



Bogotá, D.C.

Honorables Magistrados
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA
Corte Suprema de Justicia - Sala Especial de Primera Instancia
Calle 73 N° 10 - 83 Torre D Piso 1 -
Bogotá - Bogotá D.C.

ASUNTO: Aclaración del escrito de acusación y adición al anexo probatorio CUI 110016000102201700181 No. Interno 00005

Cordial saludo,

El 06 de septiembre de 2018, la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, presentó acusación contra el señor **Luis Miguel Cotes Habeych**, en calidad de Gobernador del Departamento del Magdalena, por el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales -art. 410 C.P., por hechos relacionados con la vulneración de requisitos legales esenciales, en el **trámite y celebración** del contrato de concesión No. 674 del 11 de diciembre de 2012.

Delito cometido a título de autor y en circunstancias de menor y mayor punibilidad previstas en el numeral 1 del artículo 55 del C.P., y numeral 9 del artículo 58 ib., relacionadas con la carencia de antecedentes penales y la posición distinguida en la sociedad, respectivamente.

Con el fin de tener mayor precisión sobre las razones de orden fáctico y jurídico que fundamentan la acusación, en absoluta congruencia con lo que fue materia de imputación, de conformidad con la facultad prevista en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia **presenta aclaración del escrito de acusación** que será objeto de la audiencia de formulación de acusación programada para el próximo 06 de octubre de 2021, en los siguientes términos:



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 2 de 14

1. Identificación del acusado:

Luis Miguel Cotes Habeych, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.082.852.122 de Santa Marta, nacido en la ciudad de Santa Marta, departamento del Magdalena, el 18 de enero de 1987; de 34 años de edad; estado civil casado; profesión administrador de empresas; residente en la Carrera 1 A No. 27 A -08 de la ciudad de Santa Marta. Se desempeñó como diputado del departamento del Magdalena desde el 1° de enero de 2008 y hasta el 28 de julio de 2010.

2. Fuero constitucional:

La Fiscalía acusa a **Luis Miguel Cotes Habeych** ante la Sala de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que la conducta por la que se procede se relaciona con las funciones propias del cargo de Gobernador del Departamento del Magdalena, razón por la que, conforme lo previsto en el numeral 5 del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3 del acto legislativo No. 01 de 2018, goza de fuero constitucional para su juzgamiento.

3. Hechos Jurídicamente Relevantes:

Luis Miguel Cotes Habeych, ejerció como Gobernador del Departamento del Magdalena, por elección popular, para el periodo constitucional 2012-2015, cargo que desempeñó del 1° de enero al 7 de febrero de 2012 y del 14 de marzo de 2012 al 31 de diciembre de 2015. Siendo Gobernador del Departamento, con fecha 11 de diciembre de 2012, la administración celebró el Contrato de concesión No. 674 con la empresa Empresarios Asociados de Apuestas Permanentes del Departamento del Magdalena – APOSMAR S.A.,



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



Radicado No. 20211600035841
Oficio No. FDCSJ-10100-
04/10/2021
Página 3 de 14

representada por el señor Carmelo Herazo Tous, por valor de \$13.205.267.902.

El objeto del contrato fue *“el otorgamiento de la concesión para la operación del Juego de Apuestas Permanentes o chance (...) para que por su cuenta y riesgo y en forma exclusiva, ejecute directamente el juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento del Magdalena, incluyendo el Distrito de Santa Marta, bajo el control, fiscalización y supervisión de la Entidad concedente”*, por el plazo de cinco (5) años, comprendido entre el 1 de marzo de 2013 al 28 de febrero de 2018.

Al acto de celebración concurrió, en representación del Departamento del Magdalena, el señor *Eduardo Arteta Coronell*, en calidad de Secretario del Interior, con fundamento en las facultades otorgadas en los Decretos 594 y 619 del 5 y del 9 octubre de 2007, respectivamente.

La concesión fue adjudicada en el marco del proceso de Licitación Pública No. LP-DM-05-2012, que se adelantó sin observar el cumplimiento de requisitos legales esenciales y transgredió los principios de la contratación estatal y de la función pública en general; un proceso contractual que inició el 22 de octubre de 2012, con el aviso por el cual el Gobernador **Cotes Habeych** convocó la participación de proponentes a quienes cumplieran los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y que contó con un único proponente, la firma Empresarios Asociados de Apuestas Permanentes del Departamento del Magdalena APOSMAR S.A.

Este proceso contractual limitó la libre concurrencia en la medida en que el pliego de condiciones al que aludió el Gobernador en el aviso de convocatoria, reiterado en Adenda 001 de 13 de noviembre de 2012, fue elaborado con la finalidad de que los requisitos sólo fueran cumplidos por la entidad que, por varios lustros y en forma exclusiva, llevaba ejerciendo la actividad en la región,



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 4 de 14

esto es, APOSMAR SA.

Se trató de un pliego analítico que definió como requisitos, entre otros, los siguientes:

1. Experiencia específica en operación del juego de apuestas permanentes.

“...haber ejercido la operación del Juego de Apuestas Permanentes o Chance, como mínimo por el término de quince (15) años, durante los últimos veinte (20) años y haber transferido como mínimo el 60% del valor de la propuesta económica de acuerdo con lo consignado en este pliego (...).

La experiencia en la operación deberá acreditarse con fotocopia de los contratos ejecutados o mediante certificación expedida por parte de la entidad concedente y la constancia de paz y salvo en el pago de los derechos de explotación, mediante certificación expedida por la entidad o persona jurídica que registró el pago de los mismos (...)”

Este requisito sólo lo cumplía APOSMAR S.A., empresa que había sido favorecida por esos periodos, contrariando lo previsto en los artículos 7° y 22 de la Ley 643 de 2001 que permitía concesiones por término máximo de 5 años.

Pero, además, la forma de acreditar esa experiencia para APOSMAR se limitaba a *“la certificación expedida por parte de la entidad concedente y la constancia de paz y salvo en el pago de los derechos de explotación”*, es decir un certificado expedido por la misma Gobernación del Magdalena.



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 5 de 14

2. En cuanto a los factores de evaluación, concretamente el factor técnico estableció un puntaje hasta mil puntos, por garantizar la red de mercadeo que contara con puntos de venta fijos, puntos de venta móviles, vendedores y agencia, cuya calificación definió conforme a una tabla que especificaba lo siguiente:

✓ Puntos de venta fijos:

*“Quien tenga instalados más de ciento cincuenta puntos (150).....100 puntos
(...)”*

Quien ofrezca instalar más de 150 puntos40 puntos”

✓ Puntos de venta móviles:

*“Quien tenga instalados más de mil doscientos cincuenta puntos
(1250).....100 puntos
(...)”*

Quien ofrezca instalar más de 125040 puntos”

✓ Número de vendedores:

*“Quien posea una fuerza de venta de mil (1.000) o más vendedores,
distribuidos en el distrito turístico, cultural e histórico de Santa Marta y los
restantes municipios del Departamento, obtendrá..... 100 puntos (...)”*

Quien ofrezca utilizar mas de 1.000 vendedores40 puntos”

Estos requisitos eran cumplidos por APOSMAR porque siendo el exclusivo adjudicatario por mas de 15 años, ya tenía instalados los puestos fijos y móviles, así como personal contratado y lograría la máxima calificación.



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 6 de 14

3. El soporte para acreditar el cumplimiento de los requisitos consistía en entregar soportes documentales de contratos y promesas de compra, arriendo, certificados de tradición y libertad, contratos laborales.

Este requisito no le era exigible a APOSMAR porque lo cumplía con una simple constancia de la entidad territorial concesionaria porque ya tenía la capacidad instalada.

4. Sobre la capacidad tecnológica y software y licenciado.

Se otorgaría un puntaje máximo de 400 puntos y el proponente debía anexar a su propuesta documentos que acreditaran la disponibilidad de ellos, equipos que ofrecerían para la operación de juegos de apuesta o chance.

Si bien no se fijó una escala, lo cierto es que la exigencia beneficiaba, de nuevo, a APOSMAR quien allí comerciaba el chance, un proponente extraño (todos los demás) solo podía ofrecer esa instalación y personal, viéndose obligado a aportar contratos que garantizaran la instalación a futuro y la disponibilidad de personal necesario. APOSMAR simplemente debía acreditar que toda esa capacidad ya estaba en funcionamiento.

5. Apoyo a la mano de obra local y regional otorgaría 300 puntos

“deberá acreditar que el personal concretado tenga domicilio en el Departamento del Magdalena, para tal fin el proponente presentará listado del personal contratado administrativamente, y el personal de vendedores, con el respectivo número de identificación y su domicilio, este listado será verificable por la entidad concedente”



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 7 de 14

Este requisito también privilegiaba a APOSMAR, pues era el concesionario que venía contratando el personal requerido por más de quince (15) años; además, APOSMAR hizo observación sobre el requisito de acreditación de los vendedores independientes que fue atendida al momento de elaborar la adenda.

En todo caso, un proponente que pretendiera cumplir los requisitos previstos en el pliego debía realizar una inversión para acreditar un mínimo de capacidad que de ninguna manera llegaría a obtener el puntaje máximo otorgable que sí acreditaba quien ya tenía instalado el negocio, por lo que se trataba de una situación que para cualquier interesado significaba un alea sin posibilidad, pues, necesariamente, estaba en desventaja frente a APOSMAR que obtendría los máximos puntajes por haber sido la concesionaria del chance por muchos años.

Certificaciones que, además, provenían de la misma administración Departamental, pues en el proceso de evaluación habilitó al único proponente a pesar de no cumplir con el requisito de estar al día en el pago con los derechos de explotación del chance, generados por el desarrollo de su actividad como concesionario de apuestas permanentes. APOSMAR S.A. a la fecha de la propuesta adeudaba transferencias por derechos de explotación de la vigencia 2011 y gastos de administración de la vigencia 2012.

En esas condiciones, durante el **trámite y celebración** del contrato se inobservó el cumplimiento de los requisitos legales esenciales previstos en la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012, así como la Ley 643 de 2001, que constituye incumplimiento a los principios de la contratación pública y configura la conducta de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 8 de 14

En primer lugar, el Gobernador **Luis Miguel Cotes Habeych**, publicó dos avisos de convocatoria, uno el 22 de octubre y otro el 25 de octubre, documento en el que convocaba a todas las personas que cumplieran con los documentos legales, técnicos y financieros establecidos en los pliegos de condiciones que se preveía publicar el 8 de noviembre de 2012.

En segundo lugar, el Despacho del Gobernador emitió la Adenda No. 001 de 13 de noviembre de 2012 que modificó los pliegos de condiciones en materia de riesgos y red de mercadeo, dejó en firme los pliegos definitivos, atendiendo particulares observaciones de APOSMAR.

En tercer lugar, una vez realizada la evaluación del proponente y previo a la expedición del acto de adjudicación, el Gobernador **Cotes Habeych** estuvo enterado del resultado del análisis financiero realizado a la propuesta de APOSMAR, mediante comunicación dirigida por uno de los evaluadores, concretamente la Secretaría de Hacienda.

Estos elementos permiten establecer que el Gobernador **Luis Miguel Cotes Habeych** como representante legal de la entidad territorial y ordenador del gasto, estuvo al tanto del proceso contractual, cuyo trámite inició con la convocatoria de proponentes que cumplieran los requisitos de un pliego de condiciones que vulneraba lo previsto en el artículo 2.2.3 del Decreto 734 de 2012, relacionado con el contenido mínimo del pliego de condiciones, en la medida en que, conforme al numeral 2 debe contener reglas objetivas que gobiernen la presentación de las ofertas, así como la evaluación y ponderación de las mismas.

Aquí ese requisito no se cumplió, las reglas no fueron transparentes, fueron



analíticas para favorecer a un único proponente, pues las reglas dispuestas en el pliego no garantizaron la libre concurrencia; por el contrario, impidieron la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada, situación prevista en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, como contraria al principio de transparencia y el deber de selección objetiva normado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Se vulneró igualmente el principio de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, en virtud del cual, las entidades y los servidores públicos responderán cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos; en este caso, el pliego fue elaborado en las circunstancias que favorecían a un único proponente, por lo que facilitaba decisiones de carácter subjetivo, la adjudicación a APOSMAR.

Al margen de lo anterior, si bien el contrato fue celebrado por el Secretario del Interior, así como algunos actos de trámite, concretamente los relacionados con estudios previos, apertura de licitación y adjudicación del contrato, en virtud de la asignación de función dispuesta en los Decretos 594 y 619 de 2007, la actuación del delegatario no exonera de responsabilidad al funcionario delegante, menos aún en casos como el presente en el que el gobernador **Cotes Habeych** actuó de manera directa en el acto de convocatoria, la adenda a los pliegos de condiciones y en la vigilancia del proceso de evaluación de proponentes, actos relativos al **trámite** previo de celebración del contrato que tipifican la conducta por la que se procede.

En efecto, mediante Decreto 594 de 5 de octubre de 2007, modificado por el Decreto 619 de 9 de octubre de 2007, el entonces Gobernador del Magdalena,



dispuso la asignación de la función del chance al Secretario del Interior, un acto de delegación cuyos términos quedaron precisamente establecidos en el artículo 3 del Decreto 619 de 2007.

Sin embargo, es pertinente observar que la delegación para contratar es una potestad de los jefes y representantes estatales prevista en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, con el fin de *“dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política”*.

Tal potestad corresponde a una actividad discrecional reglada, conforme al artículo 10 de la Ley 489 de 1998 que regula los requisitos de la delegación, conforme a la cual el delegante *“deberá informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas”*, quien por virtud de lo previsto en el artículo 12 puede *“en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario”*, y *“en todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad civil y penal al agente principal”*.

En esas condiciones, el Gobernador **Cotes Habeych** vulneró los principios de transparencia, deber de selección objetiva y responsabilidad previstos en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993 y artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

4. Inferencia sobre la autoría y responsabilidad

Luis Miguel Cotes Habeych, como Gobernador del departamento del Magdalena, ejercían las funciones previstas en los artículos 305 de la Constitución Política y en materia contractual, las definidas en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 11 de 14

En ejercicio del cargo, el gobernador **Cotes Habeych**, de manera directa, cumplió las siguientes actividades que comprometen su responsabilidad: (i) publicó el aviso de convocatoria en dos oportunidades 22 y 25 de octubre de 2012, (ii) publicó la adenda 001 al pliego de condiciones con fecha 13 de noviembre de 2012 y (iii) antes de la adjudicación la Secretaria de Hacienda le comunicó el resultado del análisis financiero de la propuesta de APOSMAR.

De manera que, el proceso de contratación adelantado con las irregularidades propias del pliego de condiciones, contó con el aval del Gobernador **Cotes Habeych**, su conocimiento y voluntad se establecen a partir de la convocatoria, la expedición del acto administrativo correspondiente a la adenda de fecha 13 de noviembre de 2012, emanada del Despacho del Gobernador “*por medio de la cual se modifican los pliegos definitivos y hace parte integral de estos (...)*” y el seguimiento al proceso de evaluación, lo que demuestra que el Gobernador conocía plenamente el pliego definitivo y lo avaló con la expedición de este acto que dejó en firme el pliego.

De esa manera el Gobernador **Cotes Habeych** inobservó el cumplimiento de requisitos legales esenciales para la celebración de contratos y vulneró los principios de la contratación estatal y la función pública en general.

5. Imputación Jurídica

De los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, se puede afirmar con probabilidad de verdad que la conducta existió y que el ex Gobernador **Luis Miguel Cotes Habeych** es autor, de la comisión del siguiente delito:



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 12 de 14

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 así:

“ 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 sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

En las circunstancias genéricas de menor y mayor punibilidad consagradas en el numeral 1 del artículo 55 y numeral 9 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, así:

Artículo 55-1. *“La carencia de antecedentes penales”*

Artículo 58-9. *“La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder oficio o ministerio”, en tanto, el Gobernador **Luis Miguel Cotes Habeych**, ocupó la más alta dignidad en el Departamento, gracias a la confianza depositada por sus electores, que en oportunidad anterior le permitió acceder al cargo de Diputado, goza de una formación académica privilegiada a nivel profesional, lo que le permite conocer, comprender y dirigir su voluntad conforme a la ley en cada uno de sus actos como funcionario público.*

En consecuencia, se acusa al señor **Luis Miguel Cotes Habeych** como autor del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cometidos en las circunstancias de menor y mayor punibilidad ya descritas.

En estos términos, la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de



Radicado No. 20211600035841

Oficio No. FDCSJ-10100-

04/10/2021

Página 13 de 14

Justicia, **aclara** el escrito de acusación presentado el 06 de septiembre de 2018 y, **adiciona** el anexo probatorio para incluir los siguientes elementos materiales probatorios de carácter documental y testimonial, así:

- **Informes de investigador de campo**

13. Informe de investigador de campo No. IC0006758736 de fecha 1° de octubre de 2021, suscrito por la servidora de policía judicial MARÍA MARGARITA CASTILLEJO LÓPEZ.

- **Documental**

31. Registro de detalle del proceso de licitación pública LP-DM-05-2012, publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública. (3 folios)

32. Un (1) DVD titulado "Documentación remitidas por la Gobernación del Magdalena - 1 octubre de 2021", el cual contiene:

Una (1) carpeta denominada "OFICINA ASESORA DE CONTRATACIÓN", que en su interior contiene cuatro (4) archivos en PDF, así:

- 1.1. CONSTANCIA DE ENVÍO DE RESPUESTA
- 1.2. OFICIO No. I-2021-012022
- 1.3. CONTRATO 423-2007
- 1.4. CONTRATO 474-2012

Una (1) carpeta denominada "OFICINA DE ARCHIVO", que en su interior contiene tres (3) archivos en PDF, así:



Radicado No. 20211600035841
Oficio No. FDCSJ-10100-
04/10/2021
Página 14 de 14

- 2.1. CONSTANCIA DE ENVÍO DE RESPUESTA
- 2.2. CONTRATO 674 DEL 2012 (1)
- 2.3. CONTRATO 674 DEL 2012 (2)

- **Testimonial**

Eduardo Alberto Arteta Coronell, Secretario del Interior del Departamento del Magdalena para la época de los hechos. Carrera 59 No. 96-33 Apto. 304B Barranquilla. Celular 3226215862.

Cordialmente,

FRANCY EUGENIA GÓMEZ SEVILLA
Fiscal Segunda Delegada Ante la Corte Suprema de Justicia.

Anexo (s): Sin anexos
Proyectó: Brenda Carreño - Asistente Fiscal
Revisó: Priscila Rochels – Fiscal de Apoyo