

**LA DEFERENCIA AL CRITERIO EMPRESARIAL
APLICADA AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

SEBASTIÁN ACEVEDO MARTELO

21/02/2019

**LA DEFERENCIA AL CRITERIO EMPRESARIAL APLICADA AL PROCESO DE
RESPONSABILIDAD FISCAL**

SEBASTIÁN ACEVEDO MARTELO

Asesor No. 1: Luis Eduardo Hofmann Del Valle

Asesor No. 2: Andrea Londoño Agudelo

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín

2019

“Si el éxito tiene un secreto, reside en ver el punto de vista de otra persona y contemplar las cosas desde el ángulo de esa persona y desde la tuya propia”

Henry Ford

(1863 – 1947)

Dedicatoria

*Este trabajo se hace en honor a
todas aquellas personas que, sin
sopesar su trabajo, cargo o tarea
desempeñada en la sociedad
colombiana, trabajan con la fiel
firmeza y convicción de darlo todo
por el país que nosotros los
colombianos nos merecemos.*

Agradecimientos

Agradecer no es meramente un proceso elaborado, consistente en exponer galanterías y ademanes a preseleccionados nombres en momentos determinados, sino un sentimiento ferviente y constante manifestado desde lo sencillo y humilde más allá de la amistad, por tanto, no es necesario que redacte a quienes deseo agradecer ... quien esto lee, ya lo sabe.

Resumen

A la fecha en Colombia, la forma en la que se ejercen los diferentes controles para todos aquellos que administran recursos públicos, tales como los administradores de las empresas estatales, lleva a que, en algunos casos, se juzguen de manera arbitraria decisiones de negocio. Esta situación ha sido ocasionada en parte por la forma en la que se encuentra concebida la responsabilidad fiscal en Colombia, pues el modelo actual omite en algunos eventos consideraciones de negocio que, de ser tenidas en cuenta, descartarían la existencia del dolo o la culpa grave en ciertas actuaciones de los administradores de las empresas estatales. Partiendo de esta premisa, en el presente trabajo se explica, analiza y propone la conveniencia y el mecanismo más adecuado para introducir la regla de discrecionalidad o de deferencia al criterio empresarial (*bussines judgement rule*), en el ordenamiento jurídico colombiano, en especial en el modelo de responsabilidad fiscal. En efecto, este desarrollo jurídico, originario de los países anglosajones, es un criterio interpretativo que le permitiría a los administradores de las empresas estatales asumir decisiones más acordes con la naturaleza del negocio que desarrollan aunque éstas impliquen mayores riesgos, lo que potencialmente propiciaría un manejo más eficiente y eficaz de los recursos públicos. Al final del documento se propondrán posibles aplicaciones de dicha figura jurídica en ciertos casos emblemáticos en los que se ha analizado la responsabilidad fiscal de administradores de empresas estatales.

Abstract

Up to date in Colombia, the fiscal liability process are executed in a certain way that the decisions made by the administrators of the State-owned companies do not necessarily obey to the business' interests. In fact, decision-making processes are being arbitrarily judged, regardless whether the decision taken was appropriate or not for the state-owned enterprise. Therefore, this paper explains, analyzes and proposes the way that the business judgement rule (BJR) should be introduced within the Colombian legal system. This legal figure that has been developed mostly by the jurisprudence of the Common Law-juridical system countries-, would allow the administrators of the State-owned companies assume decisions which were consistent with the business' core, even doe if they carry higher risks. At last but not at least, judgements applied using the BJR will be proposed for the representative cases developed in this work.

Contenido

LA DEFERENCIA AL CRITERIO EMPRESARIAL APLICADA AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	I
Dedicatoria	IV
Agradecimientos	V
Resumen	VI
Abstract	VII
INTRODUCCIÓN	- 11 -
I. LA RESPONSABILIDAD FISCAL COMO ELEMENTO GENERADOR DE LA PROBLEMÁTICA	- 19 -
1.1. Marco Legal que Regula la Responsabilidad Fiscal en Colombia	- 19 -
1.1.1. La Responsabilidad Fiscal Desde la Constitución de 1991	- 19 -
1.1.2. La Responsabilidad Fiscal Desde la Ley 042 de 1993	- 20 -
1.1.3. El Control Fiscal Desde el Decreto 267 de 2000.....	- 21 -
1.1.4. La Responsabilidad Fiscal desde la Ley 610 de 2000	- 22 -
1.1.5. La Responsabilidad Fiscal Desde el Estatuto Anticorrupción	- 23 -
1.2. El Proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia	- 23 -
1.2.1. El Proceso en Concreto	- 23 -
1.2.2. Elementos de la Responsabilidad Fiscal.....	- 29 -
1.2.2.1. Elemento Objetivo de la Responsabilidad Fiscal	- 30 -
1.2.2.1.1. Definición de Daño y Contraste con Otras Concepciones de Daño -	30
1.2.2.1.2. El Daño Patrimonial y sus Elementos	- 32 -
1.2.2.1.3. ¿Elemento Objetivo Pero Indeterminado?.....	- 34 -
1.2.2.1.4. La Problemática Sobre Este Aspecto	- 38 -
1.2.2.2. Elemento Subjetivo de la Responsabilidad Fiscal.....	- 38 -
1.2.2.2.1. El Elemento Subjetivo Como Generador de la Problemática.....	- 38 -
1.2.2.2.2. La Problemática Sobre Este Aspecto	- 44 -
II. LA PROBLEMÁTICA EN CONCRETO.....	- 45 -
III. MANIFESTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA EN LOS CASOS <i>SUB EXAMINE</i> Y LAS CONSECUENCIAS DE ÉSTA.....	- 47 -
3.1. Refinería de Cartagena S.A. Lecciones por Aprender de un Megaproyecto ...-	47 -
3.1.1. El Caso.....	- 47 -
3.1.2. La Decisión de Negocio	- 51 -
3.1.3. Injerencia de la Problemática.....	- 54 -

3.2.	Hidroituango Coletazos de la Crisis en el Corazón de los Andes	59
3.2.1.	El Caso.....	59
3.2.2.	La Decisión de Negocio	63
3.2.3.	Injerencia de la Problemática.....	65
3.3.	TGI-Empresa de Energía de Bogotá ¿La Inversión más Rentable?	70
3.3.1.	El Caso.....	70
3.3.2.	La Decisión de Negocio	71
3.3.3.	Injerencia de la Problemática.....	73
IV.	CONCLUSIONES DE LA PRIMER PARTE	75
V.	LA <i>BUSSINES JUDGEMENT RULE</i>, COMO SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA	78
5.1.	La Business Judgement Rule en Concreto	78
5.1.1.	Definición.....	78
5.1.2.	Origen	78
5.1.3.	Estructura	80
5.1.4.	Desarrollos jurisprudenciales.....	82
5.1.5.	Propósito (Fin)	83
5.2.	La Business Judgement Rule en el Ordenamiento Jurídico de los Estados Unidos de América	84
5.2.1.	Dimensión Procesal	85
5.2.2.	Dimensión Sustancial	85
5.2.3.	Aplicación en Empresas Estatales.....	86
5.3.	La Business Judgement Rule en el Ordenamiento Jurídico Francés	86
5.3.1.	Desarrollo General	86
5.3.2.	Aplicación en Empresas Estatales.....	88
5.4.	La Business Judgement Rule en el Ordenamiento Jurídico Chileno	89
5.4.1.	Desarrollo General	89
5.4.2.	Aplicación en Empresas Estatales.....	90
VI.	POSIBLE INTRODUCCIÓN DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	91
6.1.	Panorama Actual	91
6.1.1.	Desarrollos Jurisprudenciales de la BJR	91
6.1.2.	Desarrollos Legales de la BJR.....	93
6.1.3.	La BJR en Materia de Responsabilidad Fiscal.....	95
6.2.	Propuesta	96

VII. APLICACIÓN DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE EN LOS CASOS SUB EXAMINE.....	101
7.1. La BJR Aplicada al Caso Reficar	101
7.2. La BJR Aplicada al Caso Hidroituango.....	102
7.3. La BJR Aplicada al Caso TGI-EEB	104
VIII. CONCLUSIONES GENERALES DEL TRABAJO	106
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109

INTRODUCCIÓN

En el 2016¹, una de las filiales de Ecopetrol, la empresa más grande en Colombia por volumen de activos y patrimonio², es protagonista de uno de los mayores escándalos en la historia reciente de Colombia³. Según un hallazgo de la Contraloría General de la República (“CGR”), en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena (“Reficar”), la obra civil de mayor envergadura en la historia del país, se detectaron sobrecostos que podrían ascender a \$8,500 millones de Dólares, esto es, el equivalente a una y media (1,5) veces el valor del nuevo Canal de Panamá o 1.15 veces el valor de lo que se había presupuestado para el desarrollo del metro elevado de Bogotá, D.C.⁴.

El escándalo tuvo como punto de quiebre una convergencia de situaciones que podrían implicar derroches, malversaciones de recursos públicos, adquisiciones de bienes o servicios por precios muy superiores a los de mercado, falta de planeación, ausencia de

¹ “La Contraloría General de la República adelantó Actuación Especial de fiscalización al proyecto de modernización y ampliación de la Refinería de Cartagena S.A. – REFICAR. La actuación especial se realizó entre el 12 de enero de 2016 y el 25 de noviembre de 2016 y dentro de ella se revisaron 121 contratos de CB&I, 56 de REFICAR y 20 órdenes de compra por valor de 5,3 billones”. Véase: Contraloría General de la República. 2017. Informe de Gestión al Congreso y al Presidente de la República: Casos Emblemáticos de Responsabilidad Fiscal. pp 58.

² Revista Dinero. 2017. Las Empresas Más Fuertes. Tomado de: <https://www.semana.com/100-empresas/articulo/100-empresas-2017-las-empresas-mas-fuertes/523698>

³ Robledo agregó que “los sobrecostos en la Refinería de Cartagena del orden de los 4.023 millones de dólares según la Contraloría General de la República, pueden ser el peor descalabro económico de la historia de Colombia”. Los sobrecostos de la obra equivalen a 1.5 veces el valor de la ampliación del Canal de Panamá y a 1.15 veces la inversión en el Metro de Bogotá. Véase. Polo Democrático Alternativo. 2016. Escándalo de Reficar evidencia que transnacionales asaltaron patrimonio público con anuencia de funcionarios colombianos, denunció Robledo. Tomado de: <https://www.polodemocratico.net/nuestras-noticias/102-titulares/10342-escandalo-de-reficar-evidencia-que-transnacionales-asaltaron-patrimonio-publico-colombiano-con-anuencia-de-funcionarios-colombianos-denuncio-robledo>

⁴ Véase: Contraloría General de la República. 2016. Informe de Gestión al Congreso y al Presidente de la República. pp 28-33

capacidad técnica y entre muchas. Independiente de dichas situaciones, el objeto de estudio del presente trabajo radica en la decisión de negocio tomada por la recién nombrada Junta Directiva de la Refinería de Cartagena S.A., que se vio obligada a decidir entre: (a) continuar con el Proyecto de Reficar, a pesar de que los estudios de ingeniería de detalle realizados tras el inicio del Proyecto no se ajustaran al presupuesto inicial; o (b) suspender el Proyecto y dejar una obra de enormes dimensiones inconclusa (conocida popularmente como un *elefante blanco*), cuyos costos enterrados para aquel entonces ascenderían a una cifra cercana a los \$4,500 millones de Dólares. A juicio de la CGR, como consecuencia de este hallazgo, se podría declarar responsables fiscales por los astronómicos sobrecostos a los administradores de Ecopetrol y de Reficar S.A., incluyendo a los miembros de sus Juntas Directivas, por haber adoptado la decisión de seguir adelante con el Proyecto, no obstante la detección de sobrecostos a partir de la realización de los estudios de ingeniería de detalle.

En mayo del 2018, debido a imprevistos geológicos, Hidroituango, el proyecto más ambicioso de infraestructura energética de la República de Colombia, ubicado en el corazón de la cordillera de los Andes, con una capacidad de generación de energía eléctrica por medio de la transferencia de la energía hidráulica de 2.400 megavatios⁵, cuya construcción se inició hacía 8 años y cuyo costo final se estimaba en una cifra cercana a los once coma cuatro (11,4) billones de pesos colombianos⁶, sufre serias complicaciones que

⁵ Empresas Públicas de Medellín. 2018. Sala de Prensa: Sobre la venta de participaciones en empresas controladas y no controladas y la evolución de la contingencia del proyecto hidroeléctrico Ituango, EPM informa. Tomado de: <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/comunicado-proyecto-hidroelectrico-ituango>

⁶ Caracol Radio. 2018. En Hidroituango han invertido 8.3 billones de pesos en seis años. Tomado de: http://caracol.com.co/emisora/2018/05/11/medellin/1526040909_617502.html

comprometen la viabilidad misma del proyecto y la seguridad e integridad de 12 poblaciones ribereñas de la cuenca del Rio Cauca.

En medio de todas estas complicaciones, los administradores de la Empresa de Servicios Públicos de Medellín deben decidir para reducir las probabilidades de un derrumbe de la represa, inundar el cuarto de máquinas, lo que comprometería equipos valuados en \$ 400.000 millones de Pesos (sin contar los sobrecostos que implicarían los retrasos en la entrega del proyecto); o esperar a que se destaponaran naturalmente los túneles de desviación, pero corriendo el riesgo de un desplome de la represa que comprometería miles de vidas humanas. Una vez pasada la situación de crisis, la Junta Directiva de la entidad a cargo del proyecto debe decidir cómo atender la contingencia, lo cual involucra (a) asumir una millonaria deuda o (b) enajenar valiosos activos.

En el 2016, la Contraloría Distrital da apertura al proceso de responsabilidad fiscal de mayor cuantía de la capital del país⁷. Se trata de un proceso de responsabilidad fiscal en contra de la Junta Directiva del Grupo Energía de Bogotá (“EEB”), por la forma en la que en el 2014 se procedió a realizar la recompra de las acciones de la Transportadora de Gas Internacional S.A. (“TGI”). En efecto, en el 2011 la EEB había decidido enajenar un 31.92% de las acciones de su propiedad en TGI a una sociedad española denominada Inversiones en Energía Latino América Holdings (“ILELAH”). El precio de la venta inicial realizada por la

⁷ La Contraloría Distrital acaba de abrir el juicio de responsabilidad fiscal más grande de la historia de la capital y tal vez del país, por 509 millones de dólares, es decir, algo más de 1,5 billones de pesos, contra la junta directiva de la Empresa de Energía de Bogotá (EEB) que estuvo entre 2011 y 2014. Vease. Revista Semana. 2016. Petro Tendrá que Responder por el Negocio de la Venta de TGI. Tomado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/gustavo-petro-tendra-que-responder-por-el-negocio-de-la-venta-de-tgi/498215>.

EEB en favor de ILELAH en 2011 fue de \$400 millones de Dólares; sin embargo, en 2014, la EEB recompró a ILELAH las acciones en TGI por un valor de \$880 millones de Dólares⁸. Así, el ente de control fiscal debe entrar a juzgar una decisión de negocios de la EEB, en la que se verificó una abismal diferencia de precios⁹ entre la venta de las acciones de TGI en 2011 y su recompra en 2014.

Con los casos expuestos, se pone en evidencia la compleja situación en la que se encuentran los directores y administradores¹⁰ de las empresas estatales¹¹, quienes poseen la calidad de gestores fiscales¹² toda vez que en el ejercicio de su gestión manejan y/o

⁸ EEB cerró hoy la adquisición del 31.92% de las acciones de Transportadora de Gas Internacional S.A.-TGI por valor de USD 880 millones, que había sido anunciada al mercado el pasado 4 de abril de 2014. Véase. Grupo Energía de Bogotá. 2014. Comunicados de Prensa: EEB Finaliza Adquisición del 31.92% de Acciones en TGI. Tomado de: <https://www.grupoenergiabogota.com/eeb/index.php/sala-de-prensa/comunicados-de-prensa/2014/eeb-finaliza-adquisicion-del-31.92-de-acciones-en-tgi>

⁹ Según la apertura del juicio de responsabilidad fiscal, la Contraloría evidencia “un presunto daño al patrimonio público por 509 millones de dólares, que resultan de la diferencia entre el valor de venta inicial de 400 millones de dólares en 2011 y la recompra por 880 millones de dólares más 29 millones de dólares pagados en comisiones en 2014, generando una lesión al patrimonio público, una gestión fiscal anticíclica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna”.

¹⁰ Para efectos de la presente tesis, se entienden por Administradores, quienes a partir del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 figuran como tales, a saber: Ley 222 de 1995 “Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”. Artículo 22. ADMINISTRADORES.- Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

¹¹ Para efectos de la presente tesis, se entienden por Empresas Estatales las definidas en la Ley 489 de 1998 que tengan dentro de su patrimonio recursos públicos y que a su vez tengan por objeto el desarrollo de actividades industriales y comerciales, de las cuales se pueden destacar las (i) Empresas Industriales y Comerciales del Estado y (ii) Empresas de Economía Mixta. Véase: Ley 489 de 1998, “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

¹² Entiendase por gestor fiscal, “aquellos servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los

administran recursos públicos para así satisfacer los fines esenciales del Estado (Ley 610 de 2000). Estos gestores de recursos públicos deben tomar constantemente difíciles decisiones de negocio que involucran cuantiosas sumas de recursos públicos en riesgo y, como si fuese poco, se ven expuestos a procesos de responsabilidad fiscal en los que pueden ser declarados responsables, producto de una decisión que, a criterio de la CGR, sea antieconómica, ineficiente y/o inoportuna.

Lo anterior lleva a que muchas veces los gestores fiscales con cargos directivos de empresas estatales, se encuentren en la disyuntiva entre (a) tomar la decisión que obedezca a la naturaleza del negocio, aunque sea más riesgosa; o (b) tomar aquella decisión que, a pesar de no obedecer a la naturaleza del negocio, es menos riesgosa y, en tal medida, reduce las posibilidades de verse enfrentado a la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal.

Si se consideran las sumas astronómicas por las que se ha imputado o condenado a los administradores de las empresas estatales en los casos expuestos, es altamente probable que quienes aspiren a ocupar dichos cargos tengan en cuenta tales precedentes. Esto juega un papel crucial para la administración de las empresas estatales, ya que inclina la balanza para que se tomen aquellas decisiones que -al reducir la asunción de

principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”. Véase: Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

riesgos- privilegien evitar la apertura de procesos de responsabilidad fiscal sobre la racionalidad económica de las decisiones.

Por esta razón, entre otras, el exdirector de la Agencia Nacional de Infraestructura (“ANI”), Luis Fernando Andrade (Socio Director de McKinsey & Company Colombia entre 1994 y 2011) afirmó que es “importante hacer del servicio público una actividad que no sea tan riesgosa, que sea más interesante para todos los profesionales. Hoy es complicado atraer personas para el Estado, y los que llegan, muy difícilmente tomarán decisiones complejas” (2017).

Así, lo que se pretende por medio de la presente tesis es proponer un concepto normativo o jurisprudencial que, al introducirse en el ordenamiento jurídico colombiano, modifique el enfoque en determinar, si la decisión de negocio fue adecuada a determinar si fue adecuado el proceso que se surtió para la toma de la compleja decisión de negocio. Con ello se le permitiría a los gestores fiscales que se desenvuelvan como administradores de las empresas estatales asumir decisiones que obedezcan a la naturaleza del negocio, incluso cuando impliquen mayores riesgos.

Para lograr exponer este elemento y su aplicación en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, se agotará el siguiente plan de trabajo. Como primer aspecto a desarrollar, se explicarán la responsabilidad fiscal en Colombia, desde los orígenes de la institución que ejerce el control fiscal hasta la actualidad. Luego, se analizará el proceso de responsabilidad fiscal, haciendo especial énfasis en el elemento objetivo y subjetivo como los principales componentes generadores de la problemática. Tan pronto se haya expuesto la

problemática, se analizará cómo se manifiesta o cómo podría manifestarse en concreto a partir de casos de la vida real. Una vez analizada la problemática, se expondrá la Deferencia al Criterio Empresarial o *Business Judgment Rule* como solución a la problemática, para tales efectos a partir de un estudio de los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos (Estado de Delaware), Francia y Chile se propondrá cómo podría introducirse este concepto al ordenamiento jurídico colombiano. Como una tercera etapa de esta tesis se determinará si sería posible aplicar y configurar los presupuestos de la Deferencia al Criterio Empresarial en los procesos de responsabilidad fiscal de los casos expuestos en la primer parte de la tesis. Por último se expondrán las conclusiones generales de la tesis.

PRIMERA PARTE

PROBLEMÁTICA Y MARCO TEÓRICO

I. LA RESPONSABILIDAD FISCAL COMO ELEMENTO GENERADOR DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. Marco Legal que Regula la Responsabilidad Fiscal en Colombia

1.1.1. La Responsabilidad Fiscal Desde la Constitución de 1991

A partir de la Constitución de 1991, se le dio a la CGR el carácter de ente de control con autonomía presupuestal y administrativa (Constitución Política de Colombia. Artículo 267). Desde su metodología, se modificó la forma en que se ejercía el control fiscal, en palabras de la misma entidad: “El control fiscal, constitucionalmente, da un giro de 180°. Se elimina el control numérico legal y se da paso al posterior y selectivo (Art. 267 C.P.), fundamentado en la eficiencia, la economía, la eficacia y la valoración de los costos ambientales” (Contraloría General de la República de Colombia. 2016).

Lo anterior no solo modifica la forma en que se ejercía el control fiscal, toda vez que la forma en que se ejercería este pasó a ser posterior y selectivo, sino que además estableció los parámetros rectores que lo rigen. Dichos parámetros se enmarcan en los principios constitucionales de la eficiencia, economía, eficacia, equidad y la valoración de los Costos Ambientales. Aunado a lo anterior, la Constitución Política de Colombia de 1991 indicó que el desarrollo de dichos principios debería de ser ejercido de forma posterior y selectiva, a saber:

“Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

(...)

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial” (Constitución Política de Colombia. 1991).

1.1.2. La Responsabilidad Fiscal Desde la Ley 042 de 1993

Una vez plasmado el origen constitucional, las fundaciones y los pilares del control fiscal en Colombia, se expidió la Ley 042 de 1993¹³ (Artículo 1º), la cual comprendió y estableció el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero; de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos aplicables”.

Es de igual importancia señalar que es por medio de esta ley que se concreta el control selectivo y *posteriori*¹⁴, lo cual introdujo grandes cambios en el ordenamiento ya que [h]asta el momento, la Contraloría General de la República sólo podía confrontar de

¹³ Ley 042 de 1993: “*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*”.

¹⁴ Así mismo, por mandato constitucional el control fiscal será exclusivamente de carácter posterior y selectivo y la Contraloría General de la República realizará funciones de control de gestión y de resultados. Con este paso se dejan atrás las modalidades de control previo y perceptivo que se habían convertido, especialmente el control previo, en un nocivo sistema de coadministración, hasta el punto que cualquier decisión que se pensara tomar por parte de un ordenador del gasto, se condicionaba al visto bueno que pudiera dar el auditor correspondientes. Véase: Exposición de motivos de la Ley 042 de 1993: Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. 27 de enero de 1993. Diario Oficial No. 40732.

manera mecánica los gastos realizados por las entidades con lo presupuestado, limitando la función de vigilancia a una inspección numérico-legal, la cual resultaba insuficiente para realizar una gestión fiscal de alto nivel, pues no permitía evaluar la calidad con que se hace uso de los recursos públicos. En la nueva concepción del control fiscal, el examen contable y jurídico se ve enriquecido con la dimensión económica, la cual permitiría analizar el impacto que las acciones de la Administración Pública tiene sobre el conjunto de la economía e identificar su eficacia con relación a los propósitos contemplados por la Constitución y la ley, para que éstos sean cumplidos plenamente por los encargados de apropiar y distribuir la riqueza nacional (Ley 042 de 1993, Exposición de motivos).

1.1.3. El Control Fiscal Desde el Decreto 267 de 2000

El Decreto Ley (267 del 2000) es aquel “[p]or el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones” (Decreto Ley 267 de 2000). Así por medio de este, se establece el entramado de las dependencias que ejercen el control fiscal en Colombia en virtud de la desconcentración.¹⁵ Para mayor entendimiento de la figura de la desconcentración, no sobra destacar el pronunciamiento de la CGR, el cual señala que,

¹⁵ La desconcentración, hace relación a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio. El propósito de esta figura, es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativo. Véase: Sentencia C 561 de 1999. Corte Constitucional.

es el otorgamiento de funciones a un agente local para que las ejerza a nombre de quien las asigna. Si bien descentralización y desconcentración implican traslado de competencias administrativas, en la descentralización ese traslado se produce de una persona jurídica a otra, en cambio en la desconcentración el traslado se da desde un órgano central a **unidades administrativas que le están subordinadas y que carecen de personería jurídica** (Contraloría General de la República. 1999).

Dicha estructura ha sido sujeto de modificaciones y adiciones producto de la expedición de instrumentos tales como la (i) Ley 1474 de 2011; (ii) Ley 1807 de 2016; y (iii) Decreto Ley 888 de 2017. La sumatoria de esta normatividad dio como resultado el organigrama que comprende la Contraloría General de la República con sede en el distrito capital, al igual que las Contralorías Delegadas Sectoriales y Generales.

1.1.4. La Responsabilidad Fiscal desde la Ley 610 de 2000

Producto de la necesidad del establecimiento de las formas para el proceso de responsabilidad fiscal, el Congreso de la República el día 18 del mes de agosto de 2000 expide la Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías” (Ley 610 de 2000). Esta última Ley es la que regula de manera general las formas, procedimientos, términos y demás aspectos procesales de los procesos de responsabilidad fiscal en Colombia. Sobre este punto se ahondará en el próximo acápite.

1.1.5. La Responsabilidad Fiscal Desde el Estatuto Anticorrupción

El estatuto anticorrupción, Ley 1474 de 2011, introdujo un cambio en la forma en que se desarrollarían los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de imprimirles eficiencia y eficacia. Dicha modificación radica en la introducción del proceso verbal de responsabilidad fiscal.

En resumen, la normativa que a grandes rasgos determina y regula la responsabilidad fiscal en Colombia es la relacionada en la Tabla No. 1

Tabla No. 1

Disposición	Temática
Artículo 267, Constitución Política de Colombia	Se introduce el control fiscal posterior y selectivo y se elimina el control numérico legal y se
Ley 042 de 1993	Se dictan disposiciones que regulan el control fiscal posterior y selectivo.
Ley 610 de 2000	Determina quienes se encuentran sujetos al control fiscal (Gestores Fiscales) y regula de manera general los procedimientos, términos y demás aspectos procesales del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia.
Decreto 267 de 2000	Establece la estructura orgánica de la CGR y el entramado de sus dependencias y se fijan las funciones de estas últimas.
Ley 1474 de 2011	Introduce el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, además de consagrar determinadas conductas de las que se presume dolo o culpa grave para efectos de la responsabilidad fiscal.

1.2. El Proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia

1.2.1. El Proceso en Concreto

Si bien se ha ahondado en la normativa que regula la responsabilidad fiscal, aún falta añadir una *conditio sine qua non* para que se configure y exista. A lo que se hace referencia es al proceso que debe agotarse para tales efectos, ya que la responsabilidad fiscal si bien es una noción del derecho sustancial, requiere de un trámite especial para poder

manifestarse en el mundo de los hechos. Lo anterior deviene de un mandato contenido en el artículo 29° de la Constitución Política de Colombia, el cual prevé que “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”¹⁶. Así mismo el prenotado señala que “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”¹⁷. Sobre el particular, las altas cortes han dejado claro por medio de jurisprudencia reiterativa que los procesos de responsabilidad fiscal son de índole administrativa, de los cuales se destaca lo siguiente:

El proceso de responsabilidad fiscal tiene cuatro características destacadas, a saber: (i) es un proceso administrativo, cuyo objeto es establecer la responsabilidad patrimonial que corresponde a los servidores públicos o particulares por su conducta, que tramitan los órganos de control fiscal (Contraloría General y contralorías departamentales y municipales); (ii) la responsabilidad que se declara es administrativa, porque se juzga la conducta de personas que manejan bienes o recursos públicos y que lesionan el erario, y es patrimonial, pues se refiere a un daño y a su resarcimiento; (iii) la declaración de responsabilidad fiscal no es una sanción y, en esta medida, no se enmarca dentro de los presupuestos propios del proceso penal o del proceso disciplinario, sino que es una responsabilidad autónoma, que apunta a resarcir un daño patrimonial; y (iv) en este proceso se debe observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el

¹⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 29°.

¹⁷ Ídem.

diseño constitucional del control fiscal (Corte Constitucional. Sentencia C-512 de 2013).

Tal como lo expone la corte constitucional, el proceso administrativo de responsabilidad fiscal comprende un trámite especial. De manera procedimental se encuentra consagrado a partir de la ley 610 de 2000, de la siguiente forma:

- A. El proceso inicia por medio de una denuncia formal o queja presentada por las mismas entidades vigiladas, organizaciones sin vinculación o por el ejercicio de las veedurías ciudadanas de conformidad con la Ley 563 de 2000. Así mismo el proceso puede iniciar de oficio con ocasión al descubrimiento en el marco de un informe de auditoría.
- B. La segunda etapa que debe darse una vez se inicie el proceso, dependerá de la “certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causalidad del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables” (Ley 610 de 2000). Con ocasión de lo anterior pueden darse dos supuestos:
 - i) Si no se tiene certeza de los anteriores prerrequisitos se procederá a iniciar una indagación preliminar por el término de seis meses. Luego de esta indagación, procederá el archivo del proceso o por el contrario puede darse apertura al mismo.
 - ii) Si se tiene certeza de dichos elementos, en especial el daño patrimonial, y los presuntos responsables, procederá la apertura del proceso¹⁸.

¹⁸ Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al

- C. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal es aquella actuación que se desencadena cuando ya se tiene certeza de la existencia de un daño patrimonial y se conocen los presuntos responsables. En los términos del artículo 40° de la Ley 610 de 2000, “[e]l auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción” (Ley 610 de 2000).
- D. Una vez se da el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal las actuaciones que prosiguen son meramente formales, de estas se pueden destacar:
- i) El nombramiento de un apoderado de oficio dada la eventualidad en la cual no sea posible localizar a el(los) presunto(s) responsable(s).
 - ii) “Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable” (Artículo 44°, Ley 610 de 2000). El anterior trámite suple las mismas funciones que un llamamiento en garantía¹⁹.
- E. Vencido el término del anterior paso, existen dos posibilidades:
- i) Dictar mediante una providencia motivada, el auto de imputación²⁰; o

Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Vease: Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. 18 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44133.

¹⁹ El artículo 44 de la Ley 610 de 2000 señala que el garante (Aseguradora) tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

²⁰ El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. Vease:

- ii) Proceder a archivar el proceso²¹.
- F. Si el proceso no es archivado y si por el contrario se profiere el auto de imputación, se le dará traslado a las partes, estas últimas tendrán un plazo de 10 días²² contados desde el momento de su notificación personal, para exponer los argumentos de su defensa, solicitar y decretar la práctica de pruebas.
- G. A continuación, se le dará inicio a la etapa probatoria²³. “Vencido el término anterior, el funcionario competente ordenará mediante auto la práctica de las pruebas solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, por un término máximo de treinta (30) (Artículo 51º, Ley 610 de 2000).
- H. Una vez finalizada la etapa probatoria del proceso de responsabilidad fiscal, procede la presentación de los alegatos de las partes y por último la expedición del fallo, el cual es una decisión motivada de fondo. Dependiendo de todo lo acaecido, probado, e impugnado en el proceso, existen dos posibilidades:

Artículo 48, Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. 18 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44133.

²¹ Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma. Vease: Artículo 47, Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. 18 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44133.

²² El artículo 50 de la Ley 610 de 2000 señala que durante este término el expediente permanecerá disponible en la Secretaría.

²³ El auto que decreta o rechaza las pruebas deberá notificarse por estado al día siguiente de su expedición. Contra el auto que rechaza la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación; esta última se concederá en el efecto diferido. Los recursos deberán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo. Vease: Artículo 51, Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. 18 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44133

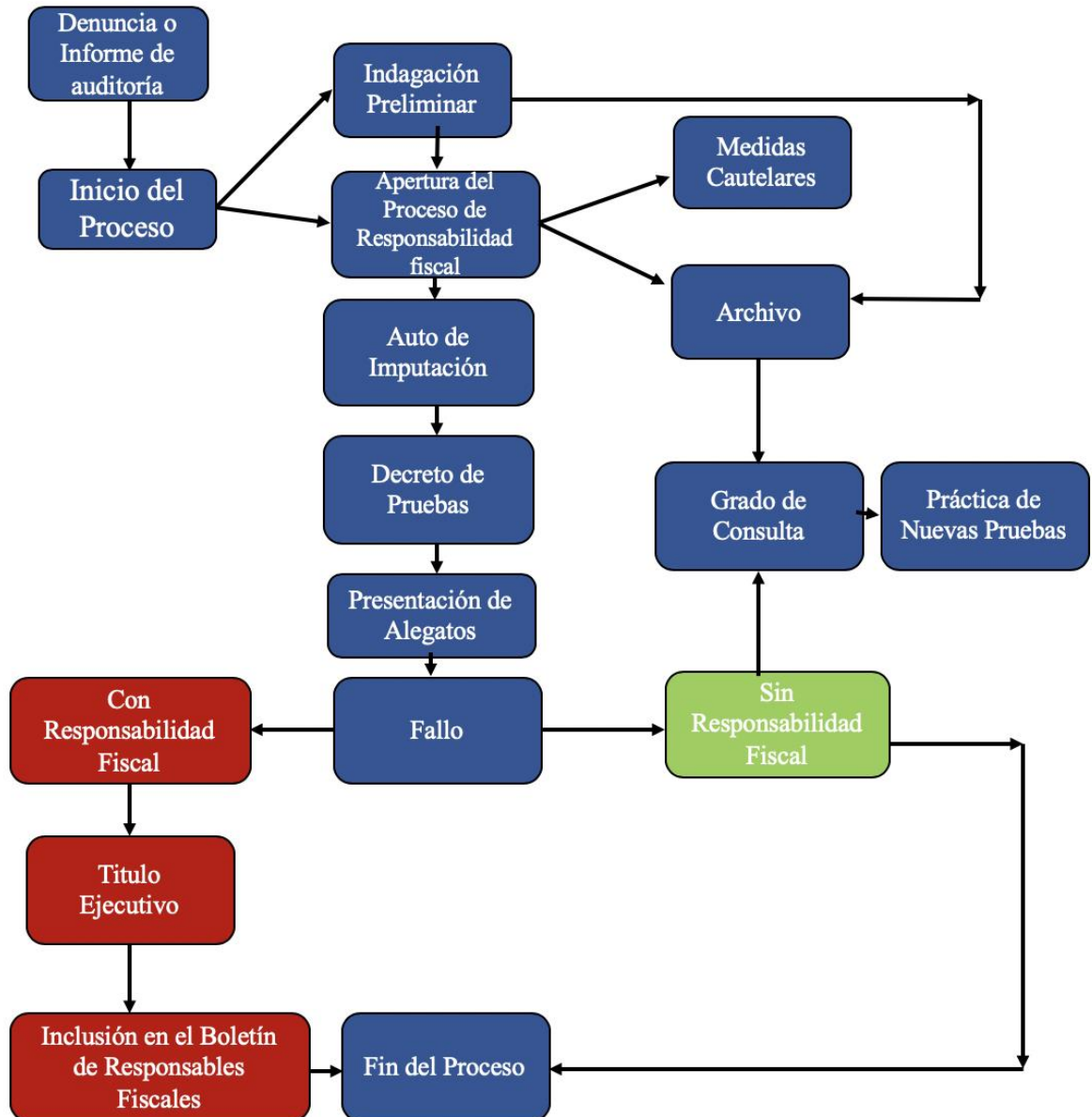
- i) Se expida un fallo sin responsabilidad fiscal. Si el fallo es sin responsabilidad fiscal, el proceso pasará a grado de consulta y una vez allí podrá (i) terminarse por completo o (ii) practicarse nuevas pruebas con el fin de esclarecer los hechos y con ello permitir que el proceso sea archivado o reabierto en un futuro, dada la eventualidad en que aparezcan nuevos hechos y medios de prueba.
 - ii) Se expida un fallo con responsabilidad fiscal.
- I. En los términos del artículo 53° de la Ley 610 de 2000:
- El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa grave del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable²⁴ (Ley 610 de 2000).
- J. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías²⁵.
- K. Por último, no sobra destacar que el proceso de responsabilidad fiscal tiene una segunda instancia y es sujeto de control judicial por vía de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

²⁴ Ley 610 de 2000 Artículo 53°.

²⁵ *Ibidem*, Artículo 58°.

De manera ilustrativa se presentará en la figura No. 1, el proceso de responsabilidad fiscal, tal como se acaba de detallar y exponer.

Figura No. 1



Fuente: (Contraloría General de la República. 2018. Diagrama General del Proceso. Tomado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>)

1.2.2. Elementos de la Responsabilidad Fiscal

Una vez entendida la noción de responsabilidad fiscal, que se materializa por medio de un procedimiento administrativo regido por principios constitucionales, es

oportuno dar a conocer los elementos que la integran. Para ello la Ley 610 de 2000 en su artículo 5° señala taxativamente cuales son estos elementos, a saber: “La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores” (Artículo 5° de la Ley 610 de 2000). A partir de un análisis de esta definición legal, se puede concluir que la responsabilidad fiscal se encuentra integrada por un elemento subjetivo, otro objetivo y un nexo de causalidad.

Sobre el elemento objetivo se puede indicar someramente que es aquel suceso materializado en un daño patrimonial al estado. Sobre el segundo elemento también se puede concluir de manera preliminar que es aquella actuación catalogada como dolosa o gravemente culposa en el manejo de los recursos públicos. En lo que concierne al nexo de causalidad es aquella relación necesaria del elemento objetivo y subjetivo, es decir, es aquel hecho que enlaza una actuación dolosa o gravemente culposa, en cabeza de un agente que administra recursos públicos, que se materializa en un daño patrimonial. Tanto el elemento objetivo como el subjetivo son puntos arquidémicos para la presente tesis, por tanto serán objeto de estudio, de manera independiente.

1.2.2.1. Elemento Objetivo de la Responsabilidad Fiscal

1.2.2.1.1. Definición de Daño y Contraste con Otras Concepciones de Daño

El concepto de daño en materia de responsabilidad fiscal posee un rol protagónico dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Evidencia de ello es el hecho de que este concepto debió haber sido definido por el legislador de manera especial, ya que el concepto de daño en materia de derecho civil no comprendía las suficientes características

para lograr la acometida que se pretendía con la elaboración de los procesos de responsabilidad fiscal. En aras de evidenciar lo previamente expuesto, es preciso abordar a uno de los máximos exponentes en la materia. El Dr. Javier Tamayo Jaramillo señala que (1983) “debemos denominar como daño en sentido civil, al menoscabo que sufre una persona, en sus facultades jurídicas para obtener ese beneficio patrimonial o moral que se deriva de una cosa, de una persona, o de la propia integridad personal” (pp 35-70). La definición provista por el catedrático de la Universidad Pontificia Bolivariana comprende elementos que no le son propiamente aplicables a la responsabilidad fiscal, de hecho, son incompatibles con los demás elementos de la responsabilidad fiscal. Prueba de ello es el hecho de que es apenas obvio que el Estado no es un sujeto que pueda reportar un beneficio moral de algún bien.

El mismo caso se replica cuando se contrasta el concepto de daño desde una perspectiva penalista. El concepto de daño desde esta rama del derecho colombiano es incompatible para la acometida que tiene por objeto la responsabilidad fiscal ya que prevé al igual que en el caso del derecho civil, elementos que son ajenos al momento en que se materializa el daño y el sujeto que puede reportarlo que en nuestro caso de estudio es el Estado. Para exponer lo enunciado se hace referencia al Dr. Chaparro (1994) que define el daño en materia penal en los siguientes términos: “Si se tiene en cuenta la repercusión del comportamiento humano sobre el objeto jurídico (el bien, valor o interés que la Ley Penal pretende defender) el daño se manifiesta con la simple puesta en peligro o con la vulneración o menoscabo del mismo (...)” (pp 33 – 54). De esta definición nuevamente resaltan a la vista incompatibilidades, ya que el proceso de responsabilidad fiscal parte de un daño materializado en un resultado patrimonialmente cuantificable, mas no en una puesta en

peligro del bien jurídico denominado erario, a diferencia de como sí sucede en el ámbito penal.

Tal como se demostró, las diferentes nociones del daño no se ajustaban por diferentes razones a los requerimientos del derecho administrativo, producto de ello el legislador por medio de la ley 610 de 2000, definió el daño y lo asentó a los requerimientos propios de la responsabilidad fiscal. Como punto de partida, el daño en el marco de un proceso de responsabilidad no se llama simple y llanamente daño, por el contrario la ley 610 de 2000 lo denominó como “Daño Patrimonial”. En concepto propio, el legislador fue sensato al otorgarle este sufijo al daño, ya que como se pudo contrastar, el daño para el proceso de responsabilidad fiscal no se resume un detrimento moral ni en la puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger. El bien jurídico que se protege por medio del proceso fiscal siempre será cuantificable económicamente, es decir todo Daño Patrimonial será cuantificable en unidades monetarias.

1.2.2.1.2. El Daño Patrimonial y sus Elementos

Una vez abordado cuáles son los tipos de daños desde diferentes ramas dentro del ordenamiento Jurídico Colombiano y los contrastes con el concepto de daño para el derecho administrativo, es prudente proceder a analizar de fondo qué es el Daño Patrimonial. Sobre este punto es necesario hacer remisión al artículo 6º de la ley 610 de 2000 ya que en este último se encuentra contenida la definición legal de Daño Patrimonial, a saber:

Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el

menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o gravemente culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público²⁶ (Ley 610 de 2000).

Si bien, la ley es clara al señalar que el Daño Patrimonial es cuando acaece una disminución o pérdida de los recursos públicos. De manera sencilla, entiéndase en una relación donde todas las variables se mantengan constantes, es decir en una relación *ceteris paribus*, el Daño Patrimonial se configuraría en un contrato de obra cuando la totalidad de los recursos destinados para la elaboración de la obra, sea superior al beneficio económico cuantificado y reportado o al avalúo del bien construido. Por tanto se obtendrá como producto un Daño Patrimonial teniendo de presente que todas las demás variables se mantuviesen inmóviles. De la misma manera como se ilustra en el diagrama:



²⁶ Ley 610 de 2000 Artículo 6°.

Hasta este punto entender cuando se configuró un Daño Patrimonial parece ser una operación sencilla, pero ¿Qué ocurre cuando el texto legal introduce que Daño Patrimonial será no solo el menoscabo o la pérdida de recursos público, sino también un uso indebido de los mismos? Entonces es allí donde el tema se torna controversial porque inmediatamente a la gran mayoría de lectores, la primera pregunta que se les cruzará por la mente será ¿Qué es un uso indebido de recursos públicos?, que a su vez muy posiblemente vendrá acompañada de otras preguntas tales como ¿Uso indebido atendiendo el criterio legal del buen padre de familia o será el del buen hombre de negocios? ¿Uso indebido frente a los ojos de quien? ¿Acaso existe una lista taxativa que indica cuales actos se consideran como usos indebidos de recursos públicos?

1.2.2.1.3. ¿Elemento Objetivo Pero Indeterminado?

Este es uno de los puntos principales de la presente tesis, porque es en razón de la existencia de “usos indebidos” a ojos del ente encargado de ejercer el control fiscal en Colombia, que hoy en día pueden encontrarse múltiples Administradores de Empresas Estatales con procesos de responsabilidad fiscal abiertos por ejecutar operaciones que atendían a la naturaleza propia de cada negocio pero que a ojos de la Contraloría General de la República fueron o serán decisiones de negocio erróneas. Sobre este punto se hará remisión tan pronto se finalice la exposición de los elementos de la responsabilidad fiscal.

La Honorable Corte Constitucional de la República de Colombia ya tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, por medio de la sentencia de constitucionalidad No.

340 del 2007, en la cual precisó dos aspectos sumamente pertinentes para hablar de Daño Patrimonial. Sobre estos:

- i) Sobre este punto en concreto, la H. Corte Constitucional se pronunció al momento de hacer referencia sobre cuales acciones son entendidas como usos indebidos que tengan por objeto ser entendidas como necesarias para configurar un Daño Patrimonial.

“a. Uso indebido que genera o detrimento en bienes o recursos públicos. En esta hipótesis el daño no está representado en el uso indebido *per se*, sino, precisamente, en el detrimento, disminución o pérdida de los bienes o los recursos públicos. Aquí cabrían algunos de los ejemplos presentados por los intervinientes en este proceso, como el referido al daño producido a una maquinaria del Estado como consecuencia de su utilización en una forma proscrita por los manuales de uso, o eventos no tan fáciles, como podría ser el uso improductivo de recursos públicos, caso en el cual el daño no se da por la mera conducta indebida, sino por el detrimento que la indebida aplicación de los recursos produce en el patrimonio. Los bienes o los recursos dejan de ser útiles, esa pérdida de utilidad es un detrimento patrimonial susceptible de generar responsabilidad fiscal. A título ilustrativo podría señalarse que, si bien la jurisprudencia de la justicia ordinaria penal ha precisado que la exigencia de que el uso se realice en forma indebida comporta la necesidad de que este elemento normativo del tipo sea objeto de una especial valoración cultural de connotaciones extrajurídicas, podría configurarse una hipótesis de responsabilidad fiscal y eventualmente disciplinaria y penal en el evento de

un funcionario que, sistemáticamente acudiese a su lugar de trabajo en horario no laboral con el propósito de realizar extensas llamadas al exterior. En ese caso es claro que la conducta genera un costo y que el objeto de la responsabilidad fiscal es la afectación que ese costo produce en el patrimonio público, y no la mera conducta indebida de usar los bienes del Estado para un fin distinto del propio del servicio público, conducta que daría lugar a que las autoridades competentes establecieran las correspondientes responsabilidades disciplinaria y penal”.

(...)

“Pero es claro, también, que en esas situaciones la afectación de los intereses patrimoniales del Estado no se produce por el uso indebido *per se*, sino que sería necesario acreditar, además, el detrimento de los bienes y recursos o, eventualmente, su aprovechamiento indebido, o, en general, la afectación de los intereses patrimoniales del Estado, eventos en los cuales serían éstos -detrimento, aprovechamiento indebido o afectación- y no aquel -uso indebido- los elementos constitutivos del daño y la fuente de la responsabilidad fiscal, y el uso indebido, una modalidad de la conducta dolosa o culposa que da lugar a la responsabilidad” (Corte Constitucional. Sentencia C-340 de 2007).

- ii) La Corte Constitucional en la sentencia C-512 del 2013 fue sumamente clara al señalar que declaraba inexecutable el término de uso indebido ya que la responsabilidad fiscal tiene naturaleza resarcitoria-patrimonial y no sancionatoria-pecuniaria, *ergo* requiere de un hecho materializado en un detrimento a las arcas del

Estado, para que luego haya cabida a un resarcimiento patrimonial. Por tanto, puede haber un uso indebido sin que necesariamente haya una disminución, perjuicio o pérdida de los recursos públicos. En palabras de la Corte:

Pero es claro, también, que en esas hipótesis la afectación de los intereses patrimoniales del Estado no se produce por el uso indebido *per se*, sino que sería necesario acreditar, además, el detrimento de los bienes y recursos o, eventualmente, su aprovechamiento indebido, o, en general, la afectación de los intereses patrimoniales del Estado, eventos en los cuales serían éstos - detrimento, aprovechamiento indebido o afectación- y no aquel -uso indebido- los elementos constitutivos del daño y la fuente de la responsabilidad fiscal, y el uso indebido, una modalidad de la conducta dolosa o culposa que da lugar a la responsabilidad²⁷ (Corte Constitucional. Sentencia C-340 de 2007).

Tal como se puede decantar del análisis de las consideraciones y la parte resolutive de esta sentencia, la Honorable Corte Constitucional cerró la discusión al declarar inexequible el término uso indebido, pero ello no obedeció por la inexactitud e indeterminación de tal término sino que como se observó, el fundamento de la corte radicó en el hecho de que pueden generarse situaciones en las que haya usos indebidos pero sin la presencia de un detrimento, disminución o incluso pérdida de los recursos públicos lo cual permite concluir que no habría ninguna coherencia en exigir un uso debido aún cuando no haya daño, en un proceso cuya naturaleza obedece a la resarcitoria-patrimonial.

²⁷ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-340. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. 09 de mayo de 2007.

1.2.2.1.4. La Problemática Sobre Este Aspecto

La problemática en el elemento objetivo radica en la mera disminución neta o pérdida de los recursos, sin atender a diferentes criterios como el tiempo y los plazos de rendimientos de las operaciones e inversiones. Por tanto bajo este entendido, toda vez que se genere una disminución en el monto inicial o el que había antes de ejecutar la operación, con relación a cualquier etapa de esta en la que sea inferior, podría dictaminarse una pérdida de recursos públicos sin antes preguntarse si dicha operación comporta determinados plazos para generar rendimientos. Por tanto, puede que un operador jurídico encargado de ejecutar un proceso de responsabilidad fiscal no contemple las particularidades del caso como bien pueden ser los plazos de una operación ideada a largo término y se apresure a determinar un detrimento patrimonial por la reducción de los recursos en comparación con los que existían antes de iniciarse la operación.

1.2.2.2. Elemento Subjetivo de la Responsabilidad Fiscal

1.2.2.2.1. El Elemento Subjetivo Como Generador de la Problemática

Si bien la Corte Constitucional declaró inexecutable la sección indeterminada y arbitraria del elemento objetivo (uso indebido) de la responsabilidad fiscal, aún se puede presenciar dentro del artículo 6° de la ley 610 de 2000 la existencia de un elemento que genera cierta inquietud. A lo que se hace referencia es que, a pesar de que el término “uso indebido” haya sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-340 de 2007, aún prevalece un elemento dentro del aparte normativo provisto por el artículo 6° de la ley 610 de 2000 que genera una especie de inquietud y una cierta zozobra, incluso igual a la que generó antes de ser declarado inexecutable el término “uso indebido”. A

continuación se expondrá el elemento subjetivo, en el cual presentarán cuales son la razones por las que se considera que existe un elemento que nuevamente introduce una cierta arbitrariedad dentro del proceso de responsabilidad fiscal, como en su momento lo hizo el término “uso indebido”, antes de ser declarado inexecutable.

Nuevamente se alude el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, en aras de poder exponer a la luz, un elemento que introduce arbitrariedad en los procesos de responsabilidad fiscal. Sobre el particular, el aparte normativo señala que se configurará un Daño Patrimonial al Estado toda vez que haya una pérdida, detrimento o disminución de los recursos públicos producto de una “gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado” (Ley 610 de 2000)²⁸. Del aparte transcrito, cabe preguntarse ¿Qué se entiende por una gestión antieconómica? Así mismo, ¿A los ojos de quién, se puede catalogar una gestión como ineficiente? y por si fuese poco ¿Qué es una gestión inoportuna? Sobre el particular no existe una respuesta en concreto que de manera taxativa defina qué tipo o cuales conductas se dan a entender como gestiones antieconómicas, ineficientes o inoportunas.

Lo cierto es que el art 6º señala que el Daño Patrimonial “podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público” (Ley 610 de 2000)²⁹ (Resaltado fuera del texto original).

²⁸ Ley 610 de 2000. Artículo 6º.

²⁹ Ídem.

Por tanto la ley al no definir qué se entiende por gestiones antieconómicas, ineficientes o inoportunas y al indicar que se requiere de una acción u omisión culposa o dolosa para poder configurar el Daño Patrimonial, deja al libre arbitrio del ente encargado de ejecutar y desarrollar el proceso de responsabilidad fiscal, determinar cuando a su criterio, que puede diferir por completo del criterio de quien se encuentra con el día a día y conoce la operación y que gestionó la actividad fiscal, cuando una gestión puede ser catalogada de antieconómica, ineficiente o inoportuna y por tanto ser catalogada la actuación como culposa o incluso dolosa.

A continuación, se abordará como autores que han discutido la materia han someramente sentado debates sobre este último, y como han relacionado una lista de actuaciones que a ojos de la gran mayoría de quienes ejercen el control fiscal, puedan entenderse *per se* como gestiones antieconómicas, ineficientes o inoportunas, esto último con el fin de evitar que cualquier actuación pueda ser catalogada como culposa o dolosa toda vez que vaya aparejada con la existencia de una disminución o pérdida de recursos públicos. Sobre el particular Correa Gómez (2012) desarrolla este ideal al recopilar una lista de actuaciones “que a sentir de los autores, de estar expresamente señalados en la ley y que han sido las principales causas de las defraudaciones al erario del Estado colombiano en los últimos años” (pp 173-188). Siendo así el autor señala las siguientes:

- i) “Los procesos contractuales como efecto de la trasgre de normas o estipulaciones contractuales, generadores de sobrecostos y favorecimientos ilegales que lesionan los intereses patrimoniales del Estado.
- ii) El pago de multas e intereses moratorios ocasionados por demoras injustificadas en la cancelación o pago de compromisos adquiridos por la

administración, como por ejemplo en el caso de obligaciones tributarias o en la cancelación de servicios públicos domiciliarios.

- iii) El pago de mayores valores a los pactados en los contratos o como consecuencia de la liquidación de los mismos o en las liquidaciones de compromisos legales en los cuales la administración deba cancelar determinadas sumas de dinero.
- iv) El no aseguramiento de bienes al omitirse el deber de constituir pólizas de garantía de bienes o actividades, cuando así lo exija la ley, en caso de ocurrencia de un siniestro.
- v) La falta de controles, inadecuado soporte lógico y falta de confiabilidad y oportunidad en los sistemas de cómputo. En muchas entidades estatales especialmente en las entidades territoriales aún se adelantan procedimientos manuales con uso de archivos y libros, desechos de hoy, con el adelanto de la tecnología.
- vi) La violación a las normas sobre austeridad del gasto como la adquisición de bienes suntuosos o innecesarios, los cuales no guardan directa relación con el cumplimiento de las funciones misionales de la administración como vehículos, centros de recreación, ascensores, muebles lujosos, celulares, avanteles o inmensas edificaciones; al igual que las reparaciones locativas innecesarias. Deberán existir inicialmente recomendaciones por parte de la oficina de control interno o de los organismos de control acerca de la observancia de normas de austeridad en el gasto, expedidas por el Gobierno Nacional.
- vii) Contraer obligaciones a nombre de las entidades públicas no autorizadas en el presupuesto de las mismas o autorizar el giro para su pago. Igualmente,

contabilizar obligaciones contra expresa prohibición o emitir giros para el pago de las mismas.

- viii) Conformer verdaderas nóminas paralelas entre supernumerarios, provisionales y contratos prestación de servicios cuando se demuestre que en la planta de personal de la entidad exista el personal suficiente e idóneo para desarrollar las labores de tales personas vinculadas temporalmente; además deberá existir justificación y razonabilidad en el uso de tales vinculaciones.
- ix) Comprar o vender títulos valores a una tasa superior o inferior, según el caso, al registrado en el mercado financiero a la fecha de la operación, o dar lugar a su pérdida, lesionando con ello el patrimonio público.
- x) Realizar inversiones financieras calificadas por autoridad competente como riesgosas y como consecuencia causen perjuicio al erario. Invertir dinero estatal en cooperativas o fondos de inversión que no cuenten con respaldo o carezcan de autorizac legal para captar dineros públicos” (Correa Gómez, E. Pinzón Maldonado, H. 2011. Pp 88-89).

Si bien la doctrina hace un significativo esfuerzo por tratar de definir ciertas conductas que de manera evidente se podrían catalogar como antieconómicas, ineficientes o inoportunas, como es el caso de los numerales i, ii, v iv y entre otros, a su vez incurre en el error de incluir actuaciones que son propias del normal desarrollo de la naturaleza de cada actividad productiva como es el caso de los numerales ix y x, ya que el hecho de comprar o vender títulos valores a una tasa inferior al valor del mercado es una de las múltiples formas de gestionar riesgos. De manera concreta, si el numeral ix fuese una disposición legal, estaría prohibido para todos los entes que manejasen recursos públicos realizar operaciones con

derivados estandarizados³⁰ y no estandarizados, marcar stop loss³¹ y demás movimientos y operaciones propias del mercado no intermediado³². Las anteriores operaciones se pueden utilizar como métodos para gestionar el riesgo al comprometer una proporción de los recursos, mas no la totalidad de estos últimos con el fin de evitar mayores pérdidas.

³⁰ “Es un contrato estandarizado en cuanto a su fecha de cumplimiento, su tamaño o valor nominal, las características del respectivo subyacente, el lugar y la forma de entrega (en especie o en efectivo). Este se negocia en una bolsa con cámara de riesgo central de contraparte, en virtud del cual dos (2) partes se obligan a comprar/vender un subyacente en una fecha futura (fecha de vencimiento) a un precio establecido en el momento de la celebración del contrato”. Vease: Circular Única del Mercado de Derivados de la Bolsa de Valores de Colombia S.A. 2018. De las ordenes – Tipos de ordenes. Tomado de: https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Regulacion/Sistemas_Administrados/Derivados?com.tibco.ps.pagesvc.action=updateRenderState&rp.currentDocumentID=5d9e2b27_11de9ed172b_-2ca67f000001&rp.revisionNumber=1&rp.attachmentPropertyName=Attachment&com.tibco.ps.pagesvc.targetPage=1f9a1c33_132040fa022_-78750a0a600b&com.tibco.ps.pagesvc.mode=resource&rp.redirectPage=1f9a1c33_132040fa022_-787e0a0a600b

³¹ Toda Orden que entre al Sistema bajo este tipo de ingreso, implica para el Miembro asumir que la Orden se activa únicamente cuando el Mercado se cotiza a un precio específico o se celebra una Operación a un precio específico, fijado por el Miembro, el cual se denomina Precio de Activación. En este caso, cuando la Orden stop se activa, adquirirá la condición de una Orden Lmite o de una Orden de Mercado. Vease: Circular Única del Mercado de Derivados de la Bolsa de Valores de Colombia S.A. 2018. Generalidades – Definiciones. Tomado de: https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Regulacion/Sistemas_Administrados/Derivados?com.tibco.ps.pagesvc.action=updateRenderState&rp.currentDocumentID=5d9e2b27_11de9ed172b_-2ca67f000001&rp.revisionNumber=1&rp.attachmentPropertyName=Attachment&com.tibco.ps.pagesvc.targetPage=1f9a1c33_132040fa022_-78750a0a600b&com.tibco.ps.pagesvc.mode=resource&rp.redirectPage=1f9a1c33_132040fa022_-787e0a0a600b

³² Es la emisión, suscripción e intermediación y negociación de los documentos emitidos en serie o en masa de los cuales se realice oferta pública, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de participación y de tradición o representativos de mercancías. Se conoce también como el Mercado de Instrumentos o Mercado Público de Valores, debido a que la transferencia de los recursos de los ahorradores a las actividades de inversión y financiación se hace por intermedio de instrumentos tales como Títulos de renta fija (CDT, bonos, papeles comerciales), Títulos de renta variable (Acciones, BOCAS, etc.), Derivados, Futuros, etc. Vease: Bolsa de Valores de Colombia S.A. 2018. Preguntas Frecuentes: Qué es el Mercado No Intermediado. Tomado de: <https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Preguntas+Frecuentes>

1.2.2.2.2. La Problemática Sobre Este Aspecto

Como se vio en su momento, el elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal o puede ser sumamente abstracto y genérico a tal punto de que cualquier conducta que, a criterio del ente encargado de ejercer el control fiscal, pueda ser tildada como una gestión antieconómica, ineficiente e inoportuna y por tanto ser catalogada como una conducta culposa o incluso dolosa. Si por el contrario la ley previese una lista taxativa de cuales conductas se podrían denominar como gestiones antieconómicas, inoportunas e ineficientes, claramente se enunciarían supuestos que prohibirían el desarrollo habitual de ciertas operaciones propias de diferentes sectores económicos y productivos. Siendo así la ley consagra el primer supuesto, por tanto hoy en día el ordenamiento jurídico colombiano le permite al ente encargado de ejercer el control fiscal y llevar los procesos de responsabilidad fiscal, dictaminar a su criterio caso por caso, cuales conductas son antieconómicas, ineficientes, e inoportunas, lo que conlleva a que casi cualquier conducta pueda ser catalogada como culposa o dolosa.

Si bien el estatuto anticorrupción consagra un conjunto de actuaciones de las cuales se presume el dolo o la culpa grave que configuraría un elemento de la responsabilidad fiscal, no sobra advertir que dicha ley no consagra la infinidad de supuestos en los cuales puedan configurarse o no las conductas dolosas o gravemente culposas que conlleven a la apertura y de un proceso de responsabilidad fiscal. Así las cosas, en los demás supuestos no contemplados en la ley, queda al arbitrio del operador jurídico determinar a criterio propio cuando se actuó con dolo o con culpa grave.

II. LA PROBLEMÁTICA EN CONCRETO

La problemática en el elemento objetivo radica en el hecho de que se configura este elemento por la mera disminución o pérdida de los recursos, sin atender a diferentes criterios que revisten las complejas operaciones. Por tanto, toda vez que se genere una disminución en el monto inicial, es decir el que había antes de ejecutar o de realizar la operación, habrá una pérdida de recursos públicos, si no se contemplan las demás variables del caso. Así las cosas, es posible que un operador jurídico encargado de ejecutar un proceso de responsabilidad fiscal no contemple las particularidades del caso como los plazos de una operación ideada a largo término y determine un detrimento patrimonial por la mera reducción de los recursos, en cualquier etapa, en comparación con los que existían antes de iniciarse la operación.

Sobre el segundo aspecto de la problemática no sobra decir que la forma en la que se encuentra concebido el proceso, implica que el mismo ente encargado de dirigirlo sea el mismo que a su criterio determine qué gestiones se entenderán para cada caso como antieconómicas, ineficientes o inoportunas, sin antes considerar a cabal entendimiento todos los factores que regían el caso. Esto es, desconociendo la debida diligencia que se tuvo al momento de informarse para tomar la decisión, la urgencia que implicaba la toma de esta última y el buen criterio que tuvo el gestor de la actividad que implicaba el empleo de recursos públicos. Aunado a lo anterior, no sobra advertir que es factible que en determinados casos, el operador jurídico que declara la gestión de antieconómica, inoportuna e ineficiente (Contralor delegado), no sea experto en la materia que se encuentra analizando y también es

igual de factible que este no comprenda la racionalidad económica a largo plazo de la decisión de negocio impugnada.

Teniendo de presente estas falencias en la ejecución de los procesos de responsabilidad fiscal, que se resumen en (i) la determinación de que la operación en determinado momento arroje cifras negativas sin atender a la totalidad de la operación; y (ii) la arbitrariedad del elemento subjetivo en los procesos de responsabilidad fiscal, solo resta preguntarse si tal situación afecta de manera negativa a todos aquellos que ejercen una dirección y tienen poder para tomar decisiones que involucren recursos públicos. Para asentar más la problemática al objeto de estudio es válido preguntarse si los administradores de las empresas estatales en Colombia se encuentran influenciados en cierta medida al momento de tomar decisiones que posiblemente puedan acarrear la pérdida de recursos públicos y la eventual apertura de un proceso de responsabilidad fiscal. En el caso de ser afirmativa la respuesta a este planteamiento solo resta preguntarse ¿Las decisiones dentro de las Empresas Estatales están siendo tomadas con miras a lograr obtener la mayor eficiencia, eficacia y rentabilidad de los recursos públicos o si por el contrario están siendo ejecutadas con el propósito de evitar la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal? No sobra destacar que dado el caso en el que las decisiones sean tomadas con un enfoque encaminado a evitar la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal, en contraposición de estar orientadas a lograr una gestión eficiente, eficaz y rentable pero riesgosa, intrínsecamente acarreará un deterioro de los fines perseguidos en la dirección de toda actividad económica organizada, ya sea estatal o no. En el próximo capítulo se analizará como incide la problemática a partir del estudio de casos en concreto.

III. MANIFESTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA EN LOS CASOS SUB EXAMINE Y LAS CONSECUENCIAS DE ÉSTA

3.1. Refinería de Cartagena S.A. Lecciones por Aprender de un Megaproyecto

3.1.1. El Caso

La Refinería de Cartagena fue construida en el 1956 por la Filial de Exxon, INTERCOL, para abastecer la demanda nacional de derivados del petróleo. Para aquel entonces la producción abastecía plenamente el territorio nacional, a tal punto que se contaba con la capacidad de exportar productos al extranjero. La Refinería de Cartagena fue ampliada en el año 1982, producto de esta ampliación, su capacidad de refinación pasó de 26,000 Barriles de Petróleo o Diarios (En lo sucesivo, “BPD”) a cerca de los 70,500 BPD (En, Calchaquies, & Se, n.d.). No obstante, para la década de los 90’s debido a la creciente demanda nacional, la refinería se rezagó en aspectos productivos ya que no fue capaz de abastecer la demanda interna. Lo anterior estuvo aparejado de un atraso tecnológico y como si fuese poco, los requerimientos ambientales fueron modificados a tal punto que la refinería para aquel entonces no cumplía con la totalidad de los estándares internacionales.

Producto de lo anterior, en el año 1995 se desarrolló el Plan Maestro de Desarrollo -PMD- en aras de diseñar una estrategia orientada al mejoramiento de los procesos internos, la optimización de los recursos, el cuidado del medio ambiente y la generación de nuevos productos con mayor valor agregado. El PMD se diseñó con el propósito de otorgarle competencia a la Refinería de Cartagena con el fin de permitirle competir en el mercado objetivo de la costa del golfo USGC. Dentro del PMD se encontraba el Proyecto de Modernización y Ampliación de la Refinería de Cartagena. El diseño del esquema definitivo de operación, que involucra la expansión y modernización de la Refinería, se obtuvo en el

2007 (En et al., n.d.). Producto de esta expansión se pretendía obtener una capacidad de producción de que doblase la que para aquel entonces se tenía, es decir pasar de 80.000 BPD a 165.000. BPD (“Datos relevantes Proyecto de ampliación y modernización Refinería de Cartagena,”. 2015).

Con el inicio del nuevo milenio, El Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena (En lo sucesivo, el “Proyecto”) se estaba estructurando dentro del PMD. Tal era la importancia para el Nación que fue declarado como un Proyecto de Interés Nacional y Estratégica -PINES-, por medio del Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- No. 3312 de 2004.

Es preciso señalar que para la época en la cual se encontraba estructurado el Proyecto (2007), la Refinería de Cartagena tenía una composición accionaria mayoritaria perteneciente al privado Glencore en virtud de la enajenación del CINCUENTA Y UN PORCIENTO (51%) de la participación accionaria de la cual era titular Ecopetrol S.A. Esta enajenación se realizó con el propósito de vincular a un particular que contase con la experiencia necesaria para el desarrollo del Proyecto. Dentro de la lista de proponentes para la adquisición de esta participación, se encontraban empresas como Petrobras y entre otras de reconocida experiencia y trayectoria en el mercado.

En el mismo 2007, Reficar S.A. con el apoyo de la reconocida firma italiana Techhip, la cual desde 1969 se ha desenvuelto en la asesoría y estructuración de proyectos

de gran envergadura³³, celebró el 6 de noviembre de ese mismo año, el contrato de obra con la firma Chicago Bridge & Iron (En lo sucesivo, “CB&I”) para la construcción de la ingeniería básica y de detalle del Proyecto. CB&I era la encargada de coordinar y enlazar las 34 unidades de refinación, las cuales tenían diferentes licenciadores, de los que se destacan Exxon Mobil, KBC, Lummus, Merichem y entre otras.

A mediados de diciembre de 2008, ya una vez se iniciadas las obras, Glencore solicitó la suspensión del Proyecto debido a la incertidumbre generada en los mercados globales, ocasionada por la crisis financiera desatada por el colapso de la burbuja inmobiliaria de ese mismo año en los Estados Unidos de América. Esta crisis financiera era una amenaza latente que podía afectar seriamente la financiación del complejo Proyecto.

Ecopetrol S.A., quien era el otro accionista mayoritario de la Refinería de Cartagena S.A., con el propósito de no paralizar el proyecto decidió efectuar la recompra de las acciones en cabeza de Glencore. La Transacción se realizó a mediados del 2009 y se hizo por un valor inferior al cual fueron enajenadas en un principio.

El 21 de junio de 2009 la Junta Directiva de Reficar S.A., se topa posiblemente con una de las decisiones más difíciles y de mayor envergadura que deberían de tomar sus

³³ Technip’s Center in Rome has been operating as a General Process Engineering Contractor since 1969. Focusing on Project Management, Engineering and Construction, Technip Rome can offer its Clients the full range of Main Contractor services, both in the onshore and offshore sectors. Véase: Technip in Italy. 2016. *Experience and Know-how to build the future*. Tomado de: <http://www.technip.com/en/entities/italy#>

miembros, en todas sus carreras. CB&I debe de renovar su contrato de obra “para ejecutar el diseño, ingeniería, procura, construcción e instalación, obtener la terminación mecánica de todas las unidades, soportar la puesta en servicio y pruebas de las mismas y obtener las garantías” (Contraloría General de la República. 2017) de conformidad con el contrato suscrito en el 2007. Producto de esta renovación del contrato de obra, deberían decidir si se haría por la modalidad de costos reembolsables con el propósito de obtener un mayor control en la negociación, contabilidad, ejecución y desarrollo general del Proyecto, o si por el contrario lo realizaban bajo la modalidad de llave en mano. Finalmente la Junta directiva, optó por tomar la modalidad de costos reembolsables. La renovación fue firmada el 15 de Junio de 2010 entre Reficar S.A. y. CB&I.

En el mes de octubre de 2010 el Proyecto sufre retrasos debido a la cruda temporada invernal que atraviesa el país. Aunado a lo anterior, el proyecto debido a su alto grado de complejidad presenta serias complicaciones que llevan a que se celebre “la Orden de Cambio No. 1 (Change Order No. RCSA /001)”³⁴ (Contraloría General de la República. 2017.), por medio de la cual se modificó la fecha de puesta en operación del Proyecto, para el 31 de agosto de 2013. No obstante, debido al alto grado de complejidad, el proyecto fue entregado en el mes de noviembre de 2015. Esta situación conllevó a que se acumulasen 27 meses en los cuales se suponía que debería de estar operando la nueva refinería con una capacidad de 165.000. BPD, lo que se traduce en un lucro cesante correspondiente a 27 meses en los que no se produjeron los BPD esperados.

³⁴ Para efectos de mayor claridad, entiendase por Change of Order No.RCSA/001, un otrosi modificatorio al contrato de obra celebrado con CB&I, para la fecha de entrega que inicialmente se había pactado.

Dada la gran complejidad de un proyecto sin precedentes en la historia del país, aunado a un conjunto de imprevistos como la ola invernal del 2010-2011, más los retrasos en la fecha de inicio del Proyecto, más el conjunto de modificaciones que efectivamente optimizaron la nueva refinería, y entre otros factores, se obtiene la diferencia de la cifra que inicialmente se tenía presupuestada para el Proyecto, que a criterio de la Contraloría General de la República de Colombia se determinó un detrimento al erario público equivalente a SEIS MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE DOLARES (USD\$ 6.800 *MILLIONS*), lo que a la tasa representativa del mercado para el 4 de noviembre de 2015 equivale en pesos colombianos a la suma de DIECISIETE BILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS MONEDA LEGAL CORRIENTE (COP\$ 17.177.520.000.000.)³⁵.

3.1.2. La Decisión de Negocio

Las decisiones de negocio en virtud de las cuales la CGR inició el proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 en contra de las juntas directivas de Ecopetrol S.A. y Reficar S.A. tienen origen en un conjunto de situaciones que podrían involucrar, malversaciones y derroches de recursos públicos, la adquisición de bienes y servicios a precios superiores a los de mercado, falta de planeación y entre otras situaciones. Como objeto de estudio de la presente tesis, se analizará de manera aislada la decisión de negocio que implicaba la modalidad de contratación, la cual hoy en día es sujeto de

³⁵ Contraloría General de la República. 2017. Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 que tiene como entidades afectadas a Reficar S.A. y a Ecopetrol S.A.: Auto No. 0382. Pp 11- 337.

impugnación. El 21 de junio de 2009 la Junta Directiva de Reficar S.A., tal y como consta en el acta 41 de la junta directiva, tuvo que deliberar y decidir por cual modalidad se iba a renovar el contrato para la ejecución del Proyecto. Las dos posibles modalidades a escoger eran por una parte, la modalidad de costos reembolsables o por otra parte la modalidad de llave en mano. Para entender porque fue determinante esta decisión es necesario abordar qué se entiende por cada una de estas modalidades, su alcance y potenciales efectos en el caso en concreto, a saber:

A) La modalidad de contratación de llave en mano es aquella en virtud de la cual se “contrata simultáneamente el diseño y la construcción de una obra determinada, que debe cumplir con ciertos objetivos específicos de performance, los que están establecidos muy claramente en el contrato” (Ducci et al., 2015). Complementando esta definición, es menester señalar que esta modalidad de contratación de proyectos de infraestructura obliga al contratista a comprometerse incluso desde antes de celebrar el contrato a un precio determinado, por la totalidad del proyecto que elaborará. Esta situación conlleva a que en la gran mayoría de los casos, las obras se encarezcan debido a que los contratistas optan por cubrirse ante el riesgo de incurrir en sobrecostos, inflando el precio por el que en un principio lo podrían desarrollar por medio de otras modalidades. “Los licitantes son en general adversos al riesgo y el criterio normal de valoración de estos riesgos considera analizar la peor situación posible, es decir, aquella de máximo costo para el contratista” (Ducci et al., 2015). Lo que a la postre conlleva a que este valor máximo sea entonces incorporado al valor de la oferta por el contrato (Ducci et al., 2015).

B) La modalidad de costos reembolsables es aquella modalidad en virtud de la cual el contratista encargado “con cargo a su patrimonio, invierte en el adelantamiento de la obra contratada, y conforme se haya pactado y previa la comprobación de los pagos efectuados, la entidad administrativa contratante hará el reembolso correspondiente y el pago de los honorarios” (Máximo Bezzi. O.1982.). En lo que respecta al pago de los costos de la obra, es necesario señalar que la entidad contratante estará obligada a “pagar todos los costos razonables en que incurra el constructor para elaborar la obra que se le encomienda” (UNCITRAL. 1987) (Resaltado Fuera del Texto Original). Del anterior acápite provisto por la UNCITRAL, se puede concluir que la entidad contratante podrá pactar en el contrato que no se obligará a pagar aquellos elementos que sean innecesarios. En lo atinente al pago de los honorarios, existe libertad para que las partes definan si corresponderá a un porcentaje de la sumatoria de todos los costos o si corresponderá a una suma fija y determinada. Es menester destacar que esta modalidad de contratación le permite a la entidad contratante, tener un mayor control de la ejecución, contabilidad, negociación, planeación y demás elementos de la obra, a raíz de que esta puede intervenir en la elaboración de la obra al dirigir a su contratista sobre cuales labores le serán razonables y por tanto le serán reconocibles.

En el mes de junio del 2009, CB&I ya había iniciado las obras del Proyecto, pero durante su ejecución, había demostrado ciertas actuaciones que daban indicios de la falta de experiencia para llevar a cabo el diseño y construcción de esta mega obra sin precedentes en el país. Si bien la contratista poseía una amplia experiencia en la construcción de tanques, tuberías, ductos y entre otros, su *core* de negocio no se centraba en estricto sentido en la construcción de refinerías. Frente a este panorama, la Junta directiva se vio frente a la decisión de suspender o no el proyecto, pero la suerte ya estaba echada, el proyecto

había sido declarado PINE y suspenderlo acarrearía un lucro cesante que posiblemente habría conllevado a serios perjuicios tanto para la matriz como para la filial en sí misma. Siendo así la Junta Directiva de Reficar S.A. decidió continuar y asumir el riesgo.

La nueva gran incógnita que ahora suscitaba en las reuniones de la Junta Directiva, era escoger por medio de cual modalidad de contratación se procedería a renovar el contrato con CB&I. Las diferentes modalidades de contratación acarreaban como cualquier decisión de negocio, pros, contras, costos, gastos y beneficios. En este caso la Junta directiva teniendo muy de presente el precedente de las falencias de su contratista, optó por asumir la modalidad de contratación de costos reembolsable en aras de lograr tener mayor control en la construcción del Proyecto y no dejar en manos de un tercero que generaba incertidumbres, la suerte del Proyecto. Siendo así, el día 15 de junio de 2010 se suscribió el contrato para “ejecutar el diseño, ingeniería, procura, obtener la terminación mecánica de todas las unidades y obtener las garantías de desempeño” (Contrato General de la República. 2015) entre Reficar S.A. y las firmas CB&I UK Limited y CB&I Colombiana bajo la modalidad de costos reembolsables. Valga la salvedad, el hecho de contratar por esta modalidad cerró la posibilidad de contratar por medio de la modalidad de llave en mano.

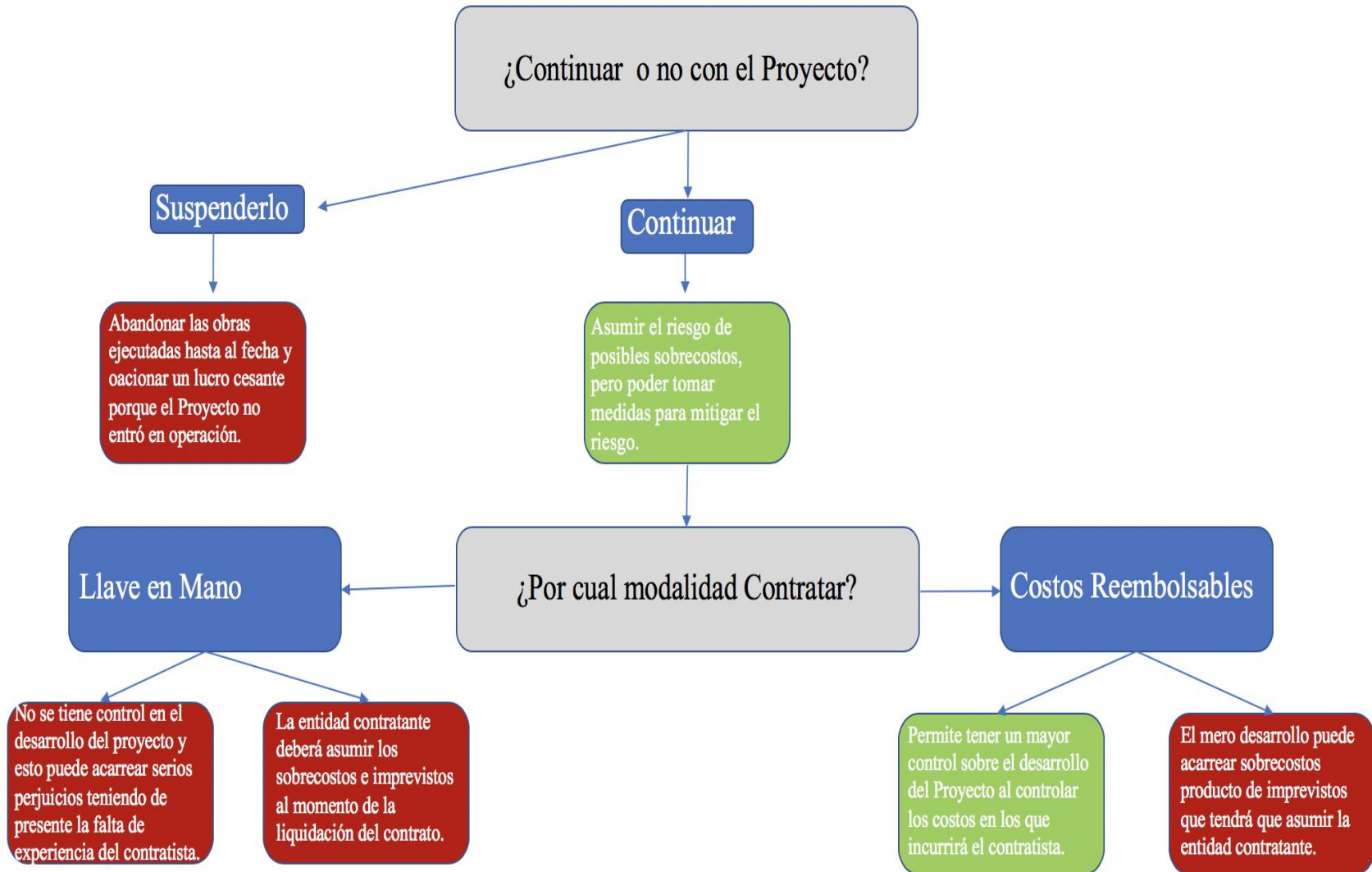
3.1.3. Injerencia de la Problemática

La CGR por medio del proceso PRF 2017-00309_UCC-PRF-005-2017, pretende declarar responsable fiscalmente a las juntas directivas de Reficar S.A., Ecopetrol S.A., al igual que a un conjunto de administradores dentro de los cuales se encuentran los representantes legales de ambas entidades. Tal pretensión radica entre muchas otras situaciones, en el hecho de que a criterio de la CGR la decisión de renovar el contrato por

medio de la modalidad de costos reembolsables no fue la óptima ya que si se hubiese contratado por medio de la modalidad de llave en mano, el contratista se hubiese comprometido con un precio final y este hubiese asumido los sobrecostos, lo cual en teoría no habría generado un detrimento patrimonial.

La CGR argumenta que la modalidad de contratación de llave en mano hubiese obligado al contratista a asumir el riesgo de los sobrecostos y no a la entidad contratante razón por la cual no habría sido impugnada la decisión de negocio si se hubiese optado por esta modalidad de contratación. No obstante recuérdese que los contratos estatales deben guardar un equilibrio contractual durante su ejecución, al igual que al momento de culminación, estos pasan por una etapa de liquidación en la cual las partes se reconocen prestaciones económicas con el fin de restablecer el equilibrio de cargas pactado dentro del contrato. De manera ilustrativa por medio de la Figura No. 2 se presentarán a continuación, las grandes disyuntivas de este caso al igual que las decisiones que se ejecutaron.

Figura No. 2



La primera decisión de negocio, que tomaron las Juntas Directivas de Reficar S.A. y Ecopetrol S.A., se presentó en el momento en el que el socio mayoritario Glencore, que tenía como propósito acompañar a la empresa en el desarrollo del Proyecto solicitó suspenderlo. Ya como se explicó en su momento, las condiciones del mercado del petróleo proveían un panorama óptimo en el cual se podría captar el suficiente músculo financiero para que la matriz, Ecopetrol S.A. fuese capaz de proveer los recursos necesarios para la financiación del Proyecto. La decisión ejecutada fue continuar con el Proyecto sin el socio mayoritario y asumir el riesgo, ya que suspenderlo acarrearía un lucro cesante tanto para Reficar S.A., como para su matriz.

Producto de esta primera decisión se generó la decisión que hoy en día la CGR ha impugnado. El hecho de continuar con el proyecto implicaba renovar el contrato con CB&I, ya que cambiar de contratista necesariamente obligaría a la entidad contratante a pasar por un nuevo proceso de contratación que sí o sí atrasaría el cronograma del Proyecto, generando un lucro cesante. Siendo así, se tendría que decidir por cual modalidad renovar con CB&I. El hecho de renovar por la modalidad de llave en mano conllevaría a que un contratista que no tenía la completa experiencia en el desarrollo de refinerías construyese el Proyecto sin el control de Reficar S.A., lo que podría generar a futuro deficiencias en la obra. Por tanto, la Junta Directiva de Reficar S.A. optó por la modalidad de contratación de costos reembolsables, para así tener un mayor control sobre el desarrollo del Proyecto.

A raíz de la decisión adoptada, la CGR pretende condenar fiscalmente a los Administradores de Reficar S.A. y Ecopetrol S.A. por el cuantioso desfase que arrojó el balance final del Proyecto, el cual como se dijo, involucra una convergencia de situaciones

que muy posiblemente conlleve a que se les halle culpables a estos gestores fiscales. Lo único cierto hasta el momento es que hoy en día no se tienen los suficientes elementos de juicio para indicar si la decisión adoptada fue la correcta o no, sin embargo se levantan voces de ambos bandos, de las cuales llama la atención la opinión de Rodolfo Segovia, ex presidente de Ecopetrol S.A. por medio de una entrevista con el diario el Tiempo, el cual manifestó que

“[I]o curioso, sin embargo, es que la Contraloría se haya molestado en explicar en su comunicado de prensa una por una las causas y justificaciones de las adiciones al presupuesto (controles de cambios) y el desfase en la entrega final con argumentos muy razonados, para luego ignorarlos al llamar a versión libre a presuntos responsables. **Sabe que la refinería final no es la misma que se presupuestó en el 2009, es mucho mejor, más productiva, más robusta.** Eso lo documenta la misma Contraloría, que auditó muchas veces a Reficar del 2006 al 2015, siempre con informes limpios que certificaban debida diligencia” (El Tiempo. 2017)

Por último y a modo de reflexión el exministro Segovia concluye que:

“ante tanto ‘desfalco’, es posible que Reficar termine siendo cosa distinta a un elefante blanco. **Es al contrario: la refinería se hizo bien y es un orgullo para el país. Única en América Latina, opera a la perfección y contribuye una cifra visible al PIB.** Quizá un mejor templete para el presunto detrimento patrimonial sería calcular hoy su valor de reemplazo. En el mundo hay quien sepa determinarlo. ¿Se atrevería la Contraloría?” (El Tiempo. 2017).

3.2. Hidroituango Coletazos de la Crisis en el Corazón de los Andes

3.2.1. El Caso

El caso inicia cuando por medio de la escritura pública 893 otorgada el 23 de marzo de 2010 en la notaría No. 17 de la ciudad de Medellín, se constituye la sociedad EPM Ituango S.A. E.S.P.

El 03 de octubre de 2011, el Comité Institucional de la sociedad Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (En lo sucesivo EPM) autorizó el inicio del proceso que tendría por objeto contratar el desarrollo del proyecto más grande de toda su historia y seguramente el más grande en la historia reciente del país en materia de infraestructura energética por medio de transferencia hidromecánica. El proyecto energético se desarrollaría en el corazón de los Andes y tendría por epicentro el río Cauca en la jurisdicción del municipio de Ituango (En lo sucesivo el proyecto será denominado como, “Hidroituango”).

El 20 de octubre de 2011, por medio de la escritura pública 2813 otorgada en la notaría 22 de la ciudad de Medellín, los señores Luis Javier Veles Duque y Federico Restrepo Posada, obrando en calidad de representantes legales de EPM Ituango S.A. E.S.P. y EPM respectivamente, celebraron el contrato BOOMT³⁶ para que EPM en calidad de contratista Construyese por si o por interpuesta persona, Hidroituango, además de que lo operase, mantuviese y devolviese al cabo de 50 años.

³⁶ Por sus siglas en inglés: *Build, Operate, Owned, Maintenance, Transfer*. Lo que se da a entender como un contrato cuyo objeto tiene por Construir, Operar, Mantener, Explotar Comercialmente y Devolver una obra de infraestructura.

El 28 de agosto del 2012, EPM por medio de audiencia pública adjudicó el contrato para la construcción de Hidroituango. El proceso de contratación tomó cerca de 11 meses desde que el Comité Institucional de EPM autorizara el inicio del proceso. El contrato fue adjudicado al Consorcio C.C.C. conformado por la firma Camargo Corrêa S.A., quien es uno de los mayores grupos empresariales privados de Brasil y a su vez es la mayor constructora de centrales hidroeléctricas del mundo que cuenta con un poco más de 72 años de experiencia en la ejecución de proyectos de infraestructura (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2012). La cuota restante del consorcio se encuentra conformada por las firmas nacionales, Coninsa Ramon H. S.A. con el diez por ciento (10%) de participación y Concreto S.A. con el treinta y cinco por ciento (35%) de participación en el consorcio (Bnaméricas. 2018).

El proyecto inicialmente tendría un cronograma de desarrollo que en principio proyectaba la entrada de operación de la primer turbina de la casa de máquinas para el mes de noviembre del año 2018, hasta completar para el 2021 “la central subterránea de 2.400 MW de capacidad instalada y 13.930 GWh de energía media anual” (Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P. 2018). No obstante, la mega obra “conformada por una presa de cerca de 225 m de altura y un estimado de 20 millones de metros cúbicos de volumen” (Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P. 2018) comenzó a presentar fallas cuando a los 28 días del mes de abril del 2018 se presentó un taponamiento en la galería auxiliar de desviación (Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P. 2018). Esta situación se superó a altas horas de la noche del 29 de abril de 2018 cuando de manera natural se destaponó la galería auxiliar de desviación.

A los 30 días del mes de abril se agravó nuevamente la situación cuando por ocasión de un derrumbe en el túnel GAD se generó una obstrucción parcial. La situación se empezó a complicar cuando el 07 de mayo del mismo año, se taponó totalmente el túnel de desviación GAD (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018), lo que conllevó a que se redujera el caudal aguas abajo de la presa y aumentase el nivel del embalse aguas arriba.

La situación se tornó crítica cuando el 09 de mayo de 2018 se taponaron los túneles de desviación 1 y 2, lo que aumentó el represamiento aguas arriba de la presa y lo que obligó a la empresa al siguiente día, 10 de mayo de 2018, a inundar la casa de máquinas para permitir la descarga controlada de las aguas que se estaban represando. Esta decisión comprometería cuantiosas sumas por el valor de los equipos que quedaron expuestos, al igual que las miles de horas de trabajo empleadas en la construcción del corazón de la hidroeléctrica.

El 12 de mayo de 2018, se genera un destaponamiento natural del túnel de desviación No. 2. Este estrepitoso incremento masivo del caudal generó millonarios destrozos en las comunidades ribereñas aguas abajo. Como si fuese poco, se taponó nuevamente de manera natural el túnel de desviación No. 2 al igual que la casa de máquinas, lo que conlleva a lo que EPM denomina como una “situación técnica incontrolable” (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018). Al cabo de dos horas, se destapona naturalmente la obstrucción de la casa de máquinas.

A los 20 días del mes de mayo de 2018, se destapona el túnel derecho de desviación lo que le permite a EPM obtener mayor control técnico sobre Hidroituango.

Paralelo a toda esta dramática situación, la obra avanzaba en el lleno prioritario de la presa para completar la cota 410 sobre el nivel del mar. La empresa en un admirable esfuerzo y demostrando porqué es orgullo antioqueño, alcanzó el 24 de mayo de 2018 lo que en principio parecía imposible. 1500 obreros en tan solo 26 días lograron pasar de la cota 387 a la cota 410 en los 480 metros de longitud que comprende el lleno prioritario (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018).

Luego de alcanzar la cota “410 metros sobre el nivel del mar (msnm), el viernes 1 de junio se logró un nuevo hito dentro de la atención de la contingencia en el proyecto hidroeléctrico Ituango: la construcción de la última losa en concreto del vertedero”³⁷ (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018). Lo anterior permitió a EPM tener mayor control sobre la contingencia.

El pasado 11 de junio de 2018 se finalizó la construcción total del vertedero. Finalmente el 15 de junio de 2018, EPM logró tener nuevamente el control sobre Hidroituango al completar la cota 415 sobre el nivel del mar.

Reducido el nivel de riesgo sobre múltiples comunidades ribereñas de tres departamentos de Colombia y controlado este dramático hecho que perduró por mas de dos meses y que subsistirá por siempre en la memoria de todos aquellos que lo vivieron en carne

³⁷ “El vertedero es una estructura hidráulica destinada a permitir el paso libre o controlado del agua en las centrales de generación de energía. En el proyecto hidroeléctrico Ituango es de tipo canal abierto, con capacidad para evacuar hasta 22.600”. Véase: Empresas Públicas de Medellín. 2018. Comunicado: Avance Informativo No. 42. Tomado de: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/Noticias%20y%20Novedades/2018/comunicado-ituango-42.pdf>

propia, el drama muy posiblemente apenas comienza para aquellos gestores fiscales que desempeñan un cargo directivo dentro de EPM. Aunque el nivel de riesgo se haya reducido considerablemente, la continuidad y el desarrollo de Hidroituango y la subsistencia de EPM se vieron comprometidas producto de lo acaecido. Salvar a Hidroituango y por consiguiente a EPM requerirá de decisiones drásticas en cabeza de la junta directiva de esta última. Estas decisiones se han estado tomando y se tomarán aún más. En el próximo título se analizarán en detalle cuales son estas últimas y como posiblemente se manifestará la problemática en ellas.

3.2.2. La Decisión de Negocio

A raíz de la contingencia que atravesó Hidroituango en los meses de abril, mayo y junio, se generaron billonarias perdidas producto de daños en el proyecto, más el lucro cesante por la tardía entrada en operación del proyecto que se tenía presupuestada para el mes de noviembre de 2018. Tal como lo señaló en el mes de noviembre el Gerente de EPM, el Dr. Jorge Londoño de la Cuesta “hoy estamos partiendo del escenario de que el proyecto se va a retrasar 3 años” (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018), a lo que añado que “esos tres años de no recibir ingresos de generación de (sic) Ituango, representan aproximadamente (...) cerca de 3,5 a 4 billones de pesos” (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018). Por otra parte pero producto de la misma contingencia, EPM tendrá que invertir recursos adicionales para la terminación y puesta en operación del proyecto. El Gerente de EPM señaló que esos recursos adicionales rondan por el “orden de 1,5 a 2 billones de pesos, que es lo que hoy tenemos estimado” (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018), y una tercera cosa es el costo de la inversión por la atención de la contingencia que ronda por el orden de un billón de pesos colombianos (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018). Toda

esta contingencia daría un estimado de cerca de 7 billones de pesos que tendrá que asumir EPM para poder, acabar de atender la contingencia, culminar el proyecto y ponerlo en operación.

Producto de las cuantiosas sumas de dinero que deberá asumir EPM para solucionar la contingencia, la Junta Directiva de la empresa autorizó la venta de diferentes activos, el pasado mes de agosto del 2018. Esta decisión de negocio muy probablemente será un hecho constitutivo en virtud del cual la CGR iniciará en un futuro, un proceso de responsabilidad fiscal en contra de la junta directiva de EPM. Lo anterior tiene fundamento en el hecho de que este órgano de administración autorizó la venta de activos de alto valor a sabiendas de que en este momento todavía no se ha cuantificado de manera exacta cuál es el verdadero valor que deberá asumir EPM por la contingencia. EPM afirma que “[h]oy no es posible estimar este valor (El valor total de la contingencia), ya que el impacto real de la contingencia se conocerá cuando sea posible ingresar a la casa de máquinas del proyecto hidroeléctrico Ituango y conocer su estado” (Londoño de la Cuesta, J. 2018).

Es preciso poner de presente que Hidroituango se encuentra respaldado por un conjunto sólido, de pólizas de seguro que cubren riesgos, por el orden de “US\$2.550 millones que cubren daños materiales de infraestructura y equipos, con un deducible de US\$1 mill (DataIFX. 2018). También es oportuno señalar que el proyecto cuenta con “gastos de lucro cesante por US\$628 millones: US\$380 millones para la primera etapa del proyecto (1.200 Mw iniciales) y US\$248 millones para la segunda etapa (1.200 Mw finales), con un deducible de 90 millones” (DataIFX. 2018). Teniendo conocimiento de que el proyecto cuenta con un conjunto sólido de pólizas, muy probablemente viene a la mente la pregunta ¿Por qué la junta

directiva de EPM decidió vender valiosos activos, en vez de reclamar la indemnización de las pólizas que contrató? A lo que EPM respondió:

“Con el fin de afrontar los efectos de la contingencia, las desinversiones son una más de las acciones que se están implementando, dentro de un grupo de medidas que incluye la optimización de costos y gastos, la postergación de inversiones que no afecten la prestación de los servicios, y pago de los siniestros por parte de las aseguradoras, pero los recursos de este último solo entrarían después de varios años” (Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018).

Producto de la respuesta dada por EPM, se puede concluir que la venta de los activos se realiza entre muchas razones, ya que el cobro de los siniestros es un proceso que tomará mucho más tiempo que la venta de los activos seleccionados, tiempo valioso que se puede materializar en un lucro cesante mayor por la demora que se tome en caso de optar por esta alternativa en vez de vender los activos y atender de inmediato la contingencia, sin afectar sustancialmente la capacidad de endeudamiento de EPM.

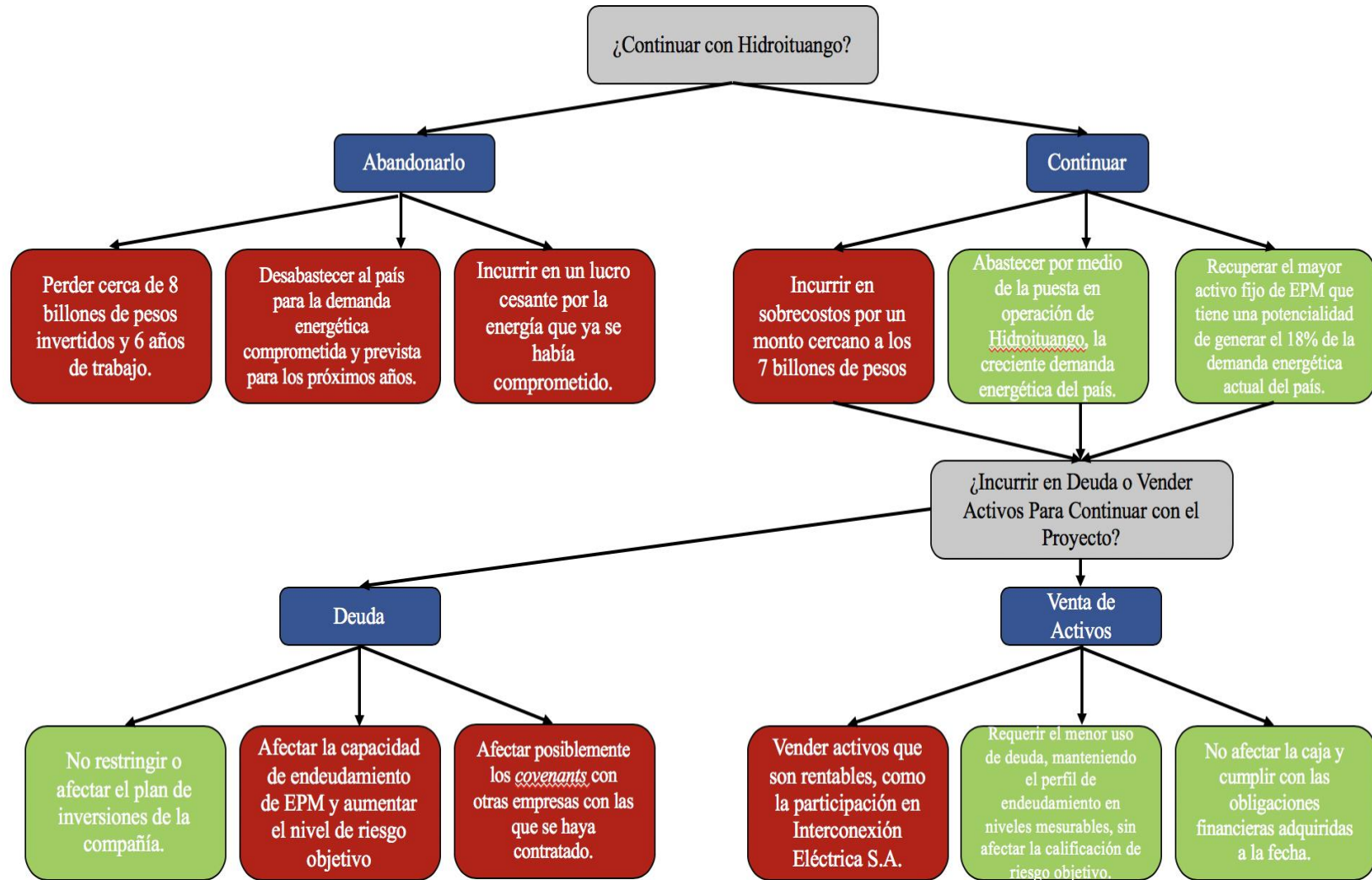
3.2.3. Injerencia de la Problemática

Aún no ha cesado la contingencia y los controles políticos comienzan y no prometen un escenario alentador para los administradores de la empresa implicada, en lo que concierne a los procesos de responsabilidad fiscal que muy seguramente se adelantaran por el posible “detrimento de los recursos públicos”³⁸ ocasionado por la venta de los activos fijos

³⁸ Recuerdese que en los procesos de responsabilidad fiscal, un detrimento patrimonial al estado comprende conceptos abstractos y subjetivos como las gestiones ineficientes, antieconómicas e inoportunas a criterio de la misma entidad de controla y juzga.

que posee EPM para atender la contingencia, finalizar Hidroituango y ponerlo en operación. A continuación, se expondrá por medio de la figura No. 3, la forma como muy posiblemente se manifestará la problemática en este caso.

Figura No. 3



La primer decisión de negocio que afrontó la junta directiva de EPM, una vez se había reducido el nivel de riesgo, atendió a decidir si continuar con Hidroituango o abandonarlo. La junta directiva de EPM, decidió continuar con Hidroituango. Si bien continuar con el proyecto implica que la compañía incurra en sobrecostos por una cifra cercana al orden de los siete billones de pesos (COP\$ 7.000.000.000.000), la empresa plantea que podrá recuperar esta cifra por medio de la puesta en marcha del proyecto, debido a la creciente demanda energética del país. Igualmente la empresa manifiesta su deseo de continuar con el proyecto para así consolidar el mayor activo fijo que posee, el cual tendrá la potencialidad de generar el 18% de la energía que actualmente produce el país (Pérez Gutiérrez, L.E. 2018).

Una vez se decidió continuar con Hidroituango, el problema yacía en el cómo continuarlo desde una óptica financiera, es decir, cual sería la vía por medio de la cual se financiaría el monto restante para atender la contingencia, reponer los equipos que se dañaron, terminar la hidroeléctrica y ponerla en operación. Frente a esta disyuntiva se pueden observar dos opciones, la primera es recurrir a la deuda y la segunda es vender activos. La junta directiva de EPM, argumentó que lo más loable es mantener el nivel de riesgo objetivo en niveles mesurables, por lo cual decidió autorizar la venta de la participación de EPM en Interconexión Eléctrica S.A., al igual que dos filiales en Chile (Aguas de Antofagasta y Parque Eólico los Cururos).

Es preciso señalar que por ahora la cantidad de información con la que cuenta la junta directiva para tomar la decisión de vender activos para atender la contingencia es sumamente limitada, no obstante la Junta Directiva sostiene que se han tomado decisiones

que propenden por la viabilidad del proyecto sin afectar sustancialmente la capacidad de endeudamiento de EPM.

Ahora bien, cuando todo el panorama ya esté mucho más claro de lo que hoy en día es, y la CGR cuente con todos los elementos del caso, EPM pueda ingresar a la casa de máquinas, valorar el costo de reposición de los equipos y sea menor a lo proyectado, el posible retraso con el cronograma sea inferior al hoy planteado y producto de ello el verdadero valor de la contingencia resulte ser inferior y aunado al hecho de que ya se haya ejecutado la venta de los activos que autorizó la junta directiva de EPM, a ojos de la CGR basta preguntarse ¿En este escenario la junta directiva de EPM habrá obrado de manera económica o antieconómica al decidir vender valiosos activos?

En este caso la problemática muy posiblemente se manifestará de suerte tal que la CGR recusando la limitada información que al momento de tomar la decisión de negocio existía, calificará de antieconómica, inoportuna e ineficiente la gestión de los administradores de esta empresa estatal al enajenar los valiosos activos.

3.3. TGI-Empresa de Energía de Bogotá ¿La Inversión más Rentable?

3.3.1. El Caso

El proceso de responsabilidad de mayor cuantía en la historia de la ciudad de Bogotá, D.C., por el orden de los quinientos nueve millones de dólares (USD\$ 509'000.000), tiene sus orígenes en el 2011 cuando el grupo Energía de Bogotá (En lo sucesivo “EEB”), quien para aquel entonces era el accionista mayoritario de la empresa Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. (en lo sucesivo “TGI”). Esta última decidió vender el treinta y uno coma noventa y dos por ciento de las acciones (31,92%), con el fin de obtener los recursos necesarios para el desarrollo de infraestructura de TGI. La participación accionaria fue adquirida por el fondo de capital privado Citi Venture Capital International, de la entidad financiera Citi Bank por un total equivalente a los cuatrocientos millones de dólares americanos (USD\$ 400'000.000.). “Dicho fondo creó la empresa Inversiones en Energía Latinoamérica Holdings (en lo sucesivo “Ilelah”) con sede en España, que con la titularidad de las acciones” (Revista Semana. 2016). Como parte del proceso de adquisición, se pactó una opción de recompra, es decir que bajo el supuesto en el que Ilelah decidiese enajenar los prenotados activos debería de ofrecerlos en un primer momento a EEB.

En efecto, en noviembre del 2013 Ilelah informó a la junta directiva de EEB su deseo de enajenar el porcentaje accionario del cual era propietaria. La junta directiva decidió readquirir la totalidad de las acciones que para aquel entonces se encontraban bajo la titularidad de Ilelah. Para lograr tal acometida, se estructuró el recaudo de siguiente forma: “la EEB prestató US\$400 millones; TGI Colombia, US\$129 millones; EEB Perú Holdings LTD (constituida en Islas Caimán), US\$38 millones, y el último préstamo del que se tiene registro lo otorgó Gas Natural de Lima y Callao (Perú), por US\$50 millones” (El Espectador.

2016). El 4 de abril del 2014, “[l]a Empresa de Energía de Bogotá, casa matriz del Grupo EEB, concretó la compra del 31,92% de la Transportadora de Gas Internacional (TGI), que estaba en manos de Citi Venture Capital International (CVCI) por un monto de US\$880 millones” (Grupo Energía Bogotá. 2014). Esta operación le otorgó una mayoría accionaria a EEB equivalente al noventa y nueve coma noventa y siete (99,97%) de la participación del capital suscrito y pagado de TGI.

En el 2016, la CGR abrió un proceso de responsabilidad fiscal por “un presunto daño al patrimonio público por 509 millones de dólares, que resultan de la diferencia entre el valor de venta inicial de 400 millones de dólares en 2011 y la recompra por 880 millones de dólares más 29 millones de dólares pagados en comisiones en 2014, generando una lesión al patrimonio público, una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna” (Revista Semana. 2016).

Esta es una de las principales razones en virtud de las cuales la CGR abre un proceso de responsabilidad fiscal. A continuación se analizarán en detalle cual es la decisión de negocio del proceso de recompra del 31,92% de la participación accionaria, que dió como resultado la apertura del proceso de responsabilidad fiscal en contra de la junta directiva de EEB.

3.3.2. La Decisión de Negocio

La decisión de negocio cuestionada en este caso por la CGR, radica en la forma en que EEB hizo el proceso de valoración de los activos recomprados ya que fueron

adquiridos por una diferencia de precios superior a CUATROCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS (COP\$ 400'000.000.000.). Lo anterior no quiere decir que la CGR considere que los activos valgan una cifra inferior, lo realmente cuestionado es la manera en qué se adelanto el proceso de recompra. A continuación, por medio de la figura No. 4 se ilustrará cuales eran las diferentes implicaciones de la decisión de negocio ejecutada por la junta directiva de EEB, a saber:

Figura No. 4



En el mes de noviembre de 2013, EEB al decidir recomprar la participación accionaria que ostentaba para aquel entonces Ielah de TGI, tuvo la oportunidad de seleccionar la metodología por medio de la cual se realizaría el proceso de avalúo de los activos que se recomprarían. Así mismo, sobre este aspecto la junta directiva de EEB tuvo la oportunidad de decidir si contratar a una sola firma o realizar un proceso que involucrase varias firmas para asistirle en el complejo proceso de valoración de los activos que se pretendían adquirir. Tal como se ilustra por medio de la figura No. 4, la opción de contratar una sola firma para valorar los activos que se adquirirían implicaría menos costos en el proceso de recompra ya que solo se vincularía a un único contratante y los tiempos de

ejecución podrían ser potencialmente inferiores en contraposición a un proceso en el que se vinculase a múltiples firmas. Lo cuestionable bajo este supuesto sería el avalúo de los activos como tal, ya que este proceso de valoración llevado a cabo por una única firma a la que posiblemente le podría hacer falta experiencia ya que este proceso de valoración *per se* era lo suficientemente complejo. Entonces se ahorraría en lo que corresponde a la contratación del avalúo, pero se podría incurrir en pérdidas por contar con un solo avalúo que dada la complejidad de la operación, podría no obedecer a la realidad. Evidencia de ello es el hecho que TGI decretó y repartió el cien por ciento (100%) de las utilidades obtenidas en el 2013 como dividendos, estos fueron recaudados por Ilelah y no se reajustó la valoración realizada para la recompra de los activos.

Por otra parte, la decisión de contratar con varias firmas así implicase necesariamente mayores costos en el proceso de valoración de activos, potencialmente le podría ofrecer a EEB un espectro de conocimiento de estos últimos mucho más amplio. EEB al contar con diferentes valoraciones de los activos, podría disponer de más información que con un solo concepto provisto por una única firma, lo cual le permitiría conocer en un mayor detalle la realidad de los activos que se pretendían adquirir y por tanto poder estructurar una oferta por el valor de adquisición que se ajustase en una mayor medida a la realidad.

3.3.3. Injerencia de la Problemática

La CGR pretende demostrar que la junta directiva de EEB incurrió en una actuación ineficiente y antieconómica al contratar a una única firma para valorar los activos que se pretendían adquirir, ya que si bien ahorró en el proceso de valoración de los activos, el valor de estos últimos fue desfasado y no obedeció a un precio acertado. A criterio de la

CGR, EEB pagó una cifra mayor al valor real de los activos ya que en el proceso de valoración se le atribuyó una rentabilidad financiera durante el tiempo que Ilelah detentó la posesión estos por el orden cercano al treinta y cinco por ciento (35%) anual. Producto de una oferta estructurada a partir de una única valoración que potencialmente podría ser errónea, dada la complejidad de la valoración, la CGR dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal de mayor cuantía de la capital del país en contra de los administradores de EEB.

IV. CONCLUSIONES DE LA PRIMER PARTE

PRIMERA: De manera general el control fiscal en Colombia es un control posterior y selectivo, el cual impugna la racionalidad económica de las decisiones ejecutadas por parte de gestores fiscales. Es menester señalar que en ciertos casos, quienes ejercen dicho control fiscal no son expertos en el ámbito de los negocios y aunado a lo anterior, juzgan la racionalidad de una decisión económica, como si en el momento en el que se ejecutó la decisión el agente fiscalizado tuviese el mismo grado de conocimiento y certidumbre que se que tuvo al momento del juzgamiento por parte de la CGR.

SEGUNDA: Dicho control posterior y selectivo parte del supuesto en el que un operador jurídico debe de analizar la racionalidad de las decisiones económicas de un gestor fiscal, para con ello determinar a criterio propio si la actuación fue económicamente razonable, oportuna, eficiente y eficaz. Lo que puede conllevar a un grado de discrecionalidad que afecta seriamente la seguridad jurídica, toda vez que no existen parámetros estandarizados y objetivos para todos los supuestos, para así poder determinar en qué casos en concreto se manifiesta una decisión que no sea razonable, oportuna, eficiente y eficaz, desde una esfera económica y que por tanto, se genere un detrimento patrimonial.

TERCERA: Independiente de los casos expuestos, la forma en que actualmente se ha adelantado el control fiscal, por medio de los procesos de

responsabilidad fiscal en general, ha conllevado a que en diversos casos un tercero que no es experto en la materia, ni tampoco entiende la racionalidad económica de la decisión, juzgue sin la suficiencia de criterios la decisión que bien pudo ser acertada o no. Dicha situación puede repercutir negativamente en los administradores de las empresas estatales a tal punto en el que no sea atractivo para el personal con idóneas calidades y suficiencia técnica trabajar en una entidad estatal.

SEGUNDA PARTE

**SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA A PARTIR DE LA APLICACIÓN EN
CONCRETO DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE**

V. LA BUSINESS JUDGEMENT RULE, COMO SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Una vez analizada la problemática, tanto desde su origen legal y teórico hasta abordar su manifestación a partir de casos prácticos, se procederá a explicar la solución a esta última, propuesta por esta tesis. Para tales efectos se explicará de manera general la Deferencia al Criterio Empresarial (También denominada como la “*Business Judgement Rule*” y para efectos del presente trabajo denominada como la “BJR”), luego se abordará la introducción de esta en los ordenamientos jurídicos de los Estados Unidos de América, Francia y Chile para así poder contar con los suficientes elementos para proceder a proponer cuál podría ser una forma para introducir la BJR en el ordenamiento jurídico colombiano.

5.1. La Business Judgement Rule en Concreto

5.1.1. Definición

Aquellos abogados cuyo campo de *expertise* es ajeno al derecho corporativo, pero que han tenido ciertas aproximaciones con esta última rama, definen la BJR como un desarrollo jurisprudencial el cual, ejercido en la práctica, es “un mecanismo para evitar que las cortes interfieran en las decisiones de negocios adoptadas por los administradores de una compañía” (Suescún De Roa. 2013). Si bien es acertada esta última definición, es menester señalar su origen, razón de ser y demás características en aras de poder proponerla como una posible solución a la problemática planteada a lo largo de esta tesis.

5.1.2. Origen

Los sistemas jurídicos del *Common Law* inglés como el americano, consagran principios y fundamentos orientados a la protección de las decisiones de negocio. No

obstante, ambos países distan en lo atinente a la creación y desarrollo de la aplicación de la BJR, ya que por una parte, los ingleses no la consagran dentro de su ordenamiento jurídico. Por otra parte los americanos la han desarrollado a partir de reconocidos fallos jurisprudenciales de las cortes de Delaware. Teniendo de presente lo anterior es preciso señalar que la BJR es un desarrollo jurisprudencial originario del derecho anglosajón, de manera más precisa, del estado de Delaware en EEUU. El hecho de que sus mayores desarrollos se hayan originado en esta región no es una situación accidental que se haya ocasionado por mera casualidad y obedezca al asar. La razón de ser de que este novedoso desarrollo legal haya tenido origen en el estado de Delaware, costa occidental de los Estados Unidos de América, tiene fundamento en el avanzado sistema jurídico que ha sido desarrollado en materia corporativa. De hecho este estado “es reconocido por tener la legislación más avanzada en materia de derecho corporativo de los Estados Unidos, al igual que por tener los ‘jueces mejor preparados’ en dicha materia y porque sus jueces tienen ‘*un historial de producir resultados racionales*’” (Suescún de Roa. 2013).

Delaware al contar con el derecho más novedoso y avanzado en materia corporativa ha logrado que las grandes empresas opten por radicarse en este estado, ya que su avanzada legislación y jurisprudencia han constituido unas bases jurídicas lo suficientemente solidas y favorables para operar y resolver las controversias producto de la misma operación y actividad económica. En palabras del Secretario de Estado, Jeffrey W. Bullock, dos terceras partes de las empresas más grandes en activos, ingresos brutos y

generación de empleos³⁹ (*Fortune* 500) de EEUU, predicen que el Estado donde se encuentran constituidas y domiciliadas es Delaware (*State-based on Delaware*), al igual que cuatro de cada cinco nuevas empresas que se constituyen en EEUU en la actualidad⁴⁰ (2018).

5.1.3. Estructura

Ahora bien, la BJR en concreto plantea dos posturas, la primera es entendida como una presunción que parte del supuesto en el que las decisiones de negocio fueron tomadas por los administradores, (i) de la manera más informada posible, al momento de considerar la decisión, (ii) bajo la fiel y sincera creencia de estar adoptando la mejor decisión que obedecía a los intereses de la compañía, y (iii) todo bajo el supuesto de estar actuando de buena fe conforme a derecho (Aronson Vs. Lewis. 1984). La segunda postura conlleva implícita la buena fe y tal como lo señala el Instituto Americano de Leyes por medio del texto Principios de Gobierno Corporativo, la buena fe se encuentra presente al momento en el que un administrador al tomar una decisión de negocio “(1) no tiene un interés personal en la decisión de negocios; (2) está debidamente informado; y (3) razonablemente cree que la decisión de negocios ha sido tomada en el mejor interés de la compañía” (Como se cita en Suescún Rúa. 2013).

³⁹ *In total, Fortune 500 companies represent two-thirds of the U.S. GDP with \$12.8 trillion in revenues, \$1.0 trillion in profits, \$21.6 trillion in market value, and employ 28.2 million people worldwide.* Véase: Fortune 500. Tomado de: <http://fortune.com/fortune500/>

⁴⁰ *More than two thirds of the Fortune 500 continue to call Delaware their corporate home, along with four out of every five new companies that go public in the United States.* Véase: Jeffrey W. Bullock. A message from the Secretary of State. Tomado de: <https://corp.delaware.gov/stats/>

Si las condiciones del caso consagran los prenotados presupuestos para la aplicación de la regla, los cuales de manera general son el (i) no tener interés propio en la decisión, (ii) estar debidamente informado y (iii) creer de manera razonable que la decisión de negocio será la mejor para los intereses de la empresa⁴¹ (Brumbaugh A. 2017) y estos son cumplidos, no hay cabida ni “posibilidad de que proceda una demanda contra los administradores sustentada en una violación al deber de diligencia. Adicionalmente, los principios disponen que quien pretenda impugnar la decisión tendrá la carga de demostrar que el administrador no satisfizo los mencionados requisitos” (Suescún de Roa. 2013). Si se analiza en detalle, la BJR analiza las diferentes metodologías “mecanismos y procedimientos utilizados por los administradores en llegar a su decisión y no en un examen *ex post facto* de la conveniencia y/o astucia” (Suescún de Roa 2013) de la decisión adoptada.

La aplicación de la BJR conlleva a que se analicen los elementos que conllevaron a la toma de la decisión *ex ante* a la apertura o inicio de un proceso, que determine si existe responsabilidad o no atendiendo netamente al resultado arrojado por la decisión ejecutada. Es decir, la aplicación de la BJR implica el análisis de un conjunto de elementos en la formación de una decisión, lo que permite que los administradores no sean juzgados por un tercero sobre la racionalidad o el beneficio que reportó la decisión que estos últimos ejecutaron, toda vez que hayan adoptado la decisión valiéndose de toda la

⁴¹ [A] presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts[, with the burden [being] on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption. Véase: Brumbaugh, A. 2017. The Business Judgement Rule and the Diversified Investor: Encouraging Risk in Financial Institutions, 17 U.C. Davis Bus. L.J. 171.

información disponible, atendiendo a la creencia fundamentada de que la decisión de negocios que tomarían propendería por el mejor interés de la compañía y siempre que la toma de dicha decisión no les implicase un conflicto de interés o les reportase un beneficio directo.

5.1.4. Desarrollos jurisprudenciales

A partir de desarrollos jurisprudenciales se destacan las siguientes particularidades de la BJR:

- i) Sólo puede aplicarse sobre aquellos que detenten la calidad de administradores, ya sea que actúen por intermedio de órganos colegiados o no necesariamente colegiados, es decir que podría aplicar para el caso de una Junta Directiva, o de los representantes legales;
- ii) Solo puede aplicarse en aquellos supuestos en los que medie una decisión, mas no una omisión;
- iii) Solo puede aplicarse para aquellos administradores que hayan actuado sin intereses particulares de por medio (Caso *Aronson Vs. Lewis*. 1984);
- iv) “La regla únicamente es aplicada para decisiones que hayan sido tomadas con la debida información, de manera que los administradores tienen la obligación de considerar *‘toda la información material razonablemente a su alcance’*” (Suescún de Roa. 2013) (Caso *Aronson Vs. Lewis*. 1984);
- v) “La regla aplica cuando los administradores actúan con la debida diligencia, la cual es medida con el estándar de la culpa grave, no la simple negligencia” (Suescún de Roa. 2013) (Caso *Cede & Co. Vs. Technicolor, Inc.* 1993);
- vi) La BJR protege decisiones que hayan sido tomadas acorde al deber de lealtad (Caso *Hunn Vs. Cary*. 1880);

- vii) “La BJR es aplicable en aquellos casos en los que la decisión de los administradores no contraviene lo dispuesto en los estatutos sociales de la compañía” (Suescún de Roa. 2013); y
- viii) La BJR es aplicable únicamente en aquellos casos en los que los administradores no hayan incurrido en una conducta punible de conformidad con la normativa penal (Caso *Miller Vs. American Telephone & Telegraph*. 1974).

5.1.5. Propósito (Fin)

La doctrina norteamericana perteneciente al gremio del derecho corporativo ha impulsado, desde un diverso portafolio de teorías y conceptos, la creación de normativas que permitan a los administradores asumir mayores riesgos en el ejercicio de sus labores (Brumbaugh A. 2017). No sobra destacar que en esta labor la BJR ha asumido un papel protagónico⁴², pero su principal función y móvil por la cual fue creada obedece al hecho de que los jueces no son expertos en negocios y por tanto su criterio se ve fuertemente contaminado al analizar las decisiones de negocio en un corto plazo y no en el largo plazo en el que fueron estructuradas, lo que acarrea que en la práctica los jueces condenen de manera injusta a quienes han asumido el riesgo en aras de obtener el mayor beneficio de la empresa, ya que no comprenden en su totalidad la operación realizada. Así mismo, la BJR puede ser vista como: (i) una función de control *ex ante* a los procesos de responsabilidad de los administradores, y (ii) una herramienta que le permite a los jueces, decidir de manera fácil

⁴² *The realm of corporate law has applied modern financial portfolio theory to support the insulation of corporate decision makers from liability in order to encourage risk taking, primarily using the Business Judgment Rule. Véase: Ídem.*

sobre una materia que muy posiblemente comprenden, sin necesidad de entrar en un debate que posiblemente no entenderán dada la complejidad de las operaciones de negocio.

En palabras de Aaron Brumbaugh

“the Business Judgment Rule is the claim that judicial review is naturally ill-suited to analyze the quality of business decisions. Most arguments in this camp center on either the lack of judicial expertise or the uniqueness of business decisions as “intuitive.” Because businesses deal in such diverse fields, the experienced leaders in that field have expertise at the time of decision-making that judges simply lack. These business decisions are made in relation to “a long future, for expected competition, for a continuing as well as an immediately profitable venture” that are best left to “capable management,” because “judges are not business experts.” Furthermore, the Business Judgment Rule could be seen as a “shortcut” that allows judges to easily decide cases they would have otherwise struggled with and potentially decided incorrectly, wasting precious judicial resources” (2017).

5.2. La Business Judgement Rule en el Ordenamiento Jurídico de los Estados Unidos de América

Ahora bien, como se acaba de exponer la BJR es un desarrollo jurisprudencial que si bien no se encuentra consagrado en la legislación que regula la materia corporativa y financiera en EEUU, es un elemento de derecho que comporta dos dimensiones.

5.2.1. Dimensión Procesal

La primera de las dimensiones que reviste la BJR obedece a una dimensión procesal, ya que acarrea una etapa en la estructura del proceso que implica la existencia de un control previo y necesario que debe realizar el juez *ex ante* la apertura del proceso que pretenda debatir la decisión de negocio. Este control previo se limita a estudiar y demostrar o no la existencia de los presupuestos que conllevaron a la toma de una decisión de negocio, de manera diligente.

5.2.2. Dimensión Sustancial

La segunda dimensión de la BJR reviste de un carácter sustantivo ya que permite una exención de la responsabilidad de los administradores, toda vez que se conformen los presupuestos de buena fe que la integran. Es decir, que el juez deberá analizar la forma como se tomó la decisión de negocio para poder determinar si existe o no una responsabilidad por parte del administrador. Lo anterior implica que se analice en un primer momento la forma de la toma de la decisión mas no la racionalidad de la misma.

Como se acaba de exponer en lo corrido de este capítulo y de manera conclusiva, la BJR desde la práctica procesal es un desarrollo jurisprudencial ampliamente aplicado en los Estados Unidos de América para determinar en un primer momento la apertura o no de un proceso de responsabilidad en contra de los administradores, igualmente reviste de una esfera sustancial ya que se configura como una eximente de responsabilidad. Desde la doctrina, ha sido un elemento fundamental en el desarrollo de teorías y conceptos

que propendan por la creación de normativas orientadas a la protección de los administradores.

5.2.3. Aplicación en Empresas Estatales

A partir de una búsqueda en aras de determinar si la ley y jurisprudencia de dicho país concibe a la BJR como un elemento de derecho aplicable no solamente a las empresas privadas, sino también a las empresas estatales, no se evidenció que la BJR sea aplicada para tales supuestos. Por el contrario, se puede concluir que este desarrollo tiene su *core* y aplicación en el ámbito corporativo privado.

5.3. La Business Judgement Rule en el Ordenamiento Jurídico Francés

5.3.1. Desarrollo General

Al igual que en EEUU, el ordenamiento jurídico francés tampoco consagra de manera expresa un conjunto de leyes o regulaciones que estructure un elemento que revista la índole procesal y sustancial que comporta la BJR. No obstante, dicho ordenamiento jurídico si consagra un conjunto de principios que evidencian la existencia de una presunción de diligencia y buena fe sobre las decisiones tomadas por los administradores⁴³. Estos principios se derivan del artículo 223-3 del capítulo tercero de las sociedades de responsabilidad limitada, del libro segundo de las disposiciones varias a las sociedades comerciales del Código de Comercio Francés, el cual consagra de manera expresa

“Les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions

⁴³ *S'il n'existe en France pas de présomption telle que celle posée dans le business judgment rule, il existe des principes équivalents.* Véase: Flore, M. 2017. La Business Judgment Rule aux Etats-Unis et son application en France. Recuperado de: <https://blogs.parisnante.fr/article/la-business-judgment-rule-aux-etats-unis-et-son-application-en-france>

législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion” (Code du commerce Française).

Lo anterior traduce que los administradores serán responsables individual o solidariamente según sea el caso, con respecto a la sociedad o terceros, sea por los incumplimientos legales o reglamentarios aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada, sea por las violaciones a los estatutos sociales o sea por las faltas en su gestión. Para el caso en el que se pretenda iniciar una acción de responsabilidad en Francia contra los administradores (*l'action sociale en responsabilité contre les gérants*), se podría indicar que es fácil señalar bajo que supuestos hay un incumplimientos legal o reglamentario aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada o por violaciones a los estatutos sociales. No obstante para el caso de determinar cuando se configura una responsabilidad por una falta en la gestión la situación se torna complicada, toda vez que el ordenamiento jurídico no consagró por intermedio de leyes los supuesto de hecho para determinar cuando se configuraría una falta en la gestión (Flore, M. 2017).

Pese a que no existe una lista taxativa que indique cuales son los supuestos de hecho que dan cabida al inicio de *l'action sociale en responsabilité contre les gérants*, la jurisprudencia comercial de dicho ordenamiento jurídico reconoce que la inobservancia al deber de diligencia al igual que los errores de apreciación graves son faltas en la gestión⁴⁴ (Flore, M. 2017). Así mismo la jurisprudencia en la materia ha adoptado una interpretación

⁴⁴ *De plus, la jurisprudence française reconnaît aussi comme fautes de gestion le défaut de surveillance ou diligence, les décisions imprudentes, les erreurs d'appréciation graves (par exemple, la prise de risques financiers, arrêt du Tribunal de Commerce de Paris, 23 novembre 1992).*

general que de manera concreta señala que *cette faute est déduite du comportement passé du dirigeant par comparaison à ce qu'aurait été le comportement d'un dirigeant normalement compétent et placé dans la même situation* (Flore, M. 2017). Lo que permite concluir que la falta en la gestión es aquel impase o decisión desacertada en comparación a la que hubiese tomado un dirigente competente en la misma situación, lo que permite inferir que toda vez que la decisión del administrador no comporte un incumplimiento de las disposiciones legales, estatutarias, ni que implique una interpretación grave o una falta al deber de diligencia del administrador, su actuar se presumirá ajustado conforme a derecho y no habrá lugar al inicio de una acción de responsabilidad.

En este orden de ideas se puede sintetizar que el ordenamiento jurídico francés al igual que el ordenamiento jurídico norteamericano, no consagra por medio de leyes de manera expedita la BJR ni los supuestos de hecho que permitan determinar cuales conductas dan cabida al inicio de una acción de responsabilidad en contra de los administradores. Sin embargo pero aunado a lo anterior, el ordenamiento jurídico francés a partir de desarrollos jurisprudenciales ha establecido un conjunto de principios que consagran la buena fe de los administradores y que si bien, dicho desarrollo no reviste la esfera procedimental de la BJR que impide la apertura a secas de un proceso de responsabilidad, si permite estructurar la esfera sustancial la cual es aquella presunción orientada en favor de las decisiones y actuaciones de los administradores.

5.3.2. Aplicación en Empresas Estatales

Al igual que en el caso de EEUU, no se evidencia que dicho elemento de derecho haya sido tan siquiera contemplado para el caso de las empresas estatales en Francia.

5.4. La Business Judgement Rule en el Ordenamiento Jurídico Chileno

5.4.1. Desarrollo General

El ordenamiento jurídico chileno no consagra por medio de sus leyes y de manera expresa la BJR, sin embargo la Ley No.18.046 de 1981 sobre sociedades anónimas, establece que las obligaciones derivadas del ejercicio de las labores propias de los administradores son de medios mas no de resultado. Por lo anterior, el ordenamiento chileno consagra que al ser una obligación de medios basta con demostrar que la decisión adoptada por el administrador se hizo con la debida diligencia de un hombre de negocios. A pesar de que la BJR no se encuentre expresamente consagrada en las leyes, no quiere decir que no esté inmersa en el ordenamiento jurídico chileno. A diferencia del ordenamiento jurídico francés, el ente regulador de la actividad aseguradora y financiera de este país (Superintendencia de Valores y Seguros) por medio de resoluciones reconoció expresamente la BJR, a saber:

“A la luz de algunas resoluciones específicas adoptadas por el regulador nacional No. 857 y 858 pareciera existir un reconocimiento al menos implícito respecto de la vigencia de la BJR (Resoluciones Exentas No. 857 y 858 de la SVS) lo que no puede sino estimarse como un avance en relación con la forma de aproximarse a la administración de las sociedades a las” (Enel. 2018).

De lo anterior se colige que el ordenamiento jurídico chileno, en especial las autoridades reguladoras sobre la materia financiera como la Superintendencia de Valores y Seguros, han comenzado a reconocer a la BJR en su órbita sustancial. Si bien, no se encuentra

del todo inmersa en el ordenamiento jurídico de dicho país, a diferencia de como sí sucede en EEUU, es digno de destacar el avance que ha tenido Chile en materia de derecho corporativo ya que contrario a lo que se creería en un principio, el ordenamiento jurídico francés parece un poco más rezagado en la aplicación de la BJR y en normativa en concreto que propenda por la protección de los administradores.

De manera conclusiva se puede sustentar que el ordenamiento jurídico chileno no consagra por medio de leyes la existencia de la BJR pero sus autoridades reguladoras consagran la existencia de dicho elemento de derecho por medio de sus resoluciones.

5.4.2. Aplicación en Empresas Estatales

Al tratarse de un elemento de derecho sumamente novedoso que no se encuentra consagrado en las leyes de este ordenamiento jurídico, y que apenas las entidades reguladoras consagran su existencia en limitados casos, es apenas de esperarse que no tiene o ha tenido aplicación en el ámbito que cobija la normativa referente a las empresas estatales.

VI. POSIBLE INTRODUCCIÓN DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

6.1. Panorama Actual

El panorama actual en Colombia es sumamente prometedor en lo que concierne a la implementación de elementos encaminados a la prevalencia y protección de las decisiones de los administradores en materia mercantil. No obstante, si la acometida final es la protección de los administradores en la toma de sus decisiones frente a procesos de responsabilidad fiscal el panorama no resulta ser igual de optimista, por el contrario la situación se podría catalogar como compleja. A continuación se explicarán en que consisten estos desarrollos.

6.1.1. Desarrollos Jurisprudenciales de la BJR

Similar al caso chileno, la Superintendencia de Sociedades por intermedio de la Delegatura de Asuntos Mercantiles, “confecciona la regla de la discrecionalidad y lleva ya varios años aplicándola” (Londoño Rivera, I & Londoño Gonzales, S. 2018). Esta entidad ha empleado en un gran número de casos la aplicación de la BJR para resolver controversias de índole mercantil, lo que a conllevado a que la entidad proceda a analizar y a cuestionar la forma en que se toma una decisión de negocio mas no su racionalidad con el negocio, ya que como lo señala la Superintendencia de Sociedades “los administradores no deben actuar como buenos hombres de negocios [...] ‘si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social’” (Londoño Rivera, I & Londoño Gonzales, S. 2018).

De los casos que han sido competencia de la Delegatura de Asuntos Mercantiles es menester señalar el caso de la acción de responsabilidad perpetrada por los accionistas de Pharmabroker S.A.S. en contra de su representante legal, aduciendo a que este último había incumplido con su deber de lealtad y diligencia al haber ejecutado una decisión de negocio que conllevaba a reducir los precios de los productos farmacológicos de la empresa, como parte de una estrategia de negocio, lo cual ocasionó perjuicios a la sociedad según los accionistas. La Delegatura de Asuntos Mercantiles valiéndose de la BJR, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales procedió a indicar que no le competía dictaminar la racionalidad o no de las “las decisiones de negocio que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales abusivas o viciadas por un conflicto de interés” (Delegatura de Procedimientos Mercantiles. 2013), por lo que concluyó que “ciertamente, las pruebas disponibles apuntan a que la fijación de los aludidos precios obedeció a una simple decisión de negocios del señor Le...” (Delegatura de Procedimientos Mercantiles. 2013). A título de conclusión se puede destacar que este caso es ejemplar en la aplicación de la BJR en Colombia, ya que la entidad reconoce el criterio del administrador de Pharmabroker S.A.S. toda vez que se limita a analizar la forma en que este tomó la decisión, la cual fue acertada, mas no se remite a analizar la racionalidad de la decisión sin tener de presente lo anterior.

En este sentido se podría señalar que el juzgado más eficiente de Colombia y América Latina⁴⁵ es aquel que a su vez es ejemplo a seguir de los demás juzgados del país y

⁴⁵ “Una de sus principales características es la celeridad, al punto de que podría asegurar que es el juzgado más eficiente de América Latina. En un término de cinco meses en promedio, se resuelve un caso de sociedades, desde el momento en que se notifica la demanda hasta que se profiere la sentencia definitiva, un récord total, pero no solo por la celeridad, sino también por la tremenda sofisticación

de todas aquellas entidades que tengan competencia para impugnar la racionalidad de las decisiones de negocio. Tal como lo señala la Superintendencia de Sociedades, el hecho de operar una empresa sujeto a la presión de la misma, más la presión de que las decisiones que se ejecuten sean impugnadas por un tercero que no es experto en la materia y no conoce la naturaleza del negocio, son factores que conllevan a que los administradores no puedan actuar como buenos hombres de negocios.

6.1.2. Desarrollos Legales de la BJR

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la aplicación de la BJR en materia de índole mercantil, toda vez que el hecho impugnado sea competencia de la Delegatura de Asuntos Mercantiles, la legislación colombiana no la consagra *per se*. Sin embargo el panorama es prometedor para los administradores, puesto que en el congreso de la república fue radicado el proyecto de ley 002 de 2017 por “el cual se establecen reglas en materias de sociedades y se adoptan otras disposiciones” (Proyecto de Ley 002. 2017). Este proyecto de ley pretende introducir en el ordenamiento jurídico colombiano, vía ley, la BJR y también pero no menos importante modificar el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia en materia mercantil.

Como fundamentos y motivos del prenotado proyecto de ley, se destaca que se pretende introducir la BJR a la legislación colombiana:

que tiene el sistema frente a la complejidad de las decisiones que all se adoptan” Vease: Reyes Villamizar, F. 2018. Ambito Jurídico: *La Delegatura de Procesos Mercantiles es el Juzgado más Eficiente de America Latina*. Tomado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/la-delegatura-de-procesos-mercantiles>

“Se propone introducir el principio de la deferencia al criterio empresarial para reemplazar el patrón de conducta del buen hombre de negocios previsto en la Ley 222. La modificación obedece al escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial que este último concepto ha tenido durante las últimas dos décadas. Podría afirmarse que su implantación en el régimen jurídico societario no ha sido del todo fructífero. De ahí que convenga una redefinición del contexto en que ha de cumplirse la actuación de los administradores bajo las pautas más modernas. Por ello se propone un trasplante jurídico de la regla del buen juicio de los negocios, de ascendencia anglosajona. Esta regla de conducta se basa en la concepción que ve en la labor de los administradores sociales una función rigurosamente económica, consistente en la asunción razonada de riesgos que puede conducir a la innovación empresarial y a la creación de riqueza. Por ello, la regla implica que los jueces no han de inmiscuirse en las decisiones de negocios adoptadas por los administradores, siempre y cuando que en ellas no medie conflicto de interés o ilegalidad. Se trata de una especie de presunción de hecho, según la cual, se considera adecuada la conducta del administrador por las decisiones relacionadas con los negocios sociales, a menos que estén presentes las situaciones irregulares aludidas” (Proyecto de Ley 002. 2017).

Así mismo el articulado propuesto en este proyecto de ley pretende de manera clara y expresa reemplazar el criterio del buen hombre de negocios por el principio planteado por la BJR, a saber:

“Ar culo 9°. Deferencia al criterio empresarial de los administradores. Los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con el ejercicio de su cargo, siempre y cuando tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado. Por lo tanto, a menos que se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad, los administradores no serán responsables por los perjuicios que se originen en sus decisiones de negocios” (Proyecto de Ley 002. 2017).

De todo lo anterior se puede señalar que el panorama es prometedor en lo atinente a la adopción de la BJR en el ordenamiento jurídico colombiano y muy posiblemente en un futuro reciente se tendrá dicho principio anglosajón, como un criterio estándar adoptado por todos los jueces de la república de Colombia. Es de importancia advertir que aunque dicho proyecto de ley haya sido radicado el 20 de julio de 2017, figura en la página oficial del congreso de la República de Colombia “pendiente de discutir”.

6.1.3. La BJR en Materia de Responsabilidad Fiscal

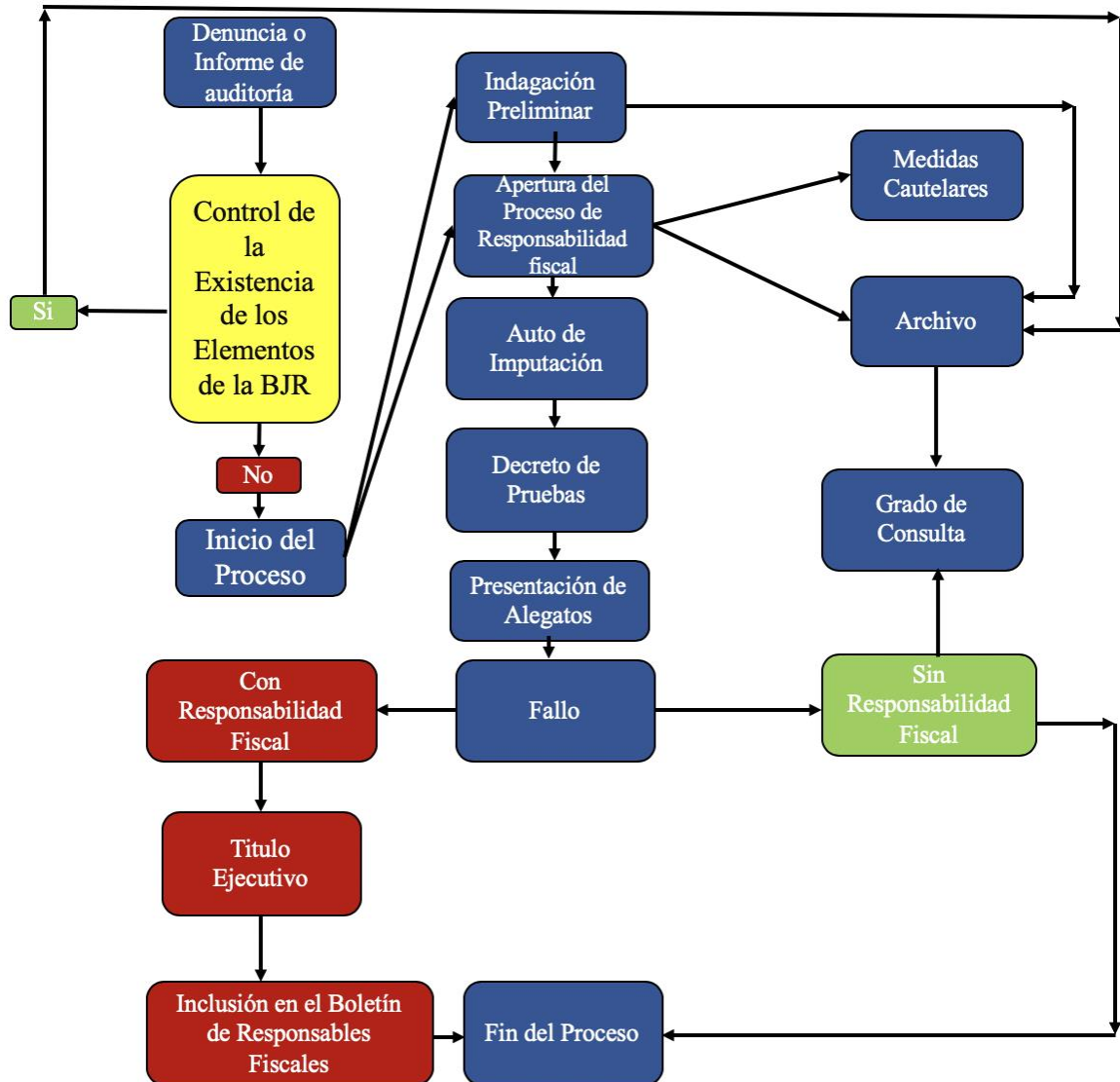
En lo que concierne a la adopción de la BJR en los procesos de responsabilidad fiscal, es preocupante la actual realidad de estos procesos ya que no hay indicios ni evidencias de que se hayan radicado proyectos de ley, ni que existan criterios de aplicación de la BJR por parte de la CGR y que sean equiparables con los de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Por lo tanto en Colombia hoy en día no existe ningún avance de la aplicación de la BJR en los procesos de responsabilidad fiscal.

6.2. Propuesta

Como se indicó al inicio del texto, una de las acometidas del presente trabajo radica en la explicación y posterior introducción de un elemento de derecho extraído a partir del derecho anglosajón norteamericano, para solucionar la problemática ocasionada por la forma en la que se ejercen los procesos de responsabilidad fiscal. Una vez expuesta la BJR se procede a proponer como se podría introducir esta dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior con el fin permitirle a los administradores de las empresas estatales contar con un elemento de derecho que les proteja frente a los procesos de responsabilidad fiscal, qué como se abordó en su momento, implican la impugnación de complejas decisiones de negocio por parte de un tercero que no conoce la naturaleza del negocio y que tampoco es experto en la materia.

Siendo así y partiendo del entendido que la BJR reviste de una esfera procedimental, se plantea introducir una etapa *ex ante* a la apertura de los procesos de responsabilidad fiscal en la que el contralor delegado deba de analizar únicamente si se configuran o no los presupuestos que revisten la BJR. Esto es el (i) no tener interés propio en la decisión, (ii) estar debidamente informado y (iii) que se pruebe que el administrador tomó la decisión de negocio bajo la plena creencia de estar tomando la mejor para los intereses de la empresa. A continuación por medio de la Figura No. 5, se ilustra de manera gráfica cual sería el control que debería de surtir para poder dar apertura al proceso de control fiscal, a saber:

Figura No. 5



De conformidad con el planteamiento establecido por medio de la Figura No. 1 (Primer parte del documento), el hecho que da inicio al proceso de responsabilidad fiscal radica en una denuncia que puede conllevar a una indagación preliminar y luego a la apertura como tal del proceso de responsabilidad fiscal. No obstante, el planteamiento propuesto e ilustrado por medio de la figura No. 5 conlleva una etapa previa a la indagación preliminar y luego a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Esta etapa propuesta reviste la

función de un filtro en el cual se analizarán las particularidades del caso con miras a determinar la existencia o no de la totalidad de los elementos que configuran la BJR. En esta etapa de filtro o control previo, la pregunta que debe hacer el contralor delegado “al evaluar la diligencia del administrador, pasa de ser sustancial (¿Fue adecuada la decisión en sí misma?) a procedimental (¿Fue adecuado el proceso que se siguió para tomar la decisión?)” (Holger Spamann & Guhan Subramanian, corporations. 2018).

Dado el supuesto en el que el operador jurídico encargado de determinar si fue adecuado el proceso que se surtió para la toma de decisión de negocio impugnada de una respuesta afirmativa, es decir, manifieste que se encuentra la totalidad de los elementos de la BJR, el caso se archivará. Sin embargo acaecido el supuesto en el que no se encuentre la totalidad de los hechos constitutivos de la BJR, se dará inicio al proceso de responsabilidad fiscal tal como se encuentra hoy en día consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta propuesta permitirá que terceros inexpertos en el ámbito de los negocios, como es el caso de los jueces o de la misma contraloría, se inmiscuyan en las decisiones ejecutadas por los administradores de las empresas estatales y decidan sin suficiente criterio lo que a su juicio hubiese sido la decisión acertada o correcta para el complejo *business case*⁴⁶. Lo cual propicia por un ambiente óptimo en el cual se mantiene la abstención judicial o de la CGR

⁴⁶ Entiendase por *Business Case*: herramienta que permite a las organizaciones justificar la inversión en un proyecto (u otra actividad de cambio). Para entenderlo de manera rápida, podemos traducir sus iniciales BC, por relación entre Beneficios y Costes. El Business Case debe permitir a la organización (al nivel de dirección o gobernanza correspondiente) tomar las decisiones más importantes en relación al proyecto: autorizar su inicio, parar el proyecto, confirmar el cierre, etc. Véase: Netmind. 2018. Algunas preguntas y respuestas del Business Case. Recuperado de: <https://www.netmind.es/knowledge-center/algunas-preguntas-y-respuestas-acerca-del-business-case/>

lo que permite que los administradores asuman niveles óptimos de riesgo empresarial (Londoño Rivera, I & Londoño Gonzales, S. 2018).

La problemática, al igual que el planteamiento de la posible solución no surge únicamente a partir del análisis planteado en el trabajo, por el contrario es una realidad en virtud de la cual se ha pronunciado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- (2015), a partir de la cual sugiere para el caso específico de Colombia, el desarrollo de la BJR para los procesos de control fiscal y con el fin de incentivar la toma de decisiones que impliquen niveles de riesgo apetecibles. A saber:

“A second factor that can discourage independent directors from joining SOE boards, is a perception that some instances of control exercised by the Comptroller General’s Office (CGR) (see section I.5.8.) are related to legitimate business decisions taken by SOE boards. Because a challenge by the CGR can include recovery of lost state assets (“detrimento patrimonial”) from individual board members, possible candidates can also conclude that they risk personal liability, including for SOE losses related to a commercial strategy or other business decision. This perception can also affect the functioning of boards, leading them to set too low levels of risk for entrepreneurship or value- creation. This could be mitigated by greater legal development of the standards of diligence expected of companies and by providing a clearer framework for SOE boards to take decisions with diligence and loyalty, perhaps also within safe harbours. The development of a set of clear criteria as a type of “business judgment rule”, such as that used in the

jurisprudence of the State of Delaware in the United States, could be considered” (Resaltado Fuera del Texto Original) (OCDE, 2015).

VII. APLICACIÓN DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE EN LOS CASOS SUB EXAMINE.

7.1. La BJR Aplicada al Caso Reficar

Dejando a un lado todas las posibles situaciones que involucran la adquisición de bienes por precios superiores a los de mercado, la malversación y derroche de recursos y centrándonos únicamente en la decisión planteada en la primera parte del documento, si para el momento en el que se expidió el auto Auto No. 0382, que dio apertura al proceso de responsabilidad No. PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 que tiene como entidades afectadas a Reficar S.A. y a Ecopetrol S.A, existiese dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el control planteado, es muy probable que el proceso de responsabilidad fiscal nunca se hubiese abierto por los siguientes motivos:

- A) Tanto la junta directiva de Reficar S.A., como la de la Empresa Colombiana de Petroleos S.A. -Ecopetrol-, se encuentran compuestas por el personal más altamente calificado para dirigir las, puesto que se encuentran vinculados, ministros de hacienda, ministros de minas y energía, ex procuradores generales de la república, consejeros de estado y entre muchos otros altos dignatarios, de los cuales se podría inferir que ostentan la suficiente capacidad técnica para entender la naturaleza del negocio que desarrolla Ecopetrol al igual que la empresa como tal. Por tanto, de lo anterior se podría inferir que cuando dichos (calificados) miembros de junta optaron por contratar por medio de la modalidad de costos reembolsables en contraposición de la modalidad de llave en mano, seguramente lo hicieron

bajo la razonable y firme creencia de estar eligiendo la opción más adecuada para la empresa.

- B) En lo que concierne al requisito de estar debidamente informado, no sobra destacar que además de contar con miembros de junta sumamente calificados en la materia, al proceso de contratación se vincularon consultores externos con una idónea capacidad técnica como la firma italiana Technip, experta en la consultoría de proyectos de gran envergadura desde 1969, los cuales asesoraron a la empresa contratante en el desarrollo de la nueva refinería.
- C) Por último se tendría que probar que los miembros de las juntas directivas no tenían algún interés personal en el desarrollo del proyecto y que de no ser así, se hubiesen declarado impedidos para decidir sobre la materia en cuestión. Igualmente deberán demostrar los demás requisitos como el haber actuado de conformidad con los estatutos sociales y no haber incurrido en ninguna conducta penalmente tipificada.

Teniendo de presente la existencia de los dos primeros elementos y dado el caso en el que no se probase la existencia de conflictos de interés por parte de los miembros de junta, perfectamente se podría haber aplicado la BJR y se habría archivado el proceso de responsabilidad en lo que concierne a la eficiencia y racionalidad económica de la decisión que conllevó a que se optase por la modalidad de costos reembolsables.

7.2. La BJR Aplicada al Caso Hidroituango

Si únicamente se tomase en cuenta la decisión de negocio consistente en enajenar valiosos activos para atender la contingencia ocasionada por el taponamiento de los túneles

de desviación del proyecto Hidroituango, se podría indicar que al introducirse la BJR de conformidad con lo planteado en el presente trabajo, se configurarían los presupuestos necesarios para impedir la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal. Lo anterior tiene fundamento en la presencia de los presupuestos de los elementos de la BJR en el presente caso, a saber:

- A) Sobre la creencia de estar actuando bajo la razonable y firme creencia de perseguir lo mejor para la empresa, se puede sustentar que tal como se abordó por medio del árbol de decisión contentivo en la Figura No. 3, enajenar los activos es la opción que menos perjuicios le podría acarrear a EPM toda vez que no se afectaría el nivel de riesgo objetivos y los *covenants* previamente pactados por la empresa y entre otros beneficios.
- B) Sobre el requisito de estar debidamente informado, al igual que en el caso de Reficar, se podría indicar que la junta directiva de esta empresa se encuentra compuesta por un personal idóneo ya que se encuentran ex presidentes de la banca privada más grande de Colombia, alcaldes, y entre otros miembros de óptimas calidades. No obstante deberán de probar que tomaron la decisión de enajenar los activos, estando lo suficientemente informados para tales efectos.
- C) En lo que concierne a tener un interés directo en la enajenación de los activos, deberán de demostrar que no poseen ningún conflicto de interés para poder configurar la totalidad de los requisitos de la BJR. Igualmente deberán demostrar haber actuado de conformidad con los estatutos sociales y no haber incurrido en ninguna conducta penalmente tipificada.

Una vez la junta directiva de EPM logre demostrar la presencia de estos tres elementos, se configurarán los presupuestos de la BJR y se deberá de archivar el proceso de responsabilidad fiscal que pretenda impugnar la racionalidad económica de enajenar los activos de EPM en contraposición a recurrir a la deuda, para poder atender la contingencia.

7.3. La BJR Aplicada al Caso TGI-EEB

Si bien la BJR se erigiría como una herramienta orientada a la protección de los administradores de las empresas estatales, frente a procesos de responsabilidad, no puede concebirse esta como un escudo que impida la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal cuando efectivamente haya un detrimento al erario y a las arcas del Estado. El caso TGI-EEB es un claro ejemplo, que permite demostrar que esta herramienta de derecho no obstaculiza la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal, a saber:

- A) Sobre el deber de actuar bajo la razonable y firme creencia de perseguir los intereses de la empresa estatal, es probable que los administradores de EEB logren demostrar que se encontraban actuando bajo la plena creencia de estar tomando decisiones acertadas que propendiesen por el bienestar y crecimiento de la compañía.
- B) Sobre el deber de haber tomado las decisiones que se ejecutaron, con la suficiente información requerida, esto es estar lo mejor informado que se podía, dadas las condiciones en las que se tomó la decisión, se podría cuestionar seriamente. Es menester señalar que el proceso de avalúo contó con una única firma que valoró el activo (Participación en TGI) que se

enajenaría. Entonces se torna cuestionable reputar que la decisión que se tomó, se hizo con toda la información disponible para la fecha, cuando se hizo bajo un único esquema de avalúo cuando pudo haberse contratado a otras firmas para formar un precio basado en diferentes metodologías de valoración, esto es con toda la información disponible.

- C) En lo que concierne a tener un interés directo en la compra de los activos, deberán de demostrar que no poseen ningún conflicto de interés para poder configurar este requisito de la BJR, al igual que deberán demostrar los demás presupuestos, como el haber actuado de conformidad con los estatutos sociales y no haber incurrido en ninguna conducta penalmente tipificada.

En este orden de ideas, se ha demostrado que la BJR no se erige como un escudo que obstaculice sin fundamento alguno la apertura de los procesos de responsabilidad fiscal. Tal como se acaba de abordar, los administradores no tomaron la decisión valiéndose de toda la información disponible para la fecha, ya que formaron un precio a partir de un único avalúo, cuando pudieron haber contratado más firmas que les proveyesen de suficiente información. Por tanto, no se configura la totalidad de los requisitos de la BJR, lo que conlleva a que en este caso la CGR pueda dar apertura al proceso de responsabilidad fiscal.

VIII. CONCLUSIONES GENERALES DEL TRABAJO

Como resultado del análisis expuesto, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La forma en la que actualmente se ha adelantado el control fiscal, por medio de los procesos de responsabilidad fiscal, ha repercutido de manera negativa para quienes han osado tomar decisiones complejas y/o disruptivas por el bienestar de las empresas estatales, a tal punto en el que han sido juzgados y/o condenados fiscalmente. La situación expuesta se erige como un factor negativo y disuasivo frente a la toma de riesgos, el cual puede conllevar a que en la mayoría de los casos los administradores de las empresas estatales no opten por tomar decisiones que no se encuentren directamente encaminadas a buscar el mayor beneficio económico, sino para evitar riesgos en la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal. Así mismo, el latente riesgo generado por la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal, puede ser considerado como un factor negativo para la retención del talento en las empresas estatales.

SEGUNDA: La BJR es un desarrollo jurisprudencial que en la historia reciente, no solo del derecho anglosajón norteamericano sino de otros ordenamientos jurídicos de tradición del derecho continental, ha asumido un rol protagónico en la resolución de conflictos propios del derecho corporativo. Dicho rol radica en otorgarle una barrera que le permita a los administradores de las empresas asumir mayores riesgos y tomar complejas decisiones de negocio con el fin de obtener el mayor beneficio y lucro para la empresa que

estos dirigen. A modo de síntesis la BJR permite a los administradores asumir mayores riesgos en búsqueda del beneficio económico de la empresa, ya que sus decisiones no serán impugnadas por un tercero que no es un hombre de negocios.

TERCERA: Al introducirse la BJR en el ordenamiento jurídico colombiano, en el marco del control fiscal, los administradores de las empresas estatales contarían con un elemento de derecho en virtud del cual, si han surtido de una manera correcta el proceso de toma de una decisión, esto es, valiéndose de toda la información disponible para la fecha, sin presentar conflictos de interés y actuando bajo la plena creencia de perseguir el beneficio para la empresa estatal, no serán sujetos de control por parte de la CGR. En consecuencia, la racionalidad económica de sus decisiones no será debatida en un primer momento, ya que para ello la CGR deberá probar y determinar que la decisión fue tomada de manera incorrecta.

CUARTA: Los administradores de las empresas estatales en Colombia, al contar con un elemento de derecho que les permita asumir mayores riesgos, como bien puede ser la BJR, podrán tomar una mayor cantidad de decisiones complejas que propendan por la obtención del lucro de la empresa estatal, rompiendo así con la actual parálisis a la cual están impulsando la CGR, la Fiscalía y Procuraduría. Tal como lo señaló el Ex vicepresidente de Ecopetrol Rodolfo Segovia al citar a Alfred P. Sloan, fundador de *General Motors Inc.*: “un buen ejecutivo toma decisiones; si acierta más de un 51 por ciento, lo está

haciendo bien. Lo inaceptable es no hacerlas, a eso empujan las s' a los funcionarios del Estado" (Segovia R. 2017).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aronson Vs. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).
2. BNamericas. 2018. Consorcio CCC: Descripción. Tomado de: <https://www.bnamericas.com/company-profile/es/consorcio-ccc-ituango-consorcio-ccc-ituango>
3. Bolsa de Valores de Colombia S.A. 2018. Preguntas Frecuentes: Qué es el Mercado No Intermediado. Tomado de: <https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Preguntas+Frecuentes>
4. Brumbaugh, A. 2017. The Business Judgement Rule and the Diversified Investor: Encouraging Risk in Financial Institutions, 17 U.C. Davis Bus. L.J. 171.
5. Calchaquíes, L. O. S. V., Hace, O. Q. U. É., Gente, L. A., & Se, C. (n.d.). Tomo I, 156–156.
6. Caracol Radio. 2018. En Hidroituango han invertido 8.3 billones de pesos en seis años. Tomado de: http://caracol.com.co/emisora/2018/05/11/medellin/1526040909_617502.html
7. Chaparro Borda, V. M. (1994) El Daño y el Perjuicio en Materia Penal: El Daño. Investigación y Desarrollo Social. Volumen 5º No. 2. 33-54.
8. Circular Única del Mercado de Derivados de la Bolsa de Valores de Colombia S.A. 2018. Generalidades – Definiciones. Tomado de: https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Regulacion/Sistemas_Administrados/Derivados?com.tibco.ps.pagesvc.action=updateRenderState&rp.currentDocumentID=5d9e2b27_11de9ed172b_-2ca67f000001&rp.revisionNumber=1&rp.attachmentPropertyName=Attachment&com.tibco.ps.pagesvc.targetPage=1f9a1c33_132040fa022_-78750a0a600b&com.tibco.ps.pagesvc.mode=resource&rp.redirectPage=1f9a1c33_132040fa022_-787e0a0a600b
9. Code Du Commerce Française: LIVRE II: Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, TITRE II: Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales.
10. Ley 042 de 1993. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. 27 de enero de 1993. Diario Oficial No. 40732.

11. Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. 18 de agosto de 2000. Diario Oficial No. 44133.
12. Contraloría General de la República. 2016. Historia y Contralores [En línea]. Recuperado de: <https://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad/historia-y-contralores>
13. Contraloría General de la República. 2017. Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 que tiene como entidades afectadas a Reficar S.A. y a Ecopetrol S.A.: Auto No. 0382. Pp 11- 337.
14. Contraloría General de la República. 2017. Informe de Gestión al Congreso y al Presidente de la República: Casos Emblemáticos de Responsabilidad Fiscal. pp 139-148.
15. Contraloría General de la República. 2018. Estructura Orgánica. Tomado de: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/451907/organigrama-2018.png>
16. Contraloría General de la República. 2018. Diagrama General del Proceso. Tomado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>
17. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-512. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. 31 de julio de 2013.
18. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-340. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. 09 de mayo de 2007.
19. Correa Gómez, E. Pinz Maldonado, H.. 2011. “Responsabilidad Fiscal en Colombia” Monogra Especializac en Derecho Administrativo de la Universidad Gran Colombia. pp. 88-89.
20. Datos relevantes Proyecto de ampliación y modernización Refinería de Cartagena. (2015), 271
21. Diario La República. Diario La República (2018, abril 4). Produciremos 70% de la energía de Colombia. [Archivo de Video] Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?time_continue=372&v=qniFBucOEwE
22. Ducci, J., Garzonio, O., Moreno Moreno, H. A., Navarrete, M. J., Perroni, A., Riquelme, R., ... Riquelme, R. (2015). Ventajas y riesgos de contrato llave en mano. Retrieved from <https://publications.iadb.org/handle/11319/6006>
23. El Espectador. 2016. La Telaraña Tras la Recompra de la Transportadora de Gas Internacional (TGI). Tomado de:

<https://www.elspectador.com/noticias/bogota/telarana-tras-recompra-de-transportadora-de-gas-interna-articulo-659626>

24. El Tiempo. 2017. Mucho Ruido y Pocas Castañas en el Caso Reficar: Experto Explica en Detalle Por Qué Terminó Costando Más del Doble de lo que se Presupuestó. Tomado de: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/explicacion-de-como-se-hizo-reficar-y-su-desfalco-85316>
25. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (2012) Sala de Prensa: EPM adjudicó el contrato más importante de su historia: Obras civiles principales del proyecto hidroeléctrico Ituango serán construidas por un consorcio colombo brasileño. Tomado de: <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/epm-adjudico-contrato-mas-importante-de-su-histori>
26. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018. Comunicado: Avance informativo No. 1. Recuperado de: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/Noticias%20y%20Novedades/2018/comunicado-ituango-1.pdf>
27. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018. Comunicado: Avance informativo No. 3. Recuperado de: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/Noticias%20y%20Novedades/2018/comunicado-ituango-3.pdf>
28. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018. Comunicado: Avance informativo No. 12. Recuperado de: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/Noticias%20y%20Novedades/2018/comunicado-ituango-12.pdf>
29. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 2018. Comunicado: Avance informativo No. 15. Recuperado de: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/Noticias%20y%20Novedades/2018/comunicado-ituango-15.pdf>
30. Empresas Públicas de Medellín. E.S.P. 2018. Comunidad: Avance Informativo No. 42. Tomado de: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/Noticias%20y%20Novedades/2018/comunicado-ituango-42.pdf>
31. Empresas Públicas de Medellín. E.S.P. 2018. Comunidad: Avance Informativo No. 61. Recuperado de: <https://www.epm.com.co/site/Portals/0/Noticias%20y%20Novedades/2018/comunicado-ituango-61.pdf>
32. Empresas Públicas de Medellín. 2018. Cronología de la Contingencia: Obstrucción Parcial de la Salida de Agua por Casa de Máquinas (Situación

- Técnica No Controlable). Tomado de: <https://www.epm.com.co/site/home/sala-de-prensa/noticias-y-novedades/comunicado-proyecto-hidroelectrico-ituango/cronologia-de-la-contingencia>
33. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. EPM estamos ahí. 06 de septiembre de 2018. Sostenibilidad EPM. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?time_continue=44&v=ZrTr-JY18lM
 34. Exposición de motivos sobre la Ley 042 de 1993. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. 27 de enero de 1993. Diario Oficial No. 40732.
 35. En, M., Calchaquíes, L. O. S. V., Hace, O. Q. U. É., Gente, L. A., & Se, C. (n.d.). Tomo I, 156–156.
 36. Enel. 2018. BJR: The Business Judgement Rule. Toma de Decisiones Empresariales: ¿Posibilidad de Intervención Judicial?. Pp 27-52. Tomado de: https://issuu.com/legissa/docs/revista_bjr
 37. Flore, M. 2017. La Business Judgment Rule aux Etats-Unis et son application en France. Recuperado de: <https://blogs.parisnanterre.fr/article/la-business-judgment-rule-aux-etats-unis-et-son-application-en-france>
 38. Fortune 500. Tomado de: <http://fortune.com/fortune500/>
 39. Grupo Energía Bogotá. 2014. Comunicados de Prensa: EEB adquiere el 31,92% de TGI que estaba en manos de CVCI. Tomado de: <https://www.grupoenergiabogota.com/eeb/index.php/sala-de-prensa/comunicados-de-prensa/2014/eeb-adquiere-el-31-92-de-tgi-que-estaba-en-manos-de-cvci>
 40. Holger Spamann & Guhan Subramanian, corporations. 2018. 73 Tambien, Cfr. Tambien Smith Vs. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del 1985) y Brehm Vs. Eisner, 746 A.2d 244, 264 n.66 (Del. 2000).
 41. Jeffrey W. Bullock. 2018. A message from the Secretary of State. Tomado de: <https://corp.delaware.gov/stats/>
 42. Londoño Rivera, I & Londoño Gonzales, S. 2018. BJR: The Business Judgement Rule. Toma de Decisiones Empresariales: ¿Posibilidad de Intervención Judicial?. Pp 48-51. Tomado de: https://issuu.com/legissa/docs/revista_bjr
 43. Organización Para la Cooperación y Desarrollo Económico -OCDE-, 2015. Review Of The Corporate Governance Of State-Owned Enterprises. Tomado de: https://www.oecd.org/daf/ca/Colombia_SOE_Review.pdf

44. OSVALDO M XIMO BEZZI. 1982. El contrato de obra pública, 2a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
45. Polo Democrático Alternativo. 2016. Escándalo de Reficar evidencia que transnacionales asaltaron patrimonio público con anuencia de funcionarios colombianos, denunció Robledo. Tomado de: <https://www.polodemocratico.net/nuestras-noticias/102-titulares/10342-escandalo-de-reficar-evidencia-que-transnacionales-asaltaron-patrimonio-publico-colombiano-con-anuencia-de-funcionarios-colombianos-denuncio-robledo>
46. Portafolio. 2017. Trabajar en el Sector Público se volvió un Asunto de Alto Riesgo. Tomado de: <http://www.portafolio.co/economia/trabajar-en-el-sector-publico-se-volvio-un-asunto-de-alto-riesgo-509818>
47. Revista Dinero. 2017. Las Empresas Más Fuertes. Tomado de: <https://www.semana.com/100-empresas/articulo/100-empresas-2017-las-empresas-mas-fuertes/523698>
48. Revista Semana. 2016. Petro Tendrá que Responder por el Negocio de la Venta de TGI. Tomado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/gustavo-petro-tendra-que-responder-por-el-negocio-de-la-venta-de-tgi/498215>.
49. Reyes Villamizar, F. 2018. Ambito Jurídico: La Delegatura de Procesos Mercantiles es el Juzgado más Eficiente de America Latina. Tomado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/la-delegatura-de-procesos-mercantiles>
50. Suescún De Roa, Felipe, The business judgment rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva, 127 Universitas, 341-371 (2013) doi:10.1144/Javeriana.VJ127.bjre
51. Tamayo Jaramillo, J. (1983) Características del daño-Noción. El Daño Civil y su Reparación. (pp 35–70) Medellín, Colombia.
52. Technip in Italy. 2016. Experience and Know-how to build the future. Tomado de: <http://www.technip.com/en/entities/italy#>
53. UNCITRAL Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works, cap. VII, Price and Payment Conditions, pp. 75 a 96, 1987; en [\[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/lgconstr-e.pdf\]](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/lgconstr-e.pdf)