



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios

**FISCALÍA PRIMERA DELEGADA
ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

I. 14168
Aníbal Gaviria Correa
Gobernador de Antioquia
Define situación jurídica

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a definir la situación jurídica de **Aníbal Gaviria Correa** en calidad de gobernador del Departamento de Antioquia durante el período 2004-2007, legalmente vinculado al proceso mediante indagatoria surtida el 16 de abril pasado, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros.

ANTECEDENTES FACTICOS

En su condición de Gobernador para el período 2004-2007, el señor **Aníbal Gaviria Correa** delegó en la Secretaria de Infraestructura Física para la Integración y Desarrollo de Antioquia, la celebración del contrato 2005-CO-20-335¹ cuyo objeto fue «*Mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz tramo La Cruzada-Caucasia, Sector Nuevo Oriente-Escarralao*»², por valor inicial de \$41.663.432.778.

Sin que se evidenciara aprobación de la garantía única que amparara los riesgos indicados en el contrato, fueron pagados los tres anticipos que se hicieron a lo largo de la vigencia del negocio jurídico, en cuantía aproximada a 6.000 millones de pesos, que habrían sido destinada por los contratistas -Consortio Troncal de la Paz- para la adquisición de maquinaria y equipos cuya propiedad ostentaron siempre los consorciados CARLOS y LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE.

¹ Celebrado el 22 de diciembre de 2005

² Folios 1 y ss del cuaderno principal 1.

El contrato fue adicionado en dos oportunidades: (i) mediante contrato adicional No. 1, por valor de \$3.995.000.000 para «*ampliar el objeto del contrato con la pavimentación de los tramos K 0+000 al K 1+000 y del K 13+ 000 al K13+600 correspondientes a los sectores Zaragoza-Escarralao y Caucaasia-Nuevo Oriente respectivamente que hacen parte de la Troncal de la Paz y adicionar las reservas presupuestales señaladas en la Cláusula Tercera;* (ii) con la suscripción del denominado OTROSÍ 2, por valor de \$16.334.778.7000³, para «*ampliar el objeto del contrato*» con «*el diseño y construcción del puente sobre el río Nechí en el sitio Palizadas que sirve para conectar la cabecera del municipio de El Bagre con la Troncal de la Paz mediante la vía Escarralao-Palizadas*»; prorrogándolo en 22 meses.

IDENTIDAD DEL SINDICADO

El ciudadano **Aníbal Gaviria Correa**, nacido en la ciudad de Medellín, departamento de Antioquia, el día 16 de enero de 1966, hijo de GUILLERMO y ADELA, identificado con la cédula de ciudadanía No.70.566.243 de Envigado (Antioquia); de estado civil casado con CLAUDIA MÁRQUEZ, padre de cuatro (4) hijos: EMILIANA de diecinueve (19) años, GUILLERMO de quince (15) años, ADELA de nueve (9) años e ISMAEL de seis (6) años; Administrador de Negocios de profesión; se desempeñó como Gobernador de Antioquia entre 2004 y 2007 y desde el 1 de enero de 2020 hasta la presente ocupa el mismo cargo⁴.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Siete años después de que la Contraloría Departamental de Antioquia hubiese puesto en conocimiento de la Fiscalía en Medellín las irregularidades que advirtió en el contrato 2005-CO-20-335 con ocasión de auditoría especial practicada en el año 2011 y habiendo correspondido en reparto a esta Fiscalía Primera Delegada ante la Corte, fue abierta investigación previa conforme resolución de 2 de noviembre de 2018, disponiendo la práctica de pruebas que permitieran satisfacer los fines previstos en el artículo 322 de la Ley 600 de 2000.

³ Suscrito el 27 de diciembre de 2007, a escasos cuatro días de culminar el mandato del Gobernador.

⁴ Folio 2, cuaderno principal 2.

Mediante proveído de 5 de noviembre de 2019, fue abierta instrucción con el objeto de alcanzar los fines propuestos en el artículo 331 de la norma en cita, fijando como norte las hipótesis de la posible comisión de las conductas punibles de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso homogéneo y sucesivo y heterogéneo con *peculado por apropiación en favor de terceros*.

En esta etapa investigativa se practicaron varias pruebas⁵: sendas diligencias de inspección en la Procuraduría, la Contraloría, la Gobernación de Antioquia y el Consorcio Troncal de la Paz, donde se obtuvieron documentos que dan cuenta del devenir contractual desde su fase previa, la de ejecución y liquidación. Igualmente, se recibieron testimonios de quien fuera el Contador Auxiliar de Auditoría Integrada, Coordinador de la auditoría especial de la Contraloría, RAMIRO DE JESÚS VÉLEZ TOBÓN; de funcionarios de la Secretaría de Infraestructura Física para la Integración y Desarrollo de ese Departamento, MAURICIO RESTREPO GUTIERREZ, JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO, MARGARITA MARÍA ANGEL BERNAL, WILSON HERRÓN DURÁN, JUAN FERNANDO FRANCO URIBE, EDIR AMPARO GRACIANO GÓMEZ, NADIA MARYORI MAYA LOPERA; personal de la firma interventora DIN-SEDIC, CARLOS ALBERTO VALDERRAMA PALACIO, JUAN DIEGO LONDOÑO C., ELÍAS CORREA VILLA, ANDRÉS LONDOÑO; miembros del constructor Consorcio Troncal de la Paz: LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS (Representante Legal), CARLOS ALBERTO SOLARTE (consorciado), PAOLA SOLARTE (interviniente en algunos episodios), IGNACIO NARVÁEZ MORA (representante del Representante Legal o del consorciado LUIS HECTOR SOLARTE).

Así mismo, se obtuvo declaración de elección como Gobernador de Antioquia del señor **Aníbal Gaviria Correa**, copia del acta de posesión y certificado de tiempo de servicios del período constitucional 2004-2007.

Del resultado de las diligencias indicadas se advirtió la posible comisión de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso homogéneo y sucesivo, y heterogéneo con *peculado por apropiación en favor de terceros*, atribuibles como determinador a **Aníbal Gaviria Correa** cuando se desempeñó como Gobernador del Departamento de Antioquia en el período 2004-2007, en hechos ocurridos entre 2005 y 2007, con ocasión de la celebración por ante persona delegada de su administración, el contrato principal 2005-20-CO-335 y tramitado y celebrado dos contratos adicionales 1 y 2

⁵ Folios 38 y ss. del cuaderno principal 4, cuaderno principal 5, cuaderno anexo 1.

al contrato principal, el primero por valor de \$3.995.000.000 y el segundo denominado OTROSI No.2 por valor de \$16.334.778.700, así como por apropiarse en favor de los contratistas de una suma de dinero correspondientes a los anticipos, en suma aproximada de \$6.000.000.000.

Se dispuso la vinculación a la investigación mediante diligencia de indagatoria de **Aníbal Gaviria Correa**, la que, luego de varias reprogramaciones documentadas en el expediente, finalmente tuvo lugar el día 16 de abril pasado⁶.

CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL

Las conductas punibles atribuidas al Gobernador encuentran adecuación típica provisional en el Código Penal, libro Segundo, Título XV, Capítulo Primero, artículo 397 que trata del delito de *peculado por apropiación* y Capítulo Cuarto, artículo 410 *ejusdem*, del de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

“Art. 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. *El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.”*

“Art. 397. Peculado por apropiación. *El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.*

⁶ Folio 153 del cuaderno principal 5

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Las exigencias normativas de estas conductas serán materia de examen más adelante.

LA INDAGATORIA

Verificada finalmente vía virtual el 16 de abril pasado, con la comparecencia de su defensor y de la representante del Ministerio Público, fue escuchado en indagatoria el gobernador **Aníbal Gaviria Correa**.

En su intervención, afirmó que por estar 100% concentrado en el tema público no sabe qué bienes tiene la sociedad conformada con su esposa, como tampoco conoce su participación accionaria en sociedades con sus hermanos; entiende que exportan banano, que tienen dedicación agropecuaria, más específicamente lechera por herencia de su padre, pero no tiene presente el tema. Es propietario de un apartamento y un vehículo tipo camioneta; tiene una obligación con su hermano León Toné desde hace 5 o 6 años para comprar un terreno con sus hermanos, pero no recuerda el monto. Rememoró que hizo un préstamo en el Banco Popular para su campaña, aunque no precisa si fue por 2 mil o 2.500 millones, pero no está al corriente de cómo se garantizó. En el año 2008 sufrió un ataque al corazón y actualmente toma medicamentos como aspirina, clopidogrel, atorvastatina, carvedilol.

Dijo que en virtud del Decreto 080 de 2002 en la Gobernación de Antioquia se creó el Consejo Asesor de Contratación, del que hacen parte las Secretarías General, Hacienda, la Dirección Jurídica, la respectiva Secretaría Delegada para la Contratación, Planeación. Con el Decreto 2104 de 2004 se robusteció el equipo de la Secretaría de Infraestructura, quedando con 70 funcionarios, entre ellos, 45 profesionales, 4 directores, 2 asesores.

Contó de la imposibilidad para que una sola persona, el gobernador *“haga el control debido en la forma que debe hacerse y que yo entiendo y no solo acepto, sino que busco”*. Para esto debe haber una estructura tan seria, tan robusta como la de la Gobernación, dado que la administración contrató alrededor de 8 billones de pesos. Por esa razón, la delegación *«no es ni si quiera una opción» (...)* *«es una obligación para que el departamento funcione y funcione bien»*.

MARGARITA MARIA ANGEL BERNAL, la Secretaria de Infraestructura de su administración, quien suscribió el contrato, es una ingeniera civil muy reconocida que laboró en el Metro de Medellín como Jefe de Operaciones.

Respecto de cómo funcionaba la contratación, dijo que el secretario llevaba el proyecto al Comité de Contratación –que era una forma como controlaba el Gobernador la delegación- el cual tenía una función decisoria: si el Comité no aprobaba, no se podía contratar. Este órgano hacía un control con enfoque integral, normativo y jurídico. Se reunía periódicamente con aquél, no para tratar temas puntuales o específicos sino para hablar sobre el desarrollo de la delegación. Esas conversaciones no tenían carácter formal y de ellas no se hacían actas.

Preguntado por el peso específico de su voz en las decisiones del Comité, dijo que su estilo es de mucho acompañamiento en la ejecución porque es sumamente rígido en el control del cumplimiento de cronogramas, presupuestos, tiempos.

La robustez de sus equipos de gobierno le daba la confianza para no intervenir en los procesos de selección sino después que se contratara para evitar que cualquier comentario pudiera ser tenido como insinuación. Los secretarios, equipos técnicos y el Comité de Contratación eran suficientes para el ejercicio de la contratación.

Desde su campaña a la Gobernación decidieron que la pavimentación de la Troncal de la Paz beneficiara a Zaragoza, El Bagre, Caucasia. Cuando pensó en esa vía, pensó en la conectividad con los municipios.

La evaluación de los contratos se hacía con el Comité Asesor de Contratación, pero no recuerda si el No. 2005-CO-20-335 fue objeto de reunión. Él delega y no está direccionando, ni interviniendo esa delegación; la otorga y garantiza que se tenga la competencia y calidades para que se ejerza.

No daba directriz para el ejercicio de la delegación diferente a la que se observara la ley. La delegación comprendió todas las capacidades. Si alguna situación surgía que ameritara su análisis, se reunía con el respectivo secretario o con el de Hacienda; orientaba para que se llevara al Comité asesor y tomara la decisión correcta.

En cuanto al perfil de los miembros de su equipo de gobierno, afirmó cumplían los requisitos exigidos por la Gobernación; sus equipos han sido reconocidos por mérito; no atiende razones políticas sino fundamentalmente su idoneidad, capacidad, profesionalismo en el ejercicio público y privado.

En la priorización de obras participaba la ciudadanía. Las obras se priorizaron con el liderazgo del Gobernador, porque para eso fue elegido. Sus propuestas y la participación ciudadana quedaron primero en el Plan de Gobierno y luego en el de Desarrollo.

Sobre la Troncal de la Paz, cree que antes se llamaba así a la vía existente entre Puerto Berrío y Cauca; luego se redujo al trayecto entre Segovia-Cauca y posteriormente, al localizado entre Zaragoza y Cauca. No sabe qué tipo de vía era, pero afirmó que tenía sectores pavimentados y otros destapados, suelos inestables, con permeabilidad que dificultaba el desplazamiento por los huecos que se formaban; eran terrenos pantanosos donde se quedaban pegados los carros; vía de dos carriles amplios, con características de una troncal.

No conoció el programa de inversión del anticipo de este ni de algún otro contrato, pues la vigilancia y el control los hacía a través del acompañamiento del Comité asesor. En las obligaciones de la Interventoría en cambio, está la de aprobación y seguimiento del manejo del anticipo.

Sobre la modificación del anticipo al 29% del valor básico consignada en el contrato 2005-CO-20-335, sin ser experto, entiende que tal incremento se puede hacer hasta el tope del 50%; imagina que el equipo de la Secretaría de Infraestructura tendrá los argumentos que la justifiquen.

No conoce detalles del origen del OTROSI No. 1 que identificó como la necesidad de entregar en menor tiempo la obra aumentando el monto del anticipo. Esto es un tema de la secretaria respectiva y del Comité de Contratación.

Afirmó que los anticipos sí pueden utilizarse para la compra de maquinaria, según conceptos que aporta de 2011 del Departamento Nacional de Planeación y de 2004 de la Contraloría General de la República. Pero, además, el anticipo se amortizó en el 100%.

Tuvo interlocución directa con NADIA MARYORI MAYA, Directora de Desarrollo y Evaluación Contractual. Cuando hacía un análisis de la obra, seguramente llamaba al secretario y a los encargados del tema. En este caso, a JORGE MONTOYA y a NADIA. Se llevó a su consideración la posibilidad de interconectar El Bagre. Desde los años 2005 y 2006, el alcalde continuamente insistió a la secretaria de Infraestructura y a MARYORI para la búsqueda de alternativas para conectar ese municipio con la Troncal e la Paz. Le parece absurdo que no conectara a los municipios por donde pasaba ese corredor vial: *"lo lógico es que se convierta en una arteria a la que se conecten otras venas"*, afirmó; le parece racional que la Troncal de la Paz sea un corredor vial que no solo conecte dos puntos.

Las alternativas para ese proyecto eran; (i) mejorar la vía Escarralao-Palizadas; (ii) construir el puente sobre el río Nechí y, (iii) mejorar la vía entre Angostura y El Bagre. Estas se estudiaron contractual y técnicamente y se las llevaron, especificando que la comunidad de El Bagre consideraba mejor opción la del puente, porque la otra vía era de bajas especificaciones y ese municipio no tenía comunicación sino a través del ferri. Hoy -dijo- se está pavimentando la vía Escarralao -Palizadas.

Le pareció excelente que además de ser la que prefería la comunidad, en la alternativa del puente confluyeran además las ventajas técnicas y económicas. Preguntó si cumplía con las características técnicas y jurídicas y como según la Ley 80 se puede adicionar hasta el 50% y esa adición era inferior, *"sea como sea"* cumplió la ley. Los detalles del proceso *"los responden los responsables"*.

Del contrato adicional No. 1 dijo que, por el transcurso de 14 o 15 años, no tiene en memoria los aspectos detallados, pero recuerda que era una verdadera adición que incluyó dos tramos de la vía sin pavimentar y la otra parte para mayores cantidades de obra, algo que calificó como natural.

Considera que no era competente para vigilar el anticipo porque esa es una función de la interventoría.

Como no era parte del Comité, no tuvo conocimiento sobre la aprobación de la adición. No recuerda si lo supo antes o después de las miles de decisiones del Comité asesor. Nunca transitó la vía entre El Bagre y la Troncal de la Paz, pero sabe por la comunidad y los sobrevuelos que hizo a la zona, que era de muy deficientes y malas especificaciones, con tráfico muy bajo porque se conectaba con un río; deteriorada, de poco mantenimiento, vía municipal o departamental -comunica cabeceras municipales- un solo carril, estrecha, destapada.

No recuerda estudios ni planos; como no es abogado ni ingeniero, se apoyaba en lo realizado por sus dependencias; cuando le presentaron la opción de la adición, se imagina que era la más adecuada desde el punto de vista jurídico, de la eficiencia y eficacia. En suma, le pareció conveniente. Tampoco recuerda quién diseñó el puente sobre el río Nechí.

Frente a la imputación fáctica y jurídica, manifestó no estar de acuerdo y la controvierte con los documentos aportados. No suscribió el contrato ni los OTROSI o adiciones; quien lo hizo fue la Secretaría de Infraestructura en ejercicio de una delegación que no le impidió hacer un análisis y una vigilancia a través y con el Comité. Le parece exótico que se le imputen esos delitos luego de demostrar que no suscribió ni direccionó los contratos.

Más exótico le resulta lo del peculado porque está comprobado que el anticipo se amortizó en el 100% y demuestra con circulares del Departamento de Planeación Nacional y de la Contraloría General de la República, que se puede adquirir maquinaria, la que sería absurdo que quedara en cabeza del Estado.

El Gobernador, prosiguió, no tiene como función el control y la vigilancia de los anticipos de este ni de algún otro contrato; la responsable de eso es la interventoría; que las adiciones estuvieron enmarcadas en el 50% como tope legal. Su actuación fue transparente, limpia, demostrada con los documentos presentados; la de los funcionarios de la secretaría estuvo ajustada a derecho, con eficiencia, economía, transparencia y el resultado final de la Troncal de la Paz fue exitoso, ejemplar.

Le resulta extraña la forma como se desarrolló la diligencia de indagatoria, porque se sintió como testigo, hablando de anticipos sobre los que no tiene injerencia ni competencia porque la función de vigilancia es de la interventoría; de unos contratos que no suscribió. Es una situación que califica como muy incómoda y la más exótica de las que le ha tocado vivir como servidor público.

Finalmente, allegó documentos mencionados a lo largo de la diligencia y otros más que quiere, obren en el proceso.

LOS ALEGATOS

Hasta la fecha, sólo el defensor presentó sus alegatos previos a la definición de situación jurídica, los que se sintetizan de la siguiente manera:

1. Reseñó todo el devenir del proceso contractual frente al contrato 2005-CO-20-335, incluyendo la delegación en materia contractual conferida por el Gobernador de Antioquia desde el año 2002 y modificada en el año 2005 y 2007.

El Comité Asesor de Contratación fue creado en la Gobernación de Antioquia mediante Decreto 080 de 2002, como un órgano de consulta y asesoría para el Gobernador y funcionarios en quienes delegara competencia para celebrar contratos. Como requisito previo a la celebración, aquél órgano analiza el informe de evaluación o el cuadro comparativo de propuestas presentado por el Comité evaluador, hace recomendaciones o sugerencias.

Con la modificación introducida con el Decreto 1319 de 2005, sus funciones son asistir y brindar apoyo a funcionarios competentes para la actividad contractual, participa en procesos precontractuales y contractuales buscando cumplir los principios de la contratación estatal, verifica documentos y cumplimiento de procedimientos para procesos de selección, recomienda la adjudicación de procesos de selección con el precedente de la evaluación, establece procedimientos pertinentes para optimizar procesos de contratación. Se integró por el Secretario General quien lo preside, el de Hacienda, el

Director Técnico Jurídico, el funcionario relacionado con el contrato sometido a su consideración y como invitado, el Gerente de Control Interno.

2. Los estudios de conveniencia y oportunidad que precedieron la adición presupuestal fueron llevados al Comité que tenía la función de supervisar la delegación en materia contractual; por lo tanto, le correspondía estudiar y aprobar los proyectos del contrato.
3. Los estudios de 22 de mayo para la adición de \$19.100 millones de pesos fueron aprobados por el Comité de contratación porque no superaba el 50% que prevé como límite la Ley 80.
4. Con base en ello, se firmó: (i) un contrato adicional por valor de \$831.000.000 que constituye la verdadera adición y, (ii) \$3.140.000.000 que fue una adición a las reservas presupuestales para garantizar las mayores cantidades de obra.
5. Para diciembre de 2007, según el informe de la interventoría de enero de 2008, en los frentes 1 y 3 sólo faltaba invertir 3,24% de recursos, en tanto que el avance de obra era del 99,5% y, en el frente 2, estaba pendiente la pavimentación de 700 metros en Puerto Triana, en tanto que la pavimentación ya había completado el 100%. Esto significa que el incremento en el porcentaje del anticipo logró que las obras concluyeran prácticamente tres meses antes del vencimiento del plazo.
6. Respecto del contrato adicional por valor de \$16.334.000.000, el 100% del anticipo fue amortizado, las obras correctamente ejecutadas y recibidas a satisfacción en 2010; la Contraloría no encontró detrimento patrimonial; el contrato se liquidó unilateralmente sin que quedaran valores pendientes por pagar, ni reclamación judicial o extrajudicial.
7. Los contratos, principal y las adiciones se celebraron con apego a los principios de la contratación. Las obras están prestando el servicio, con impacto social y económico para las comunidades, ejecutadas en plazo, a precios de mercado. Este contrato público es un ejemplo.

8. Aun cuando la Contraloría dijo que el contrato principal no tenía previsto puentes, la verdad es que sí lo había, uno sobre el río Cacerí (sic) con longitud de 74,4 mts.
9. La planta de la Secretaría de Infraestructura se robusteció, contando con 70 funcionarios, de ellos 45 profesionales, 4 directores y 2 asesores. Citando afirmaciones de **Aníbal Gaviria Correa** en su indagatoria, dijo que es imposible para que una sola persona, el Gobernador *"haga el control debido en la forma como debe hacerse y que yo entiendo y no sólo acepto, sino busco..."*. Su defendido no conoció programa de inversión del anticipo porque no le corresponde llegar hasta ese detalle. Su labor de vigilancia y control la ejercía a través del acompañamiento a las Secretarías con la General y la Dirección Técnica Jurídica.
10. Hay ausencia de los supuestos sustanciales para la imposición de medida de aseguramiento porque no se configura la calidad de determinador, como quiera que no existe evidencia de que su representado hubiera realizado actos de determinación, inducción o instigación sobre funcionarios para generar la resolución de cometer delitos o reforzado la intención con efectos resolutorios de la idea pre existente.

Frente a cada delito imputado debió indagarse quién fue el determinador y quién el determinado, cuáles los medios para determinar, las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la determinación.

La ausencia en la indagatoria de los elementos estructurales de la figura del determinador es una omisión de la Fiscalía que hizo sorpresiva la imputación bajo esta modalidad de participación.

Con la prueba recaudada en su totalidad, concluye que no existen los delitos imputados, luego entonces, tampoco su defendido puede ser determinador.

11. Aníbal Gaviria no tuvo injerencia en los trámites administrativos pertinentes que hoy son objeto de investigación, realizados por los servidores públicos de la gobernación, los cuales adelantaron con total autonomía administrativa, técnica y profesional en ejercicio de sus funciones. Los controles a la delegación se hicieron a través del Comité de Contratación.

Las condiciones profesionales y de experiencia administrativa de MARGARITA MARIA ANGEL BERNAL son de resaltar. Los contratos suscritos por la secretaría a su cargo entre 2004 y 2007 por valor cercano a los \$500.000.000.000, fueron celebrados con eficiencia, competencia, idoneidad, transparencia, solvencia. Para ejercer la delegación, los delegatarios contaban con un gran equipo interno en sus dependencias y con la Secretaría General, lo que significaba un control integral. Luego vino la intervención del Comité de Contratación conformado por personas de las más altas calidades, todo lo cual hace imposible que el Dr. **Gaviria Correa** les dijera a todos ellos que cometieran el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

12. Que en el contrato 2005-CO-20-335 la cláusula OCTAVA diga que el anticipo es del 29% y no del 25% como quedó fijado en los términos de referencia, es un error mecanográfico que en el nivel de la Fiscalía Delegada ante la Corte no puede ser el fundamento para imputar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Pero en realidad el valor del anticipo (\$19.319.318.225) corresponde al 24,5% del valor del contrato. Además, las partes pueden modificar las condiciones de un contrato después de la adjudicación, como lo prevé la jurisprudencia, más si ese 4% adicional no significa superar el límite impuesto por la Ley 80. Tal porcentaje no tenía la virtualidad de influir en el proceso de selección del contratista porque no era un requisito de participación, ni uno esencial, sino meramente accidental.

13. La diferencia entre adición y contrato adicional, en el contrato adicional No. 1, \$831.000.000 corresponden a una adición del contrato, en tanto que \$3.100.000.000 fueron adición de reserva presupuestal para pagar mayores cantidades de obra. Las adiciones fueron debidamente planeadas.
14. Contendida en el OTROSI No. 2, la conexión de El Bagre es perfectamente compatible con el objeto del contrato de mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz. La ley solo limita el valor a adicionar, no el alcance; el concepto "disímiles" no está regulado por la ley. Es adición que es una especie de contrato, se adjudica directamente sin necesidad de hacer un proceso de selección.

Existe similitud entre el objeto del contrato principal y el de sus adiciones: (i) son obras de ingeniería civil; (ii) contratados por el sistema de precios unitarios; (iii) ambos involucraron la construcción de puentes; (iv) ambos tienen como fin la conexión por vía carretable; (v) ambos tienen afectación directa en comunidades del Bajo Cauca antioqueño; (vi) la adición está dentro del radio de acción o área de influencia del contrato principal.

15. Respecto del pago de anticipos sin aprobación de pólizas, tal constatación no está dentro de las competencias del Gobernador. No hay evidencia de que se hayan pagado anticipos sin aprobación de pólizas.

La inobservancia de requisitos legales concernientes a la ejecución del contrato no realiza el tipo objetivo del artículo 410 del Código Penal. Tales requerimientos no pueden confundirse con las formalidades pertenecientes a la tramitación ni a la celebración *strictu sensu*.

16. En cuanto al peculado por apropiación en favor de terceros, el contratista amortizó el 100% del anticipo como consta en las 47 actas. El contrato fue liquidado, sin reclamaciones por las partes.

17. Con el anticipo puede comprarse maquinaria, como lo dicen del Departamento Nacional de Planeación (concepto 20118010594111 de 24 de octubre de 2011) y la Contraloría General de la República (concepto 022158 de 17 de marzo de 2004). No tiene sentido que la maquinaria comprada con recursos del anticipo tenga que estar a nombre de la entidad contratante. Confunde la Fiscalía con lo que sucede en los contratos de concesión en los que, en virtud de la cláusula de reversión, los bienes adquiridos con tal contrato se entregan a la entidad.

Ni el artículo 303 de la Constitución Política ni el Decreto 1222 de 1986 le asignaron al Gobernador la obligación de supervisar o vigilar el manejo de los anticipos o su inversión; como se consignó en el contrato, esa tarea corresponde a la interventoría.

18. No existen indicios graves de responsabilidad, ni hay elementos objetivos ni subjetivos, ni se cumple alguno de los fines previstos para que sea impuesta medida de aseguramiento en contra de su defendido.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

En atención a que los hechos investigados se predicen de quien para ese momento se desempeñaba como Gobernador de Antioquia respecto de actos realizados en ejercicio o con ocasión del cargo, al tenor de lo dispuesto en los artículos 235-4 de la Constitución Política y 115-1 de la ley 600 de 2000, el competente para conocer de la investigación es el Despacho del Fiscal General de la Nación quien con fundamento en el artículo 251 de la misma obra, modificado por el acto legislativo 6 de 2011, mediante Resolución 1258 de 12 de octubre de 2018⁷, delegó el conocimiento en el Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia que por reparto correspondiera. Habiendo recaído tal acto en este Despacho, adquirió la competencia para avocar el asunto y con ello, para proceder a adoptar la decisión que se anuncia.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde ahora verificar, de acuerdo con la sistemática que orienta el trámite de este asunto, si existen o no pruebas que indiquen el compromiso de la responsabilidad penal del entonces Gobernador, como presunto determinador de los delitos de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales* y *peculado por apropiación en favor de terceros*.

En este análisis y a medida que se avance en las consideraciones, la Fiscalía se pronunciará respondiendo los alegatos formulados por el defensor.

⁷ Mediante la cual fue delegado el conocimiento de la noticia al Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia que por reparto corresponda.

Con fundamento en la prueba legalmente obtenida, se analizarán los siguientes aspectos: (i) la necesidad de definir la situación jurídica; (ii) la delegación como modulador de la centralización administrativa; (iii) las exigencias normativas de las conductas punibles atribuidas al sindicato en relación con los elementos probatorios que obran en la actuación; (vi) las consecuencias jurídicas derivadas y (vi) la satisfacción de los requisitos para imponer medida de aseguramiento.

2.1. DE LA NECESIDAD DE RESOLVER SITUACIÓN JURÍDICA

Teniendo en cuenta que el contrato principal se tramitó y firmó en diciembre de 2005; que las conductas con probable relevancia jurídico penal por las cuales se investiga al entonces Gobernador de Antioquia, **Aníbal Gaviria Correa**, tuvieron ocurrencia desde aquella época, esto es, bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000; que hubo sucesión normativa en virtud de la ley 906 de 2004 y las normas que la modifican o reforman, la cual coexiste con aquel ordenamiento, corresponde inicialmente determinar si en este asunto debe definirse situación jurídica; en caso afirmativo, resolver si es factible imponer medida de aseguramiento y, de ser así, de qué clase.

El artículo 354 de la Ley 600 de 2000 prevé que se definirá situación jurídica en aquellos eventos en que sea procedente la detención preventiva. Por su parte, el artículo 357 *ib. ídem* establece como una de las hipótesis para su aplicación, que el delito por el cual se procede tenga prevista una pena de prisión mínima que sea o exceda de 4 años.

Respecto del delito de *Peculado por apropiación* el artículo 397 del estatuto penal fija una sanción privativa de la libertad de 6 a 15 años; por tanto, no existe duda que, en relación con esta conducta, es procedente definir la situación jurídica al sindicado.

En lo que atañe al delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* el artículo 410 del C.P. establece una pena imponible de prisión de 4 a 12 años. Empero, acogiendo jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, igualmente se hace necesario proceder a resolver situación jurídica, como pasa a señalarse:

«Pierde vigencia la tesis inicialmente prolijada por la Sala, según la cual “cuando dicha medida no puede imponerse, tampoco resulta procedente resolver situación jurídica, habida cuenta que su definición no está supeditada, como se

ha visto, a la restricción de la libertad, surgiendo así la obligación de resolverla” (...) “Siguiendo estos lineamientos, se observa que ninguna de las leyes procesales anteriormente citadas excluye la medida de aseguramiento para delitos cuya pena sea o exceda de cuatro años, como sería para el caso aquí tratado, así: en la Ley 600 de 2000 (art. 357-1), detención preventiva; en el texto original de la Ley 906 de 2004 (artículos 313-2 y 315), medida no privativa de la libertad; y en la Ley 1142 de 2007, privativa de la libertad. Todo lo cual significa que en ningún momento un delito con la pena mínima antes señalada ha quedado desprovista de una medida de aseguramiento”.

«Siendo así, no tiene cabida aducir con sustento en el principio de favorabilidad la imposibilidad de imponer alguna de tales medidas, cuando se advierte, merced al tránsito de leyes acaecido –Leyes 600 de 2000, 906 de 2004 y 1142 de 2007–, que el legislador nunca ha dejado sin represión provisional conductas con penas como las aludidas; por el contrario, las ha tratado con mayor rigor.

«En tales condiciones, la deducción correcta para estos eventos, dada la coexistencia de leyes reguladoras de la misma temática, no es otra que escoger de entre ellas la más favorable, vale decir, la Ley 906 de 2004 que prevé medidas de aseguramiento no privativas de la libertad – literal B del artículo 307.»⁸

En consecuencia, bajo esta perspectiva se impone la obligación de resolver la situación jurídica en relación con las conductas punibles que con precisión fueron imputadas: *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*, ilícitos que tienen fijado como pena mínima 4 y 6 años de prisión, respectivamente, adecuándose el de peculado a los incisos primero y segundo del artículo 397 del CP y, por tanto, así se procederá, abordando el estudio del compromiso de la responsabilidad que el sindicato pudiera tener en los hechos por los cuales fue indagado.

2.2. DE LOS REQUISITOS PARA IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO Y SU CUMPLIMIENTO

2.2.1. Del factor objetivo

⁸ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 4 de marzo de 2009, radicado 27539.

En consonancia con lo normado en el apartado 357 de la ley 600 de 2000, la medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos:

“1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años...”

Como se indicó, a **Aníbal Gaviria Correa** se le investiga y se le imputaron en diligencia de indagatoria los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con peculado por apropiación en favor de terceros*, descritos en los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000, para los cuales el legislador fijó como pena mínima la de prisión de 4 y 6 años, respectivamente. Surge evidente, entonces, que la medida de aseguramiento que procede, si se constata la concurrencia de los requisitos sustanciales, conforme lo normado en el citado artículo 357 adjetivo, no sería otra que la de detención preventiva.

2.2.2. De los requisitos materiales de suficiencia probatoria respecto de la existencia del hecho y el compromiso del aspecto subjetivo de responsabilidad

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que conforme lo dispone el artículo 356, inciso 2° ibídem, la medida de aseguramiento procede cuando obra prueba atinente a la existencia del delito y surjan por lo menos *“dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso”*, pues solamente si los medios de prueba obrantes permiten establecer razonablemente que el vinculado habría sido autor o partícipe de los hechos puede eventualmente afectarse con una medida de aseguramiento.

Lo anterior hace necesario referir dos aspectos esenciales: (i) Si el hecho realmente existió y (ii) si al sindicado se le puede considerar con probabilidad, razonablemente, como autor o partícipe de ese hecho

2.3. DE LA DELEGACIÓN

Antes de abordar el análisis de tipicidad, el Despacho se referirá al instituto de la delegación, como quiera que en diferentes intervenciones de la defensa y luego en las manifestaciones del sindicado en su indagatoria, se ha hecho alusión a que el contrato génesis de esta investigación fue suscrito, no por el sindicado Gobernador sino por la Secretaria de Infraestructura Física para la Integración y Desarrollo de Antioquia, con fundamento en el Decreto 080 de 18 de enero de 2002 y la Resolución 13800 de 14 de octubre de 2005, actos a través de los cuales le fue delegada la facultad para contratar.

Pues bien, el artículo 209 constitucional prevé que *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*.

A su turno, la Ley 489 de 1998 que *“regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración Pública”*, señaló que *“Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política”*⁹, enfatizando que a través de ella, el *“Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes”*, siendo un referente obligado para organismos, entidades y personas encargadas del ejercicio de funciones administrativas, ya de manera permanente o bien transitoria, ejercerlas consultando el interés general¹⁰.

La delegación, entonces, entendida como una de las formas de modulación de la centralización, permite a las autoridades transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias¹¹, sin que implique el desprendimiento del poder, como quiera que el delegatario las ejerce a nombre del delegante.

Las principales reglas de este instituto son: (i) en organismos y entidades con estructura independiente y autonomía administrativa la delegación de las funciones de atención y

⁹ Parágrafo del artículo 2 de la Ley 489 de 1998.

¹⁰ Artículo 4 de la obra en cita.

¹¹ Artículo 9 ejusdem

decisión a ellos confiados por ley y actos orgánicos respectivos recae en empleados públicos de los niveles directivo y asesor; (ii) en las entidades descentralizadas se hace de acuerdo con la ley y con arreglo a requisitos y condiciones previstos en estatutos internos; (iii) siempre constará por escrito, determinando quiénes son el delegante, el delegatario y las funciones o asuntos específicos objeto de la delegación; (iv) el Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes de entidades descentralizadas deberán informarse siempre, sobre el desarrollo de las delegaciones otorgadas, orientando su ejercicio; (v) por regla general, no se pueden delegar la expedición de reglamentos generales, las funciones, atribuciones o potestades recibidas por delegación y las que por su naturaleza o mandato constitucional o legal no pueden serlo; (vi) en cualquier momento el delegante puede reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario; (vii) el delegante es responsable por su deber de vigilancia y control del ejercicio de las funciones delegadas.

Aun cuando el artículo 211 constitucional refiere que la delegación exime de responsabilidad al delegante, es lo cierto que tal precepto debe interpretarse sistemáticamente con los artículos 1, 2, 6, 123, 124 y 209 del mismo compendio, para concluir que la delegación *“genera un vínculo entre el delegante y el delegatario, que se manifiesta en atribuciones de orientación, vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo, y por lo tanto, el delegante siempre responde por dolo o culpa grave en el ejercicio de este tipo de atribuciones”*¹². Así, los jefes o representantes legales de las entidades públicas no quedan exonerados de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual en virtud de la delegación.

Así se manifestó la Corte Constitucional:

«(...) Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación. (...)».

¹²<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/5-etapa-precontractual-desconcentraci%C3%B3n-y-delegaci%C3%B3n-en-la-contrataci%C3%B3n-estatal>, consultada el 30 de marzo de 2020.

«(...) Así pues, de la jurisprudencia transcrita <> se extraen válidamente las siguientes conclusiones:

«a. El artículo 211 de la Constitución no puede ser interpretado el sentido según el cual la delegación exime absolutamente de responsabilidad al delegante. Esta interpretación proviene de una lectura aislada y descontextualizada de dicha disposición superior, que es descartada por la Corte.

«b. Tampoco se deriva de su texto que la delegación signifique que delegante responde siempre por las actuaciones del delegatario. Esta interpretación desconoce el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos.

«d. (Sic) Además del artículo 211 superior, existen en el texto de la Carta otras normas constitucionales “que imponen deberes de dirección, orientación, seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular”, contenidas especialmente en los artículos 1°, 2°, 6°, 123, 124 y 209 superiores.

«e. Una lectura sistemática de estas normas constitucionales, junto con lo prescrito en el artículo 211 de la Carta, lleva a concluir que la delegación implica la permanencia de un vínculo entre el delegante y el delegatario, que se manifiesta en las atribuciones de orientación, vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo. El delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de este tipo de atribuciones.

(...)

«Al respecto, encuentra que dicha disposición no sólo no desconoce los postulados de dicha norma superior, sino que al contrario los desarrolla plenamente. Ciertamente, como se acaba de ver, la interpretación armónica del artículo 211 de la Carta, junto con otros principios constitucionales recogidos en los artículos 1°, 2°, 6°, 123, 124 y 209 superiores, especialmente con el principio de coordinación de la actividad administrativa contenido en el artículo 209[3] de la Constitución y la regla general de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos consagrada en el 124 ibídem, lleva a concluir que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que

concierna al ejercicio de la función delegada, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedará exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática, expuesta por esta Corporación en la tantas veces mencionada Sentencia C-372 de 2002»¹³.

Cobra mayor sentido lo afirmado si se tiene en cuenta que la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007 a la Ley 80 de 1993, no dejó lugar a dudas frente a la responsabilidad del delegante:

“Artículo 21. De la delegación y la desconcentración para contratar. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2° y un párrafo del siguiente tenor:

(...)

“En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

“Párrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”.

En el caso en estudio, con fundamento en el Decreto 080 de 18 de enero de 2002 y la Resolución 13800 de 14 de octubre de 2005, la Secretaria de Infraestructura Física para la Integración y Desarrollo de Antioquia, fue la funcionaria que, ejerciendo delegación del Gobernador de Antioquia -y por tanto en su nombre- celebró el contrato principal 2005-C0-20-335, las modificaciones y los contratos adicionales que son motivo de esta investigación.

2.3.1. El Comité Asesor de Contratación

¹³ Citada por la Corte Constitucional en Sentencia C-693 de 2008

Es conveniente poner de presente que, en el caso particular de Antioquia, desde el año 2002 existía en su Gobernación un organismo que aun cuando por su nombre pareciera que desarrollaba funciones de asesoría en realidad asumió, de un lado, funciones decisorias y de otro - según lo refirió en diligencia de indagatoria el mismo sindicado y el defensor en su alegato-, de seguimiento y control a la delegación.

Este Comité asesor de contratación creado mediante Decreto 080 como un órgano de consulta y asesoría para el Gobernador y funcionarios en quienes se delegara la competencia para celebrar contratos, se constituyó para hacer recomendaciones y sugerencias luego del análisis del informe de evaluación o cuadro comparativo de propuestas presentado por el Comité evaluador de Contratación, como requisito previo a la celebración de los contratos cuya cuantía superior a 500 smlmv excepto en los de la Fábrica de Alcoholes, en los que intervendría cuando superen los 1000 smlmv. Luego del análisis del informe de evaluación o del cuadro comparativo, se enviaría al Gobernador para la selección del proponente, pudiendo éste acoger o no la recomendación.

Sin embargo, el señor **Gaviria Correa** dijo en indagatoria que la función de este Comité era decisoria; si no aprobaba la contratación, no se podía contratar, pero, además, que a través de él o con su acompañamiento, era una forma de controlar la delegación hecha por el Gobernador.

Para el año 2007, hacían parte de este Comité: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VÉLEZ, JUAN FERNANDO MESA, MIRIAM OLAYA DUSSAN, PEDRO JUAN GONZÁLEZ, HECTOR FABIO VERGARA HINCAPIÉ y a sus sesiones, al parecer concurría algún servidor como invitado. Para la sesión de 23 de mayo de esa anualidad, la invitada fue MARGARITA MARIA ANGEL BERNAL, Secretaria de Infraestructura. Así registra el acta correspondiente.

En repetidas ocasiones la defensa ha argumentado la ausencia de participación de su representado en los hechos materia de la investigación por cuanto no suscribió los actos contractuales. Sin embargo, que su firma esté ausente de muchos documentos a lo largo de este proceso contractual, como se verá en los capítulos siguientes, no significa que estuvo al margen del proceso. Además, su obvia condición de representante legal del departamento, ordenador del gasto, titular de la función contractual y delegante, le imponían al mandatario, al señor **Gaviria Correa**, obligaciones de coordinar, dirigir, vigilar y controlar las funciones delegadas y el cumplimiento de las exigencias legales, muy a pesar que hasta

el seguimiento y control a la delegación -como lo dijera en indagatoria- lo hiciera a través del Comité Asesor de Contratación.

2.4. DE LAS EXIGENCIAS NORMATIVAS DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES IMPUTADAS AL SINDICADO VS LOS FUNDAMENTOS PROBATORIOS QUE OBRAN EN LA ACTUACIÓN

2.4.1: Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Definido en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

El artículo 58-9 de la Ley 600 de 2000 consagra como circunstancia de mayor punibilidad, en caso de sentencia condenatoria, la *“posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder o ministerio”*. En este asunto refulge evidente que por su ilustración y poder económico el procesado es persona con alta distinción tanto regional como nacionalmente, lo cual le imponía, cual más, en su calidad de gobernador, un apego irrestricto a los valores y fines constitucionales y, en fin, al ordenamiento jurídico. Aparece acreditada, también, la circunstancia señalada en el numeral 1º de ese artículo, esto es, haber ejecutado las conductas sobre recursos y bienes destinados a utilidad común (los relacionados tanto con el objeto del contrato 2005-CO-20-335, como con el OTROSÍ número 2). Del mismo modo, concurre la del numeral 10, esto es, por obrar en coparticipación criminal.

A través de esta conducta, quiso el legislador proteger el principio de legalidad en la actividad contractual sobre cuya trascendencia afirmó la Corte constitucional, en sentencia C-1144 de 2000, citada por la Corte Suprema de Justicia¹⁴:

¹⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de julio de 2014, radicado 37462.

*«En la Corte Constitucional, en posición que la Sala comparte, destacó la trascendencia del principio de **legalidad** en el ejercicio de la actividad estatal, al señalar necesario que*

“...los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes”...».

De allí que no puede ser de recibo que so pretexto de buscar un beneficio para la comunidad comese eludan las previsiones constitucionales o legales, porque las autoridades públicas, como los que más, son llamadas a cumplir y hacer cumplir las leyes que juraron defender.

Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia¹⁵:

«La defensa no entiende por qué o cómo la conducta de su defendido pueda cuestionarse desde esa perspectiva, si como está demostrado, la contratación no perjudicó económicamente a la entidad y el convenio se cumplió a cabalidad con la entrega de los bienes, como lo exigía el anterior estatuto penal. Al respecto, para de una vez superar esa interpretación, es necesario señalar que la Sala a ese respecto ha indicado lo siguiente:

“La diferencia entre una y otra descripción radica en que en la disposición de la legislación derogada, la conducta debía obedecer a la finalidad de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, mientras que en la nueva tipicidad se eliminó expresamente esa ultrafinalidad. Desde ese punto de vista se podría pensar que la descripción anterior es mucho más exigente que la nueva y que esa fórmula, a la cual algunos le confieren alcances patrimoniales, es mucho más restrictiva que la del código de ahora.

*“No obstante, la Sala ha interpretado que las diferencias que se pretenden encontrar son más aparentes que reales. En efecto, sobre esta temática se ha entendido que “el propósito allí referido (haciendo alusión al artículo 146) **no solo puede ser patrimonial sino de cualquier otra índole derivada de la***

¹⁵ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 27 de octubre de 2004, radicado 20213.

transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, lo cual resulta claro cuando se elude el procedimiento establecido, se privilegian unos contratistas en detrimento de otros, se contrata en condiciones técnicas que no corresponden al objeto del contrato, o se viola el principio de selección objetiva, entre otras eventualidades, pues es claro que un contratista resulta beneficiado con la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente.”¹⁶

«Ahora bien, es cierto que no se demostró ningún perjuicio económico para el departamento, pues incluso el Ministerio de Transporte adquirió las mismas motocicletas, en la misma época, a precios mucho más elevados (fs, 145 cuaderno 1 fiscalía); y cierto que el contrato se cumplió y se ejecutó (fs., 202 y ss, cuaderno 1 fiscalía). Pero eso no significa que el contrato no afecte los principios y los valores de la contratación pública (artículo 23 de la ley 80 de 1993), pues de lo que se trata no es de evaluar el contrato desde la perspectiva del costo beneficio, sino desde la de los fundamentos del Estado y de la función pública.

«En ese contexto se debe señalar, como recientemente lo dijera la Sala, “que el bien jurídico de la administración pública es polivalente y protege diversos valores propios de la actividad estatal; en realidad, tiene una significación estrecha con el funcionamiento del sistema, con la forma cómo se actúa y cómo se ejecutan las decisiones públicas. No por otra razón, los tipos penales vinculados con el bien jurídico de la administración pública protegen el interés general, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que son entre otros, valores esenciales de la administración pública, a mas de sus bienes materiales.”¹⁷

(...)

«En efecto, recientemente la Sala precisó que el delito de celebración indebida de contratos sin cumplimiento de requisitos legales esenciales está vinculado más con el principio de legalidad que con el desvío de poder, que corresponde a la noción del interés ilícito. Claro que en toda ilegalidad subyace un desvío de poder y en todo desvío

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, auto de 20 de agosto de 2002, radicado 18029.

¹⁷ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de octubre de 2004, radicado 18911.

de poder se desconoce el principio de legalidad; sin embargo, lo que con la distinción se busca es diferenciar los diversos tipos penales relacionados con la contratación pública de acuerdo con la finalidad de la conducta y al sentido de cómo se expresa en la realidad y afecta el bien jurídico de la administración pública. Así, realizar un contrato sin convocar a licitación pública, es igual que hacerlo formal y aparentemente, para encubrir una realidad material, en tal forma que en uno y otro caso se desconoce el principio de legalidad y en consecuencia los requisitos esenciales de la contratación. En cambio, el trámite puede ser legal, formal y materialmente, pero la decisión de la administración ilícita, si lo que prima en ella es el interés por favorecer al contratista buscando la primacía del interés particular antes que el general (artículos 2 y 210 de la Carta Política).¹⁸

«De manera que para la Sala es evidente que se desconocieron las reglas del principio de legalidad, que es la fórmula que el tipo penal protege en materia de contratación, vinculada como la que más con los principios de transparencia e imparcialidad que rigen la contratación pública y que conforman el núcleo de la antijuridicidad material (artículos 4 y 11 de los códigos penales de 1980 y 2000), dada la naturaleza funcional del bien jurídico de la administración pública. Por eso es que, poco importa que la administración no se haya visto perjudicada económicamente, o que sus objetivos se hayan cumplido, pues lo que el tipo penal protege no son los bienes materiales de la administración, sino los principios y fundamentos de la administración pública, que efectivamente fueron vulnerados, como se ha demostrado, con la conducta que ejecutó el ex gobernador...»

2.4.1.1. Los fines del estado y principios de la administración pública

Sobre los principios que rigen la actividad contractual del Estado, la Corte Suprema de Justicia reiteró argumentos fijados en diferentes decisiones adoptadas en Sala de Casación Penal para precisar que¹⁹,

¹⁸ Cfr. Ídem

¹⁹ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia sentencias de 19 de diciembre de 2000, radicado 17088; de 14 de diciembre de 2011, radicado 36613, entre otras, citadas en la sentencia de 14 de julio de 2014, radicado 37462.

«...se encuentran plasmados desde el Preámbulo del Ordenamiento Superior, así como en varios de sus artículos, entre otros, el 2° que señala los fines esenciales del Estado; 6° donde se determina la responsabilidad de los funcionarios públicos; 13° que protege la igualdad real; 95 - 2 en el cual se impone la obligación de cumplir la Constitución y las leyes y, especialmente, el artículo 209, según el cual, “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”»

En desarrollo del artículo 2 constitucional que precisa cuáles son los fines esenciales del Estado²⁰, con base, además, en el principio de responsabilidad de los servidores públicos consagrado en el artículo 6 ibídem, según el cual las autoridades son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, resulta un imperativo para ellos poner la función administrativa al servicio de los intereses de la comunidad, desarrollándola con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; por tanto, las actuaciones de la administración pública, siempre deben encaminarse al adecuado cumplimiento de esos fines, como lo reconoce la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²¹:

“La forma de protección del bien jurídico de este delito busca mantener los postulados que orientan la función administrativa, la cual al tenor de lo normado en el artículo 209 del texto superior, ha de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

En ese entendido, para las autoridades no es opcional el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 398 de la Carta, en cuanto es su deber ejercer (i) funciones administrativas; (ii) de coordinación; (iii) de complementariedad de la acción municipal; (iv) de intermediación entre la Nación y los municipios, y (v) de prestación de los servicios públicos que determinen la Constitución y las leyes. Sin embargo, su cumplimiento no puede

²⁰ Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

²¹ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de octubre de 2011, radicado 37350.

estar por fuera del marco jurídico por cuanto, quienes lo representan legalmente, tienen la obligación constitucional y legal de cumplir con la normatividad, más allá de la que corresponde a todo ciudadano, de conformidad con el canon constitucional 95-2.

Por manera que la satisfacción de las necesidades de la comunidad, ya sea asumida por el Estado o bien a través de la contratación con la que busca atender las que no puede cumplir directamente, tiene que ser apegada al ordenamiento jurídico vigente; por esta razón, el beneficio de la población no puede ser el argumento para desquiciarlo, ni justificar su desconocimiento como que un buen fin no es la defensa de un medio carente de idoneidad, pues más allá de respetar un mero formalismo, debe evidenciarse en la observancia de los cánones del Estado social y democrático de derecho que imponen su acatamiento y sujeción a la ley, como lo insta la Corte Suprema de Justicia²²:

“(...)Reiteradamente la jurisprudencia de la Sala ha considerado que la contratación estatal corresponde a una actividad pública estrictamente reglada a partir de los principios y valores constitucionales que cobijan todas las etapas del proceso contractual, cuya transgresión no solamente compromete la existencia y la validez de los actos contractuales, sino que puede dar lugar a la configuración de responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal por parte de los servidores públicos y los particulares que en ella intervienen, acorde con los artículos 50 y siguientes de la Ley 80 de 1993(...)”.

2.4.1.2. Los requisitos esenciales de los contratos

Coherente con la idea expuesta, este delito se contrae al desconocimiento doloso de los requisitos legales de carácter esencial que deben revestir los contratos que tramita, celebra y liquida la administración pública, entendidos como aquellas exigencias que, previstas en una norma, determinan su validez y existencia.

En franca referencia al momento del devenir contractual en el que puede tener ocurrencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó que²³:

²² Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de diciembre de 2008, radicado 19392.

²³ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 20 de mayo de 2009, radicado 31654.

“(…) Se estructura ese tipo penal cuando un servidor público en ejercicio de sus funciones desatiende los requisitos legales atinentes a un contrato, específicamente en tres eventos, a saber: (i) cuando lo tramita sin cumplir los requisitos propios de esa fase contractual, (ii) cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los inherentes a la fase pre-contractual, y (iii) cuando liquida el contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto”.

Así entonces, como lo señaló el defensor, la conducta puede tener lugar solamente en las fases de tramitación, celebración y liquidación, a través del despliegue de acciones como: inobservancia de los requisitos necesarios en la tramitación (fase precontractual); falta de verificación del cumplimiento de los requeridos en la fase anterior o, incumplimiento de los exigidos para el perfeccionamiento (fase contractual) y falta de sujeción a los imprescindibles para la liquidación (fase de liquidación).

El de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es, como lo denomina la doctrina, un tipo penal en blanco -así lo reconoció la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 410 de la Ley 599 de 2000-, de aquellos en los que no es completa la descripción de la conducta objeto de sanción y en los que excepcionalmente el legislador dispone el reenvío normativo de manera clara e inequívoca, como en este caso, a las normas que versan sobre esta materia en el derecho privado y en el Estatuto General de la Contratación Estatal y que definen los que son requisitos esenciales para la tramitación, celebración y liquidación de los contratos²⁴.

Precisando entonces los que se entienden como requisitos legales esenciales, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, refirió²⁵:

«Sobre los principios esenciales que gobiernan la contratación estatal, tiene dicho la Sala que se encuentran plasmados desde el Preámbulo del Ordenamiento Superior, así como en varios de sus artículos, entre otros, el 2° que señala los fines esenciales del Estado; 6° donde se determina la responsabilidad de los funcionarios públicos; 13° que protege la igualdad real; 95 - 2 en el cual se impone la obligación de cumplir la Constitución y las leyes y, especialmente, el artículo 209, según el cual “la función administrativa está al

²⁴ Sentencia C-917 de 2001

²⁵ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de julio de 2014, radicado 37462

servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...” (CSJ SP, 19 Dic 2000, Rad. 17088 y 14 Dic 2011, Rad. 36613, entre otras).

«Estos axiomas y normas superiores encuentran desarrollo en el Código Contencioso Administrativo, así:

*“Artículo 3: Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de **economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad, y contradicción...**» .*

*«Así mismo, en relación con los **principios que orientan la actividad contractual**, el artículo 23 del Estatuto General de la Contratación Administrativa dispone:*

*“De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales: Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de **transparencia, economía y responsabilidad** y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de **interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo**”.*»

Con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, válido es afirmar que necesariamente deberán verificarse los requerimientos previstos tanto en la legislación civil -concretamente en el artículo 1502 del Código Civil- como en las normas que rigen la contratación estatal:²⁶

Entonces, el artículo 1502 del Código Civil precisa:

*«Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea **legalmente capaz**; 2) que **consienta** en dicho acto o*

²⁶ Sentencia 25104 de 2008

*declaración y su consentimiento **no adolezca de vicio**; 3) que recaiga sobre un **objeto lícito**; 4) que tenga una **causa lícita**.*

«La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra».

Luego, el artículo 23 de la ley 80 de 1993 consagra los principios generales que orientan la contratación administrativa y que, de conformidad con el aparte transcrito de la decisión de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, también constituyen requisitos esenciales.

Sobre el alcance de estos principios señalados en la Ley 80, la Corte Constitucional dijo²⁷:

“Los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.” (Negritas y subrayas fuera del texto).

Puntualizando las previsiones de la Ley 80 de 1993 y sus decretos modificatorios y reglamentarios, aun cuando no determinan cuáles se califican como requisitos esenciales, sí establecen unos principios que rigen la actividad contractual, de los que la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia han dicho que, junto con los principios de la función administrativa, son los que se exigen sean cumplidos en las tres de las fases señaladas del proceso contractual²⁸:

²⁷ Sentencia C-508/02

²⁸ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de octubre de 2011, radicado 37350

«Consecuente con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene determinado que los requisitos legales esenciales a los cuales se refiere el artículo 410 del estatuto punitivo, según la fase contractual respectiva, son “1) **Previos a la celebración del contrato:** a. Competencia del funcionario para contratar. b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar. c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente. d. La licitación o el concurso previo. “2) **Concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular:** a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos. b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista. c. La firma del contrato por las personas autorizadas. “3) **Posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el mismo la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado:** a. La aprobación por parte de la entidad competente. b. El pago del impuesto de timbre. c. La publicación”».

Estos principios definidos en su contenido y alcance por la Corte Suprema de justicia, pueden sintetizarse así:

2.4.1.2.1. Principio de transparencia.

Frente a su contenido la Corte Suprema de Justicia afirmó que, «*constituye obligación del servidor público actuar de manera clara, imparcial y pública, **sin anteponer sus intereses personales a los intereses de la entidad estatal, evitando omitir los procedimientos previstos para la selección objetiva y los demás requisitos de orden legal y absteniéndose de incurrir en abusos que conlleven a desviación de poder.** Ligado a este principio existe el **deber de selección objetiva** que propende por la escogencia de las propuestas que generen el mayor beneficio para la entidad contratante, omitiendo cualquier motivación personal o subjetiva*»²⁹.

²⁹ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de julio de 2014, radicado 37462

La Subsección C, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, le da el siguiente alcance³⁰:

«El principio de **transparencia** dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”. Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) **Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés”**. Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad”.

(...)

«Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, es permitida, entre otros casos, cuando el contrato a suscribir no supera el monto de menor cuantía, que en este caso es el estipulado en el literal a) del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 vigente en la época de suscripción de los contratos bajo estudio. Sobre ella, el artículo segundo del Decreto 855 de 1994 estipula que “En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que **la selección del contratista**”

³⁰ Consejo de Estado, sentencia de 31 de enero de 2011, radicado 17767.

*deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993. (...) En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, **“las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.*** (Negrillas fuera del texto).

Luego, es un requisito esencial de los contratos que las autoridades atiendan el interés general superior sin consideración de factores ajenos a él y absteniéndose de apelar a su discrecionalidad, so pena de ubicarse en la conducta de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, atentando contra el bien jurídico de la administración pública en el sentido del respeto por el principio de legalidad.

2.4.1.2.2. Principio de selección objetiva.

Como se evidenció, aparejado con el principio de la transparencia, o como manifestación de ella, el principio de **selección objetiva** del contratista previo el agotamiento del mecanismo legalmente previsto de acuerdo con la naturaleza y cuantía del contrato, se erige como uno de los requisitos legales esenciales de los contratos estatales, sin que sea factible escoger por motivación personal o al arbitrio del servidor público la modalidad que convenga a sus intereses en detrimento también del principio de legalidad, so pena de ubicarse en la conducta de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

En decisión de 2014, la Corte Suprema de Justicia anotó sobre el particular:

«Así surge del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, vigente para cuando fueron suscritos los convenio 003 de 2007 y 055 de 2008, según el cual “La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente (...)”.

«Esta disposición, fue subrogada por el canon 2° de la Ley 1150 de 2007, donde se ratificó que “La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que señalan los numerales 2, 3

y 4 del presente artículo», norma llamada a regular el convenio 052 de 2009, celebrado el 16 de enero de dicho año.

«Las mismas preceptivas consagran la contratación directa como **una excepción** a esa regla general y por ello su implementación sólo es posible cuando se concreta a cabalidad alguno de los eventos que la viabilizan.

(...)

«El documento elaborado para sustentar cada convenio no se ocupa de precisar, como era necesario, las razones por las cuales la forma de contratación adoptada resultaba la más conveniente para cumplir la necesidad de la administración, no se indica cuáles son los factores que permiten establecer el monto de los aludidos negocios jurídicos, ni se analiza porqué el IICA es la entidad idónea para desarrollar el objeto por contratar.

(...)

«Tal situación obvia lo normado en el artículo 41 del estatuto de contratación pública, **sobre el perfeccionamiento del contrato estatal y los requisitos para comenzar su ejecución, esto es la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, cuya ausencia no se subsana...**».

2.4.1.2.3. Principio de economía.

Está orientado a la optimización no sólo de recursos y tiempo, sino a la solución de necesidades identificadas en la comunidad; fuerza a la administración pública a adelantar proyectos, estudios, diseños, análisis de conveniencia y oportunidad frente a lo que será el objeto a contratar, lo que está ligado a la **planeación**, porque a voces del Consejo de Estado «...la contratación administrativa no es, ni puede ser, una aventura ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en

cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos»³¹.

Esa misma Corporación afirmó sobre el particular³²:

«El principio de economía pretende que la actividad contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad (...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de “procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)”. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad.” (...) También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados». (Negrillas fuera del texto).

La Corte Suprema de Justicia por su parte, concretó así el contenido de este principio³³:

³¹ Consejo de Estado, sentencia de 1 de junio de 1995, radicado 7326

³² Consejo de Estado, sentencia de 31 de enero de 2011, radicado 17767

³³ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de julio de 2014, radicado 37462.

*«“El principio de economía implica la optimización de recursos y tiempo en procura del mayor beneficio para la entidad contratante, lo cual obliga a la elaboración de estudios, diseños, proyectos, así como el análisis de conveniencia del objeto a contratar. Este fundamento apareja el **deber de planeación**, que impone a los servidores públicos ...actuar con alto grado de eficacia y eficiencia para que se protejan los recursos públicos, fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas que generan situaciones contrarias a la Ley. (C. de E, S 19 Jun 1998, Rad. 10439 y 03 Dic 2007, Rad. 24715)».*

En desarrollo del principio de economía, cuando la administración identifica una necesidad de la comunidad y decide la ejecución de un proyecto para mitigarla, tal decisión ha de obedecer a una previa y correcta planeación, de la cual esté ausente la improvisación, lo que involucra conocer las causas, la problemática, las alternativas de solución, los estudios suficientes que sustenten el requerimiento de la contratación, la acreditación de todos y cada uno de los requisitos, antes de adelantar cualquier proceso de selección y más aún, de la suscripción de un contrato, imponiéndose una total vigilancia desde la etapa precontractual.

2.4.1.2.4. Principio de planeación.

Sobre su contenido precisó la Corte Suprema de Justicia:

«...según la doctrina, guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, concepto según el cual la escogencia de los contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no puede ser, de ninguna manera, producto de la improvisación.

«A este respecto, el Consejo de Estado, señala que: “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos

contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad. (...) Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales».³⁴

2.4.1.2.5. Principio de igualdad.

La satisfacción de este principio como requisito esencial del contrato, impone la obligación de disponer las condiciones para que haya un trato idéntico para quienes quisieran ocupar el extremo de oferentes, bien en la satisfacción de los requisitos para participar en el proceso, en la evaluación de sus propuestas y, finalmente, en la selección del ganador.

En la decisión en cita el órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa así afirmó sobre este particular:

*«...la efectividad del **principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección** de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”. Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos*

³⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 12 de diciembre de 2012, radicado 31508.

que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez. (...)»³⁵ (Negrillas fuera del texto).

La satisfacción del principio de igualdad como requisito esencial del contrato es ineludible, en la medida en que es obligación disponer de las condiciones para que haya un trato igualitario a quienes quisieran ofertar, tanto en la exigencia de los requisitos para participar en el proceso, como en la evaluación de sus propuestas y en últimas, en la selección del ganador.

2.4.1.2.6. Principio de responsabilidad.

Este principio demanda del funcionario, la búsqueda del cumplimiento de los fines de la contratación estatal, la vigilancia de la actividad contractual en sus distintas etapas, el apego de las mismas al orden legal vigente, la acertada ejecución del objeto contractual en el marco de la protección del interés general, los derechos de los intervinientes en el contrato y de los de quienes pudieran resultar afectados.

Así lo definió la Corte Suprema de Justicia:

*«El principio de **responsabilidad**, exige al funcionario buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de terceros que puedan resultar afectados con la ejecución del contrato. La razón de ser de este principio radica en que los servidores públicos responden por el comportamiento “antijurídico” asumido en el ejercicio de sus funciones, al punto de indemnizar los daños que de él se deriven.*

*El acatamiento de los principios constitucionales y legales aludidos, resulta ineludible para quien ejerce la función administrativa y a su tutela se orienta el artículo 410 de estatuto punitivo, al cual están materialmente incorporados, en tanto determinan las exigencias esenciales del trámite, la celebración y la liquidación de los contratos estatales, definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como “...**todos los actos jurídicos generadores de obligaciones** que*

³⁵ Consejo de Estado, sentencia de 31 de enero de 2011, radicado 17767

celebren las entidades a que se refiere el presente Estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...»³⁶.

2.4.2. De las censuras concretas en relación con la conducta de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales

2.4.2.1. Antecedentes fácticos

Mediante Resolución 138000 de 14 de octubre de 2005, el entonces Gobernador de Antioquia, **Anibal Gaviria Correa**, ordenó la apertura del proceso licitatorio 20-20-2005 para contratar por el sistema de precios unitarios reajustables, el «*Mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz, tramo la Cruzada-Caucasia, sector Nuevo Oriente-Escarralao*». A través de este mismo acto. Delegó en la secretaria de Infraestructura Física para la Integración y Desarrollo de Antioquia, el proceso de selección, adjudicación y contratación correspondiente, de conformidad con la Ley 80 de 1993. Autorizó en el mismo acto la publicación del aviso único de prensa convocando a la licitación³⁷.

El presupuesto oficial fue fijado en \$41.847.819.779 y el plazo en 26 meses.

Inicialmente los pliegos de condiciones dispusieron la entrega de un anticipo equivalente al 15% del valor básico del contrato, pero en la minuta del contrato se consignó 25%; esta contradicción fue subsanada mediante adenda No. 2 de 3 de noviembre de 2005, estableciendo como anticipo el equivalente al **25% del valor básico del contrato**³⁸.

Al proceso se presentaron 6 propuestas, según acta de apertura de 11 de noviembre de 2005³⁹:

No.	PROPONENTE	VALOR
1	CONSORCIO TRONCAL DE LA PAZ (Luis Héctor y Carlos Alberto Solarte)	\$ 41.663.432.778

³⁶ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de julio de 2014, radicado 37462.

³⁷ Folios 217 y 218 del cuaderno principal 2

³⁸ Folio 179 cuaderno principal 2.

³⁹ Folio 148 cuaderno principal 2

2	CONSORCIO VIAS ANTIOQUIA (Incoequipos-Gisaico)	\$ 41.492.674.630
3	CONSORCIO NUEVO ORIENTE (Ingevías-Pavimentar-Trainco Y Megaproyectos)	\$ 41.677.003.744
4	CONSTRUCCIONES EL CONDOR	\$ 41.753.247.531
5	ESTYMA	\$ 41.528.423.309
6	CONSORCIO CP (Concretos S.A. y Procopal S.A.)	\$ 41.807.961.464

El 19 de diciembre de 2005 se efectuó la audiencia de adjudicación y el 22 de ese mes y año, en ejercicio de la delegación conferida, la secretaria de Infraestructura MARGARITA MARÍA ÁNGEL BERNAL, en nombre de la Gobernación de Antioquia celebró el contrato 2005-CO-20-335 con el CONSORCIO TRONCAL DE LA PAZ que actuó en aquella oportunidad a través del señor JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ MORA⁴⁰, apoderado del representante legal LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS. El valor estimado del contrato fue de \$41.663.432.778 resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios pactados.

En la cláusula octava del contrato las partes acordaron que, una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el contratante otorgaría al Contratista un anticipo equivalente al **29% del valor básico** del contrato, dejando abierta la posibilidad de que, si el Contratante lo consideraba conveniente para el buen desarrollo, durante la ejecución contractual podría conceder nuevos anticipos⁴¹.

El 23 de diciembre de 2005, el Consorcio Troncal de la Paz constituyó la garantía única CU 051112142*0 con Seguros del Estado S.A. Sucursal Bogotá. De acuerdo con la información obtenida en los archivos de la Gobernación de Antioquia, el 28 de diciembre de ese año se pagó el anticipo por valor de \$10.375.000.000, al parecer ignorando el requisito legal de la aprobación de la garantía. La impresión del pantallazo arrojado por el sistema de información financiera SIF - CONSULTA DE DOCUMENTOS remitido vía correo electrónico al investigador asignado y fechado 15 de noviembre de 2019⁴², comunica que la cuenta que soporta el pago y generó cheque se archivó SIN SOPORTES, coincidiendo con lo que arroja

⁴⁰ Actuando con poder otorgado el día anterior en Bogotá.

⁴¹ Folio 274 del cuaderno principal 2

⁴² Folios 177 y ss. cuaderno principal 6

la inspección a las 10 carpetas digitalizadas de las tres fases contractuales que contiene toda la documentación del contrato.

Ya el 2 de febrero de 2006, en el municipio de Caucaasia y en representación del Departamento de Antioquia -así reza el documento- **Aníbal Gaviria Correa** en su condición de Gobernador y la secretaria de Infraestructura Física, se reunieron con FERNANDO GONZÁLEZ VILLA, representante legal suplente de la interventoría (Consortio DIN-SEDIC) y LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, representante legal del Consorcio Troncal de la Paz, para suscribir acta de iniciación del contrato, fijando como fecha el día 14 de febrero siguiente y, la de vencimiento del plazo, para el 13 de abril de 2008⁴³.

En fecha no consignada en el documento, JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO ingeniero funcionario de la Secretaría de Infraestructura de Antioquia, suscribió como autor el ANALISIS DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA para la celebración de OTROSÍ No. 1, en orden a cubrir como **necesidad** identificada, la entrega *«en un menor plazo al inicialmente establecido en el contrato, la Troncal de la Paz en el sector contratado, para el servicio de la comunidad, manteniendo condiciones de capacidad suficiente y un máximo de funcionalidad que garanticen a los usuarios de la región, niveles de servicio y seguridad óptimos»*⁴⁴.

En párrafo siguiente lo que planteó fue la garantía para el Consorcio constructor de *«mejores condiciones de liquidez y flujo de caja, que le permiten a este poder contar con un número mayor de recursos que representan el poder ejecutar la obra contratada en un plazo menor al establecido inicialmente en el contrato, pasando de 26 a 21,5 meses con lo cual la administración tendrían un ahorro en el pago de reajustes de precios de 4 meses aproximadamente y al mismo tiempo se entregaría para añ (sic) servicio de la comunidad la obra que mejore las condiciones socioeconómicas de los habitantes de la región del Bajo Cauca»*.

El 26 de abril de 2006, es decir a escasos dos meses de haber iniciado la obra, el Consorcio Troncal de la Paz solicitó un anticipo adicional de \$ 10.592.398.164 con lo cual se llegaría al 50% del valor total del contrato, para **“la compra de equipo”** y la colocación de concreto asfáltico. Tal petición se justificó en que *«El mayor número de equipo se requiere por cuanto*

⁴³ Folios 254 y 255 cuaderno principal 2

⁴⁴ Folio 256 cuaderno principal 3

en desarrollo del proyecto se establecieron tres frentes de trabajo, que demandan recursos adicionales a los inicialmente estimados, de esta forma se puede asegurar el cumplimiento del cronograma aprovechando la limitada temporada seca». Así lo justificó LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, representante legal.⁴⁵

La modificación contenida en el OTROSÍ No. 1 suscrita el 12 de diciembre de 2006, adicionó el valor del anticipo, previendo entonces que pasara del 29% al 34,95% del valor básico del contrato, completando entonces la suma de \$ 12.339.318.223. En la justificación contenida en los considerandos del documento, se señaló en el numeral 7) «*Que es menester de la Administración, en correspondencia con los fines del Estado, entregar para el servicio de la comunidad, una obra de infraestructura como lo es la Troncal de la Paz, en el sector contratado, con capacidad suficiente y un máximo de funcionalidad que garanticen a los usuarios de la región, niveles de servicio y seguridad óptimos e implementar para tal efecto, los mecanismos que permitan lograr su adecuada ejecución bajo condiciones de oportunidad y economía...*», pero dejó de mencionar la reducción en el tiempo de ejecución que fue la necesidad por satisfacer con la adición, según lo identificó el estudio de conveniencia y oportunidad de MONTOYA DELGADO⁴⁶. Por este concepto entonces, se pagó otra suma a título de anticipo adicional, sin que se hubiese aprobado la garantía que en entre otros, amparaba su buen manejo e inversión.

El 10 de abril de 2007 la Directora de Desarrollo y Evaluación Contractual de la secretaría de Infraestructura, NADIA MARYORI MAYA LOPERA, presentó el estudio de conveniencia y oportunidad con un documento anexo correspondiente al valor a solicitar como adición. En el capítulo de antecedentes dijo que para terminar las obras objeto del contrato 2005-CO-20-335 se requería adicionar el valor del contrato inicial para poder entregar al servicio de la comunidad totalmente culminada la Troncal de la Paz. Identificó como alternativa para satisfacer tal necesidad, realizar la «*adición del valor del contrato con el Contratista*» porque -dijo- **se encontraba ya instalado** en el proyecto, contando con los **equipos requeridos, personal técnico y operativo** y las instalaciones necesarias, para entregar al servicio de la comunidad la obra a los precios inicialmente contratados. Puntualizó que se requería al efecto adicionar el valor del contrato en la suma de \$3.140.000.000 que representaba el 7.5% del valor inicial con lo cual no superaba el 50% establecido por la ley como tope máximo para las adiciones. Como riesgos de la contratación precisó que, de no hacerse la

⁴⁵ Folio 258 cuaderno principal 3

⁴⁶ Folios 252 y 253 cuaderno principal 3

adición, la consecuencia era mayor tiempo de espera de la comunidad para usar la obra porque se requeriría **de un nuevo proceso contractual**, así como que podía llegar a tener un mayor valor por las condiciones nuevas del mercado que superaban en algunos ítems a los valores inicialmente contratados, incluido el ajuste de actualización⁴⁷.

El 8 de noviembre de 2007 los contratantes celebraron el llamado Contrato Adicional No. 1 al contrato 2005-CO-20- 335⁴⁸ con el que se adicionó el contrato en \$831.000.000 para pavimentar los tramos K 0+ 000 al K 1+ 000 y del K 13+000 al K13+600 correspondientes a los sectores Zaragoza-Escarralao y Cauca-cia-Nuevo Oriente de la misma vía Troncal de la Paz y, \$3.164.000.000 para **«garantizar el pago de las mayores cantidades de obra»**. En definitiva, este contrato adicional tuvo un valor de \$3.995.000.000, como bien lo refiere la certificación expedida por el Director de Desarrollo Físico de la Secretaría de Infraestructura – Contrato Troncal de la Paz, fechado 2 de marzo de 2020 y aportado por el defensor con sus alegatos.

Obra en la investigación el estudio de conveniencia y oportunidad calendado el 22 de mayo de 2007, también suscrito por MAYA LOPERA, cuyo objeto fue: *«Adición en valor del contrato 2005-CO-20-335»*. En los antecedentes señaló como **necesidad** la adición del contrato inicial para poder entregar al servicio de la comunidad totalmente culminada la Troncal de la Paz, **incluyendo los accesos a las cabeceras municipales aledañas como El Bagre y Zaragoza**, *«con lo cual se estaría garantizando un impacto directo sobre las poblaciones asentadas en las cabeceras de los municipios...como parte del programa de vías para la equidad y la integración que se viene desarrollando a través del actual Gobierno»*.⁴⁹

Este estudio identificó la suma de \$19.120.000.000 como **adicionales** a los \$ 3.140.000.000 inicialmente pedidos **«con lo cual se llegaría a una adición total por valor de \$ 22.260.000.000 que representa el 47% sobre el valor inicial del contrato expresado en salarios mínimos legales vigentes»**.

Entre los riesgos de la contratación que citó este estudio, insistió en que, *«De no realizarse la presente adición al contrato aquí señalado, se tendría como consecuencia en primer lugar, mayor tiempo de espera de la comunidad para hacer uso de la obra, por cuanto se*

⁴⁷ Folios 231 y ss. cuaderno principal 2.

⁴⁸ Folios 203 y ss. cuaderno principal 2

⁴⁹ Folios 232 y ss. cuaderno principal 2

requeriría de un nuevo proceso contractual así mismo se puede llegar a tener un mayor valor de la obra a ejecutar, por cuanto las condiciones del mercado actual superan en algunos ítems a los valores inicialmente contratados incluido el ajuste de actualización».

El 27 de diciembre de 2007, a escasos cuatro días de terminar la administración del Gobernador **Anibal Gaviria Correa**, por ante la secretaria de Infraestructura Física, MARGARITA MARÍA ÁNGEL BERNAL, la Gobernación de Antioquia suscribió el denominado OTROSI No. 2 al contrato 2005-CO-20-335 cuyo objeto fue «*ampliar el objeto del contrato con el **diseño y construcción** del puente sobre el río Nechí en el sitio Palizadas que sirve para conectar la cabecera del municipio de El Bagre con la Troncal de la Paz, mediante la vía Escarralao – Palizadas*». El valor fue de \$ 16.334.000.000, suma de la cual se entregaría un anticipo \$6.980.000.000 correspondiente al 50% del valor básico. Así mismo se prorrogó el plazo en 22 meses a partir de la fecha del vencimiento, esto es del 13 de abril de 2008 según se fijó en el acta de iniciación. Este instrumento fue suscrito por el consorciado CARLOS ALBERTO SOLARTE a nombre del Consorcio Troncal de la Paz⁵⁰.

Respecto de este tercer anticipo pagado al consorcio constructor a finales de ese año, pudo probarse que, si bien se pagó, previamente no fue expedido acto administrativo aprobatorio de la garantía otorgada.

De acuerdo con la información legalmente traída a la investigación, la Fiscalía ha podido establecer que, si bien los recursos de anticipos se consignaron en cuenta independiente de la que manejaban los recursos provenientes de las actas de obra, cuenta aquella que por la naturaleza pública de los recursos requería además de la firma del representante legal la del Director de interventoría, una parte por valor cercano a los \$ 6.000.000.000, fueron destinados por el contratista a la compra de equipos, maquinaria pesada como buldóceres, retroexcavadoras, e incluso una planta de asfalto, cuya titularidad ostentaron los integrantes del Consorcio Troncal de La Paz. Así figura incluso en el único plan de inversión de anticipo que obra en toda la documentación del contrato encontrada, en el que el constructor destinó el 40% (2.792.000.000) para esos propósitos⁵¹ y en el capítulo 6 del informe de interventoría correspondiente al control de manejo de anticipo, mes de mayo de 2006, en el que aparecen adquisiciones similares pagados con el primer anticipo.

⁵⁰ Folios 185 y 186 cuaderno principal 2

⁵¹Folio 892 carpeta 5 digital del Contrato Troncal de la Paz obtenida en inspección en la Gobernación de Antioquia.

2.4.2.1.1. Participación del sindicato

De conformidad con los antecedentes descritos, al entonces gobernador **Aníbal Gaviria Correa** se le reprocha en concreto su participación en las conductas, así:

2.4.2.1.1.1. *En la celebración del contrato 2005-CO-20-335 cuyo objeto fue el mejoramiento y pavimentación de la Troncal de La Paz, tramo la Cruzada-Caucasia, sector Nuevo Oriente- Escarralao.*

2.4.2.1.1.1.1. *Incremento del anticipo del 25% al 29% del valor básico del contrato.*

El contrato⁵², en su cláusula OCTAVA señaló: *“una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, El Contratante otorgará a El (sic) Contratista un anticipo por valor equivalente al 29% del valor básico del contrato...”*, en tanto que la adenda No. 2, en el aparte pertinente decidió y así se informó a todos los interesados *“En el anexo No.1 MINUTA DEL CONTRATO, CLAUSULA SÉPTIMA: ANTICIPO...se modifica y queda así: Una vez una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, El Contratante otorgará a El (sic) Contratista un anticipo por valor equivalente al 25% del valor básico del contrato”*⁵³

No existe un estudio o tan siquiera una consideración, una justificación, que valide esta decisión. Cuando se dieron a conocer las condiciones en las que ofertaban los interesados, la administración departamental hizo público que el anticipo, aquellos recursos públicos con los que solventarían los gastos iniciales del contrato, sería solo del 25% que si bien no otorga puntuación, sí define quiénes están en posibilidad de seguir en el proceso de selección teniendo en cuenta su capacidad financiera. Pero frente a esta conducta que no parece orientada por el interés general, luego de la resolución de adjudicación de la licitación pública, en el acto de suscripción del contrato, la administración departamental varió inexplicadamente esta condición.

⁵² Folio 283 cuaderno principal 3.

⁵³ Folio 179 cuaderno principal 3

Preguntado el sindicato por la razón de la modificación en la minuta del contrato 2005-CO-20-335, se limitó a señalar que sin ser experto entiende que el incremento se puede hacer hasta el 50% e imagina que el equipo de la secretaría de Infraestructura tendrá los argumentos de la modificación.

Por su parte, el defensor en sus alegatos se extrañó de que un error que calificó de "mecanográfico" sea el fundamento del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales imputado. Nada en la investigación prueba una conclusión semejante, por lo que tal afirmación huérfana de respaldo probatorio es una conjetura personal del togado sin respaldo en el plenario.

Y no es como dice, que el porcentaje del anticipo no tuvo la virtualidad de influir en el proceso de selección del contratista porque no era requisito de participación, pues no es esencial sino meramente accidental. Pero es lo cierto que tal porcentaje sí es factor que incide en la decisión de quienes se presentan como oferentes, porque entre menos recursos se entreguen a título de anticipo, saben que es mayor el capital con el que deben contar para asumir los gastos iniciales de un contrato. Así que, si bien no otorga puntaje en la evaluación, es un factor financiero que obviamente influye en la decisión de ofertar.

Ahora, el defensor trata de hacer creer que en realidad aun cuando el contrato suscrito haya subido el porcentaje a 29%, en virtud del contrato se entregó como anticipo una suma inferior al porcentaje ofrecido en el proceso de selección, porque dice que los \$19.319.318.225 en realidad corresponden al 24, 57% del **valor del contrato**, con lo cual se mantuvo el límite del 50% impuesto por la ley. Sin embargo, olvida que el referente para su cálculo no era el valor total, sino el valor básico. Resulta innegable que no hay explicación legalmente válida para el cambio del porcentaje del anticipo, lo que constituye una violación de los principios de la contratación entendidos como requisitos legales esenciales, en la etapa de celebración del contrato.

Y sí, como lo dijera el sindicato y lo reafirmara el defensor, es cierto que el contrato prevé en la cláusula OCTAVA, que adicionalmente se podían entregar nuevos anticipos, pero esta posibilidad puede ejercerse **durante la ejecución** del contrato y a condición que el contratante así lo **considerara**. Expresado de otro modo, el otorgamiento de un porcentaje adicional de anticipo luego de suscrito el contrato y ya durante la ejecución, puede darse como resultado de una valoración previa de motivos que así lo justificasen, de situaciones

sobrevinientes que hagan necesaria la modificación y que no pudieron preverse desde la fase de la planeación.

Por supuesto que no se trató de error mecanográfico, porque enseguida se tramitó el pago del anticipo, momento en cual hubiera sido perfectamente posible advertirlo porque se trataba de 4% más de no cualquier suma, sino de un valor considerable que se explica así:

BASE DEL CÁLCULO	PORCENTAJE	ANTICIPO EN DINERO
\$35.307.993.880 (valor básico del contrato)	29%	\$10.239.318.225
\$35.307.993.880	25%	\$ 8.826.998.470
Diferencia	4%	\$ 1.412.319.755

Financieramente se hubiese advertido. Pero, al contrario, se pagó y se continuó manejando así hasta cuando se modificó el contrato para incrementar por esa vía el monto del anticipo. Resulta entonces muy elocuente el silencio de la administración departamental frente al incremento de casi 1.500 millones en el anticipo que se había previsto pagar.

No se trata únicamente de mantenerse en el tope autorizado por la Ley para pagar el anticipo, sino que el principio de legalidad fuerza a concluir que también las modificaciones que se hagan durante la ejecución deben obedecer a razones ajenas a la mera expresión del capricho de la administración o de un interés particular porque el que se protege es el general. Quien ejerció la delegación de suscribir el contrato en nombre del delegante Gobernador, no verificó los requisitos legales esenciales señalados para la fase contractual porque en el aspecto precisado, lo suscrito no correspondió con la planeación llevada previamente; se violó la transparencia en las reglas con que se seleccionó el contratista, hubo deslealtad con quienes participaron e irresponsabilidad de los servidores comprometidos.

2.4.2.1.1.1.2. Falta de aprobación de la garantía única.

Según se demostró con los documentos obtenidos en diligencias de inspección practicadas en diferentes dependencias de la Gobernación de Antioquia, el Consorcio Troncal de la Paz constituyó la garantía única exigida en la cláusula DECIMO SEGUNDA del contrato, tomada

el día 23 de diciembre de 2005 con la compañía Seguros del Estado S.A. que amparaba los riesgos de cumplimiento, manejo de anticipo, pago de salarios y prestaciones y, estabilidad de la obra. No obstante, al inquirir por el acto administrativo de aprobación de la póliza que, a la luz del marco jurídico señalado constituye un requisito legal esencial de los contratos en la fase de celebración, como un presupuesto para que el mismo pueda ejecutarse, la respuesta ofrecida, concretamente la que arroja el sistema de información SIF es que, la cuenta identificada con el No. 15509 de 2005/12/28 con la que se tramitó cuenta por \$10.239.318.225 y que generó el cheque No. 16012261 de la cuenta 06362-9 del Banco de Occidente por valor de \$9.420.172.772 “carece de soportes”⁵⁴, entre los cuales, a no dudarlo, tendría que reposar al menos una copia.

Igualmente, revisadas las 10 carpetas físicas que corresponden a las digitalizadas que conserva toda la documentación del contrato bajo la custodia de la Gobernación de Antioquia, aún ahora sigue echándose de menos la necesaria aprobación de la garantía única que entre otros, amparó el riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Hechas las averiguaciones correspondientes, comenzando por determinar la persona que en cumplimiento de funciones precisas tuvo que expedir el acto administrativo aprobando la garantía única, el sindicato afirmó no recordar quién estaba a cargo de tal obligación. El defensor afirmó también que entre las obligaciones del Gobernador no está la de aprobar pólizas; pero evidentemente como primera autoridad y jefe de la administración seccional debe ser un garante como el que más, del cumplimiento de estos requisitos, independientemente de quién fuera el llamado a expedir el acto, porque solamente cuando se haya satisfecho, podía ejecutarse el contrato.

No obstante brillar por su ausencia este documento que satisfaría de este requisito legal esencial para la ejecución del contrato 2005-CO-20-335, el anticipo por valor de \$10.239.318.225 fue entregado al Consorcio Constructor, estructurando entonces el reproche de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales imputado al sindicato en su injurada, teniendo como fundamento que, como representante legal del Departamento, era el titular de la ordenación del gasto, entendida como,

“...la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado - limitado por los recursos aprobados en

⁵⁴ Folio 178 cuaderno principal 6

la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto”⁵⁵.

El Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, en su original artículo 110 consagró:

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

«En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica».

Ahora, esa delegación de la ordenación del gasto exige de la vigilancia, del control y de su ejercicio diligente, como quiera que, según lo previó también la norma en comento, el desapego de la normatividad acarrea consecuencias para delegante y delegado:

«ARTICULO 113. Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales. La Contraloría General de la República velará por el estricto cumplimiento de esta disposición (Ley 38/89, artículo 62. Ley 179/94 y artículo 71)».

⁵⁵ Sentencia C-101 de 1996.

Contrario a lo sostenido por la defensa, está demostrado que el pago de este anticipo se hizo⁵⁶, como también lo está que no se expidió el acto administrativo que debió aprobar la garantía única y que tiene que ser siempre previo a la entrega de los recursos públicos al particular, hecho éste último que sí se encuentra acreditado con el documento que acaba de señalarse, así como probado está que la cuenta que sustenta el pago y que reposa en el archivo central de la Gobernación, carece de los soportes entre los que debería estar el acto que se echa de menos, no como mero formalismo, sino como lo ha precisado la jurisprudencia, como un requisito, si bien presupuesto para la ejecución, considerado esencial en la etapa de celebración del contrato.

Por manera que, al obviar la satisfacción de este requisito previo a la entrega del anticipo, pudo haberse actualizado la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en la celebración del contrato.

2.4.2.1.1.2. *En el trámite y celebración del Contrato Adicional No. 1 fechado el 8 de noviembre de 2007.*

Su objeto, «**Ampliar el objeto del contrato con la pavimentación de los tramos K 000+ 000 al K 1 + 000 y del K 13 +000 al K 13 + 600 correspondientes a los sectores Zaragoza - Escarralao y Caucasia – Nuevo Oriente respectivamente que hacen parte de la Troncal de la Paz y **adicionar** las reservas presupuestales señaladas en la Cláusula Tercera. Su valor, \$3.995.000.000 de los cuales, \$831.000.000 fueron para «adicionar el valor del contrato» y \$3.164.000.000 «para reajustar las disponibilidades presupuestales y garantizar el pago de las mayores cantidades de obra»⁵⁷.**

Como se reseñó en el capítulo de antecedentes, la suscripción de este denominado CONTRATO ADICIONAL No. 1, tiene como precedente próximo, según pudo demostrarse, el estudio de conveniencia y oportunidad fechado 10 de abril de 2007 elaborado por la Directora de Desarrollo y Evaluación Contractual, MAYA LOPERA, persona de quien el sindicato dijo, se trataba de una ingeniera que cumplía su función de adelantar los estudios y que, por sus capacidades, hoy trabaja en la ANI; servidora cuya hoja de vida fue adjuntada a la investigación, resaltando sus competencias profesionales.

⁵⁶ Folio 178 cuaderno principal 6

⁵⁷ Folios 203 y ss. cuaderno principal 3

El estudio⁵⁸, cuyo objeto fue «Adición en valor (sic) del contrato 2005-CO-20-335...» identificó como necesidad por satisfacer, «Con el fin de terminar las obras objetos (sic) del contrato aquí señalado se requiere adicionar el valor del contrato inicial, para poder entregar al servicio de la comunidad totalmente culminada la Troncal de la Paz con la pavimentación del tramo Escarralao-Nuevo Oriente...». ¿Cuál era la necesidad? ¿Terminar las obras objeto del contrato? ¿Adicional el valor del contrato? ¿Entregar al servicio de la comunidad totalmente culminada la Troncal de la Paz? Como se ve, resulta muy ambigua la determinación que hizo el estudio.

Al hacer la definición técnica de la forma como se podía satisfacer la «necesidad reconocida» se refirió a la adición del valor del contrato porque el contratista «se encuentra ya instalado en el proyecto, **contando con los equipos requeridos, personal técnico y operativo, así como de las instalaciones necesarias para garantizar la culminación de la totalidad de las obras requeridas para la entrega al servicio de la comunidad a los mismos costos inicialmente contratados**».

Y aun cuando indicó que «se tiene elaborado el presupuesto de obra que resta por ejecutar adicional al contrato, de acuerdo con los diseños y estudios definitivos obtenidos luego de analizar las condiciones reales de ejecución encontradas», es lo cierto que en la documentación que reposa en los archivos de la Gobernación de Antioquia y de la secretaría de Infraestructura Física, no se encontró soporte alguno que diera cuenta de la obra física cuya ejecución requería ejecutarse por vía de adición y menos, del fundamento que permitió hacer su estimación en \$3.140.000.000, ni que estos aspectos hubiesen hecho parte de la consideración del Comité de Contratación al cual se llevó la consideración de la adición.

En cuanto al riesgo de la contratación, la ingeniera MAYA LOPERA señaló en el documento en examen que, «De no realizarse la presente adición al contrato aquí señalado, se tendría como consecuencia en primer lugar, un mayor tiempo de espera de la comunidad para hacer uso de la obra, por cuanto **se requeriría de un nuevo proceso contractual**, así mismo, se puede llegar a tener un mayor valor de la obra a ejecutar, por cuanto las condiciones del mercado actual superan en algunos ítems a los valores inicialmente contratados incluido el ajuste de actualización».

⁵⁸ Folios 236 y ss. cuaderno principal 3

Pero es que el estudio tampoco dijo cuáles ítems eran los que superaban en valor los precios pactados en el contrato inicial, o cuál el estudio de mercado que concluyó que algunos los superaban.

La propia MARGARITA MARIA ANGEL BERNAL, Secretaria de Infraestructura para la época, no precisa si lo requerido eran obras adicionales o mayores cantidades de obra, como lo declaró a la Fiscalía cuando fue preguntada por la génesis del contrato adicional 1: *«yo no me acuerdo cuál sería pero puedo intuir por qué. Te mencioné que esa vía era una trocha, las condiciones de la vía eran horribles, las condiciones del suelo sobre todo. Cuando uno empieza a hacer una vía, encuentra muchos problemas **imposibles de prever** y hace urgente **adicionar esos contratos** que no se advierten cuando se elabora un presupuesto; la naturaleza de esta adición puede ser por esto»⁵⁹.*

La Fiscalía es consciente que en la ejecución del contrato suelen surgir situaciones que se resuelven incluyendo elementos no previstos expresamente en la licitación y que, por tanto, no fueron incluidos en el contrato pero que resultan indispensables para cumplir la finalidad que pretendía satisfacerse y que culminan en la adición del contrato. Lo que no puede aceptarse es que bajo el subterfugio de la adición se camufle un nuevo contrato bajo el argumento que la comunidad tendría que esperar mayor tiempo para el disfrute de la obra y con ello, se eluda el proceso contractual que corresponde, como lo pone de manifiesto el estudio. Porque en abstracto, sin soportes técnicos ni económicos, se refirió a unas mayores cantidades de obra, pero, además, que costaban \$3.140.000.000, sin saber de qué se trataba, si estuvieron o no previstos en los pliegos y si su ejecución se hacía absolutamente imprescindible para cumplir la finalidad de mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz, que fue la finalidad por satisfacer.

Además, en este contrato adicional No. 1 se reajustaron las reservas presupuestales para **garantizar** el pago de obras -no para pagarlas- lo que pareciera más un trámite financiero; sin embargo, en últimas, sumó recursos al contrato sin identificar o aproximar al menos una descripción, una determinación por características, localización, cantidad, tipo y naturaleza de las que se consideraron mayores cantidades de obra y que, aún ahora, se echan de menos.

⁵⁹Folio 72 cuaderno anexo 1

No es posible saber si lo que se llamó mayores cantidades de obra en realidad lo era, caso en el cual no se necesitaba acudir a un contrato adicional o si, por el contrario, lo que se pretendía constituía una modificación al objeto del contrato, por eso se acudió a la suscripción del contrato adicional. Se ignora si lo que se agregó era conexo con el mejoramiento y pavimentación de la vía conocida como Troncal de la Paz y si su realización era indispensable para cumplir tal finalidad o si hubo necesidad de crear nuevos ítems o variación en sus precios unitarios, por ello el estudio encontró necesario recogerse en el contrato adicional.

Como se pone de manifiesto, esa precaria planeación parece más una aventura que la expresión responsable de servidores públicos a quienes les es exigible por sobre manera el apego a la legalidad.

Resulta sumamente llamativo que 11 meses antes de vencerse el plazo contractual fijado en 26 meses, la administración departamental liderada por **Aníbal Gaviria Correa** concluyera que era necesario garantizar el pago de «*mayores cantidades de obra*», cuando no se puso de presente un balance a partir del cual establecer o aproximar una solución semejante.

Como lo reflexiona el defensor, no es factible celebrar contratos adicionales para cubrir mayores cantidades de obra, pero es lo que ocurrió en el caso bajo estudio. Más aún, en este acto, la pavimentación de dos tramos de esa misma vía que al parecer, estaban sin intervención, inexplicablemente se mezcló con la adición de la reserva presupuestal por vía de contrato, para «*garantizar*» el pago de unas mayores cantidades de obra que no se identificaron ni determinaron pero que, en la práctica, se tradujo en el incremento injustificado de \$3.995.000.000, como lo indican los informes de interventoría a partir del acta de 22 de noviembre de 2007⁶⁰.

No puede admitirse como regular una situación semejante porque es desapegada de la legalidad y lesiva de los requisitos esenciales de los contratos. Lo relatado y descrito deja en evidencia las irregularidades en la tramitación de este adicional que, contrario a lo sostenido por el defensor, permite advertir que no hubo una debida planeación; un estudio de conveniencia y oportunidad sin seriedad, sin profundidad, sin especificidad pero usado como el fundamento para la decisión caprichosa de la administración representada

⁶⁰ Folio 793 carpeta digital 4 obtenida en archivos de la Gobernación de Antioquia.

legalmente por **Aníbal Gaviria Correa**, de celebrar este negocio jurídico con el cual se impuso el particular interés para sumar recursos a un contrato, sin razón suficiente, desconociendo con ello los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, con vulneración de la transparencia, economía, responsabilidad, para finalmente producir el quebranto del bien jurídico tutelado de la administración pública, entendida ésta como el deber de todo quien ejerce función pública de obrar con apego al principio de legalidad.

Debe resaltarse, entonces, que no fue verificada la satisfacción de estos requisitos legales esenciales en el momento mismo de la celebración del contrato adicional No. 1⁶¹ que se hizo por valor de \$3.995.000.000, suma ésta distinta de la que se previó en el estudio de conveniencia y oportunidad reseñado en precedencia. No es posible precisar qué incidió en esa variación, menos cuando no hay referencia en tal estudio a un presupuesto de obra - aun cuando hubiese sido aproximado-, que permita entender cuáles fueron los cálculos para llegar a tal cifra.

Con todo lo precisado, probablemente pudo configurarse la conducta típica de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en las fases de tramitación y celebración del contrato adicional No. 1 suscrito el 8 de noviembre de 2007.

2.4.2.1.1.3. *En el trámite y celebración del OTROSÍ NO. 2⁶² fechado el 27 de diciembre de 2007.*

Denominado OTROSÍ 2⁶³, consignó como objeto, «**Ampliar el objeto del contrato con el diseño y construcción del puente sobre el río Nechí en el sitio Palizadas que sirve para conectar la cabeza del municipio de El Bagre con la Troncal de La Paz mediante la vía Escarralao- Palizadas**» (negritas fuera del texto). Su valor fue fijado en \$16.334.000.000 y se previó un anticipo del 50% del valor básico “de la presente adición”⁶⁴.

El único antecedente cierto de este contrato adicional, a no dudarlo, es la AUTORIZACION que para el efecto dio el Comité de Contratación en la sesión de **23 de mayo de 2007**⁶⁵ a

⁶¹ Folios 203 y 204 cuaderno principal 3

⁶² Denominado OTROSÍ No. 2

⁶³ Folios 185 y ss. cuaderno principal 3

⁶⁴ Calculado en \$6.980.000.000

⁶⁵ Folios 226 y ss. cuaderno principal 3

la que concurrió como **invitada** la entonces secretaria de Infraestructura MARGARITA MARIA ANGEL BERNAL. La ingeniera MAYA LOPERA se refirió a la intervención del Comité en este trámite, afirmando: «*cuando me pregunta que quién lo aprobó, el Comité, era como el órgano aprobador de ese tipo de cosas. Si ellos no lo aprobaban, no se hacía*»⁶⁶ confirmando lo manifestado por el propio Gobernador respecto del alcance de la injerencia de ese organismo.

Revisada el acta respectiva, tal autorización consignada en el registro No. 52, indica que se hizo por valor de \$19.120.000.000. No obstante, al sumar el valor de este instrumento con el del contrato adicional No. 1 firmado un mes y veinte días antes, **superó** en **\$1.209.000.000** el valor autorizado.

En esa oportunidad, el Comité autorizó también una prórroga de 10 meses, pero, consultado el texto del OTROSÍ No. 2, la cláusula CUARTA prorrogó el plazo en **22 meses**, contados a partir de la fecha «*actual*» de vencimiento⁶⁷.

Luego entonces, para comenzar, se dirá que con este acto se superó en valor y plazo la autorización que en su momento otorgó el Comité de Contratación del Departamento de Antioquia.

Ahora bien, si el estudio de conveniencia y oportunidad fechado el 22 de mayo de 2007⁶⁸ también es antecedente de este negocio jurídico como «*parte*» de una fase de planeación, varios son los cuestionamientos que son evidentes, como pasa a explicarse:

Elaborado un mes y diez días después del primer estudio suscrito por la servidora MAYA LOPERA, con el mismo objeto que aquel, esto es, la adición del contrato principal, estableció como necesidad por atender, la terminación de «*las obras correspondientes a los accesos de las cabeceras municipales de los municipios aledaños a la troncal de la Paz, como lo son El bagre (sic) y Zaragoza*» para poder entregar al servicio de la comunidad «**totalmente culminada la Troncal de la Paz, incluyendo los accesos a las cabeceras municipales, con lo cual se estará garantizando un imoacto (sic) directo sobre las poblaciones asentadas en las cabeceras xe (sic) los municipios de El bagre (sic) y Zaragoza...**». Es decir, se trataba no solo de entregar totalmente culminados los trabajos de mejoramiento y pavimentación

⁶⁶ Folio 57 cuaderno anexo 1

⁶⁷ Folio 185 cuaderno principal 3

⁶⁸ Folios 231 y ss. cuaderno principal 3

de la vía que se conocía como Troncal de la Paz, sino que modificó el alcance físico de tal obra, agregando algo nuevo al objeto inicial: los accesos a las cabeceras municipales de El Bagre y Zaragoza, sin especificar si se trataba de una rectificación, de un trazado nuevo, de una habilitación, una pavimentación o cuál iba a ser la clase de intervención de tales accesos.

Para satisfacer esta nueva necesidad identificada en mayo de 2007, la alternativa mencionada -que no descrita técnicamente- por la ingeniera MAYA LOPERA, se hizo consistir nuevamente en la adición del valor del contrato **distinta** de la que un mes atrás sugiriera, pero con las mismas justificaciones: (i) constructor instalado en el proyecto, (ii) suficiencia técnica, (ii) operativa y (iii) logística, lo que, en su consideración, (iv) garantizaba los mismos costos pactados al inicio.

Solo que en esta nueva ocasión el monto a adicionar -dijo- era de \$19.120.000.000 que sumado al indicado para el contrato adicional No. 1 y al del principal, representaba el 47% de este último, bajo cuya consideración, se mantenía dentro de la previsión legal de no superar el 50%.

Pero a juzgar por la cronología, se pone de manifiesto que lo primero que sucedió fue la decisión de la administración tomada desde mayo de 2007, de adicionar el contrato, cuando aún ni siquiera había definido qué clase de obra realizaría con esos recursos, ni dónde las localizaría.

Lo que es indiscutible, es que el nuevo objeto era distinto del previsto en el contrato principal, porque ya no se trataba de mejorar y pavimentar la Troncal de la Paz, sino de entregar los accesos a las cabeceras de los municipios «aledaños» El Bagre y Zaragoza; esto explica por qué la misma autora del estudio de conveniencia y oportunidad, MAYA LOPERA, advirtió que de no adicionarse el contrato, se haría necesario un nuevo proceso contractual.

Llama la atención que para ese momento -según lo dice expresamente este estudio- **continuaban analizándose** las alternativas para «*la pavimentación del acceso a la cabecera municipal de El Bagre, de acuerdo con los análisis preliminares efectuados conjuntamente con la interventoría*».

Varios son entonces los problemas frente a esta afirmación: (i) nótese que dejó claro que aún seguían examinando opciones, es decir, sin explicar cuáles, es lo cierto que en ese

momento no terminaban las discusiones en punto de la opción considerada como más conveniente; no había una posibilidad definida o una gama de las consideradas mejores desde la óptica de la técnica y la economía, para seleccionar una de entre ellas; (ii) tampoco dio cuenta, ni especificó cuáles eran los análisis hasta ese momento **preliminares**, materia de análisis en orden a escoger la sobresaliente; (iii) tales exámenes se hacían conjuntamente con la interventoría de las obras de mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz -sabe ahora el Despacho con fundamento en las resultas de la investigación-, que si bien estaba vinculada a la administración departamental en virtud del contrato de consultoría que estaba ejecutando en sitio diferente, pero finalmente, ajena a este episodio, sin responsabilidad frente a los aludidos estudios; (iv) las alternativas en exploración se referían a la pavimentación del **acceso a la cabecera municipal** de El Bagre; es decir, tomando como punto de referencia tal acceso vial, las que se revisaban se referían concretamente a las opciones para su pavimentación, es decir, para dar a una vía ya existente, la superficie de rodadura rígida o flexible, una *«Capa lisa, dura y resistente de asfalto, cemento, madera, adoquines u otros materiales con que se recubre el suelo para que esté firme y llano»*⁶⁹.

A pesar de ese panorama de absoluta incertidumbre, peor aún, sin contar con un presupuesto de obra, el estudio de conveniencia y oportunidad fijó un valor para *«adicionar»* al contrato principal 2005-CO-20-335. La administración departamental de Antioquia no sabía qué elección hacer para pavimentar el acceso a la cabecera municipal de El Bagre y sin embargo, fijó en \$19.120.000.000 el costo de unas obras aún no definidas, el que, sumado al indicado en el estudio de conveniencia y oportunidad inmediatamente anterior y que correspondía al sugerido para el primer contrato adicional, si bien no superaba el límite del porcentaje fijado como tope por el Estatuto General de la Contratación Estatal para las adiciones, como también lo justifican el Gobernador **Gaviria Correa** y su defensor, sí sobrepasó el monto autorizado por el Comité de Contratación.

Pareciera ser que la única preocupación de la administración departamental en el año 2007 era no sobrepasar el límite fijado para la adición por la Ley 80 de 1993, como si ello fuese el único impedimento en esta materia. Se perdió de vista que, de acuerdo con jurisprudencia y doctrina en la materia, los que pretendía adicionar debían ser objetos relacionados con el

⁶⁹ https://www.google.com/search?rlz=1C5CHFA_enCO899CO900&sxsrf=ALeKk00rhmQY0wOMXSjO4Nz-Z7xjCzfSYA:1588782270375&q=Diccionario&stick=H4sIAAAAAAAAAAONQesSoyS3w8sc9YSmFSWtOXmOU4uLzL0jNc8lMLsnMz0ssqrTiUGJLLdYIMbTkWcTKDRRPBotn5gMANTZu/TwAAAA&zx=1588782613553

inicialmente contratado, que se requieran para evitar la paralización de la ejecución contractual o conjurar la amenaza de la prestación del servicio que se pretendía; de lo contrario, no se trataría de la adición del contrato sino, como en el caso en examen, de la celebración de un contrato adicional que debería cumplir con todos los procedimientos de selección y contratación.

El defensor argumenta que la ley solo limita el valor a adicionar, no el alcance; olvida, sin embargo, que mal puede acudir a la figura de la adición al contrato para disfrazar la inclusión de objetos que varían, no el contrato sino el objeto ya contratado, sin ninguna relación con éste y que generan obligaciones nuevas porque constituyen una verdadera ampliación de aquel, forzada ahora con fundamento en un remoto común denominador, con el propósito de eludir un proceso de selección objetiva del contratista. Esta situación fue puesta de presente por la responsable del estudio de conveniencia y oportunidad desde esas calendas, que así lo dejó expreso en el análisis de los riesgos de la contratación: «*De no realizarse la presente adición al contrato aquí señalado, se tendría como consecuencia en primer lugar, un mayor tiempo de espera de la comunidad para hacer uso de la obra, por cuanto se requeriría de un nuevo proceso contractual, así mismo se puede llegar a tener un mayor valor de la obra a ejecutar, por cuanto las condiciones del mercado actual superan en algunos ítems a los valores inicialmente contratados incluido el ajuste de actualización*».

Por advertencia de esa funcionaria, la administración a cargo del señor **Gaviria Correa** sabía que la considerada pavimentación del acceso a la cabecera municipal de El Bagre requería el agotamiento de un nuevo proceso de selección de contratista, tanto más, la decisión que en definitiva fue consignada en el contrato adicional No. 2, ya no de dar una capa de rodadura sobre una vía existente sino, la de **diseñar y construir** una nueva vía que atravesaría río Nechí, no sólo por el costo de este nuevo proyecto, sino -y principalmente- por su naturaleza y porque se trataba de objetos localizados en vías distintas.

Resulta curioso que en sesión de 23 de mayo de 2007 el Comité de Contratación⁷⁰, órgano a través del cual, según dijo el sindicado, hacía control al desarrollo de la delegación y que en su administración definía la actividad contractual que le era llevada a su consideración por las distintas secretarías, **AUTORIZÓ**⁷¹ la adición en \$19.120.000.000 y la prórroga en

⁷⁰ Folios 226 y ss. cuaderno principal 3

⁷¹ Folio 230 cuaderno principal 3

10 meses, del contrato de obra No. 2005-CO-20-335, sin estudios ni justificaciones complementarias, pero que se atendería con recursos de crédito si bien aprobados por la Asamblea, aún «en proceso de trámite» como lo puntualizó el documento⁷². Así lo declaró MAYA LOPERA quien señaló a la Fiscalía que **“Este informe hasta donde tengo en mi memoria, ni la Secretaria ni el Comité pidió que lo ampliara; partiría yo entonces que la secretaria ya en su tarea de viabilizado, lo amplió con el comité y lo aclaró, si hubo alguna aclaración; a mí no me lo pidieron”**⁷³.

Otras habrían sido las motivaciones para adicionar el contrato principal, a juzgar por las manifestaciones de MAYA LOPERA, la profesional de ingeniería a cuyo cargo estuvo el estudio de conveniencia y oportunidad, quien afirmó en declaración rendida ante esta Fiscalía: **«En ese momento SOLARTE Y SOLARTE era una de las firmas viales mejores que tenía el país, mejores en infraestructura, en equipos y no reconocido por mí, sino por propios y extranjeros. Lo que quise decir es que la ventaja del contratista era que estaba instalado y eso significa ahorros en tiempos y costos para el proyecto. Cuando usted va a hacer una adición siempre dice, el contratista es bueno para que se adicione, me refiero a buen ejecutor, o no y de allí se deriva muchas decisiones que toman todos los gobiernos, todos, porque si él no cuenta con los equipos y con el personal requerido lo que evidencia son retrasos en obras y una mala ejecución»**⁷⁴.

Otro tanto permite concluir la declaración de la secretaria ANGEL BERNAL. En diligencia de declaración rendida ante esta Fiscalía, al responder quién, quiénes, o en qué seno se definió que la construcción del puente sobre el río Nechí se haría como adición al contrato principal, afirmó: **«digamos que en el proceso del análisis de oportunidad y conveniencia debió aparecer eso. Segundo, en esa época se habló del principio de eficiencia y economía; eficiencia era que teniendo un contratista que conocía o que tenía experiencia en puentes y economía, que porque sacar otro proceso licitatorio, eso demoraba e inclusive sacar otro proceso licitatorio implicaba que volvieran a sacar nuevas instalaciones para la construcción de ese puente y eso generaba unos costos adicionales que si se utilizaba el contratista que estaba en la Troncal, pues se ahorraban. Tercero, se analizó jurídicamente si eso era viable y pues de hecho la respuesta fue que sí, que se adicionó y**

⁷² \$10.800.000.000 (2301010133/1120/0320/01021-4001-18020 y \$8.320.000.000) según obra en el registro 52 del folio 230, cuaderno principal 3

⁷³ Folio 32 cuaderno anexo 1

⁷⁴ Folio 30 cuaderno anexo 1

todo porque obedecía a un proceso de conectividad de la región, como era la Troncal de la Paz»⁷⁵.

Pero evidentemente, estas reflexiones no son admisibles como fundamento ni para adicionar un contrato, ni para suscribir un contrato adicional; no se incrementa el valor de un contrato porque el contratista es bueno como ejecutor, pues esto solo pone en evidencia que lo que se está premiando es un interés individual y no el colectivo que es el que debe ser el norte de las actuaciones de la administración. Tampoco debe ser el resultado de la consideración de suficiencia de equipos y personal en el constructor que ya está en obra, porque esa evaluación necesariamente deberá tener lugar en el marco de la comparación con otras posibilidades que, como ofertas en igualdad de condiciones, se hubieran presentado.

No está en tela de juicio el *goodwill* del contratista de la Troncal de la Paz ni su reconocimiento a nivel nacional o internacional, sino que esto hubiese sido una consideración suficiente para concluir de manera especulativa, sin otros soportes técnicos o financieros sólidos, que por estar localizado en una obra que, vale la pena reiterarlo, no guarda relación con la que pretendía adicionarse, se iba a lograr un ahorro en tiempo y en dinero.

Escuchada en declaración por la Fiscalía, la ingeniera MAYA LOPERA afirmó: *«Entonces a principios del 2007 propuse desde mi Dirección que era ya Evaluación Contractual, se posibilitara hacer la conexión de estos municipios y se buscaran alternativas de conexión y eso empezamos a hacer. Eso se le pasó a la Secretaría de Infraestructura para su viabilidad; ella lo viabiliza y ya lo pasa para evaluación y aprobación al Comité de contrataciones o yo no sé cómo se llamaba ese Comité, que era el que aprobaba los proyectos y recursos que se iban a invertir en todas las secretarías de la Gobernación. Así empezamos a hacer la evaluación. Este comité aprobó y empezamos a trabajar; se hicieron evaluaciones, una alternativa era conectarnos por Zaragoza, pero las condiciones geológicas de esta zona eran muy peligrosas y no había garantía de estabilidad geotécnica; hicimos un acuerdo como si fuera, unas mesas de trabajo con las comunidades quienes nos solicitaban que no hiciéramos la pavimentación por Zaragoza porque se iba a perder, porque nos alertaban de las condiciones de inestabilidad de la vía; se presentaba muchos derrumbes y las condiciones eran de alto riesgo. Entonces, varios profesionales de la*

⁷⁵ Folio 77 cuaderno anexo 1

secretaría de infraestructura junto con la interventoría de la Troncal de la Paz, DIN-SEDIC, empezaron a hacer las evaluaciones por todo ese corredor del río Nechí desde Zaragoza hasta el Bagre, cuál era la condición más óptima de calidad. En ese momento cuando se hizo la propuesta no había una alternativa, podía ser terrestre, un cable, un puente, la idea era lo que fuera la mejor solución. En esa evaluación y la planeación de la accesibilidad de estos municipios encontramos un sitio que era utilizado por el municipio de El Bagre para atravesar el río Nechí que tenía las condiciones óptimas para posibilitar la construcción de un puente; allí DIN-SEDIC y los profesionales de puentes de la Gobernación, habían un muchacho que se llamaba, Herrón, Wilson Herrón y con la interventoría DIN-SEDIC empezaron a valorar las condiciones técnicas de lo que podía ser un puente, valoraciones técnica, económica; entonces DIN-SEDIC hizo como una alternativa de puente y la presentó a la Secretaria de Infraestructura. Es en ese momento que la secretaria de infraestructura aprueba la construcción del puente como alternativa de conexión de las cabeceras municipales»⁷⁶ (...) «a principios del 2007 yo no hablé de construcción del puente, sino de conectividad de las cabeceras a la vía Caucaasia-Nechí. A raíz de los análisis que hicieron los profesionales de puentes de la Secretaría de Infraestructura con la interventoría DIN-SEDIC, se dio la alternativa de la construcción del puente»⁷⁷.

Por informaciones recogidas en la investigación, se tiene que, con la concurrencia de DIN-SEDIC, el departamento de Antioquia adelantó lo que parecería ser, una especie de fase primigenia de planeación que no se formalizó, como que no hace parte del contrato adicional, pues como lo dijera la ingeniera MAYA LOPERA, «hay un verso que me gusta repetir y es que la interventoría son los ojos técnicos, administrativos y jurídicos de la entidad en el sitio de las obras; entonces, a ellos se les pidió que junto con los profesionales de puentes se buscara la solución más óptima»⁷⁸ (...) «...entre mayo y cuando DIN-SEDIC presentó el documento donde daba las alternativas de cómo sería el puente con los mejores sitios de pontiadero para la construcción del puente como alternativa vial (sic), que ya fue en el segundo semestre de 2007. Ese documento tenía planos, posibles longitudes, era como un estudio juicioso, sé que ellos documentaron las alternativas desde prediseños», los que no se pagaron porque «ellos no hicieron los estudios ni diseños, ellos con los ingenieros de puentes buscaron alternativas de conexión y presentaron un

⁷⁶ Folios 50 y ss. cuaderno anexo 1

⁷⁷ Folio 53 cuaderno anexo 1

⁷⁸ Folio 52 cuaderno anexo 1

esquema, era un borrador de lo que podría ser, pero no era con alcance de diseño. Estudios y diseños son juntos pero lo que hizo DIN-SEDIC no fue eso»⁷⁹.

Sobre el particular, JUAN DIEGO LONDOÑO manifestó: «*nosotros como interventoría recibimos el encargo de la doctora MARGARITA ANGEL para hacer una valoración previa de los costos aproximados de las obras del puente sobre el río Nechí; eso fue como a mediados del año 2007*»; «*...realizamos la topografía, la localización, una revisión de la geología de la zona, profundidades del río, la hidrología, las fuentes de materiales, los costos de obras similares y los análisis de precios de algunas obras que se venían desarrollando en el país y del sistema constructivo a utilizar*»⁸⁰.

Por su parte, el ingeniero WILSON HERRÓN DURAN, afirmó: «*...con la especialización que realicé en estructuras, era el profesional que más tenía conocimiento en la secretaría de infraestructura para diseño y proyecciones de puentes, por ende tengo conocimientos básicos de otras especialidades como son la geotecnia, la hidrología y la hidráulica, disciplinas que intervienen en un proyecto de diseño de puentes, que al materializarse ya el diseño se requiere de los estudios de los profesionales especializados en estas ramas, pero sí mi experiencia la hacía válida para emitir este tipo de conceptos al interior de la entidad. Yo hice el estudio, pero no fue oficial, la valoración del ahorro del tiempo en transporte; cogí el tiempo del extra recorrido por la otra alternativa, supuse unos viajes de buses, de camiones y de vehículos tipo automóvil que entraban y salían diariamente a El Bagre, valoré el tiempo de la gente, el extra recorrido en desgaste de vehículos y en consumo de combustible y saqué la conclusión que entre más o menos 25 o 30 años esos ahorros valían lo que valía la construcción del puente*». «*...Eso no lo dejé documentado, lo hice en una tarde que me puse a llenarme de argumentos más técnicos para las ventajas que debería tener la construcción del nuevo puente sobre el río Nechí. Eso fue a finales del 2007. Cuando el gobernador me habló yo le dije eso, eso fue como en octubre, realmente no me acuerdo, cuando estaba el boom de las dos alternativas*»⁸¹.

Preguntado este último declarante si por entonces se adelantaron estudios técnicos previos, diseños, presupuestos, estudios de mercado para soportar la iniciativa de construcción del puente sobre el río Nechí, respondió «*No, aparte de lo que yo valoré valía la construcción*

⁷⁹ Folio 54 cuaderno anexo 1

⁸⁰ Folio 246 cuaderno anexo 1

⁸¹ Folio 168 y ss. cuaderno anexo 1

*del puente, lo cual se hace con tenores, por metro cuadrado de área en planta de puente para el tipo estructural por voladizos sucesivos, técnica común que en la actualidad también se utiliza. De ello fue que concluí que entre 25 y 30 años de uso y las ventajas atrás mencionadas se libraba la construcción del puente, **que fue lo que hice en una tarde**»⁸².*

El momento en que la administración departamental cambió su proyecto de pavimentación del acceso a la cabecera municipal de El Bagre al diseño y construcción del puente sobre el río Nechí en el sitio Palizadas, solo se encuentra documentado en el OTROÍ No. 2. Revisados los pliegos de condiciones con los cuales se seleccionó el contratista para el objeto del contrato 2005-CO-20-335, es claro que su alcance era mejorar y pavimentar la ya existente vía Troncal de la Paz. En ellos no se contemplaron el diseño ni la construcción de un puente sobre el río Nechí lo que evidentemente varió el **objeto contractual**, involucró para el contratista nuevas obligaciones y conllevó la inclusión de nuevos ítems. Una obra que no guardaba relación con el mantenimiento y pavimentación que constituía el objeto del contrato que vinculaba a las partes, a no dudarlo funda un contrato adicional frente al cual debió agotarse todo el proceso para su tramitación y celebración, el cual esquivó con su proceder la administración departamental de Antioquia.

El diseño y construcción del puente sobre el río Nechí fue un proyecto ideado cuando ya estaban en ejecución las obras del contrato principal, pero que de no ejecutarse no amenazaba el cumplimiento la finalidad de aquellas, ni sugerían su paralización y mucho menos, suponía afectación del contrato principal.

Sobre este particular la ingeniera MAYA LOPERA, informó sobre la idea tardía de adelantar ya no la pavimentación del acceso a El Bagre sino de construir un viaducto: *«cuando yo hablo de un proyecto, obligatoriamente tiene que tener corredores d (sic) conectividad, más si yo soy Gobernación o departamento, a la vía que estábamos haciendo., (sic) **que por qué no lo tuvieron en cuenta al principio, no sé; pero no tenía sentido que yo hiciera una vía y no conectara nada, no conectara lo que para mí tenía prioridad, que eran los municipios, entonces a quién favorecía la vía? A nadie; que en el principio no estuviera la conectividad, sí, pero por eso la presenté y la viabilizaron como la conectividad**»⁸³.*

⁸² Folio 170 cuaderno anexo 1

⁸³ Folio 53 cuaderno anexo 1

La finalidad que tuvo la administración con el contrato principal, fue dar una capa de rodadura a la vía existente llamada Troncal de la Paz que conectaba los municipios de Caucasia y Zaragoza. La finalidad no fue la conectividad de El Bagre, sólo que, en consideración de esa servidora, esto era la prioridad y por ello lo propuso y terminó viabilizado.

Si bien puede entenderse que colmar la necesidad de comunicar la cabecera de El Bagre con la vía que estaba rehabilitándose contribuía a la conectividad de ese sector de la geografía antioqueña, son dos objetos contractuales distintos, con alcances diferentes. Así lo afirmaron, JUAN DIEGO LONDOÑO CORREA: *«lo que pasa es que el puente como tal se considera como un proyecto, **no como parte del proyecto del corredor Nuevo Oriente Escarralao, es una obra muy específica**» (...)* *«...**el objeto del contrato principal hacía referencia a una vía y no a un puente**»⁸⁴* y MAURICIO RESTREPO GUTIÉRREZ: *«no desconozco los beneficios de conectividad, lo que manifiesto es que el Puente no está dentro del objeto inicial que era Caucasia – Zaragoza; el puente se encuentra localizado entre Zaragoza y El Bagre»⁸⁵.*

Por otra parte, el alcance físico diferente de las actividades necesarias para desarrollar el nuevo objeto contractual, la construcción de un puente, por las características del río Nechí -al menos- en ese sector, exigía unas particularidades especiales. Según lo afirmó en declaración la ingeniera MAYA LOPERA⁸⁶, *«El puente es ancho y el río Nechí es caudaloso; por las distancias entre pontiacderos, es decir entre tierra, allí se determina el tipo de puente, porque no es lo mismo hacerlo en una quebradita; esas características obligaban a hacer el puente como se hizo».* Sin embargo, sin haberse definido la fórmula para alcanzar la conectividad pretendida, el Comité de Contratación estimó para la construcción un tiempo de 10 meses -según se lee en el acta de 23 de mayo de 2007-, pese a que se instaban características técnicas, perfiles profesionales y experiencia en los contratistas diseñador y constructor, diferentes de las que se requirieron en los pliegos de condiciones del contrato principal, por la potísima razón que, como lo afirmó el ingeniero LONDOÑO CORREA, este no incluía acciones semejantes.

Con este panorama, la Fiscalía encuentra la explicación para que el Consorcio Troncal de La Paz, luego de suscrito el contrato adicional No. 2 y con el fin de cumplir con las nuevas

⁸⁴ Folios 248 y 249 cuaderno anexo 1

⁸⁵ Folio 146 cuaderno anexo 1

⁸⁶ Folio 55 cuaderno anexo 1

obligaciones generadas, se viera precisado a sub contratar con especialistas en el tema, como el ingeniero DARIO FARÍAS, por la potísima razón que eran constructores, no diseñadores, como lo declarara el mismo director de la interventoría JUAN DIEGO LONDOÑO en diligencia rendida ante esta Fiscalía. Otro tanto ocurrió con los especialistas en geología, geotecnia e hidráulica que nunca estuvieron previstos para la realización del contrato original, tal como lo dieron a conocer testigos que declararon ante este Despacho:

LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, por ejemplo, indicó que *«los especialistas fueron: DARIO FARIAS en la parte estructural; una empresa que se llama INNOVA el área hidráulica; GEOSOLUCIONES, la parte de geología y geotecnia...»*⁸⁷.

CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE afirmó: *«...para el diseño, contratamos al ingeniero DARIO FARÍAS, no recuerdo el valor del contrato; recuerdo que estuvo un doctor FORERO, experto en suelos, hubo otro en hidráulica, pero no recuerdo, hubo varios expertos, hicieron ensayos...»*⁸⁸.

JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ MORA dijo sobre el tema: *«los diseños fueron elaborados por (sic) el estructural por el ingeniero DARIO FARIAS, altamente reconocido como **consultor**; la geotecnia fue desarrollada por GEOSOLUCIONES, concretamente el dr. Edgar Forero; la hidráulica e hidrología la hizo INNOVA; la topografía y localizaciones se hizo con personal de la obra», y que «... [los especialistas] **eran subcontratistas del Consorcio Troncal de la Paz»***⁸⁹.

JUAN DIEGO LONDOÑO CORREA: *«sí, eso sí lo recuerdo, la firma de DARIO FARIAS, un especialista en estructuras de Bogotá que ha hecho puentes muy famosos, pero el que lo **contrató es el Consorcio Troncal de la Paz**», ya que «... **la especialidad de la firma contratista Consorcio Troncal de la Paz no es el diseño estructural»***⁹⁰.

JUAN FERNANDO FRANCO: *«Pues como el objeto del OTROSI No. 2 lo dice, el contrato 2005-CO-20-335 se amplió con el diseño y construcción, por lo cual, el **contratista se obligó a contratar el diseño y la construcción del puente**», pues **“lo que pasa es que LOS SOLARTE son ingenieros constructores; no tengo conocimiento que sean ellos***

⁸⁷ Folio 268 cuaderno anexo 1

⁸⁸ Folio 288 cuaderno anexo 1

⁸⁹ Folio 313 cuaderno anexo 1

⁹⁰ Folio 239 cuaderno anexo 1

mismos diseñadores y dentro de un contrato es muy normal que la actividad de diseño la realicen personas especialistas en diseño estructural que es una actividad de consultoría, siendo la construcción una actividad de construcción”, y que fue «el Dr. FARÍAS contratado por el contratista, los SOLARTE»⁹¹;

MAURICIO RESTREPO GUTIÉRREZ: «De acuerdo con el acta No. 3 de 7 de octubre de 2008, dice que la interventoría se compromete a entregar revisados y aprobados los diseños el día 10 de octubre de 2008 a más tardar, pero manifiesta el contratista y dice que entrega de la última versión de los planos los que encuentran firmados el Dr. Darío Farias (sic) que hizo los diseños estructurales»; al respecto «debo manifestar que los estudios los subcontrata con expertos el contratista de la Troncal de la Paz y la revisión de esos estudios la debe hacer la interventoría que era el consorcio DINSEDIC»⁹².

Como era de esperarse, por tratarse de una actividad no prevista desde la fase de planeación del objeto del contrato principal, como lo dijera el Director de Interventoría, JUAN DIEGO LONDOÑO CORREA, tampoco estaba prevista su intervención, por lo que demandó en la firma interventora DIN-SEDIC, cubrir también el costo de otros expertos para la revisión y aprobación de los diseños, como se evidenció en la investigación: «Cuando la gobernación determinó realizar los estudios y diseños del puente sobre el río Nechí bajo el contrato de construcción de 2005-CO-20-335 paralelamente se determinó por parte de la Secretaría de Infraestructura que la interventoría realizara la revisión de los estudios y diseños **a través de unos especialistas que se solicitaron para las distintas áreas, hidrología, hidráulica, estructuras, geotécnica etc. como las principales.** En el contrato principal de interventoría no se determinó las actividades de revisión de los estudios y diseños del puente sobre el río Nechí ni tampoco la intervención a las obras de construcción, **es que en el contrato principal de interventoría no existía ese puente»⁹³**, implicando costos adicionales también en el contrato de interventoría, puesto que «la adición calculo que fue por el año 2007 pero no sé la fecha y los recursos de personal para ejecutar ese contrato fueron un residente con especialidad en puentes, unos especialistas en las áreas de estructuras, geotecnia, hidrología e hidráulica, básicamente eso fue, el resto todo estaba en el contrato. El residente se llama OSCAR BETANCUR; el estructural era ANDRÉS

⁹¹ Folios 192 y 185 cuaderno anexo 1

⁹² Folio 137 cuaderno anexo 1

⁹³ Folio 237 cuaderno anexo 1

LONDOÑO, el geotecnista, ELIAS CORREA; hidrología e hidráulica fue FERNANDO GONZÁLEZ». ⁹⁴

Si aquello ocurrió respecto de los diseños, otro tanto sucedió con la parte constructiva del puente sobre el río Nechí, cuando la realidad contradujo la suposición hecha por MAYA LOPERA en su ligero estudio de conveniencia y oportunidad, porque, incluso, se precisaba de equipo y maquinaria distintos, como lo indicó quien fuera supervisor inicial del contrato, JORGE MONTOYA DELGADO: «Bueno, en el tema de construcción de puentes las herramientas que se requieren son muy diferentes, son para la fabricación de concretos para las estructuras o los elementos estructurales del puente»⁹⁵.

Así lo dio a conocer el consorciado ingeniero CARLOS SOLARTE SOLARTE: **«prácticamente tuvimos que abrir un frente nuevo. Nosotros nos preparamos, porque hubo que comprar equipo, porque no teníamos equipo suficiente, por ejemplo, creo que se compró un malacate de excelente capacidad; se compró una plata eléctrica grande como de 450 watts, creo que fueron dos mixer para transporte de concreto y no me recuerdo si se compraron retroexcavadoras. En cuanto a personal, primero fue el ingeniero de puentes que fue JESÚS RIASCOS, él fue para construcción y es pisano y otra serie de residentes que no recuerdo exactamente...recuerdo que la grava y la arena había un ingeniero TORRES que trabajaba con el Dr. JAIME MURCIA, sacaban la grava y nosotros le pedimos, lavada la grava y la arena, le pagamos a un mejor precio y nos suministraron; los pequeños, que tenía que ser una especie de mano de obra calificada, fueron distintos de los que teníamos en la vía Zaragoza-Caucasia»**⁹⁶

También el Representante Legal del Consorcio Troncal de la Paz, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, quien refiriéndose al personal subcontratado para actividades en la construcción del puente señaló: «...SISTEMAS ESPECIALES se encargaron de el tensionamiento ya en la construcción; el pilotaje que es meter la máquina para la perforación, lo hizo la empresa GALANTE; esto es de lo que me acuerdo. Viendo la contabilidad se pueden ver los subcontratistas»⁹⁷.

⁹⁴ Folio 238 cuaderno anexo 1

⁹⁵ Folio 118 cuaderno anexo 1

⁹⁶ Carlos Alberto Solarte Solarte, folio 288 cuaderno anexo 1

⁹⁷ Folio 268 cuaderno anexo 1

A no dudarlo, al decidir que la obra fuera la construcción del puente sobre el río Nechí, por tratarse de objetos contractuales con alcance diferente como se consignó precedentemente, lo requerido era, no uno, sino dos contratos: uno, de consultoría para los diseños y otro, el de construcción; dos procesos claros, independientes, precedidos ambos, obviamente, del agotamiento de sendas fases precontractuales con observancia íntegra de los requisitos legales esenciales de publicidad, igualdad, economía, responsabilidad, selección objetiva, con una planeación técnica que requería la participación de expertos, no solo en cálculo estructural, sino en hidrología, hidráulica, geotécnica, como los que tuvieron que ser sub contratados, no solo por el Consorcio Troncal de la Paz, sino por quienes ejercerían la interventoría.

Brilló por su ausencia, hasta para el diseño del puente, una consultoría según previsión legal del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como quiera que se trataba de estudios necesarios para prefactibilidad o factibilidad del proyecto específico, elaboración de planos, anteproyectos y proyectos, con obligaciones marcadamente intelectuales a cargo del contratista.

Se ha probado que no hubo preparación, ni proceso de selección de un consultor, sino que, tal parece, decidida ya no la pavimentación del acceso vial a la cabecera municipal de El Bagre sino, su conexión con la Troncal de la Paz⁹⁸, desde esas calendas -mayo de 2007- sin estudios serios, responsables, violando los principios de economía, transparencia, selección objetiva, publicidad e igualdad, la administración de Antioquia a cuya cabeza estaba el Gobernador **Aníbal Gaviria Correa**, adelantó conversaciones con el Consorcio TRONCAL DE LA PAZ en orden a acordar precios, tal como lo afirmó el ingeniero CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, uno de los consorciados: «a nosotros nos entregaron un pre diseño que si mal no recuerdo lo realizó DIN-SEDIC; nos lo entregó el departamento la Secretaría de Infraestructura y con eso, nos dijeron que deberíamos hacer diseño y construcción y allí, dependiendo primero del diseño del puente, ya uno sabe a dónde llega y presenta los precios unitarios, los que no estén pactados en el contrato. Digamos en eso, la vocera de todo eso fue la interventoría, con ellos nos sentamos a revisar precios unitarios que faltaban porque la mayoría estaba». «**No me recuerdo, eso fue como unos meses, pero no puedo precisar...**»⁹⁹.

⁹⁸ Que para mayo de 2007 estaba siendo intervenida para mejorarla y pavimentarla

⁹⁹ Folio 287 cuaderno anexo 1

Tales manifestaciones fueron corroboradas por el representante legal del Consorcio Troncal de la Paz, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, quien al responder sobre la génesis del OTROSI NO. 2, relató: *«la idea surge de la Gobernación, dl(sic) Grupo Gestor del contrato en la Gobernación, MRYORI (sic) y MARGARITA ANGEL, para darle conexión al municipio de El Bagre y la Troncal de la Paz. Esto tenía un prediseño, no sé en qué época lo hicieron pero ese prediseño lo hizo la interventoría, nos lo entregó la interventoría, pero no preciso si fue antes o después del OTRO SI No. 2»*. **«PREGUNTADO: cuándo comienzan a hablar la Gobernación y el Consorcio Troncal de la Paz sobre la idea de incluir en el contrato principal 2005-CO-20-335, el diseño y construcción del Puento sobre el río Nechí. CONTESTÓ: meses atrás de firmar el OTRO SI No. 2, creo que cerca de diez meses» (...)** *«eso fue una decisión de la administración de la Gobernación»*. *«los análisis de precios se llevaron a cabo con la interventoría y validados por la Gobernación, meses atrás de firmar el otro sí No. 2. IGNACIO NARVÁEZ que es economista y fue socio de INECONTE, conoce mucho del tema y fue quien intervino por parte del Consorcio en la proyección del análisis de precios unitarios»¹⁰⁰*.

En declaración rendida ante esta Fiscalía, JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ MORA afirmó sobre el particular: *«obviamente había precios unitarios que yo revisé, pero no recuerdo en qué momentos se hicieron. A mí me dijo uno de los miembros del consorcio, que **había interés de la Gobernación, de conectar el Bagre con la Troncal de la Paz**, pero que yo haya participado, no. recuerdo (sic) sin embargo que el doctor CARLOS SOLARTE me preguntó qué me parecían los precios del puente, pero no recuerdo si fue antes o después de la firma del OTRO SI No. 2»*. *«había un predimensionamiento adelantado por DIN-SEDIC firma interventora, de allí se podían sacar las cantidades de obra estimadas; seguramente DINSEDIC hizo el presupuesto y al tener cantidades de obra y unos precios unitarios, se encuentra el valor del presupuesto»¹⁰¹*.

Preguntado desde su experiencia como ingeniero civil sobre la idoneidad del OTRO SI No. 2 para dar inicio a la construcción de una obra como el puente sobre el río Nechí, en las condiciones planteadas dentro del contrato 2005-CO-20-335 y los documentos precontractuales del mismo, afirmó el ingeniero JUAN DIEGO LONDOÑO CORREA que *«yo pensaría que no, porque **no cumple con los requisitos de planeación que dieron origen al contrato inicial** suscrito con el Consorcio Troncal de la Paz», «...la verdad*

¹⁰⁰ Folios 269 y ss. cuaderno anexo 1

¹⁰¹ Folios 310 y 311 cuaderno anexo 1

*desconozco el ejercicio qué (sic) se pudiera haber hecho desde la Secretaría de Infraestructura con miras a la celebración del OTRO SI al contrato principal para la construcción del puente sobre el Río Nechí» (...) «La estructuración que debió haber realizado al interior de la secretaría de Infraestructura para la celebración del OTRO SI no fue de mi conocimiento. A la firma consorcio DIN-SEDIC de la cual fui empleado le correspondió una vez celebrado los OTROS SI para la ejecución de los (sic) estudios y diseños y construcción del puente, **la planeación de dichas actividades, las cuales se realizaron conjuntamente con el supervisor del contrato y los representantes del contratista, con posterioridad a la firma del OTRO SI**»¹⁰².*

En concreto, el entonces Director de Interventoría concluyó: **«para desarrollar los proyectos de ingeniería existen tres fases, la de estudio o planteamiento de alternativas, la prefactibilidad y la factibilidad. Dichas fases no se llevaron a cabo antes de suscribir el OTRO SI No. 2. A eso me refiero con que el proyecto careció de rigor en su estructuración pues no con el planteamiento de una alternativa se debe contratar la obra»**¹⁰³.

Lejos de adelantar una planeación seria, responsable para determinar incluso el tipo de puente, los requerimientos en la persona del consultor que debería hacer el diseño y las condiciones en los probables interesados en llevar adelante la construcción, la administración departamental liderada por **Aníbal Gaviria Correa** desconoció los principios de la contratación estatal que, como se advirtió, constituyen requisitos legales esenciales, no hizo pública la decisión de contratar la consultoría para los estudios, ni la de elegir el constructor, imponiendo su voluntad contra derecho y adicionando estos objetos al contrato inicial a pesar de que con ello modificaba el alcance físico de la obra ya contratada.

Tal parece que agotados los diálogos con el Consorcio Troncal de la Paz y obviando la verificación del cumplimiento de todos los requisitos legales esenciales en la etapa de tramitación contractual, la administración departamental de Antioquia aguardó hasta finales de ese mismo año -hasta el 27 de diciembre- para suscribir el OTRO SI No. 2 con el que incluyó, no solo el que debió ser objeto de un contrato de consultoría sino, el correspondiente a la construcción del puente sobre el río Nechí, como si se tratara de objetos relacionados con los del contrato principal, cuidando solamente de no sobrepasar el límite del 50% del

¹⁰² Folios 245 y ss. cuaderno anexo 1

¹⁰³ Folio 249 cuaderno anexo 1

valor de ese contrato, como si con ello se pudiera legalizar el cúmulo de irregularidades ocurridas hasta entonces, incluida la de forzar como adición dos objetos nuevos que implicaron la ampliación del alcance físico del objeto ya contratado; sin conexidad con aquel y, reitera la Fiscalía, sin que su ejecución fuera indispensable para lograr la finalidad de mantenimiento y pavimentación de la Troncal de la Paz, que se había propuesto la administración departamental con el objeto del contrato 2005-CO-20-335.

Es indudable que los objetos incluidos como si se tratara de elementos no previstos pero ligados al objeto del contrato principal, no guardan relación porque la ejecución de estos no incide en aquel y, por los requerimientos técnicos y la naturaleza de estos requería inclusive de la fijación de nuevos ítems como parte de las novísimas obligaciones del contratista.

La descripción hecha por los testigos escuchados por la Fiscalía permite comprender, de una parte, la independencia de las nuevas obras de las de mejoramiento y pavimentación que se estaban adelantando y, de otra, que en realidad lo que existió con el OTROSI No.2 fue una variación del objeto contractual:

- ✓ MAURICIO RESTREPO GUTIERREZ: *«la Troncal de la Paz es una vía primaria a cargo de la Nación que el departamento haya invertido allí, no es irregular; la vía Escarralao Palizadas es una trocha de 11 km que hoy no está pavimentada, es una vía de carácter terciaria, por las características, es una trocha completa, es como si yo hiciera aquí una obra y voy a hacer un puente en la Estrella o a 11 kilómetros de aquí, hago aquí la obra principal y otro sí en la Estrella, desde el punto de vista geográfico son dos lugares completamente distintos»*¹⁰⁴
- ✓ JORGE MONTOYA DELGADO: *«[la Troncal de la paz] Era una vía departamental, o sea que era una vía secundaria, pero conectaba a la zona del nordeste de Antioquia, bajo Cauca de Antioquia con la Troncal Occidental de la red Nacional, por el municipio de Caucasia. De hecho, hoy hay una concesión 4G que está trabajando entre Zaragoza y Caucasia, pero ya es un tema de la ANI»*¹⁰⁵.
- ✓ NADIA MARYORI MAYA LOPERA: *«...primaria, no tenía capa de rodadura; era un suelo limoso, no estaba pavimentada», «...era una vía nacional y nos los entregó la nación, pero no recuerdo por medio de qué entidad; la idea era que nosotros*

¹⁰⁴ Folio 136 cuaderno anexo 1

¹⁰⁵ Folio 107 cuaderno anexo 1

*entrábamos a terminar lo que ellos no habían terminado. Los diseños nos los entregó la nación y nosotros lo que hicimos fue la construcción". En cambio, de la que iba desde la cabecera municipal de El Bagre hasta la Troncal de la Paz, dijo: «Esa vía que conectaba la cabecera municipal de El Bagre con esa vía principal Caucasia-Zaragoza, era departamental», asegurando frente a su estado que, «no había vía; el intermedio entre el Bagre y la de Caucasia Zaragoza era el río Nechí». «...un acceso al puente estaba en el Bagre y el otro estaba en una **vía pequeña, no recuerdo la longitud, no conectaba nada con nada, si me pregunta si era primaria, secundaria o terciaria, digo que era nada, yo le doy un nombre cuando conecta, si no, no; esta era una vía sin pavimentar, ancho por allí cinco o seis metros, y esa iba hasta el sitio donde embarcaban las personas para pasar en el ferri, hasta la vía Caucasia- Zaragoza que es la Troncal de la paz; nada, era una vía en afirmado, pero no me acuerdo mucho, era un corredor pequeño, algo así como un kilómetro, pero no era grande, era menos de un kilómetro»¹⁰⁶.***

- ✓ En su indagatoria sobre las características por entonces de la vía que comunicaba El Bagre y la Troncal de la Paz, a juzgar por lo observado en los sobrevuelos que hizo por ese municipio porque nunca la transitó, el Gobernador **Gaviria Correa** dijo que era de muy malas especificaciones, con tráfico muy bajo porque se conectaba con un río; deteriorada y con poco mantenimiento; estrecha, de un solo carril; «destapada».

Frente al anterior panorama, no es de recibo la conclusión de similitud entre los objetos del contrato principal y del OTROSÍ No. 2, presentada en sus alegatos por el defensor:

- ✓ Que se trata de dos obras de ingeniería, es una categoría demasiado amplia que no es justificación para efectos de una adición; de lo contrario pudiesen agregarse muchos más objetos, como la glorieta y la ampliación de la carrera 48 Avenida de la Juventud con diagonal 58 como «complemento de la obra del contrato 2005-CO-20-335 Mejoramiento de la Troncal de la Paz, Tramo la Cruzada-Caucasia, Sector Nuevo Oriente-Escarralao. Puente sobre el río Nechí» como lo «autorizó» el alcalde de El Bagre en escrito de 13 de enero de 2010¹⁰⁷, que evidentemente es también una obra

¹⁰⁶ Folios 47 y 51 cuaderno anexo 1

¹⁰⁷ Folio 1720 carpeta digital 9 obtenido en inspección en la Gobernación de Antioquia.

de ingeniería pero que no guarda relación con las obras, ni del contrato principal, ni del adicional No. 2.

- ✓ Que los objetos del principal y del OTROSÍ No. 2 se contrataron por el sistema de precios unitarios, es una modalidad de contratación que no explica cómo puede ser elemento para definir la naturaleza del que debe celebrarse.
- ✓ Que ambos involucraron la construcción de puentes, es cierto, como lo afirmó en su indagatoria el gobernador **Gaviria Correa**. Pero aún correspondiendo a la misma categoría, son obras técnicamente diferentes, que no están ligadas ni la una es indispensable para la ejecución de la otra, como quedó en evidencia así: los diseños del construido sobre el río Caserí hacían parte de los estudios previos del contrato, como lo informó JUAN DIEGO LONDOÑO: «estaban desde licitación y fueron presentados en los pliegos de condiciones por la Secretaria de Infraestructura de la Gobernación, la que sacó el contrato»¹⁰⁸, a diferencia del construido sobre el río Nechí que carecía de diseño: «Cuando la gobernación determinó realizar los estudios y diseños del puente sobre el río Nechí bajo el contrato de construcción de 2005-CO-20-335 paralelamente se determinó por parte de la Secretaría de Infraestructura que la interventoría realizara la revisión de los estudios y diseños a través de unos especialistas que se solicitaron para las distintas áreas, hidrología, hidráulica, estructuras, geotécnica etc. como las principales. **En el contrato principal de interventoría no se determinó las actividades de revisión de los estudios y diseños del puente sobre el río Nechí ni tampoco la intervención a las obras de construcción, es que en el contrato principal de interventoría no existía ese puente**»¹⁰⁹, y ello es verdad, como también lo es que «todos los ítems del puente [sobre el río Nechí] eran no previstos, la mayoría, no previstos en el contrato inicial. Había unos pilotajes en el contrato inicial para construir el puente sobre el río Caserí pero los pilotajes diseñados para el río Nechí diferían en el proceso constructivo, equipo, dimensiones y todas las características de los previstos para el Caserí»¹¹⁰, circunstancias estas últimas indicativas que lo legalmente procedente era un contrato adicional.

¹⁰⁸ Folio 237 cuaderno anexo 1

¹⁰⁹ Folio 237 y ss. cuaderno anexo 1

¹¹⁰ Folio 242 cuaderno anexo 1

- ✓ Que los dos proyectos tienen como fin la conexión por vía carretable, es cierto, pero de sectores diferentes; la naturaleza de la intervención hace que las obras por ejecutarse sean distintas: mientras en la Troncal de la Paz el objeto del contrato buscaba «**básicamente las obras de drenaje, estabilizaciones, construcción de la estructura de pavimento flexible en la Troncal de la Paz**»¹¹¹, las del viaducto a construir sobre el río Nechí, en cambio, requería primero de diseños hechos por expertos estructurales, en hidráulica, hidrología, geología y luego, la construcción desde ceros de una obra por entonces inexistente, que involucraba fundación de suelos, cimentaciones, construcción de apoyos con sus obras de infraestructura, pilotaje, vigas longitudinales, transversales, pilastras, la superficie de rodamiento rígida, cables, etc.
- ✓ Que ambas tienen afectación directa en comunidades del Bajo Cauca, es cierto, como pueden tenerlo muchos emprendimientos o al menos, tienen esa potencialidad, pero no por ello pueden válidamente incluirse en mismo proceso contractual.
- ✓ Que el radio de acción o área de influencia de las dos obras es el mismo, puede serlo, dependiendo desde dónde se mire. Pero es indudable que la localización de estos dos proyectos corresponde a carreteras diferentes, de categoría diferente, delimitados en sitios geográficos diferentes. Es que no puede olvidarse que el objeto del contrato adicional se sitúa, según la plancha aportada por el IGAC¹¹², en las coordenadas 7°36'28.60"N, 74°48'40.54"O, en tanto que la Troncal de la Paz se ubica entre las coordenadas 7°37'3.26"N, 74°53'30,77"O y 7°40'58.86"N, 74°53'44.66"O¹¹³.

Tampoco es materia de discusión que las obras no se hubiesen concluido, o que no prestasen el servicio que en últimas se demandaba; pero es que el fin jamás puede justificar los medios y evidentemente, ni la elaboración de los diseños ni la construcción del puente sobre el río Nechí, siendo necesarios y requeridos por la comunidad, podían solemnizarse a través de una adición al contrato porque en esencia, con su inclusión, se varió el objeto del contrato inicial, devino en el surgimiento de novedosas obligaciones sin relación con aquél, varió el alcance de la obra física de mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz inicialmente contratada, implicó inclusión de ítems nuevos, distintos de los previstos en el contrato principal, justamente porque la naturaleza de las obras era diferente. Por esas

¹¹¹ Declaración de Nadia Maryori Maya Lopera, folio 48 cuaderno anexo 1

¹¹² Folio 321 cuaderno principal 4

¹¹³ Folio 320 cuaderno principal 4

razones, dada la envergadura de la obra, debió recogerse no en uno sino en dos contratos -consultoría y construcción- precedidos de sendos procesos para su formación, trámite y celebración, en los cuales se definieran los perfiles profesionales, de experiencia, de equipos, de personal calificado, distintos de quienes estaban desarrollando las obras de mantenimiento y pavimentación de la vía existente entre Caucasia y Zaragoza.

La que de Escarralao va a la cabecera municipal de El Bagre, es una vía diferente de la que se conocía entonces como Troncal de la Paz. Aquella una vía terciaria, sin mantenimiento, escasamente de un solo carril, descrita por muchos testigos como «trocha». Así lo refirieron:

NADIA MARYORI MAYA LOPERA: «Esa vía que conectaba la cabecera municipal de El Bagre con esa vía principal Caucasia-Zaragoza, era departamental.» «no había vía; el intermedio entre el Bagre y la de Caucasia Zaragoza era el río Nechí». «...un acceso al puente estaba en el Bagre y el otro estaba en una vía pequeña, no recuerdo la longitud, no conectaba nada con nada, si me pregunta si era primaria, secundaria o terciaria, digo que era nada, yo le doy un nombre cuando conecta, si no, no; esta era una vía sin pavimentar, ancho por allí cinco o seis metros, y esa iba hasta el sitio donde embarcaban las personas para pasar en el ferri, hasta la vía Caucasia- Zaragoza que es la Troncal de la paz; nada, era una vía en afirmado, pero no me acuerdo mucho, era un corredor pequeño, algo así como un kilómetro, pero no era grande, era menos de un kilómetro».¹¹⁴

WILSON HERRÓN DURAN: «...de Palizada hacia la salida de la troncal de La Paz solo había 11 kilómetros de una vía de medianas especificaciones, porque la velocidad de tránsito vehicular debería estar alrededor de los 30 kilómetros por hora, esa vía estaba alrededor de los 30 kilómetros por hora, porque una vía de buenas especificaciones era una vía de 80 kilómetros por hora...». «...la vía de 11 kilómetros que me imagino que es la que se refiere a la de Palizada – Escarralao, era una vía me imagino que terciaria»¹¹⁵.

JUAN FERNANDO FRANCO: «...la vía para acceder al puente parte de un sitio denominado Escarralao sobre la Troncal de la Paz hasta Palizadas en una longitud de 12 km aproximadamente y es una vía de carácter terciario, a cargo del municipio de Zaragoza»; «...vía destapada, es decir en afirmado, sin pavimentar, en un terreno de plano a ondulado, de aproximadamente seis metros de sección, y transitable aunque con las dificultades de

¹¹⁴ Folios 51 y ss. cuaderno anexo 1

¹¹⁵ Folio 167 cuaderno anexo 1.

una vía destapada, no recuerdo si tenía mantenimiento ni rocería incluso hace unos quince días fui y seguía igual, haciendo la claridad que se está pavimentando un tramo por parte de Mineros de Antioquia»¹¹⁶.

JUAN DIEGO LONDOÑO: *«la Troncal de la Paz era una vía departamental de segundo orden y la de Escarralao al Bagre, a Palizadas, era de tercer orden»¹¹⁷.*

Vía que aún continúa en esas mismas condiciones de hace quince años como lo manifestaron testigos, *«...era una vía destapada, es decir en afirmado, sin pavimentar, en un terreno de plano a ondulado, de aproximadamente seis metros de sección, y transitable aunque con las dificultades de una vía destapada, no recuerdo si tenía mantenimiento ni rocería incluso hace unos quince días fui y seguía igual, haciendo la claridad que se está pavimentando un tramo por parte de Mineros de Antioquia»¹¹⁸; **«hoy no está conectada con la Troncal de la Paz porque existe una trocha en condiciones difíciles; es decir, está conectada pero en condiciones difíciles porque aún no se ha pavimentado Palizadas-Escarralao...»¹¹⁹**, restando veracidad a la pretensa excusa de la conexión de la Cabecera municipal de El Bagre con la Troncal de la Paz, porque si ello hubiese sido así, también se habría incluido al menos, el mejoramiento, si no la pavimentación, de la vía terciaria calificada como trocha.*

Resulta sumamente significativo el documento obtenido en diligencia de inspección en los archivos de la Interventoría DIN-SEDIC, concretamente el que denominado OTROSI No. 2 al contrato No. 2005-CO-20-335, salió desde el fax de SONACOL, empresa de los SOLARTE, cuyo número corresponde al 2189166, fechado 9 de mayo de 2007, hora 4:35¹²⁰ PM, con antefirmas de la secretaria de Infraestructura, ANGEL BERNAL y el representante legal del Consorcio Troncal de la Paz, SOLARTE VIVEROS, que si bien no corresponde con el que finalmente fue el texto y contenido del OTROSÍ No.2, sí pone de manifiesto que mucho tiempo antes de que se oficializaran las decisiones frente a las modificaciones y devenir contractual, desde las oficinas del contratista salían las minutas que contenían propuestas, al parecer, a instancias del constructor. En este caso en particular, la proposición frente al ajuste de precios establecida en el OTROSÍ 1, que sólo tuvo visos de

¹¹⁶ Folio 184 cuaderno anexo 1

¹¹⁷ Folio 247 cuaderno anexo 1

¹¹⁸ Declaración de Juan Fernando Franco, folio, 184 cuaderno anexo 1

¹¹⁹ Declaración de Mauricio Restrepo Gutiérrez, folio 145 cuaderno anexo 1

¹²⁰ Folios 25 y 26 cuaderno anexo 2

formalización a partir del estudio de conveniencia y oportunidad de 20 de junio de 2008¹²¹ y el proyecto de OTROSÍ No.3, que se desechó luego de rubricado por algunos participantes como el secretario de Infraestructura, MAURICIO RESTREPO GUTIERREZ, al parecer para fecharse 4 o 27 de mayo de 2008¹²².

Con lo expuesto, es factible entonces concluir que, aún cuando la administración a cargo del Gobernador **Gaviria Correa** contó con tiempo suficiente para preparar y contratar los estudios previos necesarios para los diseños y por tanto para la construcción del puente sobre el río Nechí, los rudimentos que pudieron haber hecho DIN-SEDIC, el ingeniero HERRÓN DURÁN o cualquier otro grupo de profesionales de la secretaría de Infraestructura, no se oficializaron, ni conformaron la etapa precontractual que necesariamente debió preceder a la celebración de un contrato adicional, muy a pesar que el señor defensor considere que las adiciones censuradas estuvieron debidamente planeadas. Lo probado hasta ahora en la investigación muestran lo contrario.

Ahora bien, con ese superficial asomo de estudios previos cuya autoría se adjudicó a DIN-SEDIC -atendiendo solicitud de MARGARITA MARIA ANGEL BERNAL- pero también a WILSON HERRÓN DURÁN quien, según afirmó, en una sola tarde hizo toda la reflexión técnica y el cálculo del valor del diseño y la construcción del puente sobre el río Nechí, la administración departamental de Antioquia representada legalmente por **Aníbal Gaviria Correa**, ordenador del gasto, a través de su delegataria, la secretaria de Infraestructura, se aventuró a suscribir el OTROSÍ No. 2, sin verificar -como era su deber- la satisfacción de todos los requisitos legales esenciales que debieron serlo en la etapa precontractual, obviando la selección responsable de sendos contratistas¹²³, cuando ya prácticamente la obra del contrato principal estaba agotada, como lo puso de manifiesto EDIR AMPARO GRACIANO: *«Lo que pasa es que diseñar y ajustar (sic) un puente no es como cuando uno hace un concreto en un muro, es una cosa compleja porque debía revisarse por parte de la interventoría los cálculos. Asociado a esto debe tenerse en cuenta que el objeto del contrato era pavimentación de la Troncal de la Paz y esas obras ya estaban agotadas casi en un 99%, faltaba un poquitico pues de pavimentación y lo que pretendió o la obligación pactada en el OTRO SI firmado el 27 de diciembre fue diseño*

¹²¹ Folios 17 y ss. cuaderno principal 2

¹²² Folios 31 a 33 cuaderno principal 2

¹²³ Consultoría y construcción

ese puente, pues se iba a empezar una etapa de diseño y efectivamente se trabajó en el diseño...»¹²⁴.

Finalmente, de cara a la entrega del anticipo del 50% del valor básico de este verdadero contrato adicional, equivalente a \$6.980.000.000, aun cuando el contrato advirtió que el contratista modificaría las garantías otorgadas con el contrato principal, ajustándolas a las previsiones del adicional, es lo cierto que pese a todos los esfuerzos realizados por la Fiscalía, tampoco se encontró acto administrativo alguno que las hubiese aprobado, requisito este que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señalada en capítulo anterior, constituye requisito esencial que se considera parte de la suscripción, por cuanto permite la ejecución del contrato.

En síntesis, también frente a este contrato adicional No. 2, dejaron de observarse los principios de la función pública y de la contratación estatal concretamente los de planeación, transparencia, publicidad, responsabilidad, imparcialidad, selección objetiva, que se demandan en la fase de tramitación. Pero también dejaron de verificarse aquellos en su celebración, momento contractual en el cual pudieron solventarse en derecho las carencias señaladas, para evitar mayor daño al bien jurídico de la administración pública en su acepción de legalidad. Adicionalmente, y como requisito de la etapa de celebración, se obvió la aprobación de la garantía, condición que permite la ejecución del contrato, configurándose entonces probablemente, otro delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en las fases de trámite y celebración del OTRO SI No. 2.

2.4.2.1.1.4. Indicios de responsabilidad de Aníbal Gaviria Correa frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

En sus alegatos, el defensor afirmó que no se configura la calidad de determinador atribuida por la Fiscalía en la imputación hecha en la indagatoria; que no existe evidencia que haya realizado actos de determinación, inducción o instigación sobre funcionarios para generar la resolución de cometer delitos o reforzado la intención con efectos resolutorios de la idea pre existente. Echó de menos que frente a cada delito imputado, la Fiscalía preguntara quién fue el determinador, quién el determinado y en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar ocurrió tal determinación.

¹²⁴ Folio 202 cuaderno anexo 1

En diligencia de indagatoria el gobernador **Gaviria Correa** se mostró ajeno a todos estos actos acabados de relatar, fundamentado básicamente en que por el tamaño de la administración de Antioquia no es posible que el Gobernador esté al frente de todos los aspectos que ella implica y que, para la actividad contractual, de un lado, existía el Comité asesor de Contratación y de otro, que delegó la facultad para contratar en las secretarías, entre ellas, la de Infraestructura a cargo de la profesional MARGARITA MARIA ANGEL BERNAL.

Aseguró que era imposible que el Gobernador «haga el control debido», porque entre 2004 y 2007 su administración ejecutó casi 8 billones de pesos. Señaló que el Comité de Contratación era la forma como controlaba la delegación; con él se reunía periódicamente, no para tratar temas específicos, sino el desarrollo de la delegación, aun cuando de estas reuniones no se dejaban actas.

Dijo que su estilo era de mucho acompañamiento; no intervenía en la contratación sino en la ejecución para controlar que se cumplieran los cronogramas, los tiempos, los presupuestos.

Afirmó que la robustez de sus equipos, particularmente el de la Secretaría de Infraestructura que reforzó con 70 funcionarios, de ellos, 45 profesionales, le daba a *Gaviria Correa* la confianza para no intervenir en los procesos de selección, sino después que se contratara, para evitar que cualquier comentario pudiera ser tenido como insinuación.

Sin embargo, no obstante que no suscribió más documentos que la Resolución 13800 de 14 de octubre de 2005¹²⁵ mediante la cual ordenó la apertura del proceso de licitación para seleccionar el contratista que se iba a encargar de mejorar y pavimentar la que se conoció como Troncal de la Paz, y el acta de inicio de obra, tal como lo indica el documento respectivo¹²⁶, la alegada ajenidad a los hechos materia de la investigación, contrario a lo sostenido también por la defensa, es desvirtuada por varias pruebas como se analiza a continuación:

¹²⁵ Folios 217 y ss. cuaderno principal 2

¹²⁶ Folios 254 y 255 cuaderno principal 3

- ✓ Como el mismo Gobernador lo manifestara, su estilo era de mucho acompañamiento en la ejecución, buscando que se cumplieran los cronogramas, tiempos y presupuestos. Esta manifestación fue ratificada por JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ MORA quien afirmó de **Aníbal Gaviria Correa**: ***“lo conocí cuando fue Gobernador de Antioquia, porque era madrugador y exigía rendimientos; él es deportista y nos decía al grupo de interventores y contratistas, mañana visita al sitio, y a las 6 de la mañana ya estaba en Yolombó en el proyecto de pavimentación Yolombó-Yalí-Vegachí; decía caminemos, pero era recorrer la obra, varios kilómetros de caminata, en terreno (sic) agreste; hacía visitas reales, no virtuales; era muy dedicado, me parecía de admirar, un funcionario que a las 6 de la mañana se presente a exigir resultados. Luego lo volví a ver en la pavimentación de la Troncal de la Paz y que yo me acuerde fue una vez, revisó el avance, el cronograma, cuántas máquinas teníamos, frentes de trabajo; una vez para el inicio del proyecto, fue en alguna abscisa del proyecto y otra visita que recuerde yo, cuando la obra de la pavimentación iba avanzada en un 50% más o menos”***¹²⁷.

El Gobernador **Gaviria Correa** no era ajeno entonces a la evolución de la ejecución del contrato, porque, apegado a su talante, visitó al menos en dos ocasiones el terreno donde se localizaban las obras de la Troncal de la Paz, una de ellas, cuando la pavimentación había avanzado más o menos en un 50%.

No obstante, como líder que era de la administración departamental, representante legal y el ordenador del gasto, voluntariamente delegó incluso su propia obligación de ejercer control y vigilancia de la delegación, para dejarla en manos del Comité Asesor de Contratación; con esta maniobra quedó sin explicación ni sustento aspectos vitales como cuáles eran las mayores cantidades de obra: (i) necesarias para conseguir el propósito de mejorar y pavimentar la Troncal de la Paz, (ii) indispensables para asegurar la ejecución de las obras, (iii) ligadas al objeto del contrato principal o, (iv) que no variaran el objeto contratado, ni generaran obligaciones nuevas para el contratista, (v) que requerían ser ejecutadas y por tanto, garantizarse su pago a través del reajuste de las disponibilidades presupuestales que fueron incluidas en el contrato adicional No. 1 por valor de \$3.164.000.000.

Es inaceptable que, haciendo un acompañamiento a la ejecución para controlar cumplimiento de cronogramas y presupuestos, desconoció cuáles eran los ítems y en qué cantidades necesitaban ejecutarse, cuando fue autorizada su “adición” casi un año antes de vencerse el plazo, por el Comité asesor de Contratación por él mismo conformado cuando los designó como miembros de su gabinete, personas todas que el Gobernador consideró para conformarlo por su competencia profesional y a través de quienes hacía el control al desarrollo de la delegación.

Si bien es cierto, como lo afirmó el Gobernador **Gaviria Correa**, la obra adicional o las mayores cantidades de obra, al igual que los imprevistos son de común ocurrencia en la ejecución contractual, indudablemente para que sean aprobadas y se traduzcan en un mayor precio a pagar por el contrato, también lo es que requieren de justificaciones serias, puntuales, coherentes, tangibles, plasmadas además en un presupuesto de obra que contenga los ítems, las unidades, las cantidades y el precio unitario, de tal suerte que no haya margen de duda respecto de la inexcusable necesidad. Pero esto no sucedió en el caso en examen, muy a pesar que el Gobernador tiene como característica un acompañamiento al desarrollo contractual, lo que le habría permitido saber estas particularidades del 2005-CO-20-335.

- ✓ Pero hay más, con la importancia que tenía el mantenimiento y pavimentación de la Troncal de la Paz, priorizada con su liderazgo, considerada por él mismo como una arteria vial, es apenas lógico que se interesara por conocer si, como lo aseguraron los estudios de conveniencia y oportunidad previos a las adiciones, había alguna situación que pudiera poner en riesgo el cumplimiento de los cronogramas o que significara retraso en el tiempo de entrega para el servicio de la comunidad, más aun cuando no sólo tenía comunicación con el Comité de Contratación y con la secretaria de Infraestructura, sino interlocución directa con NADIA MARYORI MAYA LOPERA y JORGE MONTOYA DELGADO, profesionales que estaban directamente encargados de este proyecto.
- ✓ Aun cuando afirmó no conservar en su memoria aspectos detallados, si recordó que el contrato adicional No. 1 se trató de una «verdadera adición» de dos tramos de vía que se encontraban sin pavimentar y, de otra parte, «mayores cantidades de obra» lo que consideró natural. Luego, reconoce y distingue lo que es adición, porque la Fiscalía entiende que los dos tramos sin pavimentar pertenecientes a la misma Troncal de la Paz, podían considerarse objeto de contrato adicional, no así el

reajuste de las disponibilidades presupuestales para garantizar el pago de mayores cantidades de obra, que más que garantía terminó traducido en un contrato adicional que incrementó el valor inicialmente pactado, sin que hasta ahora se sepa a qué correspondieron ni en qué cantidad, menos aún que lo que se dijo eran mayores cantidades, fueron obras que garantizaban la continuación de la ejecución del objeto contractual, absolutamente necesarias para su funcionalidad, estabilidad o puesta al servicio.

- ✓ Tal acompañamiento a la ejecución que se evidenció en las obras de mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz, proporcionó al Gobernador **Gaviria Correa** el conocimiento en terreno, del sitio donde aquellas se desarrollaban. Y, no porque hubiera transitado sino por los informes de la comunidad y por sobrevuelos que hizo a la zona, también conocía el sector donde se localizaba la vía -según parece- de 11 kilómetros que conectaba una margen del río Nechí con el corredor vial que comunica Zaragoza con Caucasia; no en vano describió esta ruta como *«de muy malas especificaciones, con tráfico muy bajo porque se conectaba con un río; deteriorada, de poco mantenimiento»*, de *«un solo carril, estrecha, destapada, deficiencia en sus especificaciones»*.
- ✓ Si, según relató, en los años 2005 y 2006 el alcalde de El Bagre continuamente insistió a la secretaria de Infraestructura, a la misma MARYORI MAYA, para la búsqueda de alternativas para conectar el municipio con la Troncal de la Paz y el mismo Gobernador calificó de absurdo que no se conectara a los municipios por donde pasaba ese corredor vial, resultándole lógico que se convirtiera en una *«arteria»* a la que se acoplen otras *«venas»*, la idea de conexión vial no fue un asunto ajeno a su conocimiento, muy a pesar de la magnitud de la administración que lideraba y de la delegación para contratar que hizo en MARGARITA MARÍA ANGEL BERNAL. Así lo reconoció cuando informó que le fue puesta en su consideración la posibilidad de interconectar El Bagre; luego, aun cuando no suscribiera acto oficial alguno, intervino en tal decisión. Y es que no se trataba de cualquier otro servidor de la administración departamental, sino del primer mandatario seccional, nominador de unos y jefe de todos, finalmente.
- ✓ Contó que fueron estudiadas técnica y contractualmente las alternativas de conexión que le fueron presentadas: (i) mejoramiento de la vía Escarralao-Palizadas; (ii)

construcción del puente sobre el río Nechí; (iii) mejorar la vía entre Angosturas-El Bagre; se le informó también que la construcción del puente era la más ventajosa por sus características técnicas, económicas, jurídicas y que, además, era la que prefería la comunidad de El Bagre, confluencia que afirmó, le pareció excelente porque resultaba lógico que siendo la Troncal de la Paz un corredor vial, no solamente debía conectar dos puntos. Luego, entonces, hubo un beneplácito para la adopción de esta opción, aun cuando conocía por su percepción en terreno, que se trataba de otro tipo de intervención y localizada en una vía diferente con un propósito diferente: la conexión de El Bagre con la vía principal que iba de Caucasia a Zaragoza, de distinta clasificación y a cargo de autoridades diferentes, como se ha establecido, sin relación alguna entre las obras del contrato principal y las que en ese momento se pretendían en el acceso a la cabecera municipal de El Bagre.

Aun así y como le fue informado por sus colaboradores que el proyecto satisfacía la previsión legal de la Ley 80 de no superar el 50% del valor del contrato, opina que *«sea como sea cumplió la ley»*, en tanto que por los detalles del proceso deben *«responder los responsables»*. Es decir, la única preocupación del primer mandatario y de quien en su representación firmaría el contrato adicional, era no superar ese límite de la ley 80, olvidando que lo que se aspira adicionar debe guardar relación con el objeto principal, una relación pre existente, verdadera que permite concluir que, de no realizar, se pone en peligro la ejecución de este, su estabilidad o el servicio que con él se prestará a la comunidad.

- ✓ En declaración rendida por WILSON HERRON DURÁN, al responder si las discusiones en que se evaluaron las alternativas de conexión de la cabecera municipal de El Bagre estaban documentadas, afirmó: *«Todo eso se hizo muy en grupos de trabajo, pero dialogado, en la que yo haya existido, no; pero como yo era el profesional encargado de puentes, a mí sí me preguntaban mucho, como la secretaria MARÍA MARGARITA ÁNGEL BERNAL y creo que una vez por teléfono me llamó el gobernador ANÍBAL GAVIRIA a preguntarme por teléfono, porque la alternativa para darle comunicación a El Bagre, la mejor era construir el puente sobre el río Nechí»*¹²⁸. *“Eso no lo dejé documentado, lo hice en una tarde que me puse a llenarme de argumentos más técnicos para las ventajas que debería*

tener la construcción del nuevo puente sobre el río Nechí. Eso fue a finales del 2007. Cuando el gobernador me habló yo le dije eso, eso fue como en octubre, realmente no me acuerdo, cuando estaba el boom de las dos alternativas»¹²⁹.

Al responder sobre el momento en que supo que la administración departamental del año 2007 decidió construir el puente sobre el río Nechí, el ingeniero HERRÓN DURÁN afirmó: *«Después de la llamada del gobernador de Antioquia de ese entonces, ANÍBAL GAVIRIA, que me solicitó los argumentos que estaba expresando sobre la conveniencia de la construcción del puente en mención, fue que me di cuenta que decidieron por la alternativa de construir un puente nuevo sobre el río Nechí para mejorar la comunicación vía terrestre de la zona urbana de El Bagre»¹³⁰.*

En consonancia con estas manifestaciones, el representante legal del Consorcio Troncal de la Paz LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, afirmó: *«si lo he visto. En la Gobernación de Antioquia cuando él fue Gobernador. Se hacían algunas reuniones y Comités Técnicos del proyecto Troncal de la Paz y él asistía»¹³¹* en referencia al señor Gobernador. En igual sentido, el Director de Interventoría JUAN DIEGO LONDOÑO CORREA, manifestó cuando se le preguntó por la persona en particular que por la Gobernación socializó este proyecto del Puente sobre el río Nechí: *«yo sé que la secretaria de infraestructura y el Gobernador de Antioquia(sic) ANIBAL GAVIRIA»¹³²*

Luego, la conducta del gobernador **Gaviria Correa** no fue pasiva, esperando solamente la rendición de informes, sino que él mismo participaba en reuniones y comités técnicos de las obras de mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz; socializó con la comunidad beneficiada el propósito de construcción del puente sobre el río Nechí y llamó a sus colaboradores pidiendo argumentos sobre conveniencia de construirlo como alternativa de conexión, antes que su delegada suscribiera el OTRO SI No. 2. Entonces, no es cierta su ajenidad, sino que su participación en la decisión de contratar el diseño y construcción del puente sobre el río Nechí adoptada al parecer para la época de octubre de 2007 fue activa y, claro,

¹²⁹ Folio 169 cuaderno anexo 1

¹³⁰ Folio 171 cuaderno anexo 1

¹³¹ Folio 266 cuaderno anexo 1

¹³² Folio 247 cuaderno anexo 1

se trataba nada más ni nada menos que del Gobernador, del destinatario último de las peticiones de la comunidad de El Bagre que desde la otra orilla del río necesitaban de una alternativa para cruzarlo, que no fuera el ferri.

Así lo revela en declaración el ingeniero JORGE MONTOYA DELGADO, supervisor del contrato quien, al justificar la presencia de la interventoría en la evaluación de las alternativas para conectar la cabecera municipal de El Bagre con la Troncal de la Paz, afirmó: *«Participó como apoyo o soporte en la evaluación de las alternativas a petición de la entidad. Porque lo de entrada se definió fue que ese puente o la solución, que había que dar solución a la conectividad de esas comunidades a la troncal de la paz (sic), entonces se dijo que se debía estudiar la viabilidad de conectar, esa fue la información de las secretarías que recogen en esas reuniones. Eso me lo dijo la secretaria de infraestructura, la doctora Margarita, que hacía parte de otro equipo que recibía esas necesidades. **A ellos se les dijo, no sé quién, pero fue una directriz de la secretaria de infraestructura hacia el proyecto y de la secretaria se recibió una directriz del gobierno»**¹³³.*

Varias de sus afirmaciones permiten advertir que aún cuando no suscribiera documentos que contengan las decisiones que ahora se reprochan, si intervino en su adopción, como líder que era de la administración departamental. Así, como refirió que, en su administración, las obras se priorizaron con el liderazgo del Gobernador porque para eso fue elegido. Las propuestas del Gobernador y la participación ciudadana quedaron consignadas en el Plan de Gobierno y luego en el plan de desarrollo.

Y es que, en verdad, no es posible aceptar que, siendo el representante legal del ente territorial Departamento de Antioquia, el ordenador del gasto, tras la delegación de la función contractual, **Aníbal Gaviria Correa** desatienda la coordinación, el control y el seguimiento que esta figura demanda, porque indudablemente, no puede despojarse de ella, pretendiendo que sea su equipo de gobierno el que responda por una función que legalmente se radica en él.

Si bien como Gobernador no hacía parte del Comité Asesor de Contratación y con ese fundamento dijo, no tiene conocimiento sobre la aprobación de la adición y

tampoco recuerda si se enteró antes o después de “*las miles de decisiones*” de ese organismo “*asesor*”, encontró en ese organismo una forma de controlar la delegación hecha por el primer mandatario seccional; por ello, no se entiende que se desprendiera en forma total de esta obligación de examen y vigilancia, que debió ejercer desde la fase preliminar del contrato primigenio, muy a pesar de la robustez de sus equipos y del profesionalismo de sus colaboradores, porque la confianza de los electores para que rigiera sus destinos y velara por sus intereses, se depositó en él y porque la Constitución y la ley le imponen tal deber independientemente de la dimensión o el tamaño del ente que, voluntariamente aspiró a regentar.

No resulta por ello de recibo que se haya procedido a dar un anticipo sin que se hubieran aprobado las garantías; tampoco, que el Comité que conformó con personas de las más altas calidades personales y profesionales autorizara tempranamente una adición vista en relación con la ejecución del contrato principal; no se concibe cómo desde 23 de mayo de 2007, sin fundamentos suficientes, haya optado por una adición y luego se fuerce la ejecución para adaptar no solo el valor, sino los nuevos objetos que se disimularían en el contrato que se suscribiera con el Consorcio Troncal de la Paz.

Es decir, en el tiempo fue primero la decisión de adicionar el contrato y luego, se estructuraron el contrato adicional 1 y el OTROSÍ No.2 para incluir en el primero de ellos, la supuesta adición de las reservas presupuestales para garantizar el pago en abstracto de mayores cantidades de obra y, en el segundo, actividades de consultoría y construcción de una alternativa de conexión vial, válida como aspiración de una comunidad, pero desapegado de la legalidad en cuanto no guardaban relación con el objeto del contrato, cuyo objeto ya se estaba ejecutando y que por las razones expuestas a lo largo de estas reflexiones, debieron contratarse luego de agotar dos procesos distintos de selección de contratistas.

- ✓ La forma como el doctor **Gaviria Correa** maneja su propio peculio que desconoce qué bienes y obligaciones tiene y el estado de las mismas; cómo, dónde y cuál es su participación accionaria; con la administración de su patrimonio entregada a sus hermanos (sin poder precisar a quién) y a su esposa en tanto él está por completo concentrado en el tema público, no puede ser norma de comportamiento que pretenda se le acepte en la administración del departamento, porque esta última

demanda mayor responsabilidad y compromiso, como quiera que el interés general siempre estará por encima del particular.

- ✓ Las justificaciones dadas por el sindicato, pretendidas incluso por servidores de la administración departamental que por la naturaleza de sus cargos eran sus subalternos y conocieron e intervinieron en el trámite de estos contratos adicionales, no pueden eclipsar la ilegal decisión de suscribir a como diere lugar, el contrato adicional No. 1 y el OTROSI No.2 que se reprochan, tomando como punto de partida para ello unos estudios de conveniencia y oportunidad precarios, latos, sin profundidad alguna, contentivos de artificios como que ya el contratista estaba instalado en obra, que contaba con los equipos requeridos, personal técnico y operativo necesarios para garantizar la culminación total de las obras a los mismos precios inicialmente contratados, a pesar de reconocer a renglón seguido que para entonces, aún estaban evaluándose las alternativas.
- ✓ Nada de todo lo anterior habría sido posible sin que mediara la dirección de todos los actos, luenga mano, por parte del señor gobernador de Antioquia, **Aníbal Gaviria Correa**, precisamente a través de la figura de la delegación y del comité asesor, a través de la cual se ejecutaban sus directrices, sin parar mientes en eludir claros requisitos legales, esenciales para la validez de un contrato estatal. En este caso, esa voluntad de llevar adelante la contratación a toda costa quedó en evidencia con aquella entrega del primer anticipo sin aprobación aparente de garantías, en el contrato 2005-CO-20-335, en la decisión de adicionar el contrato sin las debidas justificaciones ni soportes técnicos, compiladas en el OTROSÍ 1, y en la ampliación del objeto inicial del contrato a la de realizar una obra que desde ningún punto de vista jurídico o técnico era compatible con aquél, esto es, la construcción del puente sobre el río Nechí, para cumplir de esa manera el designio del Gobernador, sin planeación atendible, sin verdaderos estudios de viabilidad técnica ni financiera, sin diseños.

2.4.2. DEL PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS

Previsto en el artículo 409 del código penal, su contenido es del siguiente tenor

“Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.

Este delito presupone en primer lugar la calidad de servidor público predicable de aquel a quien se reprocha la conducta típica, sujeto activo que, por demás, debe tener la disponibilidad, bien sea material (como la tiene un pagador) o jurídica (como en el caso del ordenador del gasto) de los bienes o recursos que se encuentran bajo su administración, custodia o tenencia.

Sobre el elemento típico descrito en la disposición ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹³⁴:

«Disponibilidad respecto de los bienes públicos y autoría. ...cuando el proceso de ejecución de conductas punibles contra la administración pública como la que aquí se trata, exigen una serie de comportamientos todos destinados a la apropiación de dineros públicos, no es menester que la persona vinculada institucionalmente realice todas las acciones que supone la ejecución del delito, sino que basta, para ser autor, poner al servicio del presupuesto fáctico la

¹³⁴ Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de mayo de 2003, radicado 16569.

vinculación institucional y la **disponibilidad jurídica** sobre el bien independientemente del aporte material en el proceso de consumación.

...Lo que interesa entonces es que en el manejo y administración de los bienes públicos se involucra una compleja actividad en donde se combinan no sólo la disponibilidad material como parece entenderlo el libelista, sino la jurídica...".

Qué ha de entenderse por la expresión "se apropie":

La misma Corte Suprema puntualizó¹³⁵:

«Pretende el censor que los términos "se apropie" tengan una connotación individual o personal, en el sentido que de manera inexorable los recursos del Estado materia de apropiación entren primero a las arcas del servidor público y que luego si se produzca o bien el provecho propio o bien el provecho ajeno. Esa interpretación luce equivocada.

*Cuando la norma alude a la apropiación, lo que quiere significar es que el **servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es de su correcta utilización y destinación**, es la única persona que puede consumir el punible pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir, alguien ajeno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los recursos, lo que se cometería sería otra figura delictual como un hurto o una estafa.*

Es la disponibilidad directa que se tiene sobre los bienes, lo que permite al legislador hacer uso de la partícula "se", para significar que la apropiación debe hacerla el servidor público y para ello no requiere que los recursos ingresen materialmente a sus arcas, sino que, con clara lesión al bien jurídico de la administración pública, se destinen sin más a las de terceros...». (Negritas fuera el texto).

¹³⁵ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de abril del 2005, radicado 20400.

Y en concreto, frente a la disponibilidad jurídica del servidor público garante de los recursos del Estado y de su correcta utilización y destinación, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia¹³⁶:

*«... la disponibilidad jurídica hace relación a que para la comisión del delito de peculado no es necesario que el servidor público tenga directamente la tenencia material del bien, sino que basta que **en razón de sus funciones tenga la facultad de disponer jurídicamente del mismo, pues empleando ese poder puede llegar a la apropiación** en provecho suyo o de un tercero; y b) cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia material del bien, y a ella ha llegado por razón de sus funciones, esa relación lo ubica en situación de ejercer un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en delito de peculado...».*

Más adelante señaló:

*«La expresión utilizada por la ley en definición de peculado y que dice 'en relación de sus funciones', hace referencia a las **facultades de administrar, guardar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal** y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa pues que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia de un deber de la función..», reiterando así que lo esencial es que esa relación del funcionario con el bien, derive de la función pública, "así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración".».*

2.4.2.1. De la calidad de servidor público del sindicado.

Acreditado está que **Aníbal Gaviria Correa** fue elegido Gobernador de Antioquia para el período constitucional 2004-2007, como se acreditó con la copia de la declaración de

¹³⁶ Sentencia de 8 de julio de 2006.

elección expedida por la Organización electoral¹³⁷, cargo del cual tomó posesión el día 1 de enero de enero de 2004 ante el Juzgado 19 Civil Municipal de Medellín, como consta en la copia del acta respectiva¹³⁸ y reconocida en su contenido y firmas por el sindicato, y como se ratifica con la certificación de servicios allegada por la Directora de Personal de la Gobernación de Antioquia, fechada el 11 de diciembre de 2018¹³⁹.

2.4.2.2. De la naturaleza de los recursos apropiados.

De conformidad con la certificación expedida por el Director de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda de Antioquia, fechada el 21 de noviembre de 2019¹⁴⁰, el contrato 2005-CO-20-335 fue financiado con recursos de fondos comunes en su totalidad¹⁴¹. “La adición No. 1”, con: (i) saldo caja y bancos Fondos Comunes (\$2.000.000.000), (ii) sobretasa al ACPM (\$1.995.000.000)¹⁴². “La adición No. 2”, así: (i) Recursos del crédito (\$10.800.000.000) y, (ii) saldo Caja y Bancos Sobretasa al ACPM (\$4.534.778.700)¹⁴³.

Ahora bien, con ocasión del contrato 2005-CO-20-335 y el denominado OTRO SI NO. 2, la administración departamental de Antioquia pagó tres anticipos, así

No.	Fecha	Concepto	Monto
1	22 de diciembre de 2005 ¹⁴⁴	Anticipo del 29% valor básico	\$10.375.000.000
2	21 de diciembre de 2006	Incremento del anticipo del contrato principal en 5,95% del valor básico	\$2.100.000.000

¹³⁷ Folio 49 cuaderno principal 4

¹³⁸ Folio 48 cuaderno principal 4

¹³⁹ Folio 47 cuaderno principal 4

¹⁴⁰ Folio 153 cuaderno principal 6

¹⁴¹ De conformidad con CDP's 360000344 y 360000231 existía una apropiación presupuestal No. 20-8318-31811101083182041010 cuyo nombre era Mejoramiento y Pavimentación de la Troncal de la Paz, tramo La Cruzada Caucasia Sector Nuevo Oriente-Escarralao, así: (i) vigencia 2005 (\$10.375.000.000); (ii) vigencia futura 2006 (\$13.720.000.000) y, (iii) vigencia futura 2007 (\$17.568.432.778)

¹⁴² De acuerdo con CDP 3600000231 de 23 de abril de 2007

¹⁴³ CDP 3600000344 de 25 de julio de 2007 impreso el 13 de noviembre de ese año.

¹⁴⁴ Folio 281 de la carpeta 2 del contrato contenida en medio magnético entregado por la Gobernación de Antioquia

3	28 de diciembre de 2007	Anticipo OTROSI No. 2, del 50% del valor básico adicionado	\$6.980.000.000
	TOTAL		\$19.319.318.225

Todo lo anterior demuestra que las fuentes de financiación del contrato 2005-C-20-335, el contrato adicional No. 1 y el OTROSI. 2, corresponden a recursos públicos que se entregaron a los contratistas, de los cuales, \$19.319.318.225 fueron entregados a título de anticipo y por tanto, en virtud de las obligaciones legales y contractuales derivadas del vínculo contractual, debían ser manejados de manera especial, esto es, en cuenta diferente de aquella en que dispondrían los dineros correspondientes a actas de avance de obra y, para cuya inversión se requería previamente la aprobación de la Interventoría como representante de la entidad contratante y, para los pagos, de la firma de aquel y de la persona autorizada por el contratista constructor. Este manejo, así como las razones para ello era un tema suficientemente conocido por las partes, como lo detallaron en sendos testimonios rendidos ante la Fiscalía:

LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, representante legal del Consorcio Troncal de la Paz, relató a este Despacho en su declaración: **«se abrió una cuenta corriente en el banco BBVA a nombre del Consorcio para manejar el anticipo y otra para el manejo de actas de obra, porque no se pueden mezclar dineros públicos con privados. La cuenta que tenía el dinero del pago de las actas de obra, manejaba el dinero que nos pagaba la Gobernación mes a mes por las actividades realizadas aprobadas por la interventoría. La cuenta del anticipo la manejaba con una firma de la interventoría y una cuenta del contratista, allí firmaba IGNACIO y también yo estaba aprobado, pero en la mayoría firmaba IGNACIO».**

Esta información fue ratificada por JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ MORA quien refirió: **«teníamos una cuenta conjunta del Consorcio se manejaba con un representante de LUIS HECTOR y otro de CARLOS SOLARTE, por LUIS éramos LUIS FERNANDO o yo y, no recuerdo quién firmaba por el lado de CARLOS. Esta es la cuenta de actas, donde se depositaban los recursos que venían del pago de las actas. Había otra cuenta que se manejaban con el interventor, una firma era de él y pienso que había otra firma por el lado de LUIS HECTOR y otra por CARLOS; es posible que también la manejara yo; en esta cuenta se manejaban los anticipos. Normalmente tengo firma en las cuentas pero**

en este caso específico, no sé decir”. “... el manejar la cuenta de anticipos en una forma conjunta es parte de las obligaciones establecidas con la gobernación en el contrato, porque existe esa norma. La otra cuenta la de actas es de libre disposición de los contratistas, puedo, como es mi plata, ver qué compro y ya no tiene nada que ver el estado con lo que yo quiera hacer, es una cuenta de libre disposición es plata del contratista»¹⁴⁵.

2.4.2.3. El anticipo

Sobre su naturaleza, la Fiscalía recuerda la postura del órgano de cierre en materia contencioso administrativa citado por la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁶

*«los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto **son oficiales o públicos**. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos **fondos que le permitan proveerse de materiales** y atender los primeros gastos del contrato, **tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra**. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro».*

*“En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. **Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública** y esa es la razón por la cual se solicita al*

¹⁴⁵ Folio 315 cuaderno anexo 1

¹⁴⁶ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 27 de agosto de 2019, radicado 55033.

contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato”¹⁴⁷.

«Entonces, las sumas entregadas por este concepto son recursos públicos, de propiedad de la entidad contratante, no entran al haber patrimonial del contratista, tienen una naturaleza especial que deriva de su entrega bajo la condición de destinarlos específicamente a la ejecución de la obra, lo que traduce su sujeción a criterios de buen uso y manejo que se garantiza mediante póliza; pues en esas condiciones se obliga a cumplir la función de manejo y correcta administración de dineros públicos.

El contacto directo del contratista con los dineros públicos, cuyo manejo se le encomienda por razón del contrato de obra, coloca de inmediato a ese particular en la posición de cuidar, resguardar e invertir esos caudales en los fines oficiales anejos al contrato estatal, función que correlativamente demanda una protección más amplia y eficaz del bien jurídico tutelado mediante imposición de pena mayor y restricción de subrogados al agente que transitoriamente facultado de funciones públicas, atenta contra los fondos públicos destinados taxativamente al desarrollo social o al cubrimiento de necesidades dirigidas a la realización del interés general.”

Es justamente por el carácter público de estos dineros que aun desde su manejo es distinto y en la práctica se hace en cuenta distinta del de actas, porque, además frente a ellos hay el forzoso compromiso de buen manejo e inversión, justamente por su carácter público, sin que pueda otorgar o derivar de él, beneficio económico para alguien que no sea el ente estatal. Es por ello que los rendimientos financieros que lleguen a producir deben ser entregados al contratante.

No es lo mismo anticipo -que son recursos del Estado y por tanto suya la titularidad, en tanto quien los administra es el contratista - que el pago anticipado.

«La diferencia entre estos conceptos está dada por la destinación que debe darse a dicha suma “puesto que mientras el anticipo se entrega al contratista para que este invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira, el pago

¹⁴⁷ Consejo de Estado, sentencia de 22 de junio de 2001, 13436.

anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista, de modo que puede ser gastada por este sin ninguna limitación (...)»¹⁴⁸.

Así pueden resumirse entonces las diferencias¹⁴⁹:

ANTICIPO	PAGO ANTICIPADO
No constituye un pago en el momento en que se efectúa	Es un pago. Retribuye en forma anticipada parte del valor del contrato
Conserva su naturaleza de dinero público	Entra a formar parte del patrimonio del contratista
No es susceptible de embargo o medida cautelar	Puede ser objeto de embargo
Hay plan de inversión que debe aprobar la entidad contratante por sí o a través de la interventoría.	No hay plan de inversión
El contratante está obligado al seguimiento de los recursos	El contratante no está obligada a hacer seguimiento
No está sujeto a descuentos y retenciones porque no es un pago	Está sujeto a descuentos y retenciones de ley
El valor del anticipo se amortiza en cada pago que se realice al contratista	El valor se resta del total del contrato
En el evento en que generen rendimientos financieros, son de la entidad contratante	Si genera rendimientos, pertenecen al contratista
Puede ser pactado en contratos de tracto sucesivo con excepción de los contratos de prestación de servicios personales	General se pacta en contratos instantáneos.

En el caso que ocupa la atención del Despacho, lo pactado fue anticipo, es decir, dineros que aun cuando se entregan al contratista, siguen teniendo el carácter de públicos, con todo lo que para su manejo ello implica.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 7 de septiembre de 2015, radicado 36878.

¹⁴⁹ Con fundamento en Dávila Vinuesa Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Legis, 2003.

Frente al anticipo, la tipología del peculado por apropiación supone un apoderamiento o indebida amortización del anticipo o la desviación de recursos de este para objetos o contratos diferentes.

2.4.2.4. *El modus operandi*

Sea lo primero precisar que de conformidad con los pliegos que contenían las reglas de juego de la licitación pública 20-020-2005 publicados en octubre de 2005, en el capítulo 2.20, la Gobernación de Antioquia previó que se concedería a título de anticipo el 25% del valor básico del contrato¹⁵⁰.

Valga reiterarlo, sin que mediara fundamento alguno, en el acto de la celebración del contrato 2005-CO-20-335, como se lee en la cláusula OCTAVA, el porcentaje del anticipo fue cambiado a 29%, hecho frente al cual, en diligencia de indagatoria, el Gobernador **Gaviria Correa**, no tuvo explicación ni respuesta.

Respecto de la inversión, los pliegos indicaron que el proponente que resultara favorecido con la adjudicación debía presentar dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la adjudicación¹⁵¹ el plan de inversiones del anticipo **sujeto a la revisión y aprobación de la entidad contratante** en caso de que esta licitación le sea adjudicada; si luego de esa revisión resultaba modificado, el plan sería consignado en un acta suscrita por el contratante y el contratista. Si en cambio no existía acuerdo, lo establecería el Contratante mediante resolución.

Principalmente debía utilizarse en «*la instalación de campamentos, compra de materiales e insumos para las obras, transporte de equipos e instalación de plantas y pago a los trabajadores vinculados de manera exclusiva a la ejecución de la obra objeto del contrato... Los dineros de los anticipos se entregan al contratista a título de mera tenencia y con destinación exclusiva para las obras del contrato. Conservan la condición de fondos públicos hasta el momento que sean amortizados mediante la ejecución de las obras contratadas, momento hasta el cual su mal manejo, el cambio de su destinación o su aprobación darán lugar a las denuncias penales correspondientes. Se abrirá una cuenta*

¹⁵⁰ Reverso del folio 255 y, folio 256 cuaderno principal 2

¹⁵¹ Reverso folio 241 cuaderno principal 2

corriente a nombre del Departamento y del contratista para el proyecto en un Banco Oficial...».

En el plan, de manera global el contratista señalaría los conceptos en los cuales se invertiría, lo que en ningún caso obligaba al contratante.

No podía destinarse a la especulación económica, ni distraerse en el pago de obligaciones distintas de las directamente surgidas del contrato, ni utilizarse en la ejecución de contratos diferentes, ni amortizarse con obra ejecutada en otros contratos.

Con su concesión y giro al contratista se conformaría un fondo que no constituía pago por obra ejecutada sino, hasta cuando fuera amortizado. Su entrega era a título de mera tenencia -sin traslado de su titularidad que seguía radicada en el ente territorial- conservando su condición de fondos públicos hasta el momento en que sean amortizados mediante la ejecución de las obras contratadas.

Por manera que el contratante Gobernación de Antioquia no descargó totalmente en el interventor la responsabilidad de vigilancia y control del anticipo, como quiera que su intervención se requería desde la revisión y a aprobación del plan de inversión que tenía unas reglas claras, no solo para su conformación, sino para su aprobación, como se consignó en los pliegos.

Para analizar sistemáticamente, en otro aparte del documento en examen, que es ley del contrato, estableció en el capítulo 3.15 correspondiente a plantas, equipo y herramientas, un listado del equipo mínimo de un modelo igual o superior a 1990¹⁵²:

EQUIPO Y CARACTERISTICAS MINIMAS	CANTIDAD
Buldócer potencia mínima 140HP	3
Retroexcavadoras sobre orugas con potencia mínima 128 HP	2
Retroexcavadoras sobre llantas, potencia mínima 77 HP	4
Motoniveladora potencia mínima 125 HP	2
Vibrocompactador autopropulsado, capacidad min 10 ton	2
Cargador sobre llantas, capacidad mínima 2.1 m3	2
Carrotanque irrigador de asfalto	1

¹⁵² Reverso folio 264 cuaderno principal 2

Carrotanque irrigador de agua	2
Planta de asfaltos, capacidad mín. 60 ton/hora	1
Planta de trituración, capacidad min 60 ton/hora	1
Terminadora de asfaltos	1
Compactador neumático potencia mínima 75 HP	1
Volquetas capacidad mínima de 12 m3	6
Volquetas capacidad mínima de 6 m3	6

Este mismo equipo fue consignado en el formulario 3 contenido en el capítulo 5.3 de los pliegos como EQUIPO MINIMO OFRECIDO PARA LA OBRA¹⁵³ como uno de los documentos de orden técnico¹⁵⁴ que, firmado por el representante legal, debía acompañar la propuesta de los oferentes.

El contratista debía mantener una reserva suficiente de repuestos dada la limitación local o la disponibilidad o demoras para la importación o adquisición de los mismos.

El señalado equipo era el mínimo, pero no un límite del que se utilizaría en la ejecución de los trabajos objeto del contrato, porque era de la responsabilidad del contratista suministrar todo el equipo que fuera necesario y **sin costo adicional** para el Departamento para cumplir en el plazo estipulado. Los desplazamientos de los equipos, antes, durante la ejecución o suspensión de los trabajos y posteriores a su utilización por cualquier circunstancia a sus sitios de ubicación temporal o final dispuestos por el contratista **serían por su cuenta y riesgo**, por lo que tales costos debían incluirse en los respectivos análisis de precios unitarios¹⁵⁵.

Estas fueron las condiciones, las reglas del juego con las que participaron los proponentes en la licitación pública que terminó adjudicando el contrato para el mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz.

Pero es lo cierto que el único plan de inversión del anticipo que se encuentra entre toda la documentación del contrato obtenida en las inspecciones practicadas en los archivos de la Gobernación de Antioquia¹⁵⁶ correspondiente a la fecha 21 de febrero de 2008 (dos meses

¹⁵³Reverso folio285 cuaderno principal 2

¹⁵⁴ Capitulo 1.15.2 Documentos de orden técnico, folio 241cuaderno principal 2

¹⁵⁵ Análisis de precios unitarios, formulario 7, reverso del folio 241 cuaderno principal 2.

¹⁵⁶ Folio 892 carpeta digital 5 del contrato 2005-CO-20-335 obtenidas en inspección en la Gobernación de Antioquia.

después de la adjudicación) y que, debió ser presentado para **la revisión y aprobación de la entidad contratante**, estableció la significativa cifra de \$2.790.000.000 destinada para la adquisición de equipos. Todo parece indicar que así se aprobó pues coincide con el informe No. 6 de inversión y buen manejo del anticipo presentado por el interventor el 27 de marzo de 2008 obtenido en diligencia de inspección en los archivos de DIN-SEDIC¹⁵⁷, que reitera la cifra programada para esos propósitos, de un total de \$6.980.000.000 que como se dijo, corresponde al tercer anticipo, entregado con ocasión del OTROSI No. 2.

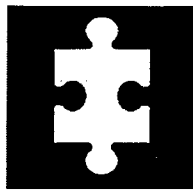
No hay evidencia que se hubiese cumplido con la obligación de entregar dentro de los cinco primeros días siguientes a la notificación de adjudicación del contrato principal ni de la adición del anticipo, el Plan de inversión a cargo del contratista pero que, como obligación, debía revisar y aprobar la entidad contratante, en consonancia con el destino que de conformidad con los pliegos se dijo, debía tener. En cambio, existe prueba de que, con los recursos públicos del primer anticipo, el Consorcio Troncal de la Paz adquirió maquinaria, cuya titularidad ostentaron desde siempre las personas naturales que lo conformaron.

Así lo muestra el informe de Interventoría técnica, administrativa, contable y ambiental del proyecto para mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz, Tramo La Cruzada-Caucasia, Sector Nuevo Oriente -Escarralao, correspondiente al mes de abril de 2006, dos meses después de iniciadas las obras, en cuyo capítulo 6 describió cada uno de los cheques girados por el contratista con cargo a la cuenta de anticipo y su destinación específica. En ese listado se relacionaron pagos por la garantía única constituida para amparar las obligaciones del contrato y, reintegro de impuesto de timbre en favor de CASS CONSTRUCTORES & CIA S.A. y, CONSORCIO SOLARTE SOLARTE, personas jurídicas diferentes del Consorcio Troncal de la Paz, así como se registraron cheques que luego fueron anulados¹⁵⁸:

<i>Fecha</i>	<i>Beneficiario</i>	<i>Valor</i>	<i>Descripción</i>
03/02/2006	GECOLSA	\$1.158.066.346	2 retroexcavadoras CAT 320 C 2 retroexcavadoras CAT 420D

¹⁵⁷ Folio 117 cuaderno anexo 3

¹⁵⁸ Folios 163 y ss. cuaderno anexo 2



FISCALÍA

GENERAL DE LA NACIÓN

En la calle y en los territorios

I. 14168

Aníbal Gaviria Correa
Governador de Antioquia
Define situación jurídica

03/02/2006	GECOLSA	\$1.079.030.004	1 retroexcavadora CAT 320C 1 retroexcavadoras CAT 420D 1 Motoniveladora CAT 140H
03/07/2006	GECOLSA	\$494.565.843	1 Motoniveladora CAT 140H
03/07/2006	CANACOL LTDA	\$ 34.875.000	2 volcos de 6 M3 de capacidad
03/07/2006	AUTONIZA LTDA	\$305.344.828	2 volqueta Kodiak 157 1 camión NPR 729
03/08/2006	RODRIGUEZ & LONDOÑO S.A	\$322.479.870	1 compactador Ingersoll Rand SD100D 1 compactador de llantas Ingersoll Rand PT 125R
03/09/2006	CARLOS ALBERTO SOLARTE	\$692.407.100	Anticipo 3 compactadores Ingersoll Rand SD 100D 1 chasis para volqueta Mack CV713 1 compactador Ingersoll Rand
03/09/2006	CONSORCIO TRONCAL DE LA PAZ	\$416.940.000	3 chasis volqueta Kodiak 157 3 volcos de 6m3 de capacidad
03/15/2006	SEGUROS DEL ESTADO	\$246.389.045	Pólizas de cumplimiento, buen manejo y correcta inversión de anticipo, pago de salarios y

			prestaciones e indemnizaciones, estabilidad de las obras y responsabilidad civil extracontractual
03/23/2006	GRÚAS Y EQUIPOS LTDA	\$ 22.355.290	4 apisonadores de 4 ciclos Robin MT55F
03/23/2006	TALLERES INDUSTRIALES DIAZ	\$ 4.500.000	Tanque de agua
03/24/2006	CONSORCIO SOLARTE SOLARTE	\$156.237.900	Reintegro impuesto de timbre
03/24/2006	CASS CONSTRUCTORES & CIA SCA	\$156.237.900	Reintegro impuesto de timbre
03/27/2006	AUTONIZA LTDA	\$130.862.067	2 chasis para camión NPR 729
TOTAL EFECTIVAMENTE GIRADO Y PAGADO		\$5.220.291.193	

De la suma total pagada, **\$4.661.426.348** se destinaron a la compra de equipos y maquinaria. Todos estos gastos se hicieron en marzo de 2006; solo el 2 de marzo de 2006 se pagó suma superior a 2 mil millones de pesos, cuando aún el anticipo no se había amortizado.

Cabe señalar que, en el mismo informe, pero correspondiente a marzo de 2007, no se consignó capítulo correspondiente a manejo de anticipo, aun cuando como se ve en el cuadro, a juzgar por las fechas, todas esas inversiones se hicieron a partir del 2 de ese mes¹⁵⁹.

Además, se destinaron recursos para pagar el valor de la garantía única otorgada para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con el departamento, y como si fuera poco, para reintegrar dinero pagado por impuesto de timbre, entregado a personas jurídicas, si bien conformadas por los consorciados y sus familias, pero de todas maneras distintas del Consorcio Troncal de la Paz que era el constructor contratista.

Nótese cómo se giraron cheques del anticipo a nombre de los miembros del Consorcio, como es el caso del cheque 51336572 girado a CARLOS ALBERTO SOLATRTE SOLARTE el 03/09/2006 por valor de \$692.407.100 para pagarle anticipo de 3 compactadores, 1 chasis para volqueta y un compactador; el cheque 51336573 girado al CONSORCIO TRONCAL DE LA PAZ, igualmente el 03/09/2006 por valor de \$416.940.000 por concepto, todos, según dice el informe de la interventoría, de adquisición de equipos.

De lo consignado puede concluirse que, siendo obligación del contratista la disposición del equipo mínimo señalado en el pliego de condiciones, a escasos quince días de haber iniciado las obras de mejoramiento y pavimentación de la Troncal de la Paz, utilizando recursos del anticipo que, como bien lo sabía, eran públicos cuya tenencia le fue entregada en virtud del contrato, no como un pago anticipado de obras, el constructor, autorizado por el Contratante y avalado por el Interventor, adquirió equipos que, si bien se hubiesen destinado a la ejecución del proyecto, sabido era que todo equipo o maquinaria adicional no podía ocasionar gastos al contratante Departamento de Antioquia puesto que era de su exclusiva responsabilidad.

Eran dineros públicos cuya tenencia se entregó al contratista, pero cuya inversión, debió estar precedida de la revisión y autorización del Contratante, según lo definieron los pliegos de condiciones y, para el pago, esto es para el giro de los cheques de la cuenta especial en que se consignaron, requería los soportes que lo justificaran y las firmas del Representante de DIN-SEDIC y del Consorcio Troncal de la Paz.

No podían ser dispuestos, ni siquiera a título de "préstamo" para destinarlos a fines diferentes de los que se señalaron desde antes de la adjudicación del contrato; pero en el caso bajo examen, fueron usados, como se prueba, no solo para (i) comprar equipos, herramientas y maquinaria que, por obligación del contratista tenían que estar dispuestos en la obra y que, en caso de decidir disposición de una mayor cantidad para asegurar el cumplimiento en el plazo, sin que pudiera traducirse en un mayor costo para la entidad contratante, sino para (ii) el pago de obligaciones al parecer contraídas con otras personas

jurídicas como los reintegros por impuesto de timbre y, (iii) el pago de la garantía bancaria que adquirieron en diciembre de 2005 y cuya prima ya se encontraba pagada en su totalidad, como dio cuenta la constancia de 23 de ese mes y año expedida por Seguros del Estado S.A.¹⁶⁰, aun cuando en una cifra distinta: **\$235.902.188**.

¿No es acaso este un manejo y destino ilegales para los recursos públicos del anticipo?
¿Cuál era la amortización a 2 de marzo de 2006 cuando se dispuso para adquisición de seis retroexcavadoras y una motoniveladora la suma de \$2.237.096.350? si desde diciembre de 2005 ya se había pagado la prima correspondiente a la garantía única expedida por Seguros del Estado S.A., cómo es que en marzo de 2007 se gira un cheque – y por valor mayor- de la cuenta del anticipo con la argucia de cubrir tal gasto?

¿Y qué decir de los rendimientos que debió producir la suma apropiada de los recursos de los anticipos? Evidentemente, tal dinero de haberse manejado apropiadamente, al estar más tiempo en la cuenta debió generar rendimientos que también son de propiedad del estado, en este caso, del Departamento de Antioquia, pero que con la apropiación temprana que se hizo, se privó de que estos recursos generaran y retornaran al erario, comportamiento que también habrá de tenerse en cuenta para la tasación definitiva.

Pero es que a pesar de la obligación del contratista de disponer de los equipos mínimos o, si era su decisión, en mayor número, pero sin que signifique costos adicionales para la entidad, con escrito de 26 de abril de 2006 por ante el representante legal, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, pidió a la secretaria de Infraestructura, un anticipo adicional de \$10.592.398.164 con lo cual se llegaría al 50% del **valor total** del contrato, para "**la compra de equipo**" y la colocación de concreto asfáltico. Tal petición se justificó en que "*El mayor número de equipo se requiere por cuanto en desarrollo del proyecto se establecieron tres frentes de trabajo, que demandan recursos adicionales a los inicialmente estimados, de esta forma se puede asegurar el cumplimiento del cronograma aprovechando la limitada temporada seca*".¹⁶¹

Aun cuando la tenencia estaba en cabeza del Consorcio Troncal de la Paz, la custodia, la administración y por ende el cuidado de estos bienes del Estado continuaba en cabeza del contratante, esto es, del ordenador del gasto, porque se le confió con ocasión de sus

¹⁶⁰ Folio 270 cuaderno principal 3

¹⁶¹ Folio 258 cuaderno principal 3

funciones. Por esto debió controlar el manejo del contratista y recordarle que su decisión de aumentar maquinaria no podía traducirse en costos trasladados al Contratista. Pero lejos de ese cumplimiento, si bien no se accedió al pedimento total del Ingeniero SOLARTE VIVEROS, ante el ingeniero MONTOYA DELGADO fue formulado un estudio de conveniencia y oportunidad para la celebración de OTROSÍ No. 1, según el cual, para la entrega *«en un menor plazo al inicialmente establecido en el contrato, la Troncal de la Paz en el sector contratado, para el servicio de la comunidad, manteniendo condiciones de capacidad suficiente y un máximo de funcionalidad que garanticen a los usuarios de la región, niveles de servicio y seguridad óptimos»*¹⁶², planteó la estrategia de otorgar al contratista *«mejores condiciones de liquidez y flujo de caja, que le permiten a este poder contar con un número mayor de recursos que representan el poder ejecutar la obra contratada en un plazo menor al establecido inicialmente en el contrato, pasando de 26 a 21,5 meses con lo cual la administración tendrían un ahorro en el pago de reajustes de precios de 4 meses aproximadamente y al mismo tiempo se entregaría para en (sic) servicio de la comunidad la obra que mejore las condiciones socioeconómicas de los habitantes de la región del Bajo Cauca»*.

Sin embargo, y aun cuando fue en fecha posterior -12 de diciembre de 2006- que se adicionó el anticipo del 29% al 34,95% del valor básico del contrato, llegando a la suma de \$12.339.318.223, en la justificación de este acto dejó de lado la disminución en el plazo de entrega que fue la justificación en el estudio previo adelantado, como se indicó¹⁶³

Ahora, estos bienes se adquirieron al parecer, a nombre de los miembros del Consorcio Troncal de la Paz, porque según lo dijeron el Gobernador **Gaviria Correa** y su defensor, no les parece lógico que se adquirieran a nombre del ente estatal. Pero es lo cierto que se adquirieron con recursos públicos, aun antes que se hubiese amortizado el anticipo, apoderándose entonces de bienes del Estado cuya custodia estaba en cabeza del gobernador.

Pero es que al parecer, fue sumamente irregular el control sobre el manejo del anticipo a juzgar por el contenido del oficio 31611 de 10 de enero de 2007, con el cual la Interventoría requirió al constructor: *«Con las Relaciones de Anticipo Nos 6,7,9,10 y 30 se solicitaron por parte del Consorcio Troncal de la Paz, el giro de diferentes cheques de la cuenta de anticipo*

¹⁶² Folio 256 cuaderno principal 3

¹⁶³ Folios 252 y 253 cuaderno principal 3

del contrato 2005-CO-20-335, los cuales se soportaron en su momento mediante contratos, pedidos de importación y ofertas mercantiles para **la adquisición de equipo y materiales** para la obra. Sin embargo hasta el momento **no se han legalizado convenientemente** dichas transacciones, por lo que les estamos solicitando nos envíen los soportes que ampararon estos gastos. Para una mayor claridad, a continuación se resumen las relaciones, gastos y conceptos a que hacemos mención en este oficio:

No. Relación	No. Cheque	Fecha	Beneficiario	Valor	Ítem	Descripción Egreso
6	51336563	03/07/2006	Metálicas el Túnel	\$7.824911	3	Anticipo para la compra de 24 formaletas para la fabricación de tubería de 36"
7	51336565	03/07/2006	Conambien S.A	\$30.000.00	1	Anticipo servidumbre para la explotación de material Playa
9	51336568	03/08/2006	Murcia Murcia S.A.	\$473.770.00	1	Anticipo contrato de trituración y transporte de sub-base, base y pavimento
10	51336572	03/09/2006	Carlos Alberto Solarte S.	\$692.407.100	3	Anticipo 3 compactadores Ingersoll Rand SD 100D 1 chasis para volqueta Mack CV713 1 compactador Ingersoll Rand

30	53185619	05/23/20 06	Rodríguez y Londoño S.A.	\$79.295.51 2	3	Anticipo para la compra de 1 compactador Ingersoll Rand DD24
----	----------	----------------	--------------------------------	------------------	---	--

Lo que queda en evidencia con este documento es que el control que se ejerció frente al manejo e inversión del anticipo fue sumamente precario, al punto que, diez meses después de girados los cheques, aún estaban esperando soportes para «legalizar» los gastos, probando con ello, que no hubo la custodia necesaria de estos recursos públicos.

2.4.2.5. De los indicios de responsabilidad del sindicado frente al delito de Peculado por apropiación en favor de terceros

Frente a lo expuesto en precedencia, corresponde analizar si la información legalmente obtenida, de carácter documental y testimonial mediante la cual se acredita el detrimento al erario departamental, permite inferir, por lo menos a nivel de indicios graves, la responsabilidad penal del entonces gobernador de Antioquia **Aníbal Gaviria Correa**.

Al revisar y aprobar la disposición de estos recursos públicos cuya tenencia se entregó al Consorcio Troncal de la Paz, pero cuya custodia y administración, por razón o con ocasión de sus funciones seguían confiadas al Gobernador **Gaviria Correa**, así como cuando autorizó su egreso de la cuenta en que se manejaban con la firma también del interventor, a través de las decisiones de la Secretaria de Infraestructura y de la interventoría, el sindicado permitió que el Consorcio Troncal de la Paz dispusiera de ellos para adquirir bienes a su nombre (equipos, maquinaria) y pagara obligaciones contraídas con anterioridad (pago de póliza e impuesto de timbre), sin justificación jurídicamente atendible, porque al parecer no se invirtieron en la instalación de campamentos, compra de materiales e insumos para las obras, transporte de equipos e instalación de plantas y pago a los trabajadores vinculados de manera exclusiva a la ejecución de la obra objeto del contrato, forma prevista en el pliego de condiciones.

Como lo afirmara la Corte Suprema de Justicia, frente al delito de peculado por apropiación en favor de terceros "...el compromiso penal del funcionario público se deriva exclusivamente del propio ejercicio del cargo, por infringir la constitución y la ley y cuando

*incurra en actos de omisión, abuso o extralimitación de sus funciones, lo que encuentra fundamento constitucional en el artículo 6º de la carta política*¹⁶⁴.

Es por ello inaceptable que el sindicato afirme que entre sus funciones no está vigilar la inversión de este, ni de algún otro anticipo, sino que es una obligación a cargo del interventor, porque indudablemente, se trata de recursos públicos que hacen parte del erario cuya administración y cuidado le correspondían por su condición de Gobernador y frente a los cuales ostentaba la condición de ordenador del gasto; conservaba respecto de ellos la disponibilidad jurídica y por tanto, era el **«garante de los recursos del Estado, esto es de su correcta utilización y destinación»**, conforme lo entiende la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ya citada.

En esas condiciones, puede colegirse que **Aníbal Gaviria Correa**, creó el riesgo contra los recursos públicos, pues tenía el deber funcional de vigilar y controlar el adecuado manejo de los recursos entregados al contratista como anticipo y pese a eso lo defraudó como se verá adelante.

Tal conducta permite concluir a esta altura procesal, la muy probable afectación del bien jurídicamente tutelado a través del tipo penal que define y sanciona el *Peculado por apropiación en favor de terceros*, puesto que para ese momento era ampliamente conocido las condiciones de manejo e inversión que podía darse al dinero del anticipo y, pese a ese discernimiento, todo parece indicar que el Gobernador **Gaviria Correa**, como ordenador del gasto y por tanto, desde el punto de vista de la función con el deber de controlar y vigilar el correcto manejo de los recursos públicos, a través de la secretaría de Infraestructura y/o la Interventoría, autorizó el giro de tales recursos para los fines antes señalados, propósitos ciertamente privados que no se corresponden con los que deben incumbir al recurso público, como lo previeron los pliegos de condiciones.

Las sumas apropiadas en favor del Consorcio Troncal de la Paz suman:

Anticipo	Monto
No. 1	\$5.220.291.193
No. 3	\$2.792.000.000

¹⁶⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de noviembre de 2017, radicado 19802

Total apropiado	\$8.012.291.193
------------------------	------------------------

Ahora y, es bueno decirlo, como lo pusieron de manifiesto el sindicado y su defensor, el monto total de los anticipos, efectivamente fue amortizado a lo largo de la ejecución del Contrato principal y del OTROSÍ No. 2, lo que si bien significa que los recursos públicos fueron compensados por una especie de reintegro por instalamentos con cada acta de avance de obra que fue pagada al contratista en este caso, ocurrido antes que se iniciara la investigación, este hecho no hace desaparecer el delito de peculado por apropiación, sino que trae como consecuencia una atenuación punitiva, según lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁵, en los términos del artículo 401 de la Ley 600 de 2000.

Para terminar, se recuerda que el artículo 58-9 de la Ley 600 de 2000 consagra como circunstancia de mayor punibilidad, en caso de sentencia condenatoria, la *“posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder o ministerio”*. En este asunto refulge evidente que por su ilustración y poder económico el procesado es persona con alta distinción tanto regional como nacionalmente, lo cual le imponía, cual más, en su calidad de gobernador, un apego irrestricto a los valores y fines constitucionales y, en fin, al ordenamiento jurídico. Aparece acreditada, también, la circunstancia señalada en el numeral 1º de ese artículo, esto es, haber ejecutado las conductas sobre recursos y bienes destinados a utilidad común (los relacionados tanto con el objeto del contrato 2005-CO-20-335, como con el OTROSÍ número 2). Del mismo modo, concurre la del numeral 10, esto es, por obrar en coparticipación criminal.

2.5 DE LOS FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

De conformidad con lo dispuesto en la Carta Política¹⁶⁶, los instrumentos internacionales¹⁶⁷ y la legislación interna¹⁶⁸, la restricción de la libertad personal tiene carácter excepcional, en tanto procede únicamente cuando es necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos y fines constitucionales.

¹⁶⁵ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 20 de noviembre de 2013, radicado 39936

¹⁶⁶ Artículo 28.

¹⁶⁷ Artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, todas integradoras del bloque de constitucionalidad y por consiguiente, parte de derecho interno colombiano.

¹⁶⁸ Artículos 3 y 355 de la Ley 600 de 2000 y 295 y 296 de la Ley 906 de 2004.

La preceptiva que regula esta materia dispone de manera uniforme que todos los seres humanos tienen derecho a la libertad personal y nadie puede ser privado de ella, salvo que así lo disponga una autoridad judicial competente, con observación de las formalidades y de acuerdo con motivos previamente definidos en el derecho interno aplicable al caso concreto.

Ello significa que, aun cuando la libertad individual es un derecho fundamental de primera generación, no es absoluto; por el contrario, la propia Constitución Política, en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, establecen indudablemente que puede ser limitado o restringido legítimamente por el Estado, en el marco de un debido proceso, con garantía del derecho de defensa y absoluto respeto por la dignidad humana.

De acuerdo con la Ley 600¹⁶⁹ y la sentencia C-774 del 25 de julio de 2001, para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva se precisa el cumplimiento de los fines y requisitos formales y sustanciales allí previstos.

La Corte Suprema de Justicia expuso frente a este tema¹⁷⁰:

“En suma, el marco constitucional y legal para sopesar si frente a un evento en que es procedente la medida de aseguramiento (artículo 357 de la Ley 600 de 2000) es posible aplicarla, está delimitado por los fines que la constitución señala, desarrollados por el legislador en los artículos 3º y 355 ibídem, debiéndose auscultar en cada caso concreto si aparece acreditada la necesidad de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena, impedir la fuga o la continuación de la actividad delictual, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, sin que medie en el análisis correspondiente agravio a la presunción de inocencia.”

En este caso la Fiscalía advierte que están satisfechos con suficiencia los requisitos formales y sustanciales para imponer medida de aseguramiento contra el sindicado por los delitos imputados de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con peculado por apropiación en favor de tercero, como quedó expuesto a lo largo de esta

¹⁶⁹ Artículos 3, 355, 356 y 357

¹⁷⁰ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 4 de febrero de 2009, radicado 31167

resolución¹⁷¹, restando entonces verificar si se cumplen o no los fines constitucionalmente admisibles.

La medida de aseguramiento restrictiva de la libertad se torna legítima cuando se cumple uno cualquiera de los fines señalados en el artículo 355 de la Ley 600 de 2000. La constatación de esa finalidad no se realiza a partir de suposiciones, sino de un pronóstico construido sobre la base de elementos de juicio legalmente incorporados a la actuación.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia se debe acudir a la sistemática de la Ley 906 de 2004, por ser esta más exigente frente al tema de la restricción de la libertad; por tanto, será materia de análisis la necesidad de la medida, orientada a evitar que el sindicato obstruya el ejercicio de la justicia, precaver un peligro para la sociedad o la víctima, o para conjurar el riesgo de no comparecencia al proceso o no cumpla la sentencia en caso de condena¹⁷².

El pronunciamiento de 16 de febrero de 2010 de la misma Corporación¹⁷³, en el cual se evaluó la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva, aporta a este ejercicio valioso criterio hermenéutico respecto del alcance de los baremos constitucionales para determinar la necesidad de la medida restrictiva:

«Lo relevante es que para el legislador el peligro en que pueda estar involucrado el conglomerado social tiene el respaldo constitucional en el artículo segundo de la Carta Política que consagra los fines esenciales del Estado.

«Este vínculo entre la norma rectora y el artículo de la Constitución Política, halla fundamento en la sentencia C-774 de 2001, que declaró exequible el artículo 355 de la ley 600 de 2000, de la que se destaca:

“Para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de

¹⁷¹ Se procede por delitos que tienen prevista pena privativa de la libertad cuyo mínimo es o excede de cuatro (4) años de prisión y están acreditados por lo menos dos indicios graves de responsabilidad (artículos 354, 355 y 357, Ley 600 de 2000)

¹⁷² Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001 y, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de febrero de 2009, radicado 30942.

¹⁷³ Radicado 32792

*garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, los criterios legales de procedencia y **de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental.** Si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte” (negrillas no originales).*

«Se reitera entonces, que el fundamento se encuentra en la Constitución Política, en el artículo segundo de la protección a la comunidad desde el cual se pueden desarrollar en la ley distintas hipótesis de ese y otros principios constitucionales, sin que su contenido sea diverso, es decir, por ejemplo, la protección de la víctima, principio que se puede desarrollar en distintas hipótesis sin que sean excluyentes entre ellas; por el contrario cada una de las previsiones legales apuntan a la protección de diferentes aspectos de la misma finalidad de la detención preventiva».

2.5.1. El riesgo de no comparecencia

La ley 600 de 2000 prevé como presupuesto para la imposición de la medida de aseguramiento el cumplimiento de al menos uno de los fines constitucionales que cubren de legalidad a la privación de la libertad, sin que a la par establezca parámetros claros y precisos que guíen al funcionario al momento de analizar si procede o no la medida para

conjurar algún riesgo. En cambio, la Ley 906 de 2004 sí regula con detalle las hipótesis que darían lugar, si están patentes en la actuación procesal, a la imposición de la cautela.

Es así que el artículo 312 de la Ley 906 consagró los lineamientos que le permiten al funcionario investido de facultades jurisdiccionales, decidir si es necesario asegurar la presencia del imputado al proceso. Señala la norma:

«Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

- 1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.*
- 2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.*
- 3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena».*

Anibal Gaviria Correa tiene arraigo en la comunidad, es el actual Gobernador de Antioquia cuyo período inició el 1 de enero pasado; está casado; tiene tres hijos menores de edad, el último de los cuales cuenta seis años.

Si bien a través de correos electrónicos remitidos por su asistente el sindicado ha manifestado su disposición para concurrir al llamado de la Fiscalía, es lo cierto que su defensor de confianza adujo todo tipo de recursos procesales y extraprocesales que dilataron la celebración de la diligencia de indagatoria, aplazada casi siempre a últimos momentos, dificultando el normal desarrollo de la investigación. Sin embargo, en justicia, este Delegado no considera correcto trasladar al sindicado el comportamiento procesal de su defensor técnico. Por tanto, es dable concluir que la Fiscalía no cuenta con fundamento cierto que permita hacer una prognosis de evasión de la acción de la justicia.

2.5.2. El peligro para la sociedad o de la víctima.

El artículo 310 de la Ley 906, modificado por el 3º de la Ley 1760 de 2015 fija los siguientes derroteros para la estimación de si la libertad del procesado representa peligro para la seguridad de la comunidad. Al efecto se debe considerar, además de la gravedad y la modalidad de la conducta y la pena imponible, los siguientes criterios: (i) continuación de la actividad delictiva o la probable vinculación con organizaciones criminales; (ii) números de delitos imputados y naturaleza de los mismos; (iii) estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; (iv) existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional; (v) cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas; (vi) cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años y, por último (vii) cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Es innegable que la fecha de realización de las conductas se remonta a la época en que el sindicato **Gaviria Correa** se desempeñó por primera vez como gobernador de Antioquia. Pese a esto, no puede perderse de vista que incluso para ese entonces las que atentaran contra la administración pública también eran consideradas, lo mismo que hoy, como de extrema gravedad. El referido bien jurídico es consustancial a la vigencia del Estado democrático de derecho, en cuanto es precisamente por la actividad de sus agentes en todos los órdenes que los fines esenciales del Estado, protocolizados en el artículo 2º de la Constitución, se dinamizan; además, el canon 123, inciso, de la Carta Política establece que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; además, el artículo 209 de la Ley Fundamental precisa que «*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...*».

De tal suerte, puede sostenerse que conductas como las que aquí son materia de investigación, ya no en abstracto sino a partir de las particularidades de su ejecución, denotan un fuerte quebranto al bien jurídico, pues su ejecución revela el desprecio por aquellos principios que como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía y la imparcialidad ofrecen la senda hacia un orden social justo.

Pero también se tiene que la pena imponible subraya la gravedad de los comportamientos que se ilustraron a lo largo de este pronunciamiento. No es sino reparar en que, para el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el artículo 409 del Código Penal prevé pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, mientras que, para el peculado por

apropiación agravado, de conformidad con el artículo 397, incisos 1º y 2º, esa clase de pena va de seis (años) a veintidós (22) años y seis (6) meses. Debe considerarse que en la eventual mensura de la pena operarían los fundamentos consagrados en el artículo 61, inciso 2º del citado código, para fijarla dentro de los cuartos medios, habida cuenta de las circunstancias de mayor punibilidad concurrentes establecidas en el artículo 58 numerales 1 –ejecutar la conducta sobre bienes destinados a actividades de utilidad común-, 9 –la posición distinguida que ocupa el procesado por su ilustración y posición económica- y 10 –obrar en coparticipación criminal-.

Como ya se dijo, si bien es cierto desde la época de los hechos hasta la presente ha transcurrido un lapso de tiempo considerable que no otorgaría lógica a la imposición de una medida privativa de la libertad, también lo es que no puede pasarse inadvertido que hoy, **Aníbal Gaviria Correa** nuevamente ocupa el cargo de Gobernador electo de su *departamento*. Si como lo aseguró en su indagatoria es del pensamiento que el Comité asesor de Contratación es el mecanismo para controlar y vigilar la delegación para contratar y que entre sus funciones no está la de vigilar la inversión del anticipo de ningún contrato, es su postura la que pudiera significar que será un peligro para la comunidad, porque subsiste la posibilidad que se repitan situaciones semejantes.

Aquí surge el denominado riesgo de reiteración que se pretende conjurar con la medida de aseguramiento. Fundado en el criterio orientador previsto en el artículo 310-1 de la Ley 906, con la enmienda introducida por la Ley 1760 de 2015, tiene su fuente demostrativa, por un lado, en el hecho acreditado procesalmente de que **Gaviria Correa** de nuevo se encuentra como gobernador de Antioquia, y por el propio reconocimiento que hace –aunque con el infructuoso cometido de alejarse de los actos que se le imputan- al pregonar que no se ocupa de la contratación y que, incluso, su deber de control y vigilancia de la actividad contractual delegada lo descarga en otros. En tales condiciones, la réplica de actos semejantes en este nuevo período se puede avizorar como muy posible, lo cual hace necesario y urgente precaver a través de la cautela cualquier reiteración.

En torno a este aspecto, es importante traer la interpretación constitucional que a la norma le ha dado la Corte Constitucional:

«60. Pese a lo anterior, la Sala observa que la CIDH y la Corte IDH han contemplado de igual manera la probabilidad de ejecución de nuevos delitos, circunstancia ligada a la protección de la comunidad, como justificación para la imposición de la prisión

preventiva. En el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, luego de considerar que las medidas que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen carácter excepcional, al estar limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, la Corte IDH indicó:

“129... La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad”^[72].

Por su parte, en el Informe 2 de 1997, la CIDH destacó:

“32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”.

«De acuerdo con lo anterior, al interpretar los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia consagrados en la CADH, la Corte IDH ha reconocido el criterio de probabilidad de ejecución de nuevos delitos, asociable a la protección de la comunidad, como justificación para la imposición de la prisión preventiva, pese a reconocer que actualmente es discutido. La CIDH, además, sostiene que con sujeción a ciertos parámetros, en general, de razonabilidad y proporcionalidad, dicha causal puede ser empleada al decretar la detención cautelar, siempre que la probabilidad de reiteración en el delito sea real.

«Lo indicado implica, por un lado, que la interpretación del derecho a la libertad personal sancionado en la CADH no ha sido completamente uniforme en las citadas instancias internacionales, en el sentido que la detención preventiva sólo esté

justificada en la necesidad de evitar la obstrucción de la justicia y asegurar la comparecencia del imputado al proceso. Pero, en especial, las referidas decisiones muestran que, al interior de la doctrina de la Comisión y la Corte IDH, el criterio acabado de mencionar no puede leerse de forma cerrada y excluyente con la posibilidad de otras justificaciones de la privación preventiva de la libertad, como la protección de la comunidad contemplada en la Constitución Política.

«La Corte debe recabar en que los criterios interpretativos orientadores y relevantes que desempeñan la doctrina elaborada por la Corte IDH y la CIDH no implican la generación de tensiones con las normas constitucionales. Por el contrario, su papel puede ser desarrollado gracias a la necesidad de que los preceptos que componen el bloque de constitucionalidad, tanto de uno como otro origen, mantengan entre sí el mayor grado posible de armonía. De este modo, la interpretación sistemática y coherente de los estándares incorporados al bloque se convierte en el elemento que preserva su cohesión interna»¹⁷⁴.

La protección a la comunidad que se pretende con la medida de aseguramiento, se afina, en definitiva, sobre la necesidad de resguardar los intereses de la sociedad en cuanto espera de los gobernantes un manejo pulcro, transparente, responsable de los dineros públicos, y que se desarrolle la administración pública con imparcialidad, eficacia, moralidad y economía.

2.5.3. Obstrucción al debido ejercicio de la justicia.

Los criterios que deben ser tenidos en cuenta para verificar la existencia de ese riesgo y la necesidad de evitarlo, están señalados en el artículo 309 de la Ley 906 de 2004. Son los siguientes: (i) motivos graves y fundados que permitan inferir que el procesado puede destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; (ii) posibilidad de inducir a coimputados, peritos, testigos o a terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; (iii) que impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

¹⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-469-16

Prácticamente a estas alturas de la investigación, salvo los documentos soportes de la contabilidad del anticipo, la prueba se encuentra recogida casi que en su totalidad –en su gran mayoría en el año 2019, esto es, antes de que **Gaviria Correa** se posesionara por segunda vez como gobernador de Antioquia- por lo que, su preservación y obtención no corren peligro y no hay un soporte que sustente un riesgo de obstrucción en relación con ese punto, que pudiera atribuirse al sindicato.

En todo caso, la ascendencia del señor **Gaviria Correa** en el territorio antioqueño puede significar, con mucha posibilidad, que se ejerzan presiones respecto de testigos o para el normal tránsito de la actuación procesal que se adelanta en ese territorio respecto de los no aforados.

A este respecto debe recordarse que no obstante haberse tenido conocimiento de todas las irregularidades presuntamente configurativas de delitos en el año 2011, cuando la Contraloría Departamental de Antioquia puso en conocimiento de la Fiscalía en Medellín las irregularidades que advirtió en el contrato 2005-CO-20-335 con ocasión de auditoría especial practicada ese año, solo fue hasta el año 2018, segundo semestre, que la carpeta fue enviada a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, sin que entre tanto se hubiera realizado actuación alguna en aquella región. No se avizora razón atendible que pueda explicar tan cuestionable falta de actividad ante la necesidad de investigar hechos de tan extrema gravedad como los que dan cuenta estas diligencias.

En conclusión, estando satisfechos los requisitos formales y sustanciales para imponer medida de aseguramiento, así como acreditados los fines de la misma, señalados en los artículos 355, 356 y 357, se impondrá la de detención preventiva, pues en el caso bajo examen, un test de razonabilidad permite a esta Delegada considerar que se colman los criterios de adecuación, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, previstos en su orden, *para evitar la obstrucción a la justicia y proteger a la comunidad*, fines considerados constitucionalmente admisibles para esa clase de cautela, al tenor de lo dispuesto en el artículo 250 original de la Carta Política.

En este asunto concurren, por un lado, el mayor contenido del injusto y por otro, un superior grado de exigibilidad personal como quiera que se trata de la persona que encarnó -y hoy vuelve a hacerlo - la más alta responsabilidad administrativa del departamento de Antioquia, pero que defraudó la confianza de la comunidad a la que se debía, atentando contra el bien jurídico de la Administración Pública. Teniendo en cuenta las situaciones expuestas, se

reitera, resulta procedente la imposición de la medida de aseguramiento, en armonía con las exigencias constitucionales y legales estudiadas en precedencia

2.5.1. Sustitución de la detención preventiva.

Con fundamento en el artículo 314 de la Ley 906, modificado por el 27 de la Ley 1142 de 2007, norma llamada a ser aplicada por favorabilidad habida cuenta de la actual vigencia paralela con la Ley 600 de 2000, que no consagraba tal posibilidad, la detención en establecimiento carcelario se sustituirá por la de lugar de residencia del procesado **Anibal Gaviria Correa**.

En efecto, se estima que para cumplir con los fines por los cuales se impondrá la medida es suficiente que se cumpla en el domicilio del justiciable, de conformidad con lo señalado en el numeral 1º de la norma en cita. Confinado allí, en su domicilio, **Gaviria Correa** se desprende, por una parte, de su vínculo como mandatario y de todo lo que eso apareja en punto de la actividad contractual y de su vigilancia y control; por tanto, se minimiza el riesgo de reiteración antes abordado; además, debe considerarse que mientras tenga vigencia la medida, estará suspendido del cargo, circunstancia que redundará en las posibilidades de conjurar el señalado riesgo de reiteración y contribuye a la protección a la comunidad.

De igual forma, detenido en su domicilio, bajo la adecuada vigilancia de las autoridades carcelarias, se reduce muy significativamente cualquier injerencia en el trámite procesal o sobre testigos, peritos o personas que por una u otra razón deban comparecer bien ante la Fiscalía General de la Nación en cualquiera de sus niveles o, llegado el caso, ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia.

Por último, es preciso señalar que en la actualidad existe prohibición de sustituir la detención preventiva en establecimiento carcelario cuando se procede, entre otros, por delitos como peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales¹⁷⁵, según aparece en el párrafo 1º del artículo 314 del de la Ley 906. Sin embargo, cabe señalar que tal restricción no puede ser aplicada en procesos que cursan bajo la Ley 600 de 2000, pues este cuerpo normativo no prevé esa veda; luego considerar el listado de restricciones

¹⁷⁵ Desde la reforma introducida por la Ley 1142 de 2007, que consagró el párrafo 1º, mediante el cual se empezó a reglamentar las situaciones de improcedencia de la sustitución, empezó a figurar en el listado el delito de peculado por apropiación en cuantía superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

de aquella equivale a desafiar el precepto constitucional que llama a preferir la norma favorable, esto es, el artículo 29 de la Carta Política.

2.6. OTRAS DETERMINACIONES

1. En atención a la solicitud probatoria formulada por el defensor previa a la definición de la situación jurídica, advierte el Despacho que los testimonios de MARGARITA MARÍA ANGEL BERNAL, IGNACIO NARVÁEZ MORA, NADIA MARYORI MAYA LOPERA, JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO, LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, JUAN DIEGO LONDOÑO CORREA, FERNANDO GONZÁLEZ VILLA, fueron programados por el Despacho y su práctica dada a conocer oportunamente a la defensa y, aun cuando la mayoría de ellos se practicaron en fase de investigación previa sin que se hubiese llevado a cabo versión libre, no obstante, se permitió no solo la presencia sino la participación activa de la defensora sustituta, togada que asistió a las que quiso e interrogó según consideró, sin limitación alguna.

Por esta razón y para los propósitos indicados por la defensa, el Despacho se abstiene de decretarlos en esta oportunidad.

2. Como quiera que la ejecución y liquidación del contrato principal, el contrato adicional No. 1 y el OTROSÍ No. 2 tuvieron ocurrencia a lo largo de dos administraciones departamentales más, con el fin de establecer el compromiso de la responsabilidad de los posteriores Gobernadores, compúlsense copias de la denuncia y las principales piezas procesales para que por ante la secretaría administrativa de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia se abra radicado bajo el sistema de Ley 906, para que se investigue a quienes ocuparon el cargo de Gobernador de Antioquia en los períodos 2008-2011 y 2012-2015.
3. Insístase con las entidades Bancarias Banco Popular y BBVA donde se abrieron las cuentas que manejaron los recursos de los anticipos, para que de manera inmediata pongan a disposición de la Fiscalía, los documentos que se vienen solicitando desde pretérita oportunidad, relacionada con los cheques girados.

4. En relación con **Aníbal Gaviria Correa**, solicítese de la Organización electoral, copia legible, íntegra y autenticada de la declaración de elección como Gobernador de Antioquia período constitucional 2020-2023; a la Asamblea Departamental de Antioquia, para que remita a la mayor brevedad posible, copia íntegra, legible y autenticada del acta de posesión de enero de 2020; a la dependencia que corresponda en la Gobernación de Antioquia, la constancia de servicios actualizada.

En mérito de lo expuesto, la **FISCALÍA PRIMERA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**,

RESUELVE

PRIMERO: Proferir medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, en contra de **Aníbal Gaviria Correa**, de condiciones personales y civiles conocidas en este proceso, como determinador de los delitos de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso homogéneo, y heterogéneo con *Peculado por apropiación en favor de terceros*, conforme con el análisis expuesto en la parte motiva de esta resolución.

SEGUNDO: Sustituir la medida de detención preventiva en establecimiento carcelario, por la detención en el lugar de residencia del señor **Aníbal Gaviria Correa**.

Suscríbase el acta a que se refiere el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Oficiése al INPEC para que ejerza el control de cumplimiento de la detención en el lugar de residencia del procesado

TERCERO: Ríndanse los informes a que se refieren los artículos 364 de la Ley 600 de 2000 y 320 de la Ley 906 de 2004.

CUARTO: De conformidad con el artículo 359 de la Ley 600 de 2000, en armonía con el artículo 105-2 de la Ley 136 de 1994, solicitar al señor Presidente de la República, la suspensión en el ejercicio del cargo como gobernador de Antioquia del señor **Aníbal Gaviria Correa**.



I. 14168
Aníbal Gaviria Correa
Gobernador de Antioquia
Define situación jurídica

QUINTO: Por ante la asistente del Despacho, la Secretaría Administrativa de la Fiscalía Delega ante la Corte Suprema de Justicia y la investigadora asignada al caso, dese cumplimiento al capítulo de otras determinaciones.

SEXTO: Contra esta decisión, procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia



FAVIO ARANDA GUERRERO

Secretario Administrativo