

1. Identificación de la Providencia

- Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento, confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y Contraloría General de la República (CGR) – Fallo con Responsabilidad Fiscal en el Proceso Ordinario.
- Sujetos Procesales: Orlando Cabrales Martínez y Reyes Reinoso Yáñez (expresidentes de Reficar), Felipe Eljach (exvicepresidente jurídico), entre otros exdirectivos, miembros de Junta Directiva y la firma contratista CB&I.
- Entidades Afectadas: Reficar S.A., Ecopetrol S.A. y Ministerio de Hacienda.

2. Tema

Gobierno corporativo: deber de diligencia y lealtad de la Alta Gerencia y Junta Directiva, alcance de la responsabilidad por inasistencia u omisión de seguimiento de los administradores, límites a la discrecionalidad administrativa, gestión contractual y transferencia asimétrica de riesgos, calidad de la información y asimetría informativa, falla en las "Tres Líneas de Defensa" y gobernanza de filiales de economía mixta.

3. Hechos relevantes

1. Ecopetrol estructuró la ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena bajo esquema contractual a precio global fijo.
2. Tras la salida del socio privado inicial (Glencore), la administración de Reficar propuso y la Junta Directiva aprobó migrar el contrato con la firma CB&I hacia una modalidad de costos reembolsables.
3. El presupuesto inicial fijado en aproximadamente USD \$ 3.777 millones fue modificado mediante sucesivas aprobaciones de incrementos presupuestales hasta superar los USD \$ 8.000 millones, registrando un descalce financiero superior a los USD \$ 4.000 millones.
4. Se desembolsaron pagos por actividades no vinculadas al objeto del proyecto, facturación duplicada y sobrecostos en honorarios sin que la administración o la interventoría ejercieran una auditoría técnica o financiera previa.

4. Problema jurídico

¿Incurren en responsabilidad penal y fiscal los administradores y directivos que aprueban o permiten la transición a un esquema contractual de costos

reembolsables y la adición sucesiva de presupuestos omitiendo sus deberes de diligencia y fiscalización, y se eximen de dicha responsabilidad los miembros de la Junta Directiva por el solo hecho de no haber asistido a las sesiones específicas donde se tomaron tales decisiones?

5. Decisión

El Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá emitió sentencia condenatoria contra los exdirectivos de Reficar, determinando que la flexibilización de los controles y las modificaciones contractuales favorecieron injustificadamente los intereses del contratista extranjero en perjuicio del patrimonio estatal.

La CGR emitió fallo de responsabilidad fiscal por más de \$2.9 billones de pesos contra exdirectivos y miembros de Junta Directiva, desestimando la sola inasistencia a las sesiones como causal de exoneración al verificar la continuidad del proceso decisorio y la falta de disidencia formal posterior.

6. Normas analizadas

(i)Cód. Com., Art. 200 y 235, (ii) Ley 222/95, Art. 24, (iii) Ley 599/2000, Art. 397 y 409, (iv) Ley 610/2000, (v) Principios de Gobierno Corporativo OCDE-EPEs.

7. Ratio decidendi

- Los administradores no pueden alegar alta complejidad técnica de un proyecto ni la existencia de asesores externos para abstenerse de verificar objetivamente la justificación de las adiciones presupuestales y los desembolsos.
- La inasistencia no exime por sí sola de responsabilidad. No se puede alegar "falta de conocimiento" si la información estaba disponible. En este caso se probó que las adiciones presupuestales y los sobrecostos se tramitaban mediante un flujo continuo de documentos (*board packs*, comités de auditoría e informes de gestión). Por lo tanto, un miembro de Junta Directiva no puede alegar que "no tuvo conocimiento" simplemente por no haber ido a la reunión, cuando recibió la información o participó en las sesiones inmediatamente anteriores y posteriores donde se daba seguimiento al mismo proyecto.
- La discrecionalidad de la gerencia y de la Junta Directiva no aplica cuando las

decisiones se adoptan sin información completa, objetiva y suficiente, o cuando implican la eliminación desproporcionada de salvaguardas para el patrimonio social.

8. Argumentos relevantes en materia de gobierno corporativo

A. La inasistencia a sesiones no suspende la posición de garante: ausentarse a las reuniones de Junta Directiva no constituye un "escudo protector". Los miembros de la Junta Directiva tienen la obligación de revisar de forma continua los informes (*board packs*) y el estado del proyecto. Omitir el seguimiento posterior a una sesión a la que no se asistió configura una negligencia en el deber de supervisión.

B. El salvamento de voto y la disidencia expresa: la única vía de exoneración prevista en la gobernanza y en la ley para un directivo que advierte una decisión irregular aprobada en su ausencia (o en su presencia) es manifestar formalmente su oposición en el acta e intentar detener sus efectos. El silencio o la pasividad posterior comprometen su responsabilidad de forma solidaria.

C. La gestión de riesgos es una obligación normativa: la Junta Directiva y la administración vulneraron los principios de *Risk Governance* al migrar al esquema de costos reembolsables sin fijar techos presupuestales (*caps*) ni cláusulas de penalización por atraso, trasladando todo el riesgo operativo de CB&I a la empresa estatal.

D. Asimetría informativa hacia la Junta Directiva: la Alta Gerencia vulneró su deber de lealtad al presentar actualizaciones presupuestales (PBUs) que no reflejaban de manera transparente ni oportuna la severidad del descalce financiero y los retrasos reales en obra.

E. Ruptura de las "Tres Líneas de Defensa": el caso expuso la ineficacia de la arquitectura de control interno:

- 1ª Línea (Gerencia de Proyecto): aprobó costos y órdenes de cambio sin validación técnica.
- 2ª Línea (Interventoría y Control de Gestión): omitió la revisión y alertas tempranas sobre la facturación del contratista.

- 3ª Línea (Comité de Auditoría y Auditoría Interna): careció del alcance o la independencia requerida para frenar las desviaciones.

F. Deficiencias en la Gobernanza Matriz - Filial: Ecopetrol delegó la ejecución del proyecto en su filial Reficar, pero no creó un mecanismo de supervisión, consolidación y control de riesgos efectivo desde la junta de la matriz hacia la junta de la filial. La CGR calificó esto como una "falta de alineación y control jerárquico-corporativo en proyectos de alto impacto patrimonial".

9. Regla de gobierno corporativo que deja la sentencia

- El deber de diligencia exigible a los administradores de sociedades con capital público o de economía mixta abarca una obligación de seguimiento continuo que no se interrumpe por la inasistencia a sesiones de la Junta Directiva. Para exonerarse de responsabilidad frente a decisiones irregulares tomadas en su ausencia, el administrador debe informarse diligentemente al reincorporarse, manifestar su disidencia formal de manera oportuna y solicitar las medidas correctivas aplicables.
- El cambio hacia modalidades contractuales de alto riesgo exige la fijación obligatoria de límites de exposición fiscal y reportes transparentes a los órganos de administración, so pena de comprometer la responsabilidad penal y patrimonial de los directivos.

10. Relevancia para el gobierno corporativo colombiano

- Elimina la práctica del ausentismo táctico o la abstención pasiva como mecanismo para evadir la responsabilidad legal y fiscal por parte de los miembros de las juntas directivas.
- Delimita el alcance de la responsabilidad personal de administradores y miembros de Junta Directiva en proyectos de infraestructura estatal.
- Sienta la doctrina de que las buenas prácticas corporativas (gestión de riesgos, seguimiento activo, información objetiva y comités de control) no son discrecionales, sino parámetros de juzgamiento del actuar diligente.