciones y no hacía referencia a muchos de los temas estratégicos.

En este sentido y teniendo en cuenta que, de conformidad con lo sostenido en el auto de imputación, en relación con el control de tutela para efectos de poder imputar responsabilidad fiscal debe probarse *"no solo de la acción u omisión de dicho Jefe Superior sino, adicional y esencialmente, prueba de que* ***el mismo estuvo en capacidad de conocer*** *lo que sucedía"* por lo que no es posible atribuirle responsabilidad por el hecho de no haber ejercido el control de tutela de cara al proyecto.

En este punto cabe recordar, que quien tenía asiento en la junta directiva de Hidroituango era el Gerente de EPM, quien además era también la persona que daba la información relativa al proyecto ante la junta directiva de EPM. En este sentido resulta probado que el señor Gaviria no estuvo en capacidad de conocer lo que estaba sucediendo y por lo tanto no pudo servirse de los medios que disponía (Dar instrucciones al Gerente de EPM o Remover al Gerente de EPM) para intentar corregir las situaciones que se estaban presentando en el proyecto. Por lo que de su actuar no puede derivarse una conducta que pueda ser catalogada a título de culpa grave.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien la apoderada expone argumentos más extensos, en atención a la prosperidad del anterior y por sustracción de materia, no resulta procedente pronunciarse sobre los mismos.

Por los motivos anteriormente expuestos, en la parte resolutiva de esta providencia se fallará sin responsabilidad fiscal en favor del señor **ANIBAL GAVIRIA CORREA.**

TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES

MAPFRE

Mediante memorial con radicado No 2021ER0044841 Mapfre formuló sus argumentos de defensa. Dentro de los argumentos formulados por la apoderada de manera puntual de cara a las razones por las cuales no puede ser afectada la póliza todo riesgo adujo:

> *"No es procedente que la Contraloría mantenga vinculada la Póliza al Proceso de Responsabilidad Fiscal , en circunstancias en las que Mapfre ya reconoció cobertura y con cargo a la cual Mapfre ha efectuado y se ha comprometido a seguir efectuando pagos atendiendo a lo que el Proceso de Ajuste vaya indicando que resulta procedente. Adicionalmente, va más allá de la competencia de la Contraloría actuar como ajustador o como "juez del contrato" de seguro. El Proceso de Ajuste debe ser llevado a cabo por los profesionales que fueron designados para ello y cualquier controversia que surja entre las partes en relación con el mismo deberá resolverse por un Tribunal Arbitral, como está expresamente establecido en las términos y condiciones de la Póliza".*

Frente a este argumento, resulta necesario realizar el análisis de las pruebas que obran en el plenario.

Revisado el oficio con radicado No 2020ER0007703 27 de enero de 2020, obrante a folios 11361 y ss., se tiene que EPM afirma lo siguiente:

> "En primer lugar, es necesario mencionar que EPM desde el inicio de la contingencia en abril de 2018 notific6 a Ia compañía aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A del evento y posible afectación de as pólizas suscritas para amparar el proyecto hidroeléctrico Ituango, incluyendo el seguro de Todo Riesgo Construcción y Montaje. Igualmente, y desde ese mismo momento se ha venido gestionando el siniestro con la finalidad de cumplir adecuadamente con las cargas que impone el artículo 1077 del Código de Comercio de probar tanto la ocurrencia como la cuantía de la perdida".

De igual manera, a folio 11365 obra en el expediente la confirmación de cobertura de la póliza todo riesgo.

Adicional a lo anterior, en el plenario se cuenta con la respuesta dada a un Derecho de petición por parte de Fasecolda, en el cual a folio 14541, se lee:

> *"El ajuste es el análisis de la reclamación, entendido como el proceso que, de conformidad con las coberturas y exclusiones contenidas en la póliza, utiliza la aseguradora para determinar la ocurrencia del siniestro, su causa y el valor real de la indemnización. Para ello, se debe designar un ajustador de seguro o perito de siniestro, quien trabajará en conjunto con los asegurados y garantizará el análisis apropiado del siniestro".*

En este contexto, resulta pertinente recordar lo sostenido por el Consejo de Estado, en los eventos en los cuales la Entidad afectada ha iniciado los trámites de la reclamación de la póliza. (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 2010 rad. 250002324000 2004 00529 01)[938]:

> *"…. puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable.*
>
> *Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, "El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado." (subrayas de la Sala)*
>
> *Como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación* ***es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos.***
>
> *Cabe decir que* ***el titular primigenio de esa acción es la entidad contratante****,* ***quien tiene en principio la facultad e incluso el deber de declarar la ocurrencia del siniestro como resultas de esa acción, cuando éste tiene lugar y, en consecuencia ordenar hacer efectiva la póliza de seguro respectiva, por el monto que corresponda.***
>
> *Que ante la omisión del contratante, como aparece de bulto en el diligenciamiento bajo examen, la Contraloría General de la República puede asumir o está investida de esa titularidad por virtud del artículo 44*

[938] Reiterada en sentencias del 14 de noviembre de 2014, radicado 2006-00428-01; y de 10 de septiembre de 2015 rad. 2005-01533-01.

*de la Ley 610 de 2000, con ocasión y dentro de la misma cuerda del proceso de responsabilidad fiscal, para que verificado el detrimento patrimonial por cualquiera de las partes del contrato estatal amparado por la póliza, pueda igualmente ordenar su efectividad por el monto que sea procedente**.***

*Dicho de otra forma, **por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando éste no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro**, como todo indica que aquí sucedió.*

(…)Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se de ha surtir (sic) *justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza; de allí que en tal situación se esté ante un título ejecutivo complejo"* (negrilla fuera de texto).

Visto lo anterior y, teniendo en cuenta que la entidad ha iniciado los trámites para la reclamación del seguro, este organismo de control, con sustento en la jurisprudencia antes citada, ordenará en la parte resolutiva de esta providencia, la desvinculación de la aseguradora.

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

Mediante memorial con radicado No 2020ER0139129 de fecha 17 de diciembre de 2020 -FL 19225 Y SS) el Apoderado de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. allegó descargos respecto del auto de imputación, en los siguientes términos:

Después de contextualizar los hechos, procede a hacer algunas consideraciones generales sobre el contrato de seguros, las modalidades de los mismos así como los límites de la responsabilidad de las aseguradoras precisando además que no son gestores fiscales ni deudores solidarios y plantea un acápite que denomina: "ARGUMENTOS DE DEFENSA SOBRE LA POLIZA 6158013902 DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES SERVIDORES PÚBLICOS DEL IDEA (CON VIGENCIA DEL 1 DE SEPTIEMBRE DE 2019 A 1 DE SEPTIEMBRE DE 2020)"

Considera el apoderado que la póliza no otorga cobertura en el presente proceso de responsabilidad fiscal, así:

> LA PÓLIZA NO. 6158013902 SOLO CUBRE A LOS FUNCIONARIOS DEL IDEA EN SUS FUNCIONES AL INTERIOR DEL IDEA, PERO NO CUANDO ACTÚAN COMO MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE OTRAS EMPRESAS, ASÍ SEAN FILIALES O SUBSIDIARIAS, COMO ES HIDROITUANGO
> De acuerdo con las condiciones generales de la póliza, existe la posibilidad de que el IDEA hubiese tomado un amparo adicional denominado "REPRESENTACIÓN EN SOCIEDADES SUBORDINADAS", el cual no fue contratado por el IDEA.
> El citado amparo adicional establece:
> *"1.6 REPRESENTACIÓN EN SOCIEDADES SUBORDINADAS ESTE AMPARO SE EXTIENDE A CUBRIR LAS FALTAS DE GESTIÓN DE LOS DIRECTORES Y ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES FILIALES O SUBSIDIARIAS DEL ASEGURADO PRINCIPAL, BAJO LOS MISMOS AMPAROS CUBIERTOS POR ESTA PÓLIZA.* ***ESTA COBERTURA ES APLICABLE ÚNICAMENTE A LOS ASEGURADOS, Y A LAS SOCIEDADES EXPRESAMENTE CONSIGNADAS EN LA SOLICITUD O EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA O SUS ANEXOS****.*
> *SE CONSIDERA* COMO *SUBSIDIARIA TODA SOCIEDAD EN QUE OTRA, DIRECTAMENTE O POR INTERMEDIO DE SUS SUBSIDIARIAS, CONTROLE LA COMPOSICIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA, MÁS DE LA MITAD DE LOS VOTOS, O POSEA MÁS DE LA MITAD DEL CAPITAL SOCIAL, A LA FECHA DE LA INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA, O QUE SEA INCLUIDA* COMO *TAL EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA. ESTA COBERTURA OPERA EN EXCESO DE CUALQUIER OTRO SEGURO EXISTENTE".*
> *(…)*
> Si bien los citados funcionarios actuaron en la Junta de HIDROITUANGO, en cumplimiento de funciones de sus cargos en el IDEA ("representar al Instituto en las sociedades o negocios en que sea parte o tenga interés"), lo cierto es que lo hicieron respecto de una persona jurídica diferente del IDEA, que es HIDROITUANGO, la cual tiene su propia póliza que ampara efectivamente a los citados 4 funcionarios, en su calidad de miembros de su Junta Directiva y que se encuentra vinculada al proceso de responsabilidad fiscal que nos ocupa.
> El IDEA no contrató ni pagó prima por el amparo adicional de representación en sociedades filiales. Si se examina el Certificado No. 0 en parte alguna se menciona a HIDROITUANGO.
>
> En consecuencia, la póliza No. 6158013902, no extiende su cobertura a las actuaciones de los 4 funcionarios mencionados cuando se desempeñan como miembros de Juntas Directivas de otras empresas, así sean filiales o subsidiarias, como es HIDROITUANGO, razón por la cual esta póliza debe ser desvinculada del proceso.

R/: No le asiste razón a la apoderada de AXA Colpatria, pues el objeto de la póliza, de conformidad con las condiciones generales que le son aplicables y que fueron allegadas por parte de la defensa se lee en el objeto lo siguiente (fl 19.245):
"Amparar los riesgos que impliquen menoscabo de **los fondos o bienes** de propiedad, bajo tenencia, **control y/o responsabilidad del INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA,** causados por acciones y omisiones de sus servidores"

De igual manera dentro de los amparos se encuentran los "juicios con responsabilidad fiscal"

Lo que podría llegar a darse en este caso sería una pluralidad o coexistencia de seguros, la cual se encuentra regulada por el código de Comercio así:

> *ARTÍCULO 1094. <PLURALIDAD O COEXISTENCIA DE SEGUROS-CONDICIONES>. Hay pluralidad o coexistencia de seguros cuando éstos reúnan las condiciones siguientes:*
> *1) Diversidad de aseguradores;*
> *2) Identidad de asegurado;*
> *3) Identidad de interés asegurado, y*
> *4) Identidad de riesgo.*
> *ARTÍCULO 1092. <INDEMNIZACIÓN EN CASO DE COEXISTENCIA DE SEGUROS>. En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, **los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe**. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad.*
> *ARTÍCULO 1093. <INFORMACIÓN SOBRE COEXISTENCIA DE SEGUROS>. El asegurado deberá informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés, dentro del término de diez días a partir de su celebración.*
> *La inobservancia de esta obligación producirá la terminación del contrato, **a menos que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado**.*

En efecto, revisada la póliza expedida por SBS que cubre a los miembros de la junta directiva de Hidroituango, se encuentra que la misma tiene como cobertura *"reclamos por juicios o procesos de responsabilidad fiscal",* de donde se identifica que hay identidad de interés asegurado, así mismo se da el requisito de que se trata del mismo asegurado (que confluye en quienes eran funcionarios del IDEA y a la vez miembros de junta directiva de Hidroituango).

Por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Continúa la apoderada formulando un segundo argumento consistente en:

> "LA PÓLIZA No. 6158013902 NO CUBRE LAS PÉRDIDAS DERIVADAS DE QUE LAS INVERSIONES NO PRODUZCAN LOS RESULTADOS ESPERADOS"

R/: Respecto de este argumento tampoco le asiste razón a la apoderada, toda vez en el caso concreto dentro de los amparos del seguro se encuentran los "juicios con responsabilidad fiscal" Por lo que la póliza cubre los daños al patrimonio del Estado probados en la causa fiscal.

A PÓLIZA No. 6158013902 PREVÉ OTRAS CONDICIONES QUE DEBEN SER RESPETADAS

3.1. Límite de la suma asegurada

3.2. Posible agotamiento de la suma asegurada por vinculación de la póliza a diferentes procesos

R/: En este punto le asiste razón al apoderado, por lo que en la parte resolutiva de este Auto se ordenará hacer efectiva la póliza 6158013902 hasta el límite del valor asegurado (artículo 1079 del C de Co) y no afectado de la misma.

Prosigue el apoderado formulando argumentos referidos a la culpa grave de los funcionarios del Idea

Considera el apoderado que en cabeza de los referidos funcionarios no se configura culpa grave por los siguientes motivos:

> *"El contrato BOOMT se celebró bajo los principios de no coadministración y no injerencia, además se pactó que no existiría control previo.*
> *Por lo tanto, los miembros de la Junta Directiva de Hidroituango no tenían la facultad de intervenir en las decisiones de construcción y administración de la obra del proyecto hidroeléctrico, pues precisamente se trata de un contrato tipo BOOMT en el cual el contratista es quien financia, construye, opera y mantiene el proyecto durante el tiempo pactado y una vez este transcurra debe transferir el proyecto al contratista.*
> *La Junta Directiva dado que se encontraba imposibilitada para tomar decisiones de la etapa constructiva y administrativa del proyecto, se debía limitar a hacer seguimiento al cronograma del contrato y al presupuesto del mismo como en efecto lo hizo"*.

R/: **sobre este primer argumento no le asiste razón al apoderado** toda vez queparte de una concepción errada de los principios de no coadministración y no control previo y de una tergiversación de lo dicho en el Auto 1484.

En efecto, es necesario recordar que este Despacho nunca le ha atribuido a los miembros de la junta directiva acciones u omisiones que excedan los límites de sus funciones estatutarias, legales y/o contractuales. Este Despacho no le ha atribuido a los miembros de junta directiva en el periodo 2012-2015 ninguna responsabilidad de cara a la toma de decisiones en la etapa constructiva o administrativas que fueran de competencia de EPM.

En efecto, el Despacho tiene claro que el ejecutor de la obra física es EPM y quien tiene la responsabilidad de cara a los subcontratos de construcción es EPM. Lo que se le atribuye a los miembros de junta directiva es la falta de control y seguimiento

a EPM en desarrollo del proyecto, contexto en el cual, lo que se le exige a la junta directiva de hidroituango es que para tomar las decisiones se informara plenamente aún de las vicisitudes que se daban en el proceso constructivo pues esas situaciones afectaban sin duda el desarrollo del proyecto y eran parte del marco fáctico en el que hidroituango debía desarrollar sus funciones.

En este sentido, en el auto de imputación, se sostuvo lo siguiente:

> *"Frente a este argumento, el Despacho indica que independiente de la responsabilidad de EPM en la comisión de los hechos, la Junta Directiva tenía el deber de verificar los hechos y de actuar de conformidad con el rol que le imponía el contrato BOOMT.*
> *En igual sentido, se considera que las decisiones tomadas por Hl fueron determinantes en la causación del daño, ya que la modificación de los hitos del contrato y de las características inmodificables, así como la aprobación del plan de aceleración incidieron en la consolidación del daño al patrimonio del Estado probado en esta causa fiscal.*
> *De otro lado, es importante resaltar que de conformidad con el deber de inspección que contempla la Ley mercantil es evidente que todas las acciones que tomara la junta debían estar plenamente informadas. Es apenas elemental que frente a un proyecto de semejante magnitud cualquier cambio que afectara su proceso constructivo o entrada en vigencia, hacía exigible, con mayor razón el deber de los miembros de junta de consultar los detalles mínimos para tomar la decisión, detalles que como se ha expuesto en párrafos anteriores, estaban en las actas del comité de seguimiento y demás documentos, no hacerlo implica una omisión en materia grave que genera un efecto contributivo que tuvo en el daño, la conducta de los miembros de junta"*.

En este contexto, es claro que el no control previo y la no coadministración, no pueden implicar que Hidroituango quede paralizado o que no puede desarrollar la función de vigilancia y control que le corresponde, por lo que vale la pena en este punto, proceder a revisar el contenido de dichos principios y a contrastarlo con la función atribuida por el BOOMT a Hi.

El contenido de los mencionados principios de conformidad con lo dispuesto en el contrato BOOMT es el siguiente:

> *"NO CONTROL PREVIO: Hidroituango no ejercer acciones que constituyan control previo, entendido éste como* ***intromisión o injerencia previa en las decisiones*** *que el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.*
> *NO COADMINISTRACIÓN: El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango* ***no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista*** *para la construcción y operación de la central. Cualquier* ***inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista****, no a sus Subcontratistas".*

Revisado lo anterior, es claro que hidroituango en virtud del principio de no control previo no podía suplir a EPM en la toma de decisiones respecto del proyecto, lo que no significa que, una vez tomadas estas decisiones por parte de EPM, Hidroituango no pudiera elevar alertas o hacer observaciones sobre las mismas a EPM u oponerse a aceptar modificaciones al contrato BOOMT.

Ahora bien frente a la coadministración, la misma lo que pretende es que no exista una injerencia de Hi en la escogencia del contratista o en la manera como se administra el contrato y evitar que Hi tenga comunicación directa con los subcontratistas, pero tampoco significa que si se presentan situaciones con los subcontratistas que pongan en riesgo el proyecto, Hi deba mantenerse al margen y no elevar las alertas que desde su rol le corresponden. Así mismo es claro que en relación con los subcontratistas podía hacerle observaciones a EPM. La observancia de este principio tampoco implicaba para Hi que no pudiera oponerse a la modificación de hitos o de características que habían sido pactadas como inmodificables.

Claro la dificultad en este punto para Hidroituango y su junta directiva radicaba en que para poder desarrollar las funciones atrás descritas debía mantenerse informada de todos los aspectos del contrato, lo que, como se explicó líneas atrás no se hizo en debida forma.

Resulta claro que este Despacho no le exige a los miembros de la junta directiva una obligación de resultado como mal lo afirma el apoderado sino el cumplimiento de las funciones que les corresponden más si se tienen en cuenta que detentan el manejo de recursos públicos y que Hidroituango es una sociedad de objeto único que tiene una sola misión: Lograr una Hidroeléctrica funcional.

Prosigue el apoderado aduciendo que: “la aprobación de autorizar el Gerente de la Sociedad el manejo de la inversión social por USD $100.000.000 en el Acta de Junta Directiva No. 141 de 2013 generó detrimento patrimonial”.

No resulta claro en qué parte del auto de imputación el despacho aseveró lo anterior. El Despacho siempre ha sostenido que las mayores inversiones injustificadas y la no entrada en operación de la hidroeléctrica generaron el daño al patrimonio del Estado. El Despacho no se ha referido específicamente a una inversión en particular.

Distinto es que para efectos del Auto de Apertura, el hecho de que dicha inversión haya sido aprobada se tomó como indicio serio de la posible participación de algunos de los presuntos responsables en los hechos de esta causa fiscal. Pero revisada la imputación a ninguno de los presuntos se le atribuyó responsabilidad fiscal de manera puntual por ese hecho. Lo que permite concluir que el mismo es impertinente para desvirtuar la culpa grave.

El apoderado prosigue pronunciándose acerca de la decisión de construir el tercer túnel, en los siguientes términos:

> *"frente a la conducta relativa a la determinación de la ausencia de necesidad de poner las compuertas en los túneles 1 y 2 es necesario tener en cuenta que dicha alternativa se planteó para evitar mayores sobre costos y retrasos en el proyecto*
> *(…)*
> *Pues bien, no fue la Junta Directiva de Hidroituango quien autorizó la construcción del tercer túnel sino esta decisión fue tomada por EPM. Recuérdese que en virtud del principio de no coadministración la Junta Directiva de Hidroituango no podía tomar decisiones constructivas".*
> *En otro aparte del auto de imputación la Contraloría reprocha que el desvío del río se haya realizado en febrero de 2014 y no en enero de 2014 aunque se había tomado la decisión de construir el tercer túnel*
> *Dicho reproche de la Contraloría resulta innecesario, pues debe tenerse en cuenta que no hubo ni siquiera un mes de retraso en dicha actividad y que esta dependía de fenómenos climáticos que finalmente se dieron en febrero de 2014, siendo oportuna la medida adoptada.*

Este punto también ha sido desarrollado in extenso al dar respuesta a los apoderados de los miembros de la junta directiva por lo que el Despacho se remite a lo allí sostenido.

Sobre el particular se precisa que se prescindió de las compuertas por falta de tiempo, tiempo que se había perdido también como consecuencia de las acciones y omisiones descritas en esta causa fiscal, así mismo se decidió construir un tercer túnel en contravía de lo aconsejado por el Board de expertos.

Por lo que no puede entenderse que dichas decisiones hayan atendido al ejercicio diligente de funciones ni mucho menos que el hecho de que los miembros de la junta directiva hayan permitido que estas decisiones ocurrieran sin siquiera elevar una alerta aún cuando contaban con información suficiente que les permitía determinar que estas decisiones podían poner en riesgo el desarrollo del proyecto, sea expresión de un actuar desprovisto de culpa grave. Por lo que este argumento tampoco resulta adecuado para desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal establecidos en este proceso.

Respecto de la aprobación del plan de aceleración, el apoderado afirma lo siguiente:

> *De la sola lectura del acta No. 147 del 26 de mayo de 2014 se desprende que la Junta Directiva no realizó ninguna aprobación sobre dicho tema:*
> *(…)*
> *Lo anterior da cuenta que la Junta Directiva de Hidroituango siempre buscó soluciones para que se evitaran retrasos en la ejecución del proyecto, pues su intención siempre fue que la entrada en operación de este se diera dentro*

> *del cronograma previsto, por lo cual carece de fundamento la afirmación de la Controlaría según la cual no se consideraron contingencias en el proyecto.*
> *No se encuentra pues ninguna aprobación de la Junta Directiva de Hidroituango sobre las estrategias de aceleración, sino una información de EPM a Hidroituango sobre el estado del cronograma y presupuesto.*
> *De otro lado, en el acta No. 158 del 30 de diciembre de 2015, la Junta Directiva no autorizó las medidas de aceleración, las cuales eran del resorte de EPM.*
> *La Junta Directiva se limitó a ordenar que dichas medidas fueran incluidas en los costos del proyecto y para tomar dicha decisión la Junta Directiva contaba con un informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras.*

Dado que este argumento se desarrolló de manera amplia al dar respuesta a los apoderado de los miembros de la junta directiva, este Despacho se remite a lo allí sostenido, precisando que de cara al acta 147 en dicha ata el mismo fue presentado a la junta y de manera particular en lo que se refiere al Acta 158, como se explicó al momento de hacer referencia al plan de aceleración si bien, la aprobación de la inclusión de los costos se supeditó a la verificación de la matriz de riesgos[939], se encuentra probado de los distintos correos electrónicos en los cuales se encuentra la votación a la decisión, así como del acta de No 53 de 7 de febrero de 2017 al comité de seguimiento del contrato BOOMT, que se dio una **aprobación programática al plan de aceleración[940].**

Por último, el apoderado se pronuncia de manera puntual, en relación con cada uno de los funcionarios del IDEA, en los siguientes términos:

Respecto del señor Granda se remite al numeral anterior, por lo que Este Despacho se remite a lo dicho líneas atrás.

Respecto del señor Iván Mauricio Pérez Salazar alega el apoderado lo siguiente:

> *"La Controlaría también reprocha que no se impusieron multas a EPM. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la desviación del río no se pudo realizar en enero de 2014, por lo que Hidroituango dio aplicación al periodo de cura de 60 días que es la figura que preveía el contrato. EPM cumplió durante ese término y por lo tanto no fue necesaria la aplicación de multas.*

---

939 En efecto, revisada el acta 196 de la Junta Directiva de Hidroituango de fecha 15 de noviembre de 2018 se encuentra lee textualmente que "Preguntan los asistentes sobre la inversión en el tercer túnel; **el Gerente informa que está *glosado porque desde un comienzo se dijo que quedaba para análisis de Hidroituango aceptarlo como Costo Base de Remuneración***."

940 Carpeta principal 48. Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia. Recibida. Respuesta 4. P1. Actas comité BOOMT. Acta Comité BOOMT No.53.*"(…) EPM indica que, la aceptación del cambio de los hitos, reconfirma la aprobación de JD del plan de aceleración, con lo cual HI está de acuerdo, **pero solo para efectos programáticos**. La auditoría revisaría en detalle la parte técnica, para verificar si se debe glosar obra ejecutada, o en su defecto, cargar todos los costos de la aceleración del proyecto. Con lo anterior, HI ordenará a la auditoría GAE revisar los costos de las obras de aceleración (…)".*

> *Así mismo la Contraloría argumenta que el señor Iván Mauricio Pérez Salazar omitió informar a su delegante, Sergio Fajardo Valderrama, la actividad realizada como delegado en la Junta Directiva de Hidroituango, pues según la Contraloría no se encontraron comunicaciones cruzadas entre el señor Pérez Salazar y el señor Fajardo Valderrama.*
> *No obstante, el hecho que no se hayan cruzado comunicaciones físicas entre los señores Pérez Salazar y Fajardo Valderrama no es prueba absoluta de que el primero no le haya informado su gestión al delegante.*
> *La Contraloría no ha investigado si existen correos electrónicos cruzados entre delegante y delegado o si se sostuvieron comunicaciones telefónicas presenciales para realizar el informe de la gestión, por lo que no puede darse por hecho que no haya habido información entre estos.*
> *Así las cosas, se tiene que las decisiones del señor Iván Mauricio Pérez Salazar no constituyen culpa grave o dolo y por lo tanto no existe responsabilidad fiscal en su cabeza.*

Respecto de estos puntos, dado que los mismos fueron resueltos líneas atrás al hacer referencia a la conducta del señor Pérez Salazar, el Despacho está a lo allí resuelto y se remite también a los sostenido y al análisis probatorio efectuado al realizar el análisis de la Conducta y nexo de causalidad del señor Sergio Fajardo.

En relación con el señor Pérez Gallón de conformidad con lo sostenido líneas atrás se tomó la determinación de fallar sin Responsabilidad fiscal en su favor no hay lugar a pronunciarse sobre los argumentos que esgrime el apoderado.

Por último, en relación con el señor Álvaro Vásquez, el apoderado se pronuncia púnicamente respecto de la decisión de aumentar la altura de la presa. Sobre este particular el Despacho ya se pronunció líneas atrás, por lo que se remite a lo allí afirmado. Cabe recordar además que esta no es la única conducta que se le endilga al señor Vásquez.

Por todo lo anteriormente dicho, se concluye que los argumentos planteados por el apoderado no están llamados a prosperar

Continúa el apoderado formulando argumentos de defensa dirigidos a desvirtuar el daño en la presente causa fiscal, sobre el particular, resulta necesario anotar que los mismos fueron resueltos por este Despacho en el acápite de daño, por lo que corresponde remitirse a lo allí sostenido.

Finaliza el apoderado con un acápite que denomina: *"ARGUMENTOS DE DEFENSA SOBRE LAS POLIZAS 1000077 Y 1000152 DE SEGURO DE MANEJO GLOBAL DE ENTIDADES OFICIALES ASEGURADO MUNICIPIO DE MEDELLIN (CON VIGENCIA DE 2008 A 2013 Y DE 2013 A 2016)"*

El apoderado considera que:

"NO SE CUMPLE EL REQUISITO TEMPORAL CONSISTENTE EN QUE LAS PÉRDIDAS SEAN DESCUBIERTAS DURANTE LA VIGENCIA DE LAS PÓLIZAS".

R/: Respecto de este argumento, le asiste razón a la apoderada, pues en efecto, la póliza consagra la cláusula de descubrimiento y en tal medida, la apertura del proceso se dio en la fecha en la cual ya no se encontraba vigente la cobertura 2008-2013.
Así mismo, en lo que atañe a la póliza que tenía la vigencia 2013 -2016 si bien le resulta aplicable la conclusión anterior, también resulta oportuno desvincularla por cuanto se proferirá, en la parte resolutiva de esta providencia, por los motivos expuestos líneas atrás, fallo sin responsabilidad Fiscal en favor del señor Aníbal Gaviria Correa quien era el alcalde de Medellín, para el periodo 2013-2016.
Teniendo en cuenta la prosperidad de este último argumento, no resulta necesario que este Despacho se pronuncie sobre los argumentos subsiguientes que formula el apoderado.

RESPUESTA ARGUMENTOS DE DEFENSA Y VALORACIÓN PROBATORIA SBS

Mediante escrito con radicado 2021ER006500 el apoderado de SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., presentó Descargos frente a la imputación (folios 21762 y ss)

En primer término, el apoderado relaciona las conductas atribuidas a los miembros de la junta directiva de Hidroituango, y sobre el particular indica que se va a referir al nexo de causalidad entre ellas y el daño.

De manera puntual afirma el apoderado que:

"De acuerdo con la CONTRALORÍA, esto implicó que se introdujeran modificaciones sustanciales a las características del proyecto, consideradas como inmodificables, así como a los hitos del proyecto, todo lo cual, junto con cualquier atraso o modificación de diseños, que hubiera ocurrido a lo largo de toda la vida del proyecto, contribuyó causalmente al colapso de la GAD y por ende atribuye una responsabilidad solidaria a quienes intervinieron en la Junta Directiva de HIDROITUANGO, aun cuando ni siquiera se concebía la posibilidad de que existiera la GAD para ese momento
Para la CONTRALORÍA, se trató de "una serie de hechos sucesivos y concatenados que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal " (Página 108-109)

Sin embargo, como lo demostraremos más adelante, en realidad no hay una relación de causalidad como la plantea la CONTRALORÍA entre las conductas o hechos que se les imputan a los miembros de la Junta Directiva de HIDROITUANGO y el colapso de la GAD y por consiguiente en la destrucción del

valor del proyecto y el lucro cesante que esa contingencia terminó generando En efecto, si la GAD no hubiera colapsado, y no se hubiera presentado la contingencia en el año 2018, y el proyecto hubiera entrado en operación, los atrasos y modificaciones que ahora trae a colación la CONTRALORÍA, lo más probable es que no se hubiere generado el daño patrimonial que ahora se reclama

Después de leer el auto en su totalidad, lo que queda claro es que la CONTRALORÍA no se preguntó en ningún momento, en su búsqueda por encontrar quien es el responsable del detrimento fiscal, por quién o quiénes fueron las personas que tomaron la decisión de no construir las compuertas, ni quién tomó y ejecutó la decisión de construir el tercer túnel No (SIC)

La CONTRALORÍA se centra en tratar de culpar a los miembros de la Junta Directiva, que en realidad, son las personas que menos injerencia tuvieron en la toma y ejecución de las decisiones que reprocha la CONTRALORÍA Ellos no eran los administradores que en la realidad y práctica de este proyecto estuvieron a cargo de las actuaciones y omisiones que indica la CONTRALORÍA

R/: Respecto de esta primera introducción, este Despacho se remite a los sostenido líneas atrás en relación con la conducta y nexo de causalidad para cada uno de los miembros de junta directiva.

Así mismo se reitera la conclusión de que el nexo de causalidad se encuentra probado, de conformidad con la teoría de la causalidad adecuada en el plenario. Distinto es que el apoderado no comparta las conclusiones a las que llegó este Despacho.

En efecto, el argumento planteado por el apoderado, demuestra su visión subjetiva y mediada por el interés de la aseguradora de no verse llamada a responder en la causa fiscal pero no atiende a la realidad probatoria ni a lo afirmado por el Despacho, de hecho, de manera conveniente descontextualiza apartes de lo sostenido en el Auto 1484 de 2 de diciembre de 2020 para reducir los hechos generadores del daño a uno solo: el colapso de la GAD.

Así mismo de manera estratégica obvia el hecho de que Hidroituango es una sociedad de objeto único cuya única misión es diseñar y construir la Central Hidroeléctrica Ituango, garantizar su entrada en operación en diciembre de 2018 y comercializar su energía. Todo ello con criterios de transparencia, calidad, eficiencia y eficacia, con responsabilidad social y ambiental. De igual forma parece olvidar los Roles que le correspondieron a Hidroituango a través de sus órganos de administración: En un primer momento entre 2008 y 30 de marzo de 2011 Hidroituango era el **ejecutor del proyecto** y después de la suscripción del contrato BOOMT y a partir de 30 de marzo de 2011 Hidroituango ejerce el **rol de vigilancia y control sobre las obligaciones de EPM y es además la dueña del proyecto**. Todo lo anterior para hacer parecer que la junta directiva de Hidroituango no tenía injerencia en las decisiones que se le reprochan, lo cual no resulta cierto, como se demostró en el Auto de imputación y se ha ratificado en este escrito en virtud de un

acucioso análisis probatorio desarrollado de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

En este contexto, resulta infundado el reproche del apoderado a este organismo de control en el sentido de considerar que nunca ha dirigido su actuación a determinar a los verdaderos culpables del daño patrimonial, lo cual no es cierto, pues respecto de cada uno de los hechos generadores del daño ha identificado las conductas que los ocasionaron así como los individuos que las desarrollaron, motivo por el cual se encuentran vinculados a esta causa fiscal no solo los miembros de la junta directiva sino también quienes en representación de EPM operaron las distintas modificaciones al proyecto, así como respecto del diseñador-asesor, el contratista que debía en un primer momento construir los túneles de desviación, el contratista que finalizó los túneles de desviación, el interventor de dichos contratos y los Gobernadores de Antioquia y alcalde de Medellín para los periodos indicados, a quienes se les imputó también desde las obligaciones que les correspondían en atención al ejercicio de dichos cargos de elección popular.

Prosigue el apoderado pronunciándose respecto de algunas de las conductas reprochadas a los miembros de la junta directiva de Hi así:

Respecto de: Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

El apoderado no se refiere la conducta sino una situación que no fue mencionada, relativa al momento en el cual en atención a la no obtención de la zona franca se cediera el contrato de EPM-I a EPM.

En este punto, el apoderado obvia la primera parte referida al inicio y posterior suspensión de la Subasta, la creación de la sociedad espejo y el hecho de que ello impactó en la suscripción del contrato de los túneles de desviación.

En particular se refiere a argumentos que fueron planteados en su momento por el señor Juan Esteban Calle Restrepo relacionados con el trámite de la cesión del contrato de EPM-I a EPM. Es necesario precisar que al señor Juan Esteban Calle no se le atribuyó en el auto de imputación dicha conducta.

Por lo que los argumentos esgrimidos por el apoderado no resultan pertinentes para desvirtuar esta conducta la cual sí le fue atribuida a otros miembros de junta directiva.

Respecto de "Haber autorizado cambios en la altura de la presa, lo que generó que se modificara la licencia ambiental, y se hicieran variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales, contrario a lo que asume la CONTRALORÍA, esas decisiones no se tomaron a la ligera y sin justificación alguna" (…) "en el contexto del momento en que se encontraba la junta, autorizar ese cambio era razonable, pues lejos se estaba de imaginar que años más tarde se construiría un tercer túnel que colapsaría, siendo en realidad eso lo que produjo el daño fiscal".

Sobre este punto, es importante indicar que la decisión de realzar la altura de la presa, generó demoras como consecuencia de la modificación de la licencia ambiental, pero además generó que el contratista de los diseños solicitara un mayor plazo para la entrega de los mismos y que además debieran realizarse adiciones en dinero a dicho contrato.

El Contrato de diseños, fue modificado mediante ADICION de fecha 9 de marzo de 2010, dentro de las consideraciones se refiere a la modificación de la altura de la presa y mantiene el plazo hasta el 31 de marzo de 2010.

Todo lo cual ocurre meses después de haberse obtenido la licencia ambiental, lo cual demuestra que no se trató de una decisión razonable como mal lo presenta el abogado.

De nuevo el apoderado parte del hecho de que las mayores inversiones injustificadas y la no entrada en operación de la Hidroeléctrica que generaron el daño al patrimonio del Estado en la presente causa fiscal dependieron únicamente de la construcción de un tercer túnel. Tal y como se ha venido explicando a lo largo de esta providencia ello no corresponde a la realidad probatoria obrante en el plenario.

En relación con: haber permitido, a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, que EPM consagrara salvedades sustanciales, supuestamente, en defecto del proyecto, que afectaban la distribución de los riesgos en perjuicio de HIDROITUANGO, e iban en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme, considera el apoderado que *"no o se entiende cómo esas salvedades afectaban la distribución de riesgos del contrato, ya que no es cierto que estas salvedades convirtieran la obligación a cargo de EPM bajo el Contrato BOOMT en una obligación de medio (…) El hecho de que EPM manifestara que cualquier efecto de los compromisos que, para la firma del contrato eran adelantados por HIDROITUANGO bajo su responsabilidad, no le serían imputables, es una exigencia apenas lógica en un contrato de esta naturaleza y más tratándose de una entidad pública como EPM, ero además de que era razonable, desde el punto de vista jurídico, que se incluyeran esas salvedades, aunque limitaran la responsabilidad de EPM, no puede perderse de vista que EPM es una empresa pública EPM como entidad pública por ser víctima no puede incurrir en*

responsabilidad. De manera que, bajo esta perspectiva, era indiferente si se incluían o no esas salvedades, pues el daño al patrimonio público no cambia por cuenta de esas salvedades, al ser EPM una entidad pública El daño al patrimonio se habría generado en EPM o en HIDROITUANGO y, para efectos del control fiscal, eso da lo mismo".

Sobre estas afirmaciones, el Despacho reitera lo sostenido en el auto de imputación, en el sentido de encontrar demostrado que dichas salvedades modifican el esquema de riesgos en perjuicio de Hidroituango y modifican la obligación llevando a que EPM entendiera, como lo hizo y lo manifestó en los comités de seguimiento del contrato BOOMT que simplemente iba a intentar cumplir con la obligación que le correspondía y que solamente cumpliría si se daba el escenario "ideal". En este sentido, teniendo en cuenta que EPM es una empresa con reconocimiento, trayectoria y experiencia, debía tener en cuenta que se trataba de una Megaobra y si se comprometió a realizarla aún cuando conocía de primera mano pues no solo era uno de los socios mayoritarios de Hidroituango sino que además se había desempeñado como asesor durante la etapa en que Hidroituango ejecutó directamente la obra -2008 a 30 de marzo de 2011-, era porque haciendo los análisis que le correspondían dentro de la diligencia que se le exige como Entidad de naturaleza pública, consideraba que podía efectivamente cumplir bajo los parámetros establecido que implicaban una fecha cierta de entrada en operación, no era razonable que consagrara tales salvedades en perjuicio de Hidroituango.
Más si se tiene en cuenta, tal y como lo expresó el apoderado que existía una matriz de riesgos que ya asignaba responsabilidades desde el punto de vista contractual.
Nuevamente el apoderado remite todo el argumento a la construcción de la GAD, en este punto el Despacho se remite a lo respondido líneas atrás en el acápite de conducta y nexo de causalidad, específicamente en lo relativo al nexo.

En cuanto a que: *"se omitió hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptarse sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM, expone la CONTRALORÍA lo siguiente"*
El argumento lo finca en lo siguiente:

> *"es imposible que coexista la merma de las capacidades de vigilancia y control de HIDROITUANGO, con lo cual no se habría podido realizar una buena supervisión, con el hecho de que los miembros de la junta si tuvieran capacidad para supervisar adecuadamente".*
> *Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, si es cierto que al haberse desechado la opción de una administración más robusta para HIDROITUANGO, y por ese motivo, al haber hecho falta personal que revisara e hiciera seguimiento al Contrato BOOMT, y que tuviera la capacidad de informar adecuada y oportunamente lo que sucedía, es claro que los informados, en este caso los miembros de la junta, no habrían incurrido en ninguna responsabilidad, pues no habrían sido informados debidamente*

Sobre esta supuesta contradicción, la misma podría llegar a tener algún peso si quienes ejercieron la supervisión con posterioridad a la decisión de desechar el informe PENTA no hubieran sido los mismos que tomaron precisamente la decisión de rechazar el informe PENTA. En el caso concreto existe identidad entre quienes diluyeron la capacidad de seguimiento de Hidroituano y quienes a pesar de conocer esa situación y haber sido artífices de la misma no ejercieron en debida forma la función que contractualmente les correspondía.

En cuanto al hecho de: "*haber aprobado la decisión de autorizar al Gerente de la Sociedad el manejo de inversión social de 100 millones de dólares"*

El Despacho siempre ha sostenido que las mayores inversiones injustificadas y la no entrada en operación de la hidroeléctrica generaron el daño al patrimonio del Estado. El Despacho no se ha referido específicamente a una inversión en particular.

Distinto es que para efectos del Auto de Apertura, el hecho de que dicha inversión haya sido aprobada se tomó como indicio serio de la posible participación de algunos de los presuntos responsables en los hechos de esta causa fiscal. Pero revisada la imputación a ninguno de los presuntos se le atribuyó responsabilidad fiscal de manera puntual por ese hecho. Lo que permite concluir que el mismo es impertinente para desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal en el caso concreto.

A continuación, se abordará los 2 argumentos que en el escrito del apoderado tienen los numerales 7 y 8. El apoderado afirma lo siguiente:

> *"Que e que los miembros de la Junta Directiva no obraron de manera diligente leyendo las actas de seguimiento del contrato BOOMT, lo que les habría permitido darse cuenta desde el año 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018, así como el hecho de que el board de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, al igual que los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y, que supuestamente, condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018, vale la pena resaltar la contradicción en la que incurre la CONTRALORÍA en el auto de imputación"*

Lo anterior lo funda el apoderado en que el Despacho afirmó como efectivamente lo hizo que el gerente le había ocultado información a la junta directiva, como se demostrará adelante tal contradicción no existe

> *"(…) que los miembros de la Junta Directiva avalaron cambios en las fechas de los hitos y aprobaron el plan de aceleramiento, y la construcción del Sistema Auxiliar (SAD), debiendo saber que con esto se modificaban características inmodificables del contrato, y a sabiendas o debiendo saber que el board de expertos no había avalado esta modificación Con lo cual ratificaron la actuación de EPM, supuestamente, sin haber valorado las circunstancias que*

enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto".

El apoderado estructura este argumento partiendo del hecho de que en su opinión "decisiones justificadas, soportadas técnicamente, y que resultaban acordes a lo que estaba sucediendo en su momento",

La anterior afirmación carece de fundamento y por lo tanto no tiene la virtualidad de desestimar los elementos de la responsabilidad fiscal probados en esta causa.

Sobre el particular, el Despacho se remite a los sostenido respecto de la conducta y nexo de causalidad de los imputados, en donde queda claro que las decisiones tomadas en relación con este punto no tuvieron en cuenta que el Board había advertido sobre la inconveniencia de esta decisión y que en el comité de Seguimiento BOOMT EPM ya había expuesto la alta probabilidad que existía de que la hidroeléctrica no pudiera entrar en operación en la fecha inicialmente programada.

De igual manera aún cuando el apoderado considera que no era exigible que los miembros de la junta directiva leyeran sus propias actas del comité BOOMT, se trata de un argumento que, desconoce las funciones que le corresponden a la junta directiva. En este contexto no se le exige a la junta directiva que, tomara decisiones técnicas supliendo a EPM, sino que se enterara de esas decisiones, confrontara los diferentes mecanismos de seguimiento, entre ellos el principal que eran las actas del comité de seguimiento al contrato, así como los documentos que proferían los diferentes estamentos de seguimiento y control y asesoría establecidos por EPM, como era entre otros el BOARD de Expertos, la interventoría de los contratos, las actas de los comités de obra y diseño, **documentos que en virtud del libro abierto se encontraban a disposición de Hidroituango**[941] y se le exigía a la junta que las

[941]Folio 10362. Información DD95. 7. Correspondencia recibida. Respuesta 1. P-01. Carpeta BOOMT con anexos y modificaciones. BOOMT con anexos. Contrato BOOMT. Anexo 6.12. *"2.1. Acceso de Hidroituango a la información – libro abierto.El contratista se obliga a tener a disposición de Hidroituango en una plataforma informática compartida, en forma expedita y oportuna, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice el contratista durante el desarrollo del proyecto. Mediante el mecanismo de "el libro abierto", el contratista mantendrá, bajo un sistema de centros de costo, los registros de todos los costos, erogaciones e ingresos relacionados con el proyecto, lo cual actualizará semanalmente y lo pondrá a disposición de Hidroituango; la información que utilice el Contratista para la gestión del Proyecto, a la cual tendrá acceso Hidroituango para cumplir su labor de verificación, estará disponible en medios informáticos o magnéticos, o los que de acuerdo con el avance de las tecnologías de información y comunicaciones (TICs) sean en el momento requerido los adecuados para el cumplimiento de los fines previstos en este documento. Igualmente, Hidroituango, en ejercicio de su labor de verificación, durante la vigencia del contrato, puede inspeccionar, examinar, comprobar, sin que se cause retraso*

decisiones que tomara tuvieran en cuenta ese contexto, pues es importante recordar que el principal objetivo de la junta directiva es tomar las decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objeto[942] [943], y de manera particular, **cooperar con el**

---

ni se interfiera en las decisiones que tome el Contratista, el progreso del proyecto, y su puesta en funcionamiento, así como su operación y mantenimiento hasta la restitución de la central, de acuerdo con la metodología del Libro Abierto, así como todos los documentos del Contratista relacionados con el contrato, salvo la información sobre estrategia comercial del contratista. Para el efecto, Hidroituango dará el aviso correspondiente de manera previa al Contratista, para que el contratista pueda coordinar lo pertinente con la debida oportunidad y diligencia para el ejercicio de los derecho por parte de Hidroituango".

[942] artículo 44 de la Escritura Pública 1691 de 10 de octubre de 2011 (Z:\PRF 2019-01104 UCC-PRF-014-2019 - HIDROITUANGO -\EXPEDIENTE DIGITAL 1\CARPETA PRINCIPAL No. 74\DD 75 VISITA ESPECIAL EPM E HI\SOCIEDAD HIDROITUANGO S.A\RESPUESTA J ESTATUTOS\ESTATUTOS) - Propósito que se reitera en el Código de Buen Gobierno de la Sociedad.

[943] *Carpeta principal 74. DD75- Visita Especial EPM E HI. Nueva Carpeta. A. 1. Certificación en donde conste la información que se consignó entre 2011 y 2019 en dicha plataforma tecnológica en relación con el contrato BOOMT y los subcontratos a través de los cuales se desarrolló.*
Respuesta/ En el contrato BOOMT se estableció el mecanismo de "libro abierto" mediante el cual, EPM se obliga a tener a disposición de Hidroituango, en una plataforma informática compartida, toda la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice durante el desarrollo del Proyecto, además mantendrá a disposición de HI, los registros de todos los costos, erogaciones e ingresos relacionados con el proyecto.
Para darle cumplimiento a lo anterior, ***EPM procedió a darle acceso a los funcionarios que Hidroituango autorizó a los sistemas de información One World, Neón, Ariba, Enter y Mercurio, cuya descripción se da a continuación:***

- ***Neón:*** *Permite la gestión de la contratación desde la planeación hasta la adjudicación y cierre de los contratos, así como la gestión de la información básica de los proveedores.*
Está en proceso de reemplazo por Ariba, actualmente soporta procesos de contratación Abys Especiales y NoAbys como lo son: Compra energía, Compra, suministro y transp. Gas natural, Mercado energía mayorista a largo plazo, Mercado energía mayorista secundario, Prestación de servicios de salud, Recaudo, Seguros, entre otros.
A los funcionarios de Hidroituango se les asignó, tanto en Neón como en Ariba el perfil denominado "Perfil auditor externo", para la consulta de los contratos suscritos para la construcción del Proyecto hidroeléctrico Ituango.

- ***Ariba:*** *Sistema de información, para soportar la adquisición de bienes y servicios del Grupo EPM, administrar las relaciones con los proveedores, generar los documentos que constituyen un contrato, lanzar los eventos a los proveedores y recibir sus respuestas.*
Es un sistema que permite el trabajo colaborativo, (áreas requeridoras, cadena de suministro y proveedores) con el fin de apalancar la cadena de suministro y afianzar el relacionamiento con los proveedores.

- ***One World:*** *ERP-Sistema de información financiera con módulos que apoyan la gestión de diferentes procesos: Contabilidad, impuestos, cuentas por pagar, cuentas por cobrar, inventarios, presupuesto, activos fijos y mantenimiento.*

A los funcionarios de Hidroituango se les asignaron perfiles solo para consultas, es decir, están autorizaciones para leer, pero no están autorizados para escritura, modificaciones y borrado. La información a la cual tienen acceso es a la consulta de las transacciones realizadas referente al proyecto Ituango.

Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales[944].

Adicional a lo anterior y dado que dentro de sus argumentos el apoderado plantea que realmente ninguna de las características del proyecto era inmodificable, lo cierto es que contractualmente sí se había pactado que algunas características fueran inmodificables. Lo que implicaba que cualquier modificación que se hiciera debía ser consultada a la junta directiva de hidroituango, lo que en el caso concreto no ocurrió tal y como se encuentra probado en el plenario y plasmado en el auto de imputación.

Como tercer punto, plantea el apoderado lo que denomina *"Las posibles causas que llevaron a que colapsara la Galería Auxiliar de Desviación y ocurriera la contingencia de abril de 2018".*

El apoderado fundamenta el argumento en los siguientes términos:

> *"Contrario a lo planteado por la CONTRALORÍA, y teniendo como soporte los informes que fueron aportados dentro del proceso, los atrasos que se hubieran presentado en el proyecto o las eventuales modificaciones en la planeación del mismo, no constituyen la causa generadora de la contingencia que se presentaría en el mes de abril de 2018 Como se desprende del informe de interventoría citado, para marzo de 2018 ya se habían superado los atrasos que había presentado el proyecto, lo que demuestra que el plan de aceleración y que las decisiones tomadas al respecto, estaban funcionado para poder llegar a un feliz término del Contrato En consecuencia, es claro que fue ese colapso de la GAD y la contingencia presentada en abril de 2018, el hecho que llevó a que el proyecto no pudiera entrar en operación en la fecha planeada, se tuvieran que hacer inversiones adicionales y se generara un supuesto lucro cesante".*

En este punto realmente el apoderado hace alusión al nexo de causalidad, sobre el particular este Despacho se remite a la respuesta que se dará a renglón seguido en relación con el cuarto punto planteado por el Apoderado, de otro lado se reitera que

---

(…)

- ***Enter:*** *Solución informática corporativa que facilita la gestión, el control y la búsqueda de la documentación institucional.*
- ***Mercurio:*** *El sistema MERCURIO es el encargado de apoyar la gestión de las comunicaciones oficiales del Grupo EPM, permitiendo la radicación de documentos recibidos, producidos, internos y memorandos electrónicos, así como su trámite a través de diferentes flujos".*

[944] Carpeta principal 74. DD75. Visita especial EPM E HI. Nueva carpeta. Sociedad Hidroituango S.A. Respuesta estatutos. Estatutos. Estatutos de la Junta Directiva de HI. Escritura pública No. 771 de 19 de marzo de 2003. *"Artículo 44. "Funciones. La Junta Directiva estará revestida de la más amplia autoridad para manejar los asuntos de la sociedad, ordenar la firma de cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar decisiones necesarias para que la sociedad cumpla su objeto. Reunida la Junta Directiva con el quórum correspondiente que señalen estos estatutos de acuerdo con la ley, sus funciones serán las siguientes: (…)* ***3. Cooperar con el Gerente en la administración y dirección de los negocios sociales (****…)".*

es una percepción subjetiva del apoderado considerar que el único hecho generador del daño en el caso concreto se circunscribe a lo ocurrido con la GAD y la mal llamada contingencia de 2018.

Cabe reiterar que, como se explicó en el auto de imputación que los hechos sucesivos y concatenados llevaron a poner el proyecto en un estado de vulnerabilidad que terminó desembocando en la mal llamada contingencia de 2018. Ahora bien, en lo que se refiere a la imputabilidad de esta situación a los miembros de la junta directiva de Hidroituango, el Despacho se remite a lo sostenido tanto en el auto de imputación como en la presente providencia, en relación con las conductas y el nexo de causalidad, destacando que allí se precisaron de manera minuciosa las razones que llevan al Despacho a concluir que en cabeza de dichas personas se estructuran los elementos de la responsabilidad fiscal.

Como cuarto punto, el apoderado se refiere al nexo de causalidad, considera que este Despacho no aplicó la teoría de la causalidad adecuada, en los siguientes términos:

> *" Aceptar que todos los hechos que rodearon una serie de acontecimientos condujeron a que los mismos se presentaran y que por tal motivo corresponden a la causa del daño patrimonial acaecido, como lo realiza ésta CONTRALORÍA en el auto de imputación, es un absurdo y atenta abiertamente contra la teoría de la causalidad adecuada, que como se dijo es la adoptada por las altas cortes y que resulta plenamente aplicable a los procesos de responsabilidad fiscal, y así mismo, contra el análisis de los elementos de la relación de causalidad"*

En este punto se reitera lo ya afirmado por este Despacho al dar respuesta a otros argumentos de defensa, en los siguientes términos:

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> *"L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"*[945].

[945] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> *"Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que* ***no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción****. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente*[946].
>
> *Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que* ***los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo***[947]*:*
>
> *"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.*
>
> *"(…).*
>
> *"****Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño****. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad.* ***Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño****".*

---

[946] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:
"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).
"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[947] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

> Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[948]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos **sucesivos y concatenados** que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE**

[948] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA, RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.**

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI-CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[949] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[950], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de

---

949 *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

950 Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.**

seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos -producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

En ese orden de ideas, ha existido concurrencia de conductas en la concreción del daño señalado en esta providencia.

De otro lado, el apoderado alega lo siguiente:

> *“Pero, como se ve en el auto, brilla por su ausencia este análisis pues la CONTRALORÍA no analizó si los miembros de Junta Directiva fueron diligentes o no a la hora de tomar las decisiones, sino que se centró únicamente en los resultados para imputar responsabilidad, cuando claramente la obligación de estos administradores es de medios*

> *Y no es cierto, como lo plantea la CONTRALORÍA, que esa jurisprudencia no sea aplicable en los casos del control fiscal, porque según ella, la Constitución ordena declarar responsable fiscalmente a quien de manera dolosa o gravemente culposa haya generado un menoscabo al patrimonio público (Página 440). Se equivoca la CONTRALORÍA, ya que el hecho de que la Constitución exija que el responsable fiscalmente haya actuado de manera dolosa o gravemente culposa implica que se analice si la conducta en que incurrió, en este caso la toma de decisiones, se hizo de manera sumamente negligente o dolosa, pero no implica que se deba obviar ese análisis de la conducta para centrarse únicamente en el resultado de esas decisiones".*

En primer lugar, el apoderado descontextualiza las afirmaciones del Despacho para hacer parecer que con el auto pretende desconocerse la aplicabilidad de una sentencia, lo cual no es cierto. El Despacho procede a transcribir entonces lo sostenido en el auto 1484 p 440 así:

> *"En desarrollo de esta regulación comercial, la doctrina especializada, como resultado del análisis del derecho comparado, en especial del sistema societario anglosajón, señala que es preferible que los jueces no se inmiscuyan en el análisis económico de las decisiones administrativas de las sociedades comerciales.*
>
> *Sin embargo, para el Despacho esta recomendación es inadmisible en materia de control fiscal, cuando la Constitución Política ordena declarar la responsabilidad fiscal de quienes con su conducta activa u omisiva, dolosa o gravemente culpable, hayan generado un menoscabo en los intereses patrimoniales públicos, como se predicaría de los administradores, gerentes o directores de las sociedades en las que el Estado tiene un interés patrimonial representado en las acciones de las cuales es titular"*

Como puede verse del aparte transcrito del auto, el Despacho en ningún momento afirma que esa juridprudencia en particular no sea aplicable, y por el contrario como puede observarse en el auto de imputación, el despacho siempre ha tenido en cuenta para determinar la conducta de los imputados la información de que cada uno de ellos disponía al momento de tomar las decisiones que correspondan recordando además que eso es precisamente el contenido esencial de la jurisprudencia que el apoderado trae a colación.

Como quinto punto el apoderado se refiere a la Caducidad de la acción fiscal sobre el particular considera que la misma ocurrió por cuanto considera que el daño fue producto de conductas de ejecución instantánea que se dieron 5 años antes de 2019.

Este argumento no tiene vocación de prosperar, por cuanto el mismo parte de confundir los hechos generadores del daño con las conductas.

Los hechos generadores del daño identificados en esta causa fiscal son todos aquellos que tuvieron la virtualidad de aumentar de manera injustificada las inversiones llevando a que se destruyera el valor de la inversión y a impedir que el proyecto entrara en operación en la fecha programada. En este sentido el Despacho reitera que se trata de hechos de tracto sucesivo que se dieron en desarrollo del proyecto hidroeléctrico, por lo que para la fecha en que se abrió el proceso no había ocurrido el fenómeno de la caducidad.

Por último el apoderado se refiere de manera puntual a la póliza que fue vinculada a esta causa fiscal, en los siguientes términos:

> De acuerdo con lo anterior, es cierto que mediante auto No. 1071 del 29 de septiembre de 2020 SBS SEGUROS fue vinculada al presente proceso de responsabilidad fiscal con fundamento en la Póliza de Seguros de Directores y Administradores Comercial No. 1002911 Anexo 4. No obstante, esto ocurrió por fuera de la vigencia del contrato de seguro suscrito que terminaba el 12 de febrero de la presente anualidad
> *Sin embargo, y a pesar de que la notificación del auto de apertura a mi representada ocurrió por fuera de la vigencia de la Póliza, SBS SEGUROS tuvo conocimiento de la existencia del presente proceso con ocasión de los avisos realizados por los asegurados, miembros de la Junta Directiva de HIDROITUANGO, cuando fueron notificados del auto de apertura No. 0945 del 8 de noviembre de 2019. En esta medida, la Compañía entiende que se presentó una reclamación a los asegurados en los términos del contrato de seguro, dentro de la vigencia comprendida entre el 12 de febrero de 2019 y el 12 de febrero de 2020.*

Sobre este punto y si bien el apoderado no se opone al hecho de que la misma se haga exigible, es importante precisar que en el caso concreto la vinculación de la aseguradora se surtió de conformidad con lo dispuesto en la circular 005 de 19 de marzo de 2020, la cual fue proferida por el señor Contralor General, a efectos de brindar mayor claridad frente a la vinculación de las compañías aseguradoras.

En la cual se dispuso que:

> *"El operador fiscal debe identificar con absoluta claridad cuáles son las modalidades de cobertura (descubrimiento, ocurrencia, o reclamación claims made), así como su vigencia, los periodos de cobertura temporal retroactiva o no de las respectivas pólizas, y demás condiciones, para determinar cuál de ellas se afectará en curso del proceso de responsabilidad fiscal. En caso de tratarse de la modalidad de seguros de ocurrencia, la póliza a ser afectada debe ser aquella que se encontraba vigente para el momento de acaecimiento del hecho que genere la pérdida del recurso público. Si la modalidad es por descubrimiento, la póliza afectada será la que se encontraba vigente a la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho que origine la pérdida o*

> *solicitud de indemnización. Y **si la modalidad del seguro es por reclamación o "claims made", deberá afectarse la póliza vigente al momento de proferir el auto de apertura o de vinculación de la aseguradora**"*

De donde resulta claro que se puede afectar ya sea la póliza vigente al momento de proferirse el auto de apertura o aquella vigente al momento de la vinculación de la aseguradora, siendo plausible afectar cualquiera de las dos.
De otro lado, en el auto 1071 en el cual se vinculó la aseguradora, esta Delegada precisó lo siguiente:

> *"De igual forma, dicha póliza **establece un límite de cobertura para procesos de responsabilidad fiscal** así:*
> *"Queda establecido que en caso de reclamos por juicios o procesos de responsabilidad fiscal y acción de repetición en contra de las Personas Aseguradas el límite máximo asumido por el Asegurador será COP 2.000.000.000".*
> *(…)*
> *(…) por lo que en la parte resolutiva del presente auto, ordenará la vinculación de la Aseguradora, **teniendo en cuenta tanto las exclusiones como el límite asegurado".*** (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Por último el apoderado plantea que :

"La Póliza de Seguro de Directores y Administradores No. 1002911 expedida por SBS SEGUROS no otorga cobertura al actuar doloso de los asegurados"

Para lo anterior invoca como sustento el artículo 1055 del código de comercio.
Sobre el particular, en primer término, resulta necesario recordar que tal y como lo ha dicho el consejo de Estado de cara a la responsabilidad fiscal la misma resulta inane:

> *"Cabe destacar, que la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal, en calidad de tercero civilmente responsable, opera siempre que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza de seguros, inclusive en los casos en que en los contratos de seguros se **incluyan cláusulas en las que se pretenda excluir esa responsabilidad civil**, **las cuales en todo caso serán ineficaces, por desconocer una norma de orden público**"*[951].

[951] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011), Radicación número: 07001-23-31-000-1998-00875-01

Así mismo, tal y como se explicó líneas atrás las conductas por las cuales en el caso concreto se profiere un fallo con responsabilidad fiscal fueron desplegadas a título de culpa grave, aun cuando el apoderado quiera calificar una de las conductas atribuidas al señor John Maya a título de dolo.

Por lo anterior, se tiene que dicho argumento no está llamado a prosperar.

SURAMERICANA

Mediante escrito con radicado 2020ER0139884de fecha18de Diciembre de 2020, (folios 20232-20300) formuló argumentos de defensa.

Inicia el apoderado considerando que existe una supuesta falta de motivación en la vinculación de la aseguradora.

R/: Respecto del primer argumento formulado por SURAMERICANA, en relación con la supuesta falta de motivación en la vinculación de la aseguradora, ello no es cierto. Es necesario precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 exige para vincular a la aseguradora que:

> ***ARTICULO 44. VINCULACION DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable**, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, **se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros,** en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.*

En este contexto, resulta necesario recordar que en el auto de imputación se expresó claramente el motivo por el cuál se mantenía vinculada la aseguradora así: Estas pólizas fueron vinculadas a partir del Auto de Apertura, toda vez que **cubren la responsabilidad de los directores y administradores de EPM, los cuales se encuentran vinculados a la presente causa fiscal**, por lo que este Despacho concluye que se cumple con el supuesto exigido por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 -los presuntos responsables se encuentran amparados por la póliza- por lo que en la parte resolutiva del presente auto, se mantendrá la vinculación de la Aseguradora, teniendo en cuenta tanto las exclusiones como el límite asegurado.
Ahora bien, le asiste razón al apoderado al considerar que dichas pólizas contienen la cláusula *Claims made.* En efecto revisado el clausulado de la misma se lee respecto del interés asegurable lo siguiente:

> *"Proteger el patrimonio de los Asegurados de aquellos **siniestros que se deriven de cualquier Reclamación** de la que resulten responsables por razón de cualquier Acto incorrecto cometido o presuntamente cometido por ellos en el ejercicio de sus respectivas funciones como Administradores de la entidad tomadora, que sea interpuesta por vez primera contra los mismos y adicionalmente durante el periodo de Vigencia de la presente póliza"*

Respecto de los argumentos planteados por el apoderado, es necesario precisar que se dará aplicación a lo dispuesto en la circular 005 de 19 de marzo de 2020 la cual fue proferida por el señor Contralor General, a efectos de brindar mayor claridad frente a la vinculación de las compañías aseguradoras.

En la cual se dispuso que:

"El operador fiscal debe identificar con absoluta claridad cuáles son las modalidades de cobertura (descubrimiento, ocurrencia, o reclamación claims made), así como su vigencia, los periodos de cobertura temporal retroactiva o no de las respectivas pólizas, y demás condiciones, para determinar cuál de ellas se afectará en curso del proceso de responsabilidad fiscal. En caso de tratarse de la modalidad de seguros de ocurrencia, la póliza a ser afectada debe ser aquella que se encontraba vigente para el momento de acaecimiento del hecho que genere la pérdida del recurso público. Si la modalidad es por descubrimiento, la póliza afectada será la que se encontraba vigente a la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho que origine la pérdida o solicitud de indemnización. Y ***si la modalidad del seguro es por reclamación o "claims made", deberá afectarse la póliza vigente al momento de proferir el auto de apertura o de vinculación de la aseguradora****"*

Teniendo en cuenta que en este caso, se trata de una póliza *claims made*, no se procederá a sumar los amparos de las distintas pólizas vinculadas y se dará cumplimiento estricto a la referida circular por lo que únicamente se afectará aquella que se encontraba vigente al momento de abrirse el proceso de responsabilidad fiscal, es decir, el día 8 de noviembre de 2019, en aplicación de lo anteriormente dispuesto, la póliza que en principio debiera afectarse es la siguiente:

Póliza	**Vigencia**		**Suma Asegurada**	**Asegurado**	**Beneficiario**
	Desde	Hasta			
0475631	30/09/18	30/03/20	US$102.205.000	ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS SE ACLARA QUE LA ENTIDAD TOMADORA NO ADQUIERE, NI ADQUIRIRÁ BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA, LA CALIDAD DE ASEGURADO EN EL PRESENTE SEGURO, COMO ASEGURADOS SE ENTENDERÁN ÚNICAMENTE LAS PERSONAS NATURALES COBIJADAS BAJO LA DEFINICIÓN	TERCEROS AFECTADOS

				DEASEGURADO ESTABLECIDA EN LAS CONDICIONES GENERALES	

En este entendido, no se dará respuesta en relación con los argumentos que se refieren a las pólizas 20057, pues se ordenará en la parte resolutiva de esta providencia la exclusión de dicha póliza.

Por lo anterior, este Despacho se pronunciará exclusivamente en relación con la póliza 0475631, respecto de la cual de manera general el apoderado alega lo siguiente: *"en esta Póliza 2018/2020 se pactó una exclusión relativa a los hechos reportados por el asegurado —contenidos en varias comunicaciones a las que se alude en detalle más adelante y que se relacionaban con los temas que aborda el presente proceso de responsabilidad fiscal. Adicionalmente, existieron avisos de circunstancia que, al estar relacionados con el objeto del presente proceso, generan el desplazamiento temporal de la "reclamación" a una vigencia distinta, siendo ésta la Póliza vigente entre el 30 de junio de 2017 y el 30 de septiembre de 2018, como se pasará a corroborar con fehaciente demostración jurídica"*

Inicia el apoderado explicando que:

> *"cada vigencia corresponde a un contrato de seguro independiente , habiéndose dado solución de continuidad a cada periodo finalizado"*

Igualmente considera que

> *Considera que la única que puede afectarse es la de la vigencia entre 30 de junio de 2017 y 30 de junio de 2018, prorrogada hasta el 30 de septiembre de 2018 identificada con el número 0475631-6 (en adelante "Poliza 2017/18)*

Y prosigue:

> *El siniestro (la reclamación/proceso de responsabilidad fiscal) se entiende realizado, por razón de los avisos mencionados, durante la vigencia de la Póliza 2017/18, y de otro, porque, como se pondrá de presente más adelante, la Póliza 2018/20 excluyó de cobertura de manera expresa cualquier reclamación que proviniera directa o indirectamente, o se relacionara con los hechos reportados previamente por EPM a SURAMERICANA bajo la Póliza 2017/18, los cuales, como se verá en detalle, se refieren y guardan clara relación causal y fáctica con el presente Proceso de Responsabilidad Fiscal.*
> *(…)*
>
> *Conforme a lo indicado en estas cláusulas, el asegurado notificará al asegurador -cuya póliza esté vigente al momento de conocerlos-, los hechos que a su juicio razonable, pueden dar origen en el futuro a una reclamación en su contra.*
> *Lo anterior tiene como finalidad que, en el momento en que se concrete dicha reclamación, la póliza afectada será aquella vigente en el momento en que se*

notificaron los hechos y no aquella vigente en el momento en que, posteriormente, se presenta el reclamo contra el asegurado.
(…)
Precisamente, en cumplimiento del deber antes descrito, durante la vigencia de la Póliza 2017/18, EPM presentó a SURAMERICANA las siguientes comunicaciones en las que reportaba varios hechos o eventos que a su juicio razonable podrían llegar a materializarse en una reclamación en el futuro.
A continuación, se presenta una relación cronológica de tales comunicaciones, las cuales se adjuntaron con la solicitud de nulidad, por lo que obrando ya en el proceso no es necesario allegarlas nuevamente, comunicaciones que solicito se tengan como prueba documental de los hechos que aquí se afirman:

Comunicación de 21 de mayo de 2018 (20180130062402): Se indica que la información se presenta "Como parte del deber de información que hemos mantenido con ustedes como aseguradores y conforme a la cláusula de cooperación de reclamos de la póliza del asunto", según la cual "El asegurado deberá, una vez tenga conocimiento de algún reclamo, o circunstancia que pueda dar lugar a un reclamo, dar aviso al asegurador al respecto lo antes posible".
Se informa sobre el daño en la estructura del Sistema Auxiliar de Desviación - SAD que se presentó en el proyecto Hidroituango entre el 28 y el 30 de abril de 2018 y que la empresa emprendió medidas para atender la emergencia como "llenar prioritariamente la presa", que no lograron los resultados esperados, por lo que decidieron permitir el paso del agua "por casa de máquinas abriendo cuatro conducciones de captación". Se señala que se han tomado diferentes decisiones buscando principalmente proteger las poblaciones aguas abajo del proyecto, así como evitar daños mayores a la infraestructura del proyecto. Se reconoce que "No obstante, todas las medidas de prevención, ya se han generado daños materiales entre casas de poblaciones rivereñas, a infraestructura como puentes peatonales, cultivos, entre otros".
*De acuerdo con EPM "Teniendo en cuenta este panorama y que la situación del proyecto genera impactos en diferentes grupos de interés, pese a que aún no se ha presentado un reclamo o investigación que afecte la cobertura de la póliza de D&O, informamos estos hechos desde ahora entendiendo que es razonable esperar que **de él se puedan llegar a generar una investigación fiscal o de otra índole en el futuro contra los directivos que han tomado diferentes decisiones en el marco de la situación de emergencia que hoy vive el proyecto**."*
a. Comunicación de 1 de agosto de 2018 (20180130098807): Se indica que la información se presenta "Como parte del deber de información que hemos mantenido con ustedes como aseguradores y conforme a la cláusula de cooperación de reclamos de la póliza del asunto", en virtud de la cual "El asegurado deberá, una vez tenga conocimiento de algún reclamo, o circunstancia que pueda dar lugar a un reclamo, dar aviso al asegurador al respecto lo antes posible".
Se reporta que la Gerencia General de EPM solicitó a la Unidad de Control Disciplinario de esa entidad que evaluara posibles inconsistencias que se pueden haber presentado durante el proceso de obtención y cumplimiento de las licencias ambientales del proyecto.

*De acuerdo con EPM, aunque "aún no se ha presentado un reclamo o investigación que afecte la cobertura de la póliza de D&O, informamos estos hechos desde ahora entendiendo que es razonable esperar que de él se pueden llegar a generar una **investigación fiscal o de otra índole en el futuro contra los directivos que tomaron esta decisión de inversión**."*

b. Comunicación de 1 de agosto de 2018 (20180130098654): Se indica que "Como parte del deber de información que hemos mantenido con ustedes como aseguradores, nos permitimos informar un cambio en la condición del riesgo:". Posteriormente, se reporta la decisión de la compañía de vender las filiales en Chile y otras participaciones accionarias de EPM.

c. Comunicación de 27 de agosto de 2018 (20180130110909): Se indica que "Damos alcance al comunicado con radicado 20180130098807 de 01 de agosto de 2018 en el cual informamos sobre la evaluación de posibles inconsistencias en el proceso de licenciamiento del Proyecto Hidroeléctrico Ituango".

Se informa que la Contraloría General de la República realizó una Auditoría de Cumplimiento para evaluar la gestión de las autoridades ambientales en el proceso de licenciamiento del Proyecto Hidroituango, y el cumplimiento de la licencia ambiental. Se agrega que en la citada auditoría se encontraron hallazgos administrativos, penales y disciplinarios en relación con los diferentes entes que participan del proceso de licenciamiento y que la Contraloría compulsó copia a las autoridades de control territoriales para que inicien sus propias investigaciones.

De acuerdo con EPM "En tal orden de ideas, y pese a que aún no se ha presentado un reclamo o investigación que afecte la cobertura de la póliza de D&O, informamos estos hechos desde ahora entendiendo que es razonable esperar que de él se pueden llegar a generar una investigación disciplinaria y/o penal en el futuro contra de alguno de los asegurados en la póliza."

d. Comunicación de 6 de septiembre 2018 (20180130116069):

En esta comunicación se indica que "Como parte del deber de información que hemos mantenido con ustedes como aseguradores de la póliza del asunto, y dando alcance a nuestras comunicaciones previas con radicados 20180130062402 del 21 de mayo, 2018010098654 y 20180130098807 del 1 de agosto y 20180130110909 del 27 de agosto de 2018 respectivamente, informamos lo siguiente:".

Posteriormente se reporta que, tanto a nivel interno como externo, iniciaron diferentes investigaciones y auditorías sobre los acontecimientos ocurridos desde la contingencia que se presentó en el proyecto el 28 de abril de 2018. Se informa que en tal sentido, la Contraloría General de la República emitió un informe de la Auditoría de Cumplimiento que revela hallazgos con incidencia administrativa, disciplinaria y penal, y que dicha entidad dio traslado a las autoridades de control territoriales quienes están iniciando sus propias investigaciones entre ellas la oficina de control disciplinario interno de EPM, "para lo cual se ha empezado a citar a algunos funcionarios de EPM a distintas diligencias" quienes son individualizados en la comunicación. En la comunicación, también se informa que EPM presentó un proyecto al Concejo de Medellín para que autorice la venta de activos de la empresa con el fin de hacerle frente, en términos financieros, a la contingencia del proyecto.

Se concluye diciendo "En consecuencia, para EPM las diligencias que se vienen llevando a cabo y que se derivan de la contingencia del Proyecto son hechos

ya reportados como circunstancia dentro de la cobertura de la póliza antes relacionada, y sobre las cuales continuaremos brindando toda la información a nuestro alcance, dentro de nuestras obligaciones de cooperación como asegurados en dicha cobertura.
(…)
un cuando sólo en una de ellas, la comunicación del 6 de septiembre de 2018 (20180130116069), se individualizó a los posibles afectados, lo cierto es que dicha comunicación se hizo extensiva a todas !as notificaciones remitidas con anterioridad, haciendo innegable que todos los eventos reportados en las comunicaciones antes reseñadas, cumplieron con lo establecido en las condiciones de la póliza, y de allí que los mismos se tuvieran como avisos de circunstancias con los efectos jurídicos correspondientes
Las inferencias de EPM sobre las posibles reclamaciones se ven confirmadas con el presente Proceso de Responsabilidad Fiscal, el cual, encuentra relación inescindible con las situaciones fácticas de antaño conocidas por EPM, llevando con ello a la aplicación de la cláusula de aviso de circunstancia, y por lo tanto no deberá tenerse como afectada la póliza vigente en el momento en que se notificó el presente proceso, sino la Póliza 2017/18
(…)
En todo caso, es preciso destacar que la Póliza 2017/18 sólo cubre los Actos Incorrectos en que hayan podido incurrir los asegurados, de conformidad con la definición de Persona Asegurada de la Póliza. es decir los directores de EPM. En este sentido, todas las presuntas conductas que se investigan y que no hayan sido cometidas por una persona asegurada no contarían con cobertura bajo la Póliza 2017/18.
Los términos y condiciones de la póliza correspondiente a la vigencia de 30 de septiembre de 2018 a 30 de marzo de 2020, de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores referida bajo el No. 0475631-6, están documentados en el condicionado particular y el Clausulado General con referencia F-01-13-036 de SURAMERICANA.
Se pone de presente que mi representada no está llamada a responder con cargo a la citada vigencia conforme a las razones que se exponen a continuación, no sobrando recordar que, establecida la cobertura por la vigencia anterior, no resulta legalmente posible afectar, bajo ninguna circunstancia dos pólizas de seguro por un mismo siniestro.
En las condiciones particulares aplicables a la póliza correspondiente a la vigencia del 30 de septiembre de 2018 al 30 de marzo de 2020 de la Póliza No. 0475631-6 se acordó entre las partes del contrato, con carácter absoluto, la siguiente exclusión:
*"**Se excluye cualquier reclamación que provenga directa o indirectamente de, o relacionada con [sic.] de los eventos de Hidroituango informados por EPM en documentos No 20180130062402, 20180130098807, 2018130098654, 20180130110909, 2018130116069 y del 21 de mayo, 1 de agosto, 27 de agosto, septiembre 6 de 2.018**." (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*
Se excluye cualquier reclamación que provenga directa o indirectamente de los eventos informados en el documento No. 2018013012757 del 18 de septiembre de 2018".
(…)

> *De la cláusula citada resulta clara la intención de las partes de excluir de cobertura, de la forma más amplia posible, cualquier reclamación que proviniera directa o indirectamente, o se relacionara con los eventos reportados previamente por el asegurado en las distintas comunicaciones allí señaladas. Es importante resaltar que la exclusión no se refiere única y exclusivamente a los hechos, eventos y circunstancias informados en las comunicaciones remitidas por EPM a SURAMERICANA de forma textual y directa, sino que es mucho más amplia, pues se hizo alusión a toda reclamación que proviniera directa o indirectamente de los eventos reportados por EPM. Tal alusión amplía el alcance de la exclusión, de modo que cualquier conexión fáctica o causal entre los eventos reportados y las eventuales reclamaciones, tiene como consecuencia la exclusión total de estas últimas*
> *Así las cosas, bastará con que los hechos que originan la reclamación (en este caso el Proceso de Responsabilidad Fiscal), guarden una relación causal con los eventos reportados previamente. Dicha relación causal puede darse de forma directa y de estrecha concatenación, o indirecta, por estar simplemente encaminados hacia un mismo resultado, o por guardar una conexión como aquella de causa y efecto*

Continúa el apoderado su argumentación precisando quienes son las personas aseguradas en la presente causa fiscal, así mismo alega la cláusula de exclusión de dolo, también se refiere al límite asegurado y a la erosión del valor asegurado

R/: Sobre estos argumentos, en primer término, es necesario reconocer que al apoderado le asiste razón cuando afirma que cada vigencia es un nuevo contrato, salvo en lo que se refiere a la prórroga.

Así mismo, revisado el texto de las condiciones particulares de la póliza cuya vigencia comprende 30/09/18 a 30/03/20, Se tiene en primer lugar que la irretroactividad es ilimitada.

Dentro de las coberturas del seguro se encuentra “Responsabilidad de los miembros de junta directiva y demás administradores”

De igual forma se comprueba que dentro del texto de las condiciones particulares de la mencionada póliza se encuentra la siguiente exclusión: *Se excluye cualquier reclamación que provenga directa o indirectamente de, o relacionada con de los eventos de Hidroituango informados por EPM en documentos No 20180130062402, 20180130098807, 2018130098654, 20180130110909, 2018130116069 y del 21 de mayo, 1 de agosto, 27 de agosto, septiembre 6 de 2.018*
Ahora bien, de cara a reclamación se dice lo siguiente: Definición 13 Reclamación: Se aclara que, ***para efectos de una pérdida fiscal*** *o un proceso disciplinario, la reclamación* ***es la notificación al empleado*** *asegurado del auto o resolución de apertura de investigación preliminar o indagación, investigación o juicio. Igualmente, tratándose de procesos civiles, penales o administrativos la reclamación será la notificación de la admisión de la demanda o denuncia presentada contra el empleado.*

*Respecto de la definición de Siniestro se dice: Definición 16. Siniestro: Es **toda Reclamación presentada durante la Vigencia de la póliza, resultante de un Acto Incorrecto de algún Asegurado en el ejercicio de sus funciones como Administrador, que haya causado un daño del cual se derive una responsabilidad amparada bajo la póliza**, incluyendo costos de defensa y la indemnización (incluyendo lucro cesante y daños punitivos o ejemplarizantes y también daños múltiples, en caso de jurisdicciones que reconozcan dichas figuras), así como pagos de costas o gastos*

Definición 19. Vigencia: Incluye también el período de retroactividad.

OTRAS CONDICIONES: *Cláusula adicional: Los hallazgos o circunstancias que no individualicen ningún asegurado no se considerarán, para efectos de la póliza, como hechos conocidos que razonablemente puedan dar lugar a una reclamación, para efectos de esta póliza sino hasta el momento que sea vinculado el Asegurado formalmente a alguna investigación o indagación preliminar. En consecuencia, en caso de que estos hechos o circunstancias se materialicen en una reclamación, no se consideraran hechos excluidos aun cuando no hubiesen sido reportados a la aseguradora. Solo se considerarán eventos conocidos cuando el tomador los haya reportado como circunstancia, conforme al numeral 13) de la definición de Reclamación prevista en las condiciones generales del seguro"*

De otro lado, de cara a los avisos realizados entre el 21 de mayo y el 6 de septiembre se tiene que:

Comunicación de 21 de mayo de 2018 (20180130062402): De acuerdo con EPM "Teniendo en cuenta este panorama y que la situación del proyecto genera impactos en diferentes grupos de interés, pese a que aún no se ha presentado un reclamo o investigación que afecte la cobertura de la póliza de D&O, informamos estos hechos desde ahora entendiendo que es razonable esperar que de él se puedan llegar a generar una investigación fiscal o de otra índole en el futuro **contra los directivos que han tomado diferentes decisiones en el marco de la situación de emergencia** que hoy vive el proyecto."

Se refiere específicamente a los hechos relacionados con la GAD pero en relación con el impacto que los mismos pueden tener de cara a las comunidades y como consecuencia de las decisiones tomadas en el marco de la situación de emergencia. En este sentido, este aviso no tiene relación con las decisiones tomadas en escenarios anteriores al marco de la situación de emergencia, por lo que no se relaciona con los hechos y las correlativas conductas por los cuales se le imputó responsabilidad a los presuntos responsables que tienen la calidad de Administradores de EPM.

Comunicación de 1 de agosto de 2018 (20180130098807): **posibles inconsistencias que se pueden haber presentado durante el proceso de**

obtención y cumplimiento de las licencias ambientales del proyecto, informamos estos hechos desde ahora entendiendo que es razonable esperar que de él se pueden llegar a generar una investigación fiscal o de otra índole en el futuro contra los directivos **que tomaron esta decisión de inversión.**"

Se refiere específicamente a los problemas derivados de la licencia ambiental y la responsabilidad personal de quienes tomaron esta decisión.

Comunicación de 1 de agosto de 2018 (20180130098654): se reporta la decisión de la compañía de vender las filiales en Chile y otras participaciones accionarias de EPM.

No se relaciona con los hechos de esta causa fiscal por los cuales se le imputa responsabilidad fiscal a los vinculados a la presente causa fiscal que tienen la calidad de administradores.

Comunicación de 27 de agosto de 2018 (20180130110909): proceso de licenciamiento y cumplimiento de la licencia ambiental.

Comunicación de 6 de septiembre 2018 (20180130116069): tanto a nivel interno como externo, iniciaron diferentes investigaciones y auditorías sobre los **acontecimientos ocurridos desde la contingencia que se presentó en el proyecto el 28 de abril de 2018.** Se informa que en tal sentido, la Contraloría General de la República emitió un informe de la Auditoría de Cumplimiento que revela hallazgos con incidencia administrativa, disciplinaria y penal, y que dicha entidad dio traslado a las autoridades de control territoriales.

Se refiere nuevamente a la auditoría de cumplimiento realizada por la Delegada de Medio Ambiente la cual se centra en los problemas derivados de no contar con la licencia ambiental.

Así mismo, se nombra exclusivamente dentro de la misma al señor Luis Javier Vélez.

Así mismo en dicha comunicación se lee: En consecuencia, para EPM **las diligencias que se vienen, llevando a cabo y que se derivan de la contingencia del Proyecto son hechos ya reportados como circunstancia** dentro de la cobertura de la póliza antes relacionada, y sobre los cuales continuaremos brindando toda la Información a nuestro alcance, dentro de nuestras obligaciones de cooperación como asegurados en dicha cobertura.

De donde se infiere, que el hecho reportado en este caso se relaciona con las **investigaciones que se encontraban en curso en dicha fecha a raíz de la contingencia y no otras posteriores**.

En este contexto, resulta necesario precisar en qué momento se desarrolló la actuación especial origen del presente proceso de responsabilidad fiscal y su objeto, así como quiénes son los vinculados a esta causa fiscal que tienen la calidad de administradores y por lo tanto son asegurados en los términos de las pólizas expedidas por SURAMERICANA.

En primer término, la actuación especial origen del presente proceso de responsabilidad fiscal se inició como consecuencia del control excepcional **a los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango**, aceptado por el señor Contralor General, mediante auto número ORD-80112-0042 del 8 de febrero de 2019. Tal y como se lee en el mismo informe de la actuación especial, *"El trabajo se realizó de conformidad con lo establecido en la Resolución Reglamentaria Orgánica número RGO-0024 de 2019, por medio de la cual se reglamenta la actuación especial de fiscalización. El presente informe tiene como fecha de corte el 28 de febrero de 2019, con excepción de los resultados sobre el esquema financiero, los cuales presentan cifras a junio de 2019".*

Como puede verse, el control excepcional tuvo como objeto los recursos del proyecto de generación eléctrica Hidroituango en su totalidad, así mismo se realizó con posterioridad a las investigaciones que se encontraban en curso a 6 de septiembre de 2018 y no se centró de manera exclusiva en irregularidades en la obtención de la licencia ambiental ni en la responsabilidad de quienes tomaron dichas decisiones ni mucho menos en la responsabilidad personal de quienes con posterioridad a la contingencia tomaron decisiones para hacerle frente.

Establecido lo anterior, resulta necesario observar de manera precisa respecto de cada uno los vinculados a la causa fiscal cuáles tienen la calidad de asegurados bajo la póliza que se estudia, así como las acciones y omisiones atribuidas para efectos de determinar si se encuentran amparados bajo los hechos excluidos en virtud de las comunicaciones atrás referidas o no.

A. FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA se desempeñó como **Gerente de EPM entre el año 2008 y el año 2012**, así mismo fue miembro principal de la junta directiva de Hidroituango entre las mismas fechas, se le atribuyeron a título de culpa grave las siguientes conductas:

1. Haber autorizado la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalle de las vías.

2. Haber aprobado la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquía) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se debieron introducir nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto

3. Como consecuencia de los problemas en la planeación, la vía inicialmente planteada por la margen derecha para llegar al punto donde debían iniciar las obras de los túneles de desviación del río, quedó como última en el proceso constructivo. A pesar que desde el Acta de Junta Directiva No. 99 de 24 de junio de 2009, los miembros de la Junta Directiva conocieron el trazado de las vías y por lo tanto conocían esta situación, solo cinco meses después de iniciado el contrato de construcción de las mismas, en acta 107 de 27 de enero de 2010, aprobaron la construcción de una vía por la margen izquierda. A pesar de la premura que implicaba contar con dicha vía, solamente se instrumentaliza la misma en el contrato de construcción 6 meses después. Esta decisión generó mayores costos, y mayores tiempos que afectaron el cronograma.

4. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.

5. Haber autorizado, de manera improvisada cuando ya se había iniciado y adelantado el contrato de diseños de detalle, cambios en la altura de la presa, lo que generó demoras por las modificaciones requeridas tanto en la licencia ambiental, como en las variaciones de los diseños de las obras principales y mayores trámites para la adquisición de predios adicionales.

6. Haber permitido, a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto, que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

7. FEDERICO RESTREPO POSADA, actuando en contravía de sus obligaciones como miembro de Junta Directiva y en pro de favorecer a la empresa que gerenciaba-EPM-, fue el primero en mostrase disconforme con la contratación de una firma experta que determinara la estructura de la planta de personal de HI, con lo que incidió para que con posterioridad a la suscripción del contrato BOOMT las capacidades de vigilancia y control de Hidroituango se vieran mermadas, lo que contribuyó de manera determinante a la producción del daño en la presente causa fiscal.

Como puede verse ninguna de las acciones correlativas a los hechos imputados en esta causa fiscal se refiere a los hechos que se relacionaron en las distintas comunicaciones enviadas por EPM a SURAMERICANA y que fueron objeto de exclusión en la Renovación de la póliza 0475631 para la vigencia 30/09/18 a 30/03/20.

De otro lado, el señor Federico Restrepo tenía, para la época en que se le atribuyeron las conductas referidas, la calidad de Gerente de EPM y miembro principal de la junta directiva de Hidroituango. En este sentido, revisado el texto de la póliza se encuentra que en la misma se contempla lo siguiente:

> *ANEXO 14. DIRECTORES DE ENTIDAD EXTERNA La Aseguradora pagará la pérdida de cada director de entidad externa debido a algún acto culposo, siempre que tal pérdida no haya sido indemnizada por la Entidad Tomadora; Se entiende por Director de Entidad externa una persona que actuó o haya actuado o que, durante el período de la póliza comienza a actuar, a solicitud especifica de una Entidad Tomadora, como Administrador en una Entidad Externa, entendiéndose por esta cualquier persona jurídica, que no sea una subsidiaria, en la cual la Entidad Tomadora tenga una influencia significativa e igualmente las entidades sin ánimo de lucro en las cuales tenga asiento la Entidad Tomadora. .*
> *Se aclara expresamente que se ampara a los directores y administradores de la entidad tomadora y sus subordinadas que las representen en entidades del sector eléctrico que sean creadas en cada país, relacionadas con la operación del sistema interconectado nacional como son el Consejo Nacional de Operaciones "CNO" en Colombia, y Unidad de Transacciones en El Salvador.*
> *También se incluyen como Entidades Externas a las siguientes compañías:*
> *(…)*
> *j. Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P*

Adicional a lo anterior, en el acápite de Coberturas adicionales se lee: *2.18. Directores de Entidad Externa (Anexo 14). En exceso de las pólizas, si aplicara, que tengan contratadas las entidades externas.*

Visto lo anterior, se tiene que las conductas desplegadas por el señor Federico Restrepo son Actos incorrectos de los cuales se deriva el presente fallo con responsabilidad fiscal, que las mismas fueron desarrolladas por el señor Restrepo en su ejercicio como miembro de la junta directiva de Hidroituango en la cual tenía asiento como Gerente de EPM, por lo que se concluye que ésta es la póliza que debe afectarse, teniendo en cuenta que la misma opera en exceso de la póliza contratada por Hidroituango que cubre a los directores y Administradores

B. JUAN ESTEBAN CALLE, quien se desempeñó como Gerente de EPM entre enero de 2011, y diciembre de 2015, periodo en el también formó parte de la junta directiva de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango como miembro principal, se le atribuyeron a título de culpa grave las siguientes conductas:

1. Haber desechado el informe PENTA que había sido contratado para establecer la estructura administrativa y operativa necesaria para el seguimiento por parte de Hl del Contrato BOOMT, lo que diluyó el control del proyecto por parte del dueño del mismo, situación que se corrobora, ya que 4 años después, en 2015, se propone retomar dicho informe y finalmente es efectivamente retomado en 2017, para ampliar los cargos a fin de realizar las actividades de verificación propias del rol de Hl.
2. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió hacer uso de los mecanismos de apremio contemplados en el Contrato BOOMT, tales como imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
3. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.
4. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.
5. Como Gerente General de EPM 5. Haber suscrito el Acta de Modificación Bilateral 15 de 22 de diciembre de 2015 al contrato de obras principales la cual formalizó la construcción del Sistema Auxiliar SAD, debiendo saber que con ella se estaba modificando características inmodificables del contrato y a sabiendas o debiendo saber que el BOARD de Expertos no había avalado esta modificación.

Como puede verse ninguna de las acciones correlativas a los hechos imputados en esta causa fiscal se refiere a los hechos que se relacionaron en las distintas comunicaciones enviadas por EPM a SURAMERICANA y que fueron objeto de

exclusión en la Renovación de la póliza 0475631 para la vigencia 30/09/18 a 30/03/20.

De otro lado, el señor Juan Esteban Calle tenía, para la época en que se le atribuyeron las conductas referidas, la calidad de Gerente de EPM y miembro principal de la junta directiva de Hidroituango. Y se encuentra probado que **en ambas calidades** desplegó conductas que fueron determinantes para la producción del daño.

Visto lo anterior, se tiene que las conductas desplegadas por el señor Calle son Actos incorrectos de los cuales se deriva el presente fallo con responsabilidad fiscal, por lo que se concluye que ésta es la póliza que debe afectarse.

C. LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE Se desempeñó como Gerente General de EPM ltuango, desde su constitución en 2011, hasta su liquidación, finalmente en 2016 ocupó el cargo de Vicepresidente Generación de Energía. Se le atribuyeron a título de culpa grave las siguientes conductas:

1. A pesar de conocer la naturaleza de las obligaciones que el contrato BOOMT acarrearía para la entidad que representaba, LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE suscribió el Contrato BOOMT aún con las salvedades hechas al mismo por EPM, salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaron la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango y se establecieron en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.

2. En su calidad de Vicepresidente Proyectos Generación de Energía de EPM, suscribió el AMB No. 19 al Contrato de obras principales, la cual se tradujo en una importante señal de alarma sobre la manera como EPM reconocía pagos de obras extra al Contratista de obras principales.

Como puede verse ninguna de las acciones correlativas a los hechos imputados en esta causa fiscal se refiere a los hechos que se relacionaron en las distintas comunicaciones enviadas por EPM a SURAMERICANA y que fueron objeto de exclusión en la Renovación de la póliza 0475631-6 para la vigencia 30/09/18 a 30/03/20.

De otro lado, el señor Luis Javier Vélez Duque tenía, durante un primer periodo (2011 y hasta la liquidación de EPM I), la calidad de Gerente de EPM Ituango.
De conformidad con las condiciones de la póliza, bajo el acápite denominado Fecha de continuidad, se incluye la cobertura a los administradores de EPM Ituango, desde la fecha de constitución de dicha empresa: 23 de marzo de 2011. Por lo que se entiende que la póliza cubre también al señor Vélez Duque como Gerente de EPM I.

En un segundo momento, a partir de 2016, el señor Vélez Duque asume funciones como Vicepresidente de Proyectos de Generación de Energía, fungiendo también como administrador y como Gestor Fiscal, por lo que en los términos de la referida póliza, también se encuentra cubierto.

Visto lo anterior, se tiene que las conductas desplegadas por el señor Vélez Duque son Actos incorrectos de los cuales se deriva el presente fallo con responsabilidad fiscal, por lo que se concluye que ésta es la póliza que debe afectarse.

D. JESUS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA

Fue Gerente General encargado de EPM en 42 ocasiones en el periodo 1998-2011 y fue nombrado Director de Energía en EPM, desde 2006 y hasta 2013. Se desempeña como miembro de junta directiva de Hidroituango entre los años 2008-2018 así:

1. Desde el 6 de octubre de 2008 hasta el 3 de febrero de 2012 actuó como suplente del doctor Federico Restrepo Posada, gerente general de EPM, en su calidad de Director de Energía de EPM .
2. Desde el 3 de febrero de 2012 hasta el 23 de marzo de 2013 fue designado como miembro principal de Junta, en su calidad de Director de Energía de EPM.
3. Desde el 23 de marzo de 2013 hasta el 7 de diciembre de 2018, fue designado como miembro principal de junta, como persona natural.
4. Desde el 7 de diciembre de 2018 en la que fue nombrado como suplente del doctor Ramiro Valencia Cosio.

A título de culpa grave se le atribuyeron las siguientes conductas:

1. Haber tomado decisiones sin la debida planeación, generando un desgaste administrativo innecesario, entre las mencionadas decisiones se tiene adelantar una subasta pública que genero costos en tiempo y en dinero para después suspenderla cuando desde tiempo atrás era claro que el contrato se le iba a adjudicar a EPM, la posterior creación de la sociedad espejo EPM-Ituango, lo que contribuyó a generar retrasos en la suscripción del contrato de los túneles de desviación y que el mismo debiera ejecutarse bajo un programa de recuperación de tiempo que supuso incrementar el presupuesto.
2. . A pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme.
3. A pesar de los evidentes y graves atrasos que venía presentándose con el contratista de los túneles de desviación, se omitió hacer uso de los mecanismos de presión contemplados en el Contrato BOOMT, tales como

imposición de multas por el no cumplimiento de hitos, y por el contrario, aceptó sin ninguna objeción la modificación de las fechas del hito 1 avalando las justificaciones dadas por EPM.
4. No haber obrado de manera diligente en el control al mecanismo de seguimiento creado contractualmente, lo que les habría permitido darse cuenta desde 2012 que existía un riesgo alto de no poder entrar en operación en 2018; así como el hecho de que el BOARD de expertos advirtiera los riesgos de prescindir de las compuertas y de realizar un tercer túnel de desviación, así como los problemas de ejecución de las obras principales que ajustaron el cronograma y condujeron a que se diera la contingencia de abril de 2018. Todo lo anterior, estaba consignado en las actas de seguimiento del BOOMT por lo que una simple lectura de las mismas hubiera sido suficiente para alertar a los miembros de la Junta Directiva sobre las deficiencias del proyecto.
5. Pese a tener conocimiento de los atrasos presentados en la ejecución de las obras principales, y de la variación de especificaciones técnicas, haber avalado los cambios en las fechas de los hitos y haber aprobado el plan de aceleramiento, ratificando la actuación de EPM sin haber valorado las circunstancias que enmarcaban el proyecto y demostraban las debilidades de las que el mismo adolecía y la alta probabilidad de no poder entrar en operación en la fecha pactada y sus implicaciones en la entrega de energía, así como sin tener en cuenta la alta probabilidad de que se siguieran presentando contingencias, las cuales ya se encontraban identificadas en razón de que se habían presentado a lo largo de la ejecución de todo el proyecto.

Como puede verse ninguna de las acciones correlativas a los hechos imputados en esta causa fiscal se refiere a los hechos que se relacionaron en las distintas comunicaciones enviadas por EPM a SURAMERICANA y que fueron objeto de exclusión en la Renovación de la póliza 0475631 para la vigencia 30/09/18 a 30/03/20.

De otro lado, el señor Jesús Arturo Aristizábal tenía, para la época en que se le atribuyeron las conductas la calidad de Director de Energía de EPM y en tal condición era miembro de la junta directiva de Hidroituango. En este sentido, revisado el texto de la póliza se encuentra que en la misma se contempla lo siguiente:

> *ANEXO 14. DIRECTORES DE ENTIDAD EXTERNA La Aseguradora pagará la pérdida de cada director de entidad externa debido a algún acto culposo, siempre que tal pérdida no haya sido indemnizada por la Entidad Tomadora; Se entiende por Director de Entidad externa una persona que actuó o haya actuado o que, durante el período de la póliza comienza a actuar, a solicitud especifica de una Entidad Tomadora, como Administrador en una Entidad Externa, entendiéndose por esta cualquier persona jurídica, que no sea una subsidiaria, en la cual la Entidad Tomadora tenga una influencia significativa e igualmente*

> *las entidades sin ánimo de lucro en las cuales tenga asiento la Entidad Tomadora. .*
> *Se aclara expresamente que se ampara a los directores y administradores de la entidad tomadora y sus subordinadas que las representen en entidades del sector eléctrico que sean creadas en cada país, relacionadas con la operación del sistema interconectado nacional como son el Consejo Nacional de Operaciones "CNO" en Colombia, y Unidad de Transacciones en El Salvador.*
> *También se incluyen como Entidades Externas a las siguientes compañías:*
> *(…)*
> *j. Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P*

Adicional a lo anterior, en el acápite de Coberturas adicionales se lee: *2.18. Directores de Entidad Externa (Anexo 14). En exceso de las pólizas, si aplicara, que tengan contratadas las entidades externas.*

Visto lo anterior, se tiene que las conductas desplegadas por el señor Aristizábal Guevara son Actos incorrectos de los cuales se deriva el presente fallo con responsabilidad fiscal, que las mismas fueron desarrolladas por el señor Aristizábal en su ejercicio como miembro de la junta directiva de Hidroituango en la cual tenía asiento como Director de Energía de EPM, por lo que se concluye que ésta es la póliza que debe afectarse, teniendo en cuenta que la misma opera en exceso de la póliza contratada por Hidroituango que cubre a los directores y Administradores.
Precisado lo anterior, el apoderado también alega la cláusula de exclusión de dolo. Sobre el particular, en primer término, resulta necesario recordar que tal y como lo ha dicho el consejo de Estado de cara a la responsabilidad fiscal la misma resulta inane:

> *"Cabe destacar, que la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal, en calidad de tercero civilmente responsable, opera siempre que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza de seguros, inclusive en los casos en que en los contratos de seguros se **incluyan cláusulas en las que se pretenda excluir esa responsabilidad civil**, **las cuales en todo caso serán ineficaces, por desconocer una norma de orden público**"*[952]*.*

Así mismo, tal y como se explicó líneas atrás las conductas por las cuales en el caso concreto se profiere un fallo con responsabilidad fiscal fueron desplegadas a título de culpa grave.

Por lo anterior, se tiene que dicho argumento non está llamado a prosperar.

De otro lado, el apoderado también se refiere al límite asegurado y a la erosión del valor asegurado. En este sentido se precisará en la parte resolutiva de esta

[952] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011), Radicación número: 07001-23-31-000-1998-00875-01

providencia que se ordenará afectar la póliza referida pero exclusivamente por el valor asegurado (teniendo en cuenta las condiciones y límites de la misma) y no afectado.

Ahora bien, respecto de los argumentos de defensa que formula el apoderado en relación con el daño, es necesario precisar que a los mismos se les dio respuesta al desarrollar el acápite de daño, por lo que el Despacho se está a lo allí resuelto.

Continúa el apoderado fundamentando su defensa frente al NEXO DE CAUSALIDAD, sobre el particular el apoderado aseguró lo siguiente:

> *(…) la valoración de las posibles causas productoras del daño demanda, mediante exigente aplicación de criterios técnicos, como la "normalidad de las situaciones", es decir cuando, "según el curso normal de los acontencimientos", tal y como lo precisa la jurisprudencia citada, habitualmente cierta actividad puede considerarse como la causa de un daño.*
> *Tal perspectiva a su vez supone precisar que no necesariamente una conducta objeto de un específico reproche necesariamente sea la causa de un daño, pues precisamente la imputación jurídica del daño es una técnica de atribución de un resultado dañoso a una específica conducta, sin que ello implique un juicio de valor sobre la licitud o no del comportamiento, pues es claro que tal valoración es propia del ámbito de la culpabilidad (imputación subjetiva)*
> *(…)*
> *De este modo, es evidente que la estructura de la imputación entraña no en un juicio de valor sobre la conducta, sino la determinación de la causa determinante (adecuada) del daño. De este modo, pues, en la perspectiva causal, una conducta lícita en el plano de la imputación objetiva puede provocar un daño (v.gr. responsabilidad del Estado por daño especial por ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, con una conducta de poder lícita), pero del mismo modo una conducta culposa y reprochable puede no provocar una imputación del daño, pues a partir de su valoración objetiva no puede considerarse "normalmente" causante del daño*
> *(…)*
> *Tal raciocinio impone por lo tanto que de las usualmente múltiples causas o eventos causales que pueden confluir en una situación dañosa, se deben escoger sólo aquellas que sean determinantes, descartando aquellas que no sean adecuadas ni necesarias, desde un plano jurídico*
> *(…)*
> *Por otra parte, en el caso de las omisiones, de conformidad con la valoración de las circunstancias del caso, aquéllas pueden propiciar la ocurrencia del daño cuando razonablemente las mismas aumentan las posibilidades de la ocurrencia del evento dañino, o cuando el autor tiene un específico y determinado deber jurídico de evitar el daño, caso en el cual la omisión puede configurar una ruptura del nexo causal de los eventos, siempre y cuando se demuestre que la conducta omitida habría sido causa eficiencia y determinante para evitar el resultado*
> *(…)*

De acuerdo con el planteamiento esbozado, en el caso de la imputación por omisión, se requiere técnicamente no solo la determinación del concreto deber incumplido (y exigible) para evitar el resultado dañoso, sino además establecer técnicamente que dicho comportamiento omitido constituía una "causa eficiente" para evitar el resultado, es decir, de acuerdo con la doctrina citada, la "concreción del grado de capacidad evitadora del resultado"

(…)

La caracterización jurídica esbozada en apretada síntesis en torno a la causalidad jurídica (imputación), nos permite contrastar los insuperables yerros y defectos que también en este fundamental aspecto contiene el auto, los cuales se pueden precisar así:

i) El modo como se configuró el pretendido daño patrimonial en los autos de apertura y de imputación -ya se demostró, irregular per se-, esto es, la "destrucción" del VPN del proyecto por razón de todas las adiciones de presupuesto que superaron las previstas en el modelo que es tomado como línea base y de la no entrada en operación de la hidroeléctrica en la fecha prevista, provoca que de manera subjetiva y selectiva cualquier hecho o conducta pueda ser considerados como una "causa" de tales adiciones y en consecuencia del supuesto daño patrimonial globalizado y totalizado en ese concepto.

ii) La determinación del daño del modo en que lo fue, no permite discrimar qué parte del daño le es atribuible a cada conducta, a cada hecho generador.

iii) Los hechos generadores del pretendido daño que se relacionan en el auto, son subjetivamente seleccionados.

iv) Dicho de otro modo, en la medida en que el pretendido daño se concreta en la disminución del VPN por razón del mayor CAPEX contemplado en el modelo que se usa como línea base del proyecto, resultan absolutamente indiferentes y despreciables todas y cada una de las circunstancias que llevaron a la necesidad de aumentar el CAPEX por encima del usado en el modelo que para los efectos de su Informe los profesionales de la Universidad Nacional tuvieron a bien tomar como de línea base del proyecto — sin serlo bajo ninguna circunstancia según se explica ampliamente en los dictámenes periciales aportados por nosotros.

La relación de "hechos generadores" en el auto de imputación termina siendo una simple formalidad para aparentar el cumplimiento de la ley en dicha providencia, sin lograrlo en todo caso.

v) Esta concepción, arbitraria por señalarlo sin eufemismos jurídicos, impone una responsabilidad evidentemente objetiva, en la medida en que el reproche se centra con claridad en un resultado, esto es, no haber mantenido un VPN = O.

vi) Se impone preguntarse: ¿qué es lo que genera finalmente el daño para la Contraloría, el aumento del CAPEX o las supuestas circunstancias de deficiencias en la ejecución del proyecto que llevaron al aumento del CAPEX?

Si es lo primero, se trata, claramente de un reproche por no lograr un resultado, esto es, mantener el VPN=O y ejecutar el proyecto exactamente con el mismo CAPEX incluido en el modelo que usa como línea base, adoptando las medidas que fueran necesarias para ello, sin que preocupe a la Contraloría indagar qué tipo de medidas eran pertinentes, ni la posibilidad real de adoptarlas, según las

condiciones concretas que afrontaba el proyecto y cada uno de quienes en él participaban desde sus distintos roles.
Si se trata de lo segundo, los reproches por las conductas asociadas a los "hechos generadores del daño", era necesario que la Contraloría explicara de manera específica por qué consideraba que fueron determinantes para los aumentos del CAPEX del Proyecto y en qué medida.
Pero, además, no solo tenía la carga de establecer que estos comportamientos generaron "algún" aumento de las inversiones del Proyecto, sino el aumento específico que ello produjo, demostración que, con toda evidencia, no realiza el Ente de control. En lugar de ello, acude a la solidaridad, como si ésta pudiera predicarse antes de acreditar en relación con cada sujeto la concurrencia de todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad fiscal.
vii) Ciertamente, según se ha dejado en evidencia, en el presente caso el modo en que el pretendido daño ha sido determinado y cuantificado, no permite atribuírselo válidamente a los investigados.
No es posible establecer la relación de causalidad entre la conducta de cada uno de los investigados y el daño; en definitiva, no es viable una imputación jurídica que respete el ordenamiento legal.
Ese defecto tan estructural no puede pretender subsanarse acudiendo a la solidaridad, como se hace en el auto de imputación, pues esta supone establecer primero la responsabilidad fiscal, es decir que ha de verificarse en primer lugar y como presupuesto no único pero sí indispensable, que concurren respecto de cada persona individualmente considerada la totalidad de los elementos de la responsabilidad fiscal. En esta materia se recuerda lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C- 338 de 2014:
"La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposo, hayan sido encontrados responsables".
Queda de este modo suficientemente sustentado que tampoco se cumplió en el auto de imputación la carga de acreditar la causalidad jurídica necesaria para atribuir responsabilidad fiscal.

R/: En relación con el nexo de causalidad, resulta necesario reiterar lo sostenido en esta providencia sobre el particular, en los siguientes términos:

Tal y como se explicó en el auto de imputación, en desarrollo del proyecto se dieron una serie de decisiones de administración que pusieron en una **situación de VULNERABILIDAD el proyecto, generando desde el inicio mayores inversiones injustificadas y destruyendo las holguras temporales con las que contaba, lo que terminó desencadenando en la contingencia de 2018 <u>todo</u> lo que incidió de manera determinante <u>en la destrucción del valor presente neto del proyecto e impidió su entrada en operación en la fecha programada, generando además el lucro cesante.</u>**

En este sentido, el daño probado en esta causa fiscal es la **destrucción del valor presente neto por las mayores inversiones injustificadas y el lucro cesante por la no entrada en operación.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil, consagrado posteriormente en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 cuando dos o más personas contribuyen a la producción de un daño, deberán responder solidariamente por el mismo.

En el caso concreto a los efectos de determinar el nexo causal este Despacho ha hecho uso, de manera correcta de la teoría de la causalidad adecuada, pues ha determinado los hechos eficientes y determinantes y en consecuencia ha identificado las acciones y/u omisiones idóneas para la configuración del daño. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido la teoría de la causalidad adecuada en los siguientes términos:

> "L]a teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho **eficiente y determinante** para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que **resulte idóneo para su configuración**. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la **causa idónea y eficiente para la producción del daño**"[953].

La jurisprudencia también ha sido clara al establecer que no necesariamente el último suceso ocurrido en el tiempo puede determinarse como la única causa del daño.

> "Le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso que **no siempre puede determinarse como causa única de un daño la correspondiente al último suceso ocurrido en el tiempo, porque ello implicaría confundir la causalidad jurídica con la física y no tener en cuenta hechos u omisiones que, pese a que no son la última causa del daño, sí contribuyeron a determinar su producción**. Pero también es cierto que no todos los antecedentes que concurren a la realización de un daño pueden considerarse jurídicamente como causas de este, porque con ello se retomaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual fue recogida por la Sección Tercera para dar paso a la aplicación de la imputación fáctica con fundamento en la causalidad adecuada o eficiente[954].

---

[953] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00091-01A

[954] Al respecto, la Sección Tercera manifestó años atrás:

"Se han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: no se admite que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad (…).

"En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento

Bajo este entendido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en determinar que **los jueces son libres de apreciar si el acontecimiento tuvo incidencia en la producción del daño para pueda catalogarse como causa del mismo**[955]:

"Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquéllas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, 'sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo'.

"(…).

*"**Los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño**. No se puede ligar a la jurisprudencia por un criterio absoluto, ni aun por el criterio propuesto por los partidarios de la causalidad adecuada: el criterio de la normalidad. **Todo lo que puede exigirse es que el acontecimiento haya jugado un papel preponderante, un papel suficiente en la realización del daño**".*

Con fundamento en lo anterior, a juicio de la Subsección no es posible afirmar, de manera indefectible, que la ausencia de una señal de tránsito hubiese sido la causa generadora del daño padecido por los demandantes y, por esa razón, no es dable asegurar que su existencia fuera causa insalvable de accidentes como el que ocurrió, **libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues el juez debe valorar todas las pruebas aportadas y también tiene la facultad de otorgarles mérito probatorio a cada una de estas, según la normativa vigente y la aplicación de las reglas de experiencia y de la sana crítica, siempre que sus conclusiones no se alejen de la lógica de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia**"[956]. (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En este contexto, la jurisprudencia reconoce además que el juez, o en este caso el operador fiscal es libre de apreciar si el acontecimiento ha jugado o no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño, siempre que las conclusiones a las que se llegue se deriven de la valoración probatoria

---

jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.526.

[955] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997; C.P. Carlos Betancur Jaramillo; exp. 11.764.

[956] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781)

realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional y no se alejen de lo razonable o atenten evidentemente contra la evidencia.

En este orden de ideas, el Despacho ha señalado desde la imputación que el fundamento fáctico que da origen a esta causa fiscal, radica en una "*serie de hechos* ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal*".

Estos hechos fueron explicados y probados de manera amplia en el acápite de Hechos y resumidos, para efectos prácticos, así:

1. **ATRASO EN LOS DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO, ASÍ COMO EN LOS DISEÑOS DE LAS OBRAS PRINCIPALES, QUE LLEVARON DESDE EL PRINCIPIO A QUE SE IDEARAN E IMPLEMENTARAN PLANES DE ACELERACIÓN, CONTINGENCIA Y/0 RECUPERACIÓN DE TIEMPOS, LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE PLANEACIÓN, DE DESORDENES ADMINISTRATIVOS DE HIDROITUANGO, DEL HECHO DE QUE LA JUNTA DIRECTIVA NO CONMINARA AL GERENTE A CUMPLIR EN TIEMPO LAS DECISIONES QUE SE ADOPTABAN, Y DE DECISIONES IMPROVISADAS QUE INTRODUJERON MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO.**

2. **INCLUSIÓN DE SALVEDADES EN EL CONTRATO BOOMT QUE OPERARON EN PERJUICIO DEL PROYECTO AL CONVERTIR UNA TÍPICA OBLIGACIÓN DE RESULTADO COMO ES LA CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA EN UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO -AMINORANDO DE ESTA FORMA LA RESPONSABILIDAD DE EPM-, Y QUE ADICIONALMENTE MODIFICARON LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HIDROITUANGO.**

3. **ATRASO EN LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN COMO CONSECUENCIA DE PROBLEMAS DE PLANEACIÓN QUE SE MANIFESTARON EN DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y PRESUPUESTALES INOPORTUNAS.**

4. **ATRASOS Y DEFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN SUSCRITO CON EL CONSORCIO CTIFS QUE SUPUSO LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA,**

RECUPERACIÓN DE TIEMPOS Y/0 ACELERACIÓN, TODO LO ANTERIOR COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES ATRIBUIBLES FUNDAMENTALMENTE AL CONTRATISTA, LAS CUALES NO FUERON MITIGADAS A TIEMPO POR EPM NI POR HIDROITUANGO DESDE SU ROL DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO BOOMT.

5. **TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE DESVIACIÓN POR PARTE DE CCCI -CONTRATISTA DE LAS OBRAS PRINCIPALES- BAJO UN PLAN DE ACELERACIÓN LO QUE AUNADO A PROBLEMAS DE PLANEACIÓN POR LA NO CONTRATACIÓN EN TIEMPO DE LAS COMPUERTAS PARA LOS TÚNELES DE DESVIACIÓN Y LA DECISIÓN DE NO PONERLAS POR FALTA DE TIEMPO, EN CONTRAVÍA DE LO ACONSEJADO POR EL BOARD DE EXPERTOS, CONDUJO A LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS QUE NO SE ENCONTRABAN INICIALMENTE PLANEADAS Y ESPECÍFICAMENTE DE UN TERCER TÚNEL DE DESVIACIÓN, EL CUAL ADOLECIÓ DE DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE DILIGENCIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO DE LA AUSENCIA DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POR PARTE DEL INTERVENTOR, DEL CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO COMO ASESOR, DE EPM COMO CONTRATANTE Y DE HIDROITUANGO DESDE SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO BOOMT COMO DUEÑO DEL PROYECTO.**

Estos hechos identificados por el Despacho como consecuencia de la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional están asociados a las acciones y/u omisiones desplegadas por los diferentes vinculados a la causa fiscal. Las conductas fueron identificadas e imputadas teniendo en cuenta el rol de cada uno de los intervinientes en la época en que desarrollaron su actividad, encontrándose que existe un hilo conductor o una sucesión temporal que permite establecer la existencia del nexo causal[957] .

En efecto, los hechos atrás referidos, se han ocasionado como consecuencia de las conductas desplegadas por los distintos intervinientes así:

La administración de Hidroituango[958], en principio como ejecutores del proyecto, permitieron que como consecuencia de problemas administrativos de la Sociedad

[957] *"La comprobación de la existencia de una sucesión temporal coincidente de sucesos puede proporcionarnos unos "sólidos indicios de que rige una ley causal dentro de la cual es subsumible el caso""* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00145-01(50163)

[958] Es preciso anotar que dentro de la administración de Hidroituango, en virtud de las omisiones desplegadas por ellos en relación con control de tutela y el control jerárquico **se incluye a los**

Hl no se suscribieran a tiempo los contratos de diseños de las vías; autorizaron la apertura de la licitación para la construcción de las obras de infraestructura sin contar con los diseños de detalles de las vías, aprobaron la inclusión de nuevas vías (vía Puerto Valdivia y la vía San Andrés de Cuerquia) lo que generó que un año después de iniciada la ejecución del contrato de diseño de las vías se introdujeran nuevos cambios que llevaron a modificar la licencia ambiental y generaron demoras en la suscripción de la orden de inicio de construcción de las vías, retrasando de esta forma el cronograma general del proyecto y obligando a que desde el principio se adelantara el proyecto bajo planes de aceleración que implicaban el reconocimiento de mayores recursos a los contratistas; haber autorizado, como consecuencia de los problemas en la planeación, los cambios de margen de la vía de acceso a los túneles de desviación, y su inicio tardío que más adelante contribuiría a generar problemas con el contratista de los túneles de desviación; haber tomado decisiones sin la debida planeación, que generaron un desgaste administrativo innecesario; haber autorizado de manera improvisada cambios en la altura de la presa lo que generó demoras por el cambio de la licencia y por el cambio de los diseños de obras principales; a pesar de conocer la minuta del contrato BOOMT, haber permitido que EPM consagrara salvedades sustanciales en defecto del proyecto que afectaba la distribución de los riesgos en perjuicio de Hidroituango e iba en desmedro del cronograma establecido para la producción de la energía en firme. Después de suscrito el BOOMT asumiendo un nuevo rol, haber omitido sus deberes de control y vigilancia al permitir que se diluyera su capacidad de seguimiento sobre la ejecución del contrato lo que impidió que la junta tomara decisiones oportunas y efectivas para lograr el desarrollo adecuado del proyecto y por el contrario se adoptaron acciones que permitieron que EPM impusiera las condiciones de ejecución del proyecto a su antojo y a pesar de las graves situaciones evidenciadas incluidos los graves problemas con el consorcio CTIFS (contratista de los túneles de desviación) Hidroituango no hiciera uso de los mecanismos contractualmente pactados, necesarios para reconducir por buen camino y a tiempo el proyecto.

Posteriormente, EPM, a través de sus gerentes, de nuevo aceleró de manera negligente el proyecto, a raíz de todos los problemas antes señalados y de los graves retrasos generados por CTIFS que habían contribuido a minar el cronograma del proyecto. Esta nueva aceleración consistió entre otras cosas, en ceder el contrato al contratista de obras principales, reconocerle mayores costos al contratista sin medir los impactos que dichas determinaciones generarían a futuro todo lo cual contribuyó para que en desarrollo del plan de aceleración aceptado por la junta de Hidroituango, se prescindiera de las estructuras de cierre de los túneles originales de desviación, se modificaran los diseños originales y se construyera un tercer túnel no aconsejable técnicamente, con defectos de diseño y constructivos - producto de conductas atribuibles tanto al contratista de obras principales (CCCI), como al interventor y al asesor-diseñador del proyecto- que finalmente colapsó.

Gobernadores de Antioquia para los periodos 2008-2011 y 2012-2015 y al alcalde de Medellín para el periodo 2008-2011.

En este sentido los causantes del daño son de manera conjunta los vinculados a esta causa fiscal, quienes de manera concurrente generaron el daño objeto de este proceso de responsabilidad fiscal.

Todas las conductas descritas en el auto de imputación y reiteradas en el acápite de conducta y nexo causal de esta providencia, fueron determinantes para que se concretara la destrucción del valor presente neto y el lucro cesante, pues llevaron a que el proyecto perdiera las holguras temporales que debía tener, a que el mismo fuera adelantado de manera permanente bajo programas de aceleración o recuperación de tiempos que generaron mayores inversiones y además que EPM lo adelantara a su antojo y terminara tomando, decisiones riesgosas desde el punto de vista técnico, todo lo cual se hizo evidente en la mal llamada “contingencia de 2018”.

Ahora bien, a pesar de la claridad de lo anterior, el Apoderado mezcla diferentes argumentos y trata de relacionarlos con una supuesta ausencia de nexo de causalidad.

En primer término, considera que el daño se configuró de manera irregular. Es importante precisar que este punto fue resuelto líneas atrás al dar respuesta a los argumentos con los que se pretendía enervar el daño como elemento de la responsabilidad fiscal, por lo que el Despacho se está a lo allí resuelto y reitera que el Uso del VPN y la metodología empleada por la Universidad Nacional para su cuantificación resultan válidas y correctas desde el punto de vista financiero.

Así mismo, tal y como se explicó líneas atrás corresponde al operador fiscal determinar los hechos y las conductas correlativas a los mismos generadoras del daño al patrimonio del Estado, pero este ejercicio no ha sido como mal lo pretende mostrar el apoderado subjetivo o arbitrario, pues las conclusiones a las que ha llegado el Despacho se encuentran amparadas en el material probatorio obrante en el plenario, el cual en el auto de imputación fue analizado de manera expresa cuidadosa y de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

En esa medida la amplia descripción de los hechos generadores no es una simple formalidad sino el resultado de la valoración probatoria realizada del amplio material recaudado y aportado obrante en el plenario.

Así mismo, el apoderado de manera errada confunde el nexo de causalidad o la supuesta ausencia de dicho elemento, con la imputación de una responsabilidad objetiva. Cabe recordar que el nexo de causalidad se refiere a la relación que existe entre la conducta y el daño, mientras que la responsabilidad objetiva se configura por la simple existencia de una conducta que tenga un nexo de causalidad con el daño sin importar si dicha conducta se desarrolló a título de culpa grave o dolo.

Como puede observarse en el presente caso todas las conductas imputadas a los vinculados fueron calificadas, de manera motivada, a título de culpa grave en los términos del artículo 63 del código civil. En este sentido no resulta cierto que el Despacho haya imputado una responsabilidad objetiva que simplemente se materializa en no haber obtenido un VPN igual a cero.

Ahora bien el hecho de no se discrimine qué parte del daño es atribuible a cada conducta o a cada hecho generador, no radica como mal lo pretende hacer ver el apoderado en una concepción errada del despacho frente al nexo de causalidad sino al tipo de hechos que se han verificado en la presente causa fiscal, pues se reitera se trata de una serie de hechos ***sucesivos y concatenados*** *que contribuyeron a poner en una situación de vulnerabilidad el proyecto y que finalmente desencadenaron en la Contingencia de 2018. Estos hechos contribuyeron a aumentar de manera injustificada las inversiones lo que llevó a que se destruyera el valor neto del proyecto y como consecuencia de la no entrada en operación no se generara ni se comercializara energía, ocasionando un lucro cesante que también se tiene como daño dentro de la presente causa fiscal.*

En este marco y tal y como se ha explicado líneas atrás en la presente causa se imputaron conductas concurrentes que contribuyeron de manera determinante a la causación del daño, las cuales por la manera como se dieron, permiten la aplicación de la figura de la solidaridad como garantía en favor del acreedor y en este caso en favor del interés general que encarna la contraloría General de la República, para efectos de la recuperación del patrimonio del Estado.

De donde resulta evidente que la solidaridad no es una excusa para evadir la determinación del nexo de causalidad, sino que es una consecuencia de la manera como se dieron los hechos generadores y la concurrencia de conductas en el caso concreto.

Por todo lo anterior, los argumentos planteados por SURAMERICANA en este punto no están llamados a prosperar.

En mérito de lo expuesto la suscrita contralora Delegada Intersectorial No 9 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción,

RESUELVE

PRIMERO: FALLAR SIN RESPONSABILIDAD FISCAL, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de esta providencia, en favor de:

1. ANIBAL GAVIRIA CORREA

C.C. 70.566.243

2. JORGE MARIO PÉREZ GALLÓN
   C.C. 70.043.915

SEGUNDO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, de conformidad con lo previsto en la parte motiva de esta providencia en contra de:

No.	Nombre e identificación	Calificación de la conducta	Cuantía
1	FEDERICO JOSÉ RESTREPO POSADA C.C. 70.546.837	CULPA GRAVE	CUATRO BILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.330.831.615.227,34) M/Cte
2	JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO C.C. 70.566.038		
3	ALEJANDRO ANTONIO GRANDA ZAPATA C.C. 98.575.296		
4	FABIO ALONSO SALAZAR JARAMILLO C.C. No 71.587.929		
5	ALVARO JULIAN VILLEGAS MORENO C.C. 533.186		
6	SERGIO BETANCUR PALACIO C.C. 8.254.903		
7	ALVARO DE JESÚS VÁSQUEZ OSORIO C.C. 70.045.340		
8	ANA CRISTINA MORENO PALACIOS C.C. 32.255.581		
9	IVÁN MAURICIO PÉREZ SALAZAR C.C. 71.712.530		
10	JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA C.C. 8.318.646		
11	LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA C.C. 3.331.900		
12	JOHN ALBERTO MAYA SALAZARC.C. 70.119.101		
13	LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE C.C. 70.123.774		
14	MARÍA EUGENIA RAMOS VILLA C.C. 42.885.629		
15	RAFAEL ANDRES NANCLARES OSPINA		

	C.C. 71.753.266
16	SERGIO FAJARDO VALDERRAMAC.C. 70.546.658
17	LUIS ALFREDO RAMOS C.C. 8.289.911
18	INTEGRAL S.A. NIT:890.903.055-1
19	INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S. NIT: 811.043.176-4 QUE ABSORVIÓ A LA EMPRESA SOLINGRAL S.A NIT: 890.938.628-0.
20	CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A. NIT 830.023.542
21	CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A NIT 890.901.110-8
22	CONINSA RAMON H S.A. NIT 890.911.431-1
23	FERROVIAL AGROMAN CHILE S.A. NIT 900.452.428-2
24	SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. NIT 890.311.243-7
25	INGENIEROS CONSULTORES CIVILES Y ELÉCTRICOS S.A INGETEC NIT 860.001.986-1
26	SEDIC S.A NIT:890.910.447-2

TERCERO: ADVERTIR que en contra de la decisión contenida en el ordinal segundo de esta providencia proceden los recursos de REPOSICIÓN y APELACIÓN, los cuales deberán ser interpuestos dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia.

CUARTO: DESVINCULAR de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva a la aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

QUINTO: Hacer Efectiva la siguiente Póliza expedida por SURAMERICANA S.A., por **el valor asegurado y no afectado**, en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia:

Póliza	Vigencia		Suma Asegurada	Asegurado	Beneficiario
	Desde	Hasta			
0475631-6	30/09/18	30/03/20	US$102.205.000	ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS SE ACLARA QUE LA ENTIDAD TOMADORA NO ADQUIERE, NI ADQUIRIRÁ BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA, LA CALIDAD DE ASEGURADO EN EL PRESENTE SEGURO, COMO ASEGURADOS SE ENTENDERÁN ÚNICAMENTE LAS PERSONAS NATURALES COBIJADAS BAJO LA DEFINICIÓN DE ASEGURADO ESTABLECIDA EN LAS CONDICIONES GENERALES	TERCEROS AFECTADOS

SEXTO: DESVINCULAR por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia a la aseguradora SURAMERICANA; en virtud de las siguientes pólizas y en consecuencia, **NO** AFECTARLAS**:**

Póliza	Vigencia		Suma Asegurada	Asegurado	Beneficiario
	Desde	Hasta			
20057	4/12/11	4/12/12	US$15.000.000	Cualquier Persona	EPM
	4/12/12	4/12/13	US$15.000.000		
	4/12/13	4/12/14	US$30.400.000		
	4/12/14	30/06/15	US$200.000		
	30/06/15	30/06/16	US$50.000.000		
	30/06/16	30/06/17	US$52.000.000		
0475631-6	30/06/17	30/06/18	US $102.000.000	ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS SE ACLARA QUE LA ENTIDAD TOMADORA NO ADQUIERE, NI ADQUIRIRÁ BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA, LA CALIDAD DE ASEGURADO EN EL PRESENTE	TERCEROS AFECTADOS
	30/06/17	30/09/18 (unificación de vencimientos)			

				SEGURO, COMO ASEGURADOS SE ENTENDERÁN ÚNICAMENTE LAS PERSONAS NATURALES COBIJADAS BAJO LA DEFINICIÓN DE ASEGURADO ESTABLECIDA EN LAS CONDICIONES GENERALES	

SÉPTIMO: Hacer Efectiva la siguiente Póliza expedida por **SBS SEGUROS DE COLOMBIA S.A.**., por **el valor asegurado y no afectado**, en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia:

No Póliza	No Certificado	Retroactividad	Vigencia	Cobertura	Límite asegurado
1002911	Anexo 4	Ilimitada	17 de febrero de 2019 y el12 de febrero de 2020	*reclamos por juicios o procesos de responsabilidad fiscal,*	2.000.000.000

OCTAVO: Hacer Efectiva la siguiente Póliza expedida por **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A** por **el valor asegurado y no afectado**, en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia:

No. de Póliza	No. Certificado	Retroactividad	Vigencia	Cobertura
6158013902	0 expedición	Hechos ocurridos desde 24 de diciembre de 2002	1 de septiembre de 2019 a 1 de septiembre de 2020	Cobertura por juicio de responsabilidad fiscal 21.500.000.000

NOVENO: DESVINCULAR por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia a la aseguradora **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A**; en virtud de las siguientes pólizas y en consecuencia, **NO AFECTARLAS:**

No. de Póliza	No. Certificado	Fecha de Expedición	Vigencia	Cobertura por fallos con responsabilidad fiscal

1000077	Certificado No.0 expedición (Fl.10570)	3 de diciembre de 2008	1 de diciembre de 2009 al 1 de noviembre de 2009	$100.000.000
	Certificado No. 2, prórroga (Fl.10572)	11 de noviembre de 2008	1 de noviembre de 2006 a 1 de diciembre de 2008	
	Certificado No.3, renovación (Fl.10578)	5 de octubre de 2009	1 de octubre de 2009 al 1 de octubre de 2010	
	Certificado No.5, prórroga (Fl.10581)	5 de octubre de 2010	1 de octubre de 2010 al 1 de octubre de 2011	
	Certificado No.11, renovación (Fl.10574)	3 de octubre de 2011	1 de octubre de 2011 al 1 de octubre de 2012	
	Certificado No.13, Prórroga (Fl.10573)	3 de octubre de 2012	1 de octubre de 2012 al 1 de octubre de 2013	
	Certificado No.15, Prórroga (FL.10569)	11 de diciembre de 2012	1 de enero de 2013 al 1 de abril de 2013	
1000152	Certificado No.0, expedición (Fl.10595)	10 de abril de 2013	1 de abril de 2013 al 1 de abril de 2014	$600.000.000
	Certificado No.1, renovación (Fl.10591)	10 de abril de 2014	1 de abril de 2014 al 1 de abril de 2015	
	Certificado No. 2, renovación (Fl.10583)	30 de marzo de 2015	1 de abril de 2015 a 1 de noviembre de 2016	
	Certificado No. 3, renovación (Fl.10587)	23 de mayo de 2016	1 de abril de 2016 al 1 de noviembre de 2016)	

DECIMO: ENVIAR al grado de Consulta de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, modificado por el Decreto 403 de 2020.

DECIMO PRIMERO: En firme la presente providencia, **LEVANTAR** las medidas cautelares que pesan respecto de las personas a quienes se les falló sin responsabilidad fiscal.

DECIMO SEGUNDO: TRASLADOS Y COMUNICACIONES. En firme y ejecutoriada la presente providencia, súrtanse los siguientes traslados y comunicaciones:

- **REMITIR**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza de este fallo al Consejo de Estado el expediente contentivo del proceso de responsabilidad que se surtió, incluido el presente fallo, con el objeto de que se surta el control automático de legalidad previsto en el artículo 23 de la Ley 2080 de enero 25 del presente año.
- **REMITIR** copia auténtica e íntegra del fallo, junto con las constancias de ejecutoria, el cuaderno de medidas cautelares y copia de las pólizas emitidas por el tercero civilmente responsable y sus anexos, a la Unidad de Cobro Coactivo de la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Ley 610 de 2000.
- **REMITIR** copia íntegra del presente fallo a la entidad afectada, para que se surtan los registros contables correspondientes.

Para efectos del trámite de Registro de Fallo con Responsabilidad Fiscal tanto en el Boletín de responsables fiscales SIBOR como en el Sistema de Información de registro de Sanciones y causas de inhabilidad SIRI, se comunicará dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la sentencia ejecutoriada que decide el control de legalidad por parte del Consejo de Estado.

DECIMO TERCERO: COMPULSAR COPIAS de las piezas procesales que refieran un posible aumento de la altura de la presa, que podría tener incidencia en la licencia ambiental del proyecto Hidroituango, A LA AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES – ANLA, para lo de su competencia.

DECIMO CUARTO: COMPULSAR COPIAS de las piezas procesales que den cuenta de una eventual conducta disciplinable de la abogada ARACELLY DE LAS MISERICORDIAS TAMAYO RESTREPO a la COMISION NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL, para lo de su competencia**.**

DECIMO QUINTO: NEGAR la solicitud de nulidad formulada por LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO a través de su apoderado especial mediante el memorial con radicado No. 2020ER0042513 del 12 de abril de 2021, según lo considerado en esta providencia.

DECIMO SEXTO: ABSTENERSE de conocer de la Solicitud de nulidad formulada por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a través de su apoderado especial mediante el memorial con radicado No. 2021ER0100739 del 04 de agosto de 2021, según lo considerado en esta providencia.

DECIMO SÉPTIMO: NEGAR la solicitud de nulidad formulada por CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A., CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A y CONINSA RAMON H S.A. a través de sus apoderados especiales, mediante el memorial bajo radicado No. 2021ER0101643 del 05 de agosto de 2021, según lo considerado en esta providencia.

DECIMO OCTAVO: NEGAR la solicitud de nulidad formulada por SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, MARIA EUGENIA RAMOS VILLA, FEDERICO RESTREPO POSADA, JOHN ALBERTO MAYA SALAZAR y RAFAEL NANCLARES OSPINA a través de su apoderada especial, mediante el memorial bajo radicado No. 2021ER0109662 del 20 de agosto de 2021, según lo considerado en esta providencia.

DECIMO NOVENO: NEGAR la solicitud de traslado para presentar alegatos de conclusión formulada por CONSTRUCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A., CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A y CONINSA RAMON H S.A. mediante el memorial bajo radicado No. 2021ER0106017 del 13 de agosto de 2021, según lo considerado en esta providencia.

VIGÉSIMO: ACCEDER a la revocatoria del poder otorgado por SEDIC S.A. a la abogada KARINA RODRIGUEZ LOPEZ y **RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA** a la abogada INGRID SORAYA ORTIZ BAQUERO como apoderada principal de SEDIC S.A, según lo considerado en esta providencia.

VIGÉSIMO PRIMERO: ADVERTIR que en contra de lo decidido en los ordinales DECIMO QUINTO, DECIMO SÉPTIMO y DECIMO OCTAVO de esta providencia procede el recurso de APELACIÓN, que deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

VIGÉSIMO SEGUNDO: NOTIFICAR PERSONALMENTE el presente auto de conformidad con lo previsto en el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIANA VELASCO GREGORY
Contralora Delegada Intersectorial 09
Unidad de investigaciones Especiales Contra la Corrupción
Contraloría General de la República