

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

**RAMA JURISDICCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

**MAGISTRADO PONENTE
FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso instaurado por el señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO en contra de LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

SENTIDO DE LA DECISIÓN

Sea del caso acceder a las pretensiones de la demanda, con base en las razones que se explican en desarrollo de la presente providencia.

1. ANTECEDENTES.

1.1. DEMANDA.

1.1.1. PRETENSIONES.

HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, mediante apoderado judicial formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de LA NACIÓN – CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, conforme a las siguientes pretensiones:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“PRIMERA: Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por violación de normas constitucionales y legales:

1.Auto: No. 749 del 26 de abril de 2021 “Por el cual se profiere el fallo con responsabilidad fiscal dentro del PRF-201700309_UCC-PRF 005-2017 y se toman otras determinaciones” de la Contraloría delegada intersectorial 15.

2.Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021 “Por medio del cual se deciden los recursos de reposición contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido mediante Auto 0749 del 26 de abril de 2021 y se concede el recurso de apelación dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal PRF-201700309_UCC-PRF 005-2017 y se toman otras determinaciones” de la Contraloría delegada intersectorial 15.

3.Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal PRF-201700309_UCC-PRF 005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República, por haberse pretermitido materialmente la segunda instancia.

4.Auto ORD-801119-162-2021 del 9 de julio de 2021 “Por medio del cual se hace una corrección en el Auto No 801119-158-021 que resolvió el grado de consulta y los recursos de apelación dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF-201700309_UCC-PRF 005-2017”, de la Sala Fiscal y Sancionatoria

SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL

Se declare la nulidad de los siguientes apartes de los actos administrativos acusados respecto del Control de Cambios 2 -CC2-, por violación de normas constitucionales y legales:

1. El aparte Segundo del Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES” de la Contraloría Delegada Intersectorial 15:

“SEGUNDO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, de acuerdo con las consideraciones de este proveído en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la ley 610 de 2000 y el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, por el daño producido a los intereses patrimoniales del Estado derivado de las decisiones sobre el manejo de los recursos públicos que conllevaron a la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, al aprobarse las adiciones de recursos CAPEX en exceso sobre los niveles acordados con la remuneración del capital aportado al Proyecto a su costo de oportunidad en el control de cambio 2, en cuantía indexada de UN BILLÓN TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS Y VEINTISIETE CENTAVOS (\$1.329.555.296.567,27), en forma solidaria y a título de CULPA GRAVE en contra de las siguientes personas naturales y jurídicas:

FUNCIONARIOS DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(...)

HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, identificado con la C.C. No. 79.140.549, en su calidad de Miembro de la Junta directiva de REFICAR S.A. para la época de los hechos”

2. El artículo Primero del Resuelve del Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021, página 2159, en lo referente a negar los recursos de apelación presentados por los apoderados de los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO (...). El artículo en mención dispone:

“RESUELVE ARTÍCULO PRIMERO. NEGAR LOS RECURSOS DE APELACIÓN (...) contra el Auto 749 del 26 de abril de 2021 "por medio del cual se profirió fallo con responsabilidad fiscal del PRF2017-00309 _UCC-PRF-005-2017 y se tomaron otras determinaciones", de acuerdo a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.”

SEGUNDA. Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos acusados o de la nulidad parcial, a título de restablecimiento del derecho, se disponga que (...) HERNANDO JOSÉ GOMEZ RESTREPO, (...) no tienen que responder fiscalmente por la suma de \$1.329.555.296.567,27 pesos colombianos.

TERCERA. Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos acusados, se ordene a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, excluir a l(os) señor(es) HERNANDO JOSÉ GOMEZ RESTREPO, (...) del Boletín de Responsables Fiscales.

CUARTA. Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos acusados, se levanten todas las medidas cautelares decretadas por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA contra (...) HERNANDO JOSÉ GOMEZ RESTREPO (...)

QUINTA. Se condene en costas a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.”

1.1.2. HECHOS.

El demandante relacionó los siguientes hechos los cuales se transcriben teniendo en cuenta la temática y el volumen de los mismos:

“Hechos relacionados con el proceso ordinario de responsabilidad fiscal PRF-201700309_UCC-PRF 005-2017.

1. Mediante Auto No. 0382 de 10 de marzo de 2017 “Por el cual se avoca conocimiento y se ordena la apertura de Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, que tiene como entidades afectadas a REFICAR S.A. y a ECOPETROL S.A.” de la Contraloría Delegada Intersectorial 11, se ordena la apertura del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2. Mediante Auto No. 773 de 5 de junio de 2018 “Por el cual se imputa Responsabilidad Fiscal dentro del PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 y se toman otras determinaciones” de la Contraloría Delegada Intersectorial 11, se imputa responsabilidad fiscal en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

3. Mediante Auto 1273 de 29 de octubre de 2020 “Por el cual se decreta un informe técnico dentro del PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Contraloría delegada Intersectorial 11, se decreta un Informe Técnico en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005- 2017.

4. Mediante Auto 0278 de 18 de febrero de 2021 “Por el cual se avoca conocimiento del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCCPRF-005-2017” de la Contraloría Delegada Intersectorial 15,65 la Contralora Delegada Intersectorial, Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, avoca conocimiento del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

5. Mediante Auto 749 del **26 de abril de 2021** “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, se profiere fallo de primera instancia en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

6. Mediante Auto No. 0949 **del 3 de junio de 2021** “POR MEDIO DEL CUAL SE DECIDEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN CONTRA EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL PROFERIDO MEDIANTE AUTO 0749 DEL 26 DE ABRIL DE 2021 Y SE CONCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES” de la Contraloría Delegada Intersectorial 15, se conceden los recursos de apelación interpuestos por nuestros poderdantes en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

7. Mediante Auto ORD-801119-158-021 de 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria,68 se profiere fallo de segunda instancia en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

8. Mediante Auto ORD-801119-162-2021 de 9 de julio de 2021 “Por medio del cual se hace una corrección en el Auto No. 80119-158-021 que resolvió el grado de consulta y los recursos de apelación dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, se realiza una corrección en cuanto a la notificación por estado del Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de junio de 2021.

B Hechos relacionados con la constitución de la sociedad REFICAR S.A., hoy REFICAR S.A.S. y su categorización en EL GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL.

9. Mediante escritura pública 3890 de 11 de octubre 2006 de la Notaría Tercera de Cartagena se constituyó la sociedad REFINERÍA DE CARTAGENA S.A., la cual puede utilizar la sigla REFICAR, según consta en el certificado especial histórico expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena del 19 de septiembre de 2016. La sociedad REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. hoy se denomina REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.S.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

10. La sociedad REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. pertenece al GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL en la categoría Tipo II.

C. Hechos relacionados con los documentos CONPES sobre el Proyecto del Plan Maestro de la Refinería de Cartagena – REFICAR.

11. El documento CONPES 3312 de 20 de septiembre de 2004 “PROYECTO DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”, del Consejo de Política Económica y Social, declaró el Proyecto del Plan Maestro de Desarrollo de la Refinería de Cartagena como un proyecto de importancia estratégica para el país.

12. El documento CONPES 3312 de 20 de septiembre de 2004 “PROYECTO DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”, del Consejo de Política Económica y Social, en la Tabla 2. “Sensibilidades a Resultados Financieros 2002”, presenta rangos del VPN y de la TIR:

Tabla 2
Sensibilidades a Resultados Financieros 2002

Rango	TIR	VPN (12.28%)	Supuestos
Inferior	4,1%	US\$-364 M	Aumento del presupuesto de inversión del 30% Disminución del margen de refinación del 25%
Superior	25%	US\$176 M	Disminución del presupuesto de inversión del 30% Aumento del margen de refinación del 25%

Fuente: DNP-SME”

13. El documento CONPES 3312 de 20 de septiembre de 2004 “PROYECTO DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”, del Consejo de Política Económica y Social, no contiene directrices sobre la utilización del Valor Presente Neto - VPN-.

14. En el documento CONPES 3312 de 20 de septiembre de 2004 “PROYECTO DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”, del Consejo de Política Económica y Social, la referencia al VPN se hace para señalar algunas sensibilidades de los resultados del año 2002.

15. El documento CONPES 3312 de 20 de septiembre de 2004 “PROYECTO DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”, del Consejo de Política Económica y Social, al referirse a la inversión, no hace mención alguna de la fecha de la misma, aspecto que se debió incluir si se hubiera dado una directriz respecto a la utilización del VPN.

16. El documento CONPES 3336 de 28 de febrero de 2005 “MODIFICACIÓN A LA ESTRATEGIA DEFINIDA EN EL CONPES 3312 PARA LA EJECUCIÓN DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”, del Consejo de Política Económica y Social, no menciona el VPN, ni la TIR, ni la Tasa de Descuento.

D. Hechos relacionados con el CAPEX de la Línea de Base y de los cinco (5) de los Controles de Cambio.

17. El CAPEX de la Línea de Base del Proyecto de la Refinería de Cartagena S.A. era de \$ 3.777 (+/-10) millones de dólares, según el Acta No. 46 del 20 de octubre de 2009 de la Junta Directiva de REFICAR.

18. El Proyecto de Modernización de REFICAR tuvo cinco (5) aprobaciones de aumentos de CAPEX en los (5) Controles de Cambio:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

CC1: mayo 2011
 CC2: mayo 2012
 CC3: mayo 2013
 CC4: enero 2015
 CC5: noviembre 2015

En el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005- 2017” solo se declararon responsables fiscales a las personas naturales y jurídicas que intervinieron o aprobaron los **Controles de Cambios 1 y 2, y no se declararon responsables fiscales a quienes intervinieron o aprobaron los Controles de Cambios 1, 4 y 5.**

(...) HERNANDO JOSÉ GÓMEZ (...) únicamente aprobaron el Control de Cambios 2 (...)

19. En el “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016”, elaborado por el doctor Julio Villarreal Navarro, página 9, se presenta la Tabla 9. sobre la Línea de Base y los cinco (5) Controles de Cambio del Proyecto de la Refinería de Cartagena, la cual registra el CAPEX en cada uno de los cinco (5) controles de Cambios:

Tabla 9. Resumen Controles de Cambio y Actas. (MM USD)

	Línea Base		Control de Cambios 1		Control de Cambios 2	
	Acta No. 46	Modelo	Acta No. 69	Modelo	Acta No. 87	Modelo
Discount Rate %	10,00%	12,20%	12,20%	11,10%	N.D.	11,10%
NPV	\$2.396	\$997	\$858	\$1.396	N.D.	\$185
IRR %	16,10%	14,44%	14,70%	14,34%	N.D.	11,43%
CAPEX corriente	\$3.777	\$3.660	\$3.994	\$3.994	\$4.854	\$5.148

	Control de Cambios 3		Control de Cambios 4		Control de Cambios 5	
	Acta No. 111	Modelo	Acta No. 151	Modelo	Acta No. 165	Modelo
Discount Rate %	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%
NPV	-\$1.755	-\$2.568	-\$4.843	-\$4.845	-\$5.812	-\$6.238
IRR %	8,39%	7,07%	5,90%	5,90%	4,35%	4,35%
CAPEX corriente	\$6.902	\$6.902	\$7.653	\$7.653	\$8.016	\$8.016

Fuente: Modelos Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en MM USD)

20. En la Tabla 9. del Hecho anterior (i) NVP es igual a VALOR PRESENTE NETO - VPN, y (ii) IRR es igual a TASA INTERNA DE RETORNO - TIR.

21. Después del Control de Cambios 5 - CC5 -noviembre 2015- el CAPEX aprobado del Proyecto de Modernización y Expansión de REFICAR era de USD \$ 8.016 millones de dólares de los Estados Unidos de América.

22. El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la Contraloría General de la República en noviembre de 2016, página 118, relaciona el incremento del CAPEX 2009-2015 del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena, así:

“ Si bien, cada una de las catas (y sus anexos) presenta Iso soportes, la justificación y los argumentos respectivos para la decisión, como tal, los soportes corresponden a presentaciones y estudios de indole financiera, económica y técnica que en la mayoría de casos no contienen el modelo financiero o que respalda su análisis. Por ese motivo, los modelos financieros de controles de cambios originales fueron solicitados directamente a Reficar, con el fin de realizar un análisis con la información fuente. Al analizar los modelos entregados se encontraron, en algunos casos, unas diferencias en cuanto a los indicadores financieros que se mencionarán a continuación. Algunas de las diferencias pueden corresponder a análisis de sensibilidad sobre los modelos o incorparación de contingencias que no son explícitas sobre los modelos entregados (o en las actas), por lo

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

que la CGR no puede profundizar sobre estas. Los modelos seleccionados para cada uno de los controles de cambios y línea base se presentan a continuación.

Tabla 51. Modelos utilizados

Escenario	capex corriente	Modelo
Línea Base	\$3.660	Financial Model Oct 20-P2009 Q2009 P&G Base.xlsx
Control de Cambios 1	\$3.994	10. VPN al 2011.xlsx
Control de Cambios 2	\$5.148	06. Modelo.xlsx
Control de Cambios 3	\$6.902	06. Modelo.xlsx
Control de Cambios 4	\$7.653	11 Modelo.xlsx
Control de Cambios 5	\$8.016	04 Modelo.xlsx

Fuente: Modelos Control de Cambios Reficar (Cifras en millones USD)

23. En la página 139 del Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal se lee:

CONTROLES DE CAMBIOS 2011-2015.

El Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena ha sido objeto de varias modificaciones al modelo base, las cuales la administración ha desarrollado a través de los denominados "Controles de Cambio". A continuación se presentarán los cinco (5) Controles de Cambio que permitieron la aprobación de las mayores inversiones en el presupuesto del Proyecto, con la descripción de las decisiones tomadas por las Juntas Directivas de Reficar y de Ecopetrol al respecto.

En el cuadro siguiente se expone las adiciones aprobadas bajo la figura de control de cambios entre 2009 a 2015.

Tabla 10 Incremento del Capex 2009-2015

Acta JD Reficar	Fecha	Descripción	CAPEX APROBADO (MM USD)	Incremento aprobado (MM USD)
46	octubre de 2009	Línea Base	\$ 3.777	
69	mayo de 2011	Control de Cambios 1	\$ 3.994	\$ 217
87	mayo de 2012	Control de Cambios 2	\$ 4.854	\$ 860
113	mayo de 2013	Control de Cambios 3	\$ 6.902	\$ 2.048
150	enero de 2015	Control de Cambios 4	\$ 7.653	\$ 751
166	noviembre de 2015	Control de Cambios 5	\$ 8.016	\$ 363

Fuente: Acta Junta Directiva de Reficar S.A.
Elaboró: CGR.

24. En la página 275 del Auto de Apertura de Responsabilidad del Proceso Ordinario de Fiscal PRF PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 se presenta la Tabla 7., la cual registra (i) el CAPEX aprobado en cada Control de Cambios, y (ii) el incremento del CAPEX aprobado en cada Control de Cambios del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena - REFICAR del año 2009 al año 2015:

TABLA 7. INVERSIONES APROBADAS PARA EL PROYECTO DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA DE ACUERDO CON LÍNEA BASE Y CONTROLES DE CAMBIO

Incremento del CAPEX 2009-2015				
Acta JD Reficar	Fecha	Descripción	CAPEX APROBADO (MM USD)	Incremento aprobado (MM USD)
46	octubre 2009	Línea Base	\$ 3.777	
69	mayo 2011	Control de Cambios 1	\$ 3.994	\$ 216,5
87	mayo 2012	Control de Cambios 2	\$ 4.854	\$ 860
113	mayo 2013	Control de Cambios 3	\$ 6.902	\$ 2.048,0
150	enero 2015	Control de Cambios 4	\$ 7.653	\$ 751
166	noviembre 2015	Control de Cambios 5	\$ 8.016	\$ 363

(...)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

26. El señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de REFICAR S.A. desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 22 de abril de 2013.

(...)

30. HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y (...), miembros de la Junta Directiva de REFICAR S.A., **aprobaron el 7 de mayo de 2012 el Control de Cambios 2 - CC2**, según consta en el Acta 87 de la Junta Directiva de REFICAR de fecha 7 de mayo de 2012.

31. (...) HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO (...) como miembros de la Junta Directiva de REFICAR S.A., **no aprobaron los Controles de Cambios 1, 3, 4 y 5 -CC1, CC3, CC4 y CC5-**, porque para las fechas de sus respectivas aprobaciones no eran miembros de la Junta Directiva de REFICAR.

E. Hechos relacionados con el Control de Cambios 2 - CC2

32. En el “Informe Análisis Modelo Financiero, septiembre 2016”, elaborado por el doctor Julio Villarreal N, páginas 2, 6 y 7, respecto del Control de Cambios 2 - CC2 se presenta la siguiente información:

Introducción

El siguiente documento corresponde al informe de investigación de los modelos financieros utilizados por la Refinería de Cartagena—Reficar— y la Junta Directiva para la toma de decisiones en cada uno de los controles de cambios que tuvo el proyecto en su ejecución. El documento viene acompañado del modelo en Excel utilizado por el autor como soporte a las tablas y conclusiones del informe. Así mismo, hace parte del presente informe, los modelos de controles de cambio (así como la línea base) entregados por Reficar que soportaron las decisiones de la Junta Directiva y que fueron plasmadas en cada una de las actas.

El análisis derivado de estos modelos financieros y de los efectos generados por la entrada tardía de la operación y mayores inversiones, permitirá la determinación del monto establecido como daño económico en la modalidad de lucro cesante. Para la estimación de dicho lucro cesante el autor ha contemplado dos ejes de análisis. Un primer eje corresponde a la estimación del impacto directo sobre el proyecto, observable en los modelos financieros, derivado de las mayores inversiones y entrada tardía del mismo. A dicho efecto se le ha denominado evaluación financiera.

(...)

Control de Cambios 2

Tabla 5. Indicadores CC2. (MM USD)

	Acta No. 87	Modelo
Discount Rate %	N.D.	11,1%
NPV	N.D.	\$ 185
IRR %	N.D.	11,4%
CAPEX constante (2012)	N.D.	\$ 5.215
CAPEX corriente	\$ 4.854	\$ 5.148

Fuente: Modelos Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en MM USD)

- El Acta no mencionaba tasa de descuento. Según lo menciona Reficar, el 11,1% corresponde a la nueva tasa de evaluación de proyectos que utilizó Ecopetrol en la época.
- El VPN y la TIR que reporta el modelo no se pueden validar con el Acta, pues no se reportan. Tanto el VPN (a dólares del 2012) como la TIR del modelo son calculados utilizando todos los flujos del modelo, desde el año 2007.
- El control de cambios NO incorpora ingresos provenientes de la Refinería antigua. El modelo ha sido limpiado de este factor hasta el año 2013, año esperado de entrada de la refinería en el modelo.
- Los CAPEX NO son coincidentes entre el Acta y el modelo.
- El Valor Terminal del modelo se calcula para el año 2034 y no en el 2033, último año del modelo. Para calcular el Valor Terminal se utiliza el Flujo de Caja del año 2033.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

33. El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016,85 elaborado por la Contraloría General de la República, página 119, presenta la siguiente información sobre el Control de Cambios 2 del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena, así:

Control de Cambios 2

Tabla 54. Indicadores CC2. (millones USD)

	Acta 87	No. Modelo
Discount Rate %		N.D. 11,1%
NPV		N.D. \$ 185
IRR %		N.D. 11,4%
capex constante (2012)		N.D. \$ 5.215
capex corriente	\$ 4.854	\$ 5.148

Fuente: Modelos Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en millones USD)

- El Acta no mencionaba tasa de descuento. Según lo menciona Reficar, el 11,1% corresponde a la nueva tasa de evaluación de proyectos que utilizó Ecopetrol en la época.
- El VPN y la TIR que reporta el modelo no se pueden validar con el Acta, pues no se reportan. Tanto el VPN (a dólares del 2012) como la TIR del modelo son calculados utilizando todos los flujos del modelo, desde el año 2007.
- El control de cambios NO incorpora ingresos provenientes de la Refinería antigua. El modelo ha sido limpiado de este factor hasta el año 2013, año esperado de entrada de la refinería en el modelo.
- Los capex NO son coincidentes entre el Acta y el modelo.
- El Valor Terminal del modelo se calcula para el año 2034 y no en el 2033, último año del modelo. Para calcular el Valor Terminal se utiliza el Flujo de Caja del año 2033.

34. La Tabla 54. del Hecho 33. indica que el CAPEX total aprobado en el Control de Cambios 2, según el Acta 87 del 7 de mayo de 2012 fue de USD \$ 4.854 millones de dólares.

35. La Tabla 54. del Hecho 33. indica que el CAPEX total aprobado en el Control de Cambios 2, según el modelo financiero elaborado por REFICAR, Modelo financiero "06.Modelo.xlsx", fue de USD \$ 5.148 millones de dólares.

36. El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016,86 elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en noviembre de 2016, página 118, relaciona los modelos financieros utilizados por REFICAR para la Línea de Base y cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios en el Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena S.A. , modelo que para el Control de Cambios 2 -CC2- fue el "06. Modelo.xlsx":

Si bien, cada una de las actas (y sus anexos) presenta los soportes, la justificación y los argumentos respectivos para la decisión, como tal, los soportes corresponden a presentaciones y estudios de índole financiera, económica y técnica que en la mayoría de casos no contienen el modelo financiero que respaldaba su análisis. Por este motivo, los modelos financieros de controles de cambios originales fueron solicitados directamente a Reficar, con el fin de realizar un análisis con la información fuente. Al analizar los modelos entregados se encontraron, en algunos casos, unas diferencias en cuanto a los indicadores financieros que se mencionarán a continuación. Algunas de las diferencias pueden corresponder a análisis de sensibilidad sobre los modelos o incorporación de contingencias que no son explícitas en los modelos entregados (o en las actas), por lo que la CGR no puede profundizar sobre estas. Los modelos seleccionados para cada uno de los controles de cambios y línea base se presentan a continuación:

Tabla 51. Modelos utilizados

Escenario	capex corriente	Modelo
Línea Base	\$3.660	Financial Model Oct 20 P.2009 Q2009 P&G Base.xlsx
Control de Cambios 1	\$3.994	10. VPN al 2011.xlsx
Control de Cambios 2	\$5.148	06. Modelo.xlsx
Control de Cambios 3	\$6.902	06. Modelo.xlsx
Control de Cambios 4	\$7.653	11 Modelo.xlsx
Control de Cambios 5	\$8.016	04 Modelo.xlsx

Fuente: Modelos Control de Cambios Reficar (Cifras en millones USD)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

37. En la página 139 del Auto de Apertura del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, se lee que el Control de Cambios 2 - CC2 aumentó el CAPEX del Proyecto en USD \$ 860 millones de dólares:

CONTROLES DE CAMBIOS 2011-2015.

El Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena ha sido objeto de varias modificaciones al modelo base, las cuales la administración ha desarrollado a través de los denominados "Controles de Cambio". A continuación se presentarán los cinco (5) Controles de Cambio que permitieron la aprobación de las mayores inversiones en el presupuesto del Proyecto, con la descripción de las decisiones tomadas por las Juntas Directivas de Reficar y de Ecopetrol al respecto.

En el cuadro siguiente se expone las adiciones aprobadas bajo la figura de control de cambios entre 2009 a 2015.

Tabla 10 Incremento del Capex 2009-2015

Acta JD Reficar	Fecha	Descripción	CAPEX APROBADO (MM USD)	Incremento aprobado (MM USD)
46	octubre de 2009	Línea Base	\$ 3.777	
69	mayo de 2011	Control de Cambios 1	\$ 3.994	\$ 217
87	mayo de 2012	Control de Cambios 2	\$ 4.854	\$ 860
113	mayo de 2013	Control de Cambios 3	\$ 6.902	\$ 2.048
150	enero de 2015	Control de Cambios 4	\$ 7.653	\$ 751
166	noviembre de 2015	Control de Cambios 5	\$ 8.016	\$ 363

Fuente: Acta Junta Directiva de Reficar S.A.
Elaboró: CGR.

38. En el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal se determina que el Control de Cambios 2 - CC2 aumentó el CAPEX del Proyecto en USD \$ 1154 millones de dólares.

39. El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la Contraloría General de la República, página 117, relaciona el incremento del CAPEX 2009-2015 del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena y registra que el modelo financiero utilizado en el Control de Cambios 2 – CC2 es el 06.Modelo.xlsx

F. Hechos relacionados con el VALOR PRESENTE NETO - VPN

40. Según el "MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS" del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, páginas 382 y 406, el criterio del Valor Presente Neto se basa en el principio general que un proyecto es conveniente siempre y cuando los ingresos asociados al proyecto son al menos iguales, si no mayores, que sus costos.

41. Según el "MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS" del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, páginas 382 y 406, el criterio del Valor Presente Neto enseña que se deben aceptar y acometer aquellos proyectos con un Valor Neto -VPN- mayor e igual a cero y rechazar todos aquellos proyectos que tienen un Valor Presente Neto -VPN negativo.

42. Según el documento "BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020" del 30 de abril de 2010, Versión 1, páginas 39 y 40, **uno de los criterios de decisión para postulación de proyectos es el VPN mayor a 0**, y uno de los criterios mínimos de decisión para la evaluación de proyectos y negocios por Línea Estratégica es el VPN mayor o igual a 0.

43. El doctor Julio Villarreal N., en su condición de Contratista de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 92 elaboró el documento "Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de fecha septiembre 2016”, documento relacionado (i) en el numeral 8.2 del Capítulo 8. “MEDIOS DE PRUEBA” del Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 238, y (ii) en la página 223 del Auto 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República.

44. En el libro “FINANZAS CORPORATIVAS”, escrito por el doctor Julio Villarreal Navarro, el doctor Sergio Cruz y el doctor Jorge Rosillo, EDICIÓN 2003, en el Capítulo 7 “**Valoración por opciones reales**”, Subtítulo “**Valor presente neto (VPN), una herramienta que se va quedando corta**”, página 230, se afirma:

“Una de las discusiones más comunes en una organización se presenta cuando el CFO (Chief Financial Officer) de la compañía rechaza, por conceptos financieros un proyecto propuesto por el CEO (Chief Executive Officer) de la organización. La posición del área financiera es que el proyecto no genera valor para la empresa, que ni siquiera llega a generar flujos de caja positivos para misma, mientras que la posición de las directivas es que el proyecto es muy importante para la estrategia de la compañía y que debe realizarse sin importar los beneficios económicos, ya que dicho proyecto hará que la compañía mejore su posición estratégica en el futuro. Este ejemplo muestra una de las críticas que se le puede hacer a la herramienta más usada por los financieros para evaluar proyectos, los flujos de caja descontados (FCD)... En efecto, aunque los flujos FCD son la metodología más robusta y usada para valoración de proyectos, no puede decirse que son métodos perfectos. Del análisis de **FCD puede afirmarse que presentan deficiencias al capturar la parte estratégica del proyecto, la incertidumbre a la cual el proyecto debe enfrentarse y la flexibilidad que puede tener un ejecutivo para cambiar el rumbo del proyecto mientras está en marcha.** Frente a la necesidad de una nueva herramienta para la evaluación financiera de proyectos, **que incluya tanto la parte económica, como la estratégica, y sobre todo la flexibilidad e incertidumbre en el futuro**, en 1987 Myres acuñó el nombre de “opciones reales”, proponiendo la valoración de ciertos proyectos del sector real mediante el uso de técnicas para valorar opciones financieras, basándose en la similitud que existe entre comprar una opción financiera e ingresar a un proyecto real.” (El resalte tipográfico y el color rojo de la letra fuera del texto original)

45. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE REPÚBLICA confirmó el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y sobre el VALOR PRESENTE NETO, página 1239, considera:

(i) que el estudio del daño a partir de la metodología del VPN, es un instrumento financiero, de registro contable, para medir la inversión, y que el sistema no fue una invención, sino que siguió las directrices del CONPES 3312 de 2004 y la norma contable NIC 36 que señalan el deterioro en el valor de activos o unidades generadoras de valor.

(ii) que la regla del VPN fue la que permitió abordar la complejidad del megaproyecto integrado por múltiples transacciones que de hacerse de forma individual, “(...) harían engorrosa y poco útil la función de la Contraloría General de la República. No es el usual proceso de responsabilidad fiscal adelantado en un contrato de obra, donde se verifica el monto de los recursos invertidos, el cumplimiento del objeto y la satisfacción de la necesidad evidenciada, ahora, que se haya adelantado bajo este planteamiento que se nutre a su vez de las pruebas legalmente recaudadas en el trámite del proceso, se establece como un método supletorio que indica que decisiones financieras se tomaron en el desarrollo del proyecto e indican si estas fueron eficientes, eficaces y se dirigían a cumplir los fines del Estado, en el ámbito de las inversiones realizadas en proyectos

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

societarios en el cual (sic) el interés patrimonial es la rentabilidad y la promesa de valor, que para el presente caso corresponde al capital público societario de Ecopetrol. Para el A-quo, la rentabilidad es un atributo del capital, y en este caso del capital público, que es lo que le da la competencia a esta entidad de control para actuar en causa fiscal, por lo tanto, es este su parámetro.

46. El VALOR PRESENTE NETO - VPN no es un instrumento de registro contable, el VPN es una herramienta para calcular flujos de caja descontados futuros, estimados a valor actual.

47. El Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de segunda instancia, página 1272, reitera que la metodología del VPN y la TIR no fue elegida al arbitrio de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, "(...) sino que ella primero es aceptada como instrumento para la toma de decisiones financieras."

48. La auditoría no tiene limitaciones por razones de cuantía, espacio o tiempo, así como tampoco por aspectos de complejidad, riesgo o tamaño del ente económico o de las transacciones u operaciones que allí se realizan, no de otra manera se podría expresar una opinión sobre la información financiera de una compañía o entidad cualquiera sea su tamaño o características.

G. Hechos relacionados con el VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM

49. La noción y la expresión VALOR PRESENTE NETO MARGINAL se menciona en las páginas 14 y 15 del "Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante", de septiembre 2016", Informe elaborado por el doctor Julio Villarreal Navarro⁹⁸ y relacionado en el numeral 8.2 del Capítulo 8. "MEDIOS DE PRUEBA" del Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 238.

50. Las cifras del CC1 y CC2 de la Tabla 14. "VPN MARGINAL en dólares de 2015 por modelo. (MM USD)" del Hecho 49., corresponden a:

CC1 717 = 2975 VPN de la Línea de Base - (signo menos) 2258 VPN del CC1

CC2 1994 = 2258 VPN del CC1 - (signo menos) 264 del VPN del CC2.

51. La noción y la expresión VALOR PRESENTE NETO MARGINAL -VPM no está mencionada en los siguientes documentos:

(i) El documento CONPES 3312 del 20 de septiembre de 2004 del Consejo de Política Económica y Social.

(ii) El documento CONPES 3336 del 2005 del Consejo de Política Económica y Social

(iii) El "MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS" del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004.

(iv) El documento "BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020" del 30 de abril de 2010, Versión 1.

52. El VALOR PRESENTE MARGINAL -VPM- no es un indicador financiero y no es un término de referencia frecuente en los textos académicos sobre valoración de empresas

53. El VALOR PRESENTE MARGINAL -VPM- es una expresión utilizada inapropiadamente por algunos profesionales para sustentar sus teorías sobre valoración cuando la ortodoxia no señala una herramienta precisa para realizar estimaciones en determinados contextos.

54. El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016 de la Contraloría General de la República, páginas 126 y 127, en la Tabla 63., presenta la Figura 14. sobre el VALOR

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

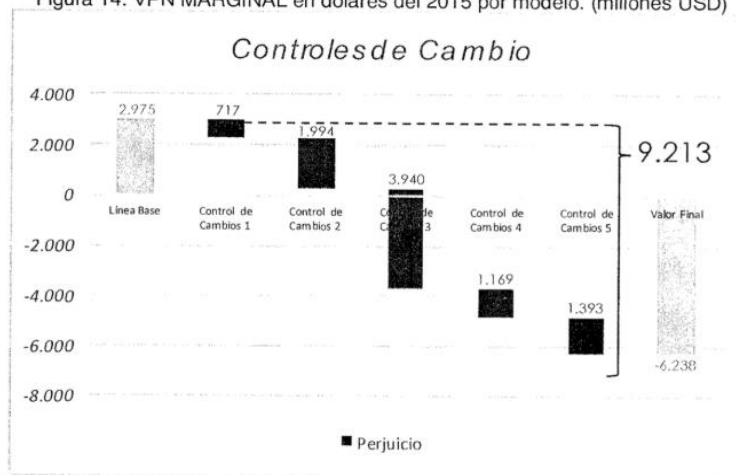
PRESENTE NETO MARGINAL - VPNM en los cinco (5) Controles de Cambio de REFICAR S.A, y el análisis marginal de los flujos de caja expresados en dólares de los Estados Unidos de América del año 2015, para encontrar el efecto total sobre el Proyecto como consecuencia de los cinco (5) Controles de Cambio:

Tabla 63. VPN MARGINAL en dólares del 2015 por modelo. (millones USD)

Control vs Anterior	VPN (11,1% EA Real)
Control de Cambios 1	-\$717
Control de Cambios 2	-\$1.994
Control de Cambios 3	-\$3.940
Control de Cambios 4	-\$1.169
Control de Cambios 5	-\$1.393
Total:	-\$9.213

Fuente: Modelos Control de Cambios. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar

Figura 14. VPN MARGINAL en dólares del 2015 por modelo. (millones USD)



Fuente: Modelos Control de Cambios. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar

Como se observa, el efecto total sobre el proyecto como consecuencia de los 5 controles de cambios es de \$9.213 millones USD, que corresponde a la pérdida de valor acumuladas durante los 5 controles de cambios. Este efecto se puede dividir entre el impacto ya causado (histórico) y el impacto por causar (proyectado), como consecuencia de 1) la entrada tardía en operación y 2) los mayores costos e inersiones del proyecto. La siguiente tabla resume lo mencionado. Adicionalmente, se puede cuantificar de total histórico proyectado cuánto corresponde a las mayores inversiones y cuánto corresponde al efecto de la entrada tardía.

cuánto corresponde a las mayores inversiones y cuánto corresponde al efecto de la entrada tardía.

Tabla 64. Impacto evaluación financiera. (millones USD)

VPN (2015) millones USD	TOTAL	Histórico	Proyectado
TOTAL	-\$9.213	-\$6.080	-\$3.133
capex	-\$4.415	-\$4.144	-\$271
Entrada tardía	-\$4.797	-\$1.936	-\$2.861

Fuente: Modelos Control de Cambios y línea base. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar

Modelos:

Linea Base: Financial Model Oct 20 P2009 Q2009 P&G Base.xlsx
Control de Cambios 5: 04 Modelo.xlsx

De esta forma, se genera un perjuicio total de \$9.213 millones USD que puede ser clasificado en un impacto causado hasta el 2015 correspondiente a \$6.080 millones USD (de los cuales \$4.144 millones USD corresponde al efecto de las mayores inversiones y \$1.936 millones USD corresponde al efecto de la entrada tardía). Adicionalmente, el impacto por causar corresponde a \$3.133 millones USD del 2015 (de los cuales \$271 millones USD se generan por mayores inversiones y \$2.861 millones USD se generan por la entrada tardía de la refinería).

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

55. En las páginas 268 y 269 del Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 se presenta (i) la Tabla 4. del Valor Presente Neto -VPN- en dólares del año 2015 de la línea de base y de los cinco (5) Controles de Cambios del Proyecto de Modernización de REFCAR, (ii) la Tabla 5. del Valor Presente Neto Marginal de los cinco (5) Controles de Cambios del Proyecto de Modernización de REFCAR, y (iii) una Gráfica que representa la diferencias del VPN entre cada control de cambios y el siguiente control de cambios:

TABLA 3. ÍNDICE DE PRECIOS PARA LA CONVERSIÓN A DÓLARES DE 2015

2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018-2033
87,63	87,72	90,09	91,44	94,18	95,82	96,88	96,23	100,00	102,20	104,55	N.D.

Una vez efectuada la conversión, y utilizando la tasa de descuento de 11,1%, fueron obtenidos los siguientes valores del VPN:

TABLA 4. VPN EN DÓLARES DE 2015 (USD MILLONES)

Línea base	CC1	CC2	CC3	CC4	CC5
2.975	2.258	264	-3.676	-4.845	-6.238

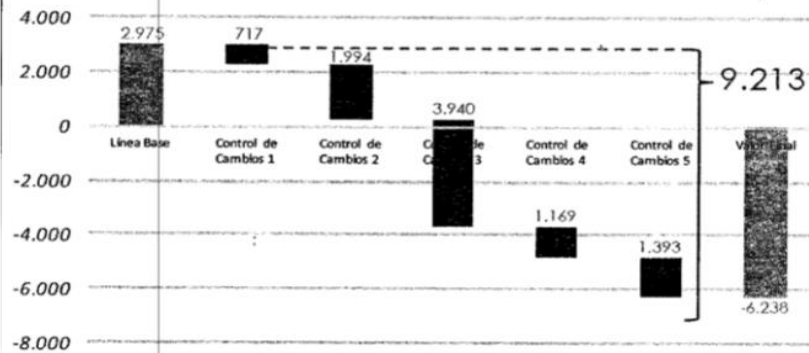
Al calcular las diferencias en la valoración obtenidas en cada hito del proyecto, es decir la variación del VPN entre cada control de cambio y la versión previa del modelo, el análisis marginal muestra las afectaciones mostradas en la siguiente tabla

TABLA 5. VPN MARGINAL (USD MILLONES)

CC1	CC2	CC3	CC4	CC5	Total
-717	-1.994	-3.940	-1.169	-1.393	-9.213

Se aprecia entonces que desde la línea base hasta 2015 el VPN fue objeto de un deterioro acumulado de 9.213 millones de dólares de 2015. La siguiente imagen muestra los efectos marginales sobre el VPN asociados a cada control de cambio.

GRÁFICA 4. VPN MARGINAL (USD MILLONES)



Fuente: COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, "Contraloría Delegada Sector Minas y Energía, Traslado Hallazgo Fiscal 36, soporte del formato de traslado "Análisis Modelo Financiero. Informe de Investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato-Estimación del Lucro Cesante", septiembre 13 de 2016.

H. Hechos relacionados con la TIR y la Tasa de descuento para iniciar proyectos

56. Según el "MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS" del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, si la Tasa Interna de Retorno - TIR es superior a la tasa de descuento, el proyecto es conveniente y se debe acometer.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

57. Según el documento “BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020” del 30 de abril de 2010, Versión 1, páginas 12 y 19, la “Tasa de Descuento”, aplicable al Control de Cambios 2 -CC2- era de 11.1%.

58. En la página 269 del Auto 0382 de 10 de marzo de 2017, Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal 005-2017, se registra que el WACC es un indicador que “refleja la rentabilidad de la inversión una vez cubierto el costo del capital (WACC)”, y en la página 273 de la providencia ibidem se identifica la tasa de descuento efectiva anual de 11.1% con la sigla WACC.

I. Hechos relacionados con la Norma NIC 36

59. El Auto 749 de 26 de abril de 2020 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCCPRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República, página 353, sobre la norma contable NIC 36 expresa:

“13.1.3.2.2 Fuentes sobre el indicador VPN

La argumentación sobre este tema dentro del auto de apertura se orientó a la validación de la herramienta VPN dentro del ordenamiento jurídico en materia de registro contable. De entrada, se indicó que el VPN es la herramienta base del inversionista para la toma de decisiones financieras respecto de una inversión. Seguidamente se señaló que este método se asocia a la determinación de pérdida de valor de la inversión identificada como daño fiscal, recalcando que el método también se aplicó en la formulación del proyecto (CONPES 3312 de 2004).

El Auto de apertura destacó la correspondencia de la norma contable NIC 36 con el método de VPN para la determinación del deterioro en el valor de activos o unidades generadoras de valor.

Complementariamente se menciona que el criterio de valor presente para la cuantificación de recursos y hechos económicos (artículo 10 del Decreto 2679 de 1993) incorpora la consideración de una tasa pactada para realizar la conversión de entradas o salidas futuras de fondos.”

60. La NIC 36 no era aplicable en los años 2012 y 2013, años en los que la Junta Directiva de la sociedad Refinería de Cartagena S.A. - REFICAR aprobó los Controles de Cambios 2 y 3 -CC2 y CC3-, por las siguientes razones:

(i) La sociedad Refinería de Cartagena S.A., hoy S.A.S, - REFICAR es una empresa que según sus estados financieros tributariamente pertenece al Grupo 1.

(ii) El Decreto 2784 del 28 de diciembre de 2012, en su artículo 3, numeral 2, dispuso que para el Grupo 1, la fecha de aplicación del nuevo marco técnico normativo de las NIFF en el corte 31 de diciembre de 2015, será el 1 de enero de 2014.

(iii) Para aplicar la Norma NIC 36, descrita en el Anexo 1 del Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015 -compilatorio-, el activo se debe encontrar en plena capacidad de generar flujos positivos de efectivo por estar en explotación, es decir en uso, y además, que el valor en uso se haya calculado siguiendo las reglas del párrafo 3 y en especial del literal c) de la NIC 36, que ordena:

“c) el valor temporal del dinero, representado **por la tasa de interés de mercado sin riesgo.**” (La negrilla fuera del texto original)

(iv) La primera unidad de REFICAR que entró en operación fue la de crudo. El inicio de su operación fue en noviembre del año 2015.

(v) La última unidad de la REFICAR en entrar en operación fue la de aquilación. El inicio de esta operación fue en julio del año 2016.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

J. Hechos relacionados con los informes de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA sobre REFICAR y de los fenecimientos de la Cuenta REFICAR por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

61. En el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral, Modalidad Regular, REFICAR 2009 – 2010, de la Contraloría General de la República, de fecha junio de 2011, en las páginas 17 y 18 obra el fenecimiento de la cuenta de REFICAR:

“2.2. CONCEPTO SOBRE GESTION Y RESULTADOS.

Con base en las conclusiones y hallazgos antes relacionados, la contraloría General de la República como resultado de la auditoría adelantada, conceptúa que la gestión y resultados, es favorable, con la consecuente calificación de 93.8, resultante de ponderar los aspectos que se relacionan a continuación.

(...)

2.5 FENECIMIENTO DE CUENTA

La Cuenta Fiscal de la vigencia 2010, fue presentada a la CGR en cumplimiento de la Resolución Orgánica 5544 de 2003, en los plazos previstos por esta. Respecto de esta gestión se evaluó la oportunidad de su rendición y el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad vigente respecto de su contenido.

Con base en el concepto sobre la Gestión y resultados y la opinión sobre los Estados Contables, la Contraloría General de la República fenece la cuenta de la entidad por la vigencia fiscal correspondiente al año 2010.

Concepto/opinión	Sin Salvedades	Con Salvedades	Negativa	Abstención
Favorable	██████	FENECE	NO FENECE	NO FENECE
Con Observaciones	FENECE	FENECE	NO FENECE	NO FENECE
Desfavorable	NO FENECE	NO FENECE	NO FENECE	NO FENECE

62. En el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral, Modalidad Regular, REFICAR 2009 – 2010 de la Contraloría General de la República, de fecha junio de 2011, página 18, se registran 36 hallazgos, todos con incidencia administrativa. Ningún hallazgo tiene incidencia fiscal, disciplinaria o fiscal.

63. En el Informe de Auditoría, REFICAR, Vigencia 2011, de la Contraloría General de la República, de fecha agosto 2012, página 14, obra el fenecimiento de la cuenta de REFICAR vigencia 2011.

“2.2. FENECIMIENTO DE LA CUENTA. Con base en la calificación de los componentes, obtenida en la evaluación de la Gestión y Resultados, la Contraloría General de la República fenece la cuenta de la Refinería de Cartagena S.A., correspondiente al año 2011.

64. En el Informe de Auditoría, REFICAR, Vigencia 2011, de la Contraloría General de la República, de fecha agosto 2012, página 14, se registran 27 hallazgos, uno (1) con presunto alcance fiscal y disciplinario.

El Hallazgo con presunto alcance fiscal y disciplinario es el “Hallazgo 9. Imprevistos”, página 29 del Informe, el cual no se refiere al aumento del CAPEX del Proyecto de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena, sino al pago de imprevistos a contratistas por valor de \$ 756 millones de pesos colombianos.

65. En el Informe de Actuación Especial, REFICAR 2012, de fecha octubre de 2012, en las páginas 50 a 56, sobre el presupuesto del Proyecto de Expansión y Modernización de la Refinería de Cartagena -Acta 87 del 7 de mayo de 2012 de la Junta Directiva de REFICAR que aprobó el Control de Cambios 2 - CC2-, se manifiesta:

“3. PRESUPUESTO

A continuación, se presenta de forma cronológica las modificaciones que ha tenido el presupuesto del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena S.A., desde la configuración propuesta cuando Glencore era socio de la Refinería con una participación del 51%, y las modificaciones efectuadas por Ecopetrol caso 1.3.7. (Proyecto de maximización Propileno y Sinergías con la Refinería de Barrancabermeja) y demás cambios al proyecto hasta la fecha.

(...)

3.2. PRESUPUESTO COSTOS DEL DUEÑO (OWNER COST)

Dentro del presupuesto del Owner Cost, se contemplan conceptos tales como: Contrato con el PMC (Foster Wheeler), Gastos Financieros, Nómina Reficar, seguros, licencias, servicios de seguridad y vigilancia, hardware y software, actividades FEE, incentivos a trabajadores, órdenes de cambio, suministro de agua y otros, etc.

En cuanto al presupuesto con el acta 46 del 20 de octubre de 2009, quedo aprobada la suma de MU\$367.

Con el Acta No. 87 del 7 de mayo de 2021, se adiciona el presupuesto de dueño en la suma de MU\$412,5, para llegar a un total de MU\$779,5, es de anotar que la adición real con esta modificación es de MU\$453,5 y no de MU\$412,5, la diferencia por MU\$41 que a entidad reporta como ahorros, no es argumento para disminuir el presupuesto, en el entendido que el presupuesto de inversión no genera ingreso. Por lo tanto para la CGR el presupuesto real del dueño a la fecha citada es de MU\$819,5 y no de MU\$779,5, como fue aprobado por la Junta Directiva de REFICAR.

En el siguiente detalle se puede evidenciar las adiciones presupuestales del EPC mencionadas anteriormente, según información suministrada por la entidad en respuesta PRCAE-010-12 del 28 de septiembre de 2012, al oficio de la CGR AER-05 del 21 de septiembre de 2012:

3.4. CONCLUSION DEL PRESUPUESTO En relación con el presupuesto General del Proyecto, la comisión de actuación especial de la Contraloría General de la República, de acuerdo a los análisis realizados y documentación verificada, establece que el costo del proyecto a la fecha de auditoría (septiembre-octubre de 2012), sin tener en cuenta las desviaciones del proyecto que se estiman por el orden del +/- 10%, esta por el orden de los MU\$5.483,5, presentando una diferencia de MU\$629, la cual se explica a continuación:

- a). MUS\$20 aprobados de la contingencia y escalafón (provisional), mencionados en el acta No 89 del 1ro de junio de 2012, de los cuales se han utilizado MUS\$10 para compras.
- b). MUS\$20 aprobados para la contingencia, según acta No. 91 del 12 de julio de 2012.
- c). MUS\$308 correspondientes a los costos de financiación del proyecto en los que se ha incurrido hasta agosto 31 de 2012, los cuales no se presupuestan, pero forman parte del costo del proyecto.
- d). MUS\$240 de los ahorros del EPC que la entidad estima va a optimizar del presupuesto, los cuales CGR considera no son procedentes, por cuanto esta partida disminuye las adiciones presupuestales, las cuales hay que sufragar por su valor real en el momento en que se ejecuten, es decir bajo estas consideraciones el presupuesto esta subestimado.
- e). MUS\$41 de los ahorros del Owner Cost, que la entidad estima va a optimizar del presupuesto, los cuales la CGR considera no son procedentes, por cuanto esta partida disminuye las adiciones presupuestales, las cuales hay que sufragar por su valor real en el momento en que se ejecuten, es decir bajo estas consideraciones el presupuesto esta subestimado.”

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

66. En el de Informe de Auditoría, REFICAR, 2012, de fecha diciembre de 2013, página 18, obra el fenecimiento de la cuenta de REFICAR vigencia 2012.

“2.2. FENECIMIENTO DE LA CUENTA. Con base en la calificación de los componentes, obtenida en la evaluación de la Gestión y Resultados, 87.1, la Contraloría General de la República FENECCE la cuenta de la Refinería de Cartagena S.A. correspondiente al año 2012.”

67. En el de Informe de Auditoría, REFICAR, 2012, de fecha diciembre de 2013, se registran 41 hallazgos, 5 con presunto alcance fiscal:

(i) Hallazgo 32. “Deficiente planeación e interventoría. (A-F)”, páginas 56 a 60, Hallazgo con presunta incidencia fiscal.

(ii) Hallazgo 33. “Deficiente gestión administrativa. (A-F)”, páginas 60 a 68, Hallazgo con presunta incidencia fiscal.

(iii) Hallazgo 34. “Pérdida haz de tubos. (A-D-F-P)”, páginas 68 a 72, Hallazgo con presunta incidencia fiscal.

(iv) Hallazgo 38. “Deterioro prematuro en vías. (A-D-F)”, páginas 74 a 76, Hallazgo con presunta incidencia disciplinaria y fiscal.

(v) Hallazgo 41. “Proceso Constructivo de Pozas. (A-F)”, páginas 78 a 80, Hallazgo con presunta incidencia fiscal.

68. El 22 de marzo de 2017 el Contralor Delegado para el Sector de Minas y Energía de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, da respuesta a un derecho de petición, respuesta en la cual consta (i) el fenecimiento de la Cuenta de REFICAR vigencia 2011, liberada en el 2012, y (ii) el fenecimiento de la Cuenta de REFICAR S.A., vigencia 2012, liberado en el 2013.

69. El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la Contraloría General de la República, páginas 43 y 44, expresa:

“1.2. Alcance de la Actuación Especial La actuación especial de fiscalización al proyecto de modernización y ampliación de la Refinería de Cartagena tuvo el siguiente alcance: En relación con los análisis y auditoría a los flujos de efectivo se tomó la información contable de la Refinería de Cartagena S.A.- Reficar desde el año 2006 hasta el 31 de diciembre de 2015.

Para realizar el análisis financiero de la ejecución del proyecto se tomaron los modelos financieros (flujos de caja descontados) utilizados por Reficar y la Junta Directiva para la toma de decisiones en cada uno de los controles de cambios que tuvo el proyecto en su ejecución, considerando la cronología del proyecto y los ajustes de estructuración que se llevaron a cabo durante la primera etapa de este. Para efectos de esta actuación especial se definió que la línea base del proyecto corresponde a la estructura presentada para éste el 20 de octubre del 2009 y soportada en el acta no. 46.

(...)

3.2.1. Modelos de control de cambios.

(...)

Vale la pena resaltar, que cada uno de los Controles de Cambios (CC) se encuentra respaldado de cierta forma por las actas de la Junta Directiva (CC1: Acta No 69; CC2: Acta No. 87; CC3: Acta No. 111; CC4: Acta No. 151; CC5: Acta No. 165) y los anexos a éstas que contienen la información y soportes utilizados para la toma de decisiones. La siguiente tabla ilustra cual fue el comportamiento de los indicadores financieros y las inversiones en cada uno de los ajustes realizados en los cinco controles desde la línea base, encontrados en actas correspondientes.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tabla 50. Indicadores de bondad financiera Actas (millos USD).

	<i>Línea base</i>	<i>CC1</i>	<i>CC2</i>	<i>CC3</i>	<i>CC4</i>	<i>CC5</i>
Acta	46	69	87	111	151	165
VPN (millones USD)	\$2.369	\$858	N.D.	\$-1.755	\$-4.843	\$-5.812
TIR	16,10%	14,70%	N.D.	10,20%	5,90%	4,35%
WACC	10%	12,20%	N.D.	11,10%	N.D.	N.D.
CAPEX (millones USD)	\$3.777	\$3.994	\$4.854	\$6.901	\$7.653	\$8.016

*Corresponde al escenario P80 sin apalancamiento

Fuente: Actas Junta Directiva Reficar

(...)

Si bien, cada una de las actas (y sus anexos) presenta los soportes, la justificación y los argumentos respectivos para la decisión, como tal, los soportes corresponden a presentaciones y estudios de índole financiera, económica y técnica que en la mayoría de casos no contienen el modelo financiero que respaldaba su análisis. Por este motivo, los modelos financieros de controles de cambios originales fueron solicitados directamente a Reficar, con el fin de realizar un análisis con la información fuente. Al analizar los modelos entregados se encontraron, en algunos casos, unas diferencias en cuanto a los indicadores financieros que se mencionarán a continuación. Algunas de las diferencias pueden corresponder a análisis de sensibilidad sobre los modelos o incorporación de contingencias que no son explícitas en los modelos entregados (o en las actas), por lo que la CGR no puede profundizar sobre estas. Los modelos seleccionados para cada uno de los controles de cambios y línea base se presentan a continuación:

(...)

Control de Cambios 2

	Acta No. 87	Modelo
Discount Rate %	N.D.	11,1%
NPV	N.D.	\$ 185
IRR	N.D.	11,4%
capex constante	N.D.	\$ 5.215
capex corriente	N.D.	\$ 5.148

Fuente: modelos de Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en millones de USD)

(...) El siguiente capítulo pretende estimar el impacto percibido por el proyecto como consecuencia de las mayores inversiones, mayores costos y desplazamiento de la entrada en operación de la refinera. Como se mencionó anteriormente, se hará uso de los modelos que soportan los controles de cambios entregados por Reficar. Vale la pena recordar que estos modelos presentan una estructura de flujos de caja constantes de algún año en particular, por ejemplo, el control de cambios 1 se encuentra expresado en dólares del año 2011, mientras el control de cambios 5 se encuentra en dólares del año 2015. Lo anterior, no permite que los flujos de caja sean comparables, por lo que es necesario llevar todos los flujos a una misma temporalidad para poder realizar un análisis comparativo entre cada modelo. La siguiente gráfica resume el periodo en el cual se ha expresado cada uno de los modelos.

(...)

Utilizando la inflación anterior y su índice de precios (IP), se ajustaron todos los modelos a dólares del 2015, y se recalcularon los indicadores de bondad financiera, como lo es el VPN (expresado en dólares del 2015), utilizando la tasa de descuento del 11,1%. Lo anterior teniendo en consideración lo expresado en el capítulo anterior, que hace necesario definir una tasa para la comparación de los escenarios. A continuación se resumen los escenarios:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

FCL	VPN (11,1% EA Real)
Línea Base (2015)	\$ 2.975*
Control de Cambios 1 (2015)	\$ 2.258
Control de Cambios 2 (2015)	\$ 264
Control de Cambios 3 (2015)	\$ -3.676
Control de Cambios 4 (2015)	\$ -4.845
Control de Cambios 5 (2015)	\$ -6.238

Fuente: modelos de Control de Cambios y Línea base. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar.

Ahora bien, teniendo en consideración lo anteriormente mencionado, se procede a realizar un análisis marginal de los flujos de caja expresados a 2015, con el fin de encontrar el efecto total sobre el proyecto como consecuencia de los 5 controles de cambios.

Control vs Anterior	VPN (11,1% EA Real)
Control de Cambios 1 (2015)	\$ -717
Control de Cambios 2 (2015)	\$ -1.994
Control de Cambios 3 (2015)	\$ -3.940
Control de Cambios 4 (2015)	\$ -1.169
Control de Cambios 5 (2015)	\$ -1.393
Total:	\$ -9.213

Fuente: modelos de Control de Cambios y Línea base. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar.

Como se observa, el efecto total sobre el proyecto como consecuencia de los 5 controles de cambios es de -\$9.213 millones USD, que corresponde a la pérdida de valor acumulada durante los 5 controles de cambios. Este efecto se puede dividir entre el impacto ya causado (histórico) y el impacto por causar (proyectado), como consecuencia de 1) la entrada tardía en operación y 2) los mayores costos e inversiones del proyecto (...)

De esta forma, se genera un perjuicio total de \$9.213 millones USD que puede ser clasificado en un impacto causado hasta el 2015 **correspondiente a \$6.080 millones USD (de los cuales \$4.144 millones USD corresponde al efecto de las mayores inversiones y \$1.936 millones USD corresponde al efecto de la entrada tardía)**. Adicionalmente, el impacto por causar corresponde a \$3.133 millones USD del 2015 (de los cuales \$271 millones USD se generan por mayores inversiones y \$2.861 millones USD se generan por la entrada tardía de la refinería).

(...)

4.1. Resumen de las conclusiones Al analizar los resultados históricos de la valoración por múltiplos de la refinería, se observa que el precio máximo que un agente estaría dispuesto a pagar por una refinería de las características de la de Cartagena sería de USD 4.726,8 millones que se alcanza en la valoración realizada en mayo de 2013 (Control de Cambios 3). De igual forma, el precio promedio que un agente estaría dispuesto a pagar, según lo indica el mercado, por una refinería de estas características sería de USD 2.037,3 millones. Lo anterior, de cierta forma permite comprender, si las decisiones de Reficar al aumentar las inversiones tienen una lógica financiera o no.

Desde el punto de vista financiero, es posible establecer que el proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena era financieramente viable desde la línea base establecida por Ecopetrol hasta el control de cambios Nro. 1. **Ahora bien, al analizar los indicadores de bondad financiera de los controles de cambios posteriores (desde el 3 al 5) es posible establecer que el proyecto deja de ser financieramente viable en el sentido que el VPN del proyecto es negativo y la rentabilidad (TIR) menor al costo de oportunidad, lo que indica en términos financieros que el proyecto destruye valor, por lo cual no debió continuarse.** Los modelos de control de cambios entregados por Reficar, no coinciden a la perfección con los indicadores financieros que se presentaban

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

en las sesiones de Junta Directiva.” (El resalte tipográfico y el color rojo de la letra fuera del texto original).

70. El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, respecto del Control de Cambios 2 - CC2 y de todos los Controles de Cambio, se fundamentó en los mismos documentos con los cuales se elaboraron los Informes de la Contraloría General de la República de los años 2009-2010, 2011 y 2012: las Actas de Junta Directiva de REFICAR y los modelos financieros elaborados por REFICAR sobre los cinco (5) Controles de Cambios.

71. El “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016”, Informe elaborado por el doctor Julio Villarreal N., se realizó con base en las actas de Junta Directiva de REFICAR y los modelos financieros elaborados por REFICAR para la aprobación de los Controles de Cambios.

72. En el Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la Contraloría General de la República y en el “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante” de septiembre 2016”, no aparece un documento nuevo que no haya sido estudiado por la Contraloría General de la República al elaborar los Informes de Auditoría correspondientes a la gestión fiscal de REFICAR en los años 2009-2010, 2011 y 2012.

73. El artículo 17 de la Ley 42 de 1992 estaba vigente para la época de aprobación por la Junta Directiva de REFICAR de los cinco (5) Controles de Cambios. El artículo en mención preceptúa:

“Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal.” (La negrilla fuera del texto original)

74. El Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 se inició sin que aparecieran nuevas pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con los finiquitos de la Cuenta REFICAR años 2010, 2011 y 2012.
K. Hechos relacionados con la aprobación del Control de Cambios 2 -CC2- por los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GONZÁLES, y participación del señor ORLANDO JOSÉ GÓMEZ CABRALES en el trámite del Control de Cambios 2 -CC2-

75. Los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY GONZÁLEZ MEDINA, miembros de la Junta Directiva de REFICAR S.A. que aprobaron el Control de Cambios 2. - CC2 el 7 de mayo de 2012, sabían que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA no había presentado un concepto/opinión ni un hallazgo sobre la aprobación del Control de Cambios 1 - CC1, y en especial sobre la disminución entre el VALOR PRESENTE NETO - VPN de la Línea de Base y el VALOR PRESENTE NETO - VPN del Control de Cambios 1 - CC1.

76. El señor ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ en su condición de presidente y representante legal de la sociedad Refinería de Cartagena S.A. - REFICAR sabía que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA no había presentado un concepto/opinión ni un hallazgo sobre la aprobación del Control de Cambios 1 - CC1, y en especial sobre la disminución entre el VALOR PRESENTE NETO - VPN de la Línea de Base y el VALOR PRESENTE NETO - VPN del Control de Cambios 1 - CC1.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

77. El aumento del CAPEX en el Control de Cambios 2 – CC2 cumplió satisfactoriamente las exigencias y directrices del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y de ECOPETROL porque:

- (i) El VPN es superior a 0. En las Tablas de los Hechos 32. y 33. se observa que el VPN es USD \$ 185 millones de dólares.
- (ii) La Tasa de Descuento fijada por ECOPETROL: 11.1%.
- (iii) La TIR es 11.4%.
- (iv) La TIR superior a la Tasa de Descuento: 11.43% es superior a 11.10%.

78. Los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GOZÁLEZ al aprobar el Control de Cambios 2 - CC2 y aumentar el CAPEX del Proyecto en USD \$ 1154 millones de dólares , cifra registrada en el modelo financiero elaborado por REFICAR, acataron y cumplieron la regla básica de inversión del VALOR PRESENTE NETO -VPN, según la cual un proyecto se acepta si el VALOR PRESENTE NETO - VPN es mayor a cero.

79. El señor ORLANDO CABRALES MARTÍNEZ al intervenir y apoyar el trámite del Control de Cambios 2 - CC2 que aumentó el CAPEX del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena en USD \$ 1154 millones de dólares, según el modelo elaborado por REFICAR, acató y cumplió la regla básica de inversión del VALOR PRESENTE NETO -VPN, según la cual un proyecto se acepta si el VALOR PRESENTE NETO - VPN es mayor a cero.

80. El Control de Cambios 2 - CC2 aumentó el CAPEX en USD \$ **1154** millones de dólares, cifra que corresponde al incremento del CAPEX del Control de Cambios 1 - CC1 de USD \$ 3994 millones de dólares del Control de Cambios 1 a USD \$ **5148** millones de dólares en el Control de Cambios 2.

La operación matemática es la siguiente:

$5148 - (\text{signo menos}) 3994 = 1154$

81. La aprobación del Control de Cambios 2 -CC2- se realizó en la Junta Directiva de REFICAR del 7 de mayo de 2012, según consta en el Acta 87 de 2012, Acta en la cual no se registra el VALOR PRESENTE NETO - VPN (NPV), ni la TASA INTERNA DE RETORNO - TIR (IRR), ni la Tasa de Descuento (Discount Rate%).

82. El Modelo Financiero utilizado por REFICAR “06.Modelo.xlsx”, para el Control de Cambios 2 -CC2- registra los siguientes datos:

- (i) El VPN (NPV) superior a 0: USD \$ 185 millones de dólares, VPN positivo.
- (ii) La Tasa de Descuento fijada por ECOPETROL (Discount Rate%): 11.1%.
- (iii) La TIR (IRR) es 11.4%.
- (iv) La TIR superior a la Tasa de Descuento: 11.4% es superior a 11.10%.

83. Los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GOZÁLEZ al aprobar el Control de Cambios 2 - CC2 que aumentó el CAPEX del Proyecto en USD \$ 1154 millones de dólares según el modelo financiero elaborado por REFICAR, acataron y cumplieron con (i) la regla básica de inversión del VPN mayor a cero (0), VPN positivo, (ii) las directrices de la matriz del GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL, matriz que es la sociedad ECOPETROL S.A.; (iii) las directrices del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL, y (iv) la doctrina especializada sobre el VPN; en consecuencia su conducta al aprobar el Control de Cambios 2 -CC2- fue diligente y prudente.

84. El señor ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ al intervenir y apoyar el trámite del Control de Cambios CC2 y aumentar el CAPEX del Proyecto en USD \$ 1154 millones de dólares cumplió con (i) la regla básica de inversión del VPN mayor a cero (0), VPN positivo, (ii) las directrices de la matriz del GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL, matriz que es la sociedad ECOPETROL S.A., (iii) las directrices del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL, y (iv) la doctrina especializada sobre

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

el VPN; en consecuencia su conducta al aprobar el Control de Cambios - CC2 fue diligente y prudente.

85. La conducta de los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GOZÁLEZ al aprobar el Control de Cambios 2 - CC2 y aumentar el CAPEX del Proyecto en USD \$ 860 millones de dólares, si se toma el valor del Acta 87 de 7 de mayo de 2012 de la Junta Directiva de REFICAR, fue diligente y prudente.

86. La conducta del señor ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ al intervenir y apoyar el trámite del Control de Cambios 2 - CC2 que aumentó el CAPEX en USD \$ 860 millones de dólares, si se toma el valor del Acta 87 del 7 de mayo de 2012 de la Junta Directiva de REFICAR fue diligente y prudente.

87. Los estudios académicos, la trayectoria profesional, el conocimiento financiero y la experiencia de los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GONZÁLEZ, les permitían confirmar que la información suministrada por la administración de REFICAR durante el trámite de aprobación del Control de Cambios 2 – CC2 sobre el VALOR PRESENTE NETO – VPN positivo y la TASA INTERNA DE RETORNO -TIR superior a la tasa de descuento era fidedigna.

88. Los estudios académicos, la trayectoria profesional, el conocimiento financiero y la experiencia del señor ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ le permitían confirmar que la información suministrada por la administración de REFICAR durante el trámite de aprobación del Control de Cambios 2 – CC2 sobre el VALOR PRESENTE NETO positivo y la TIR superior a la tasa de descuento era fidedigna.

L. Hechos relacionados con el VALOR PRESENTE NETO -VPN- positivo del Control de Cambios 2 -CC2-

Valor Presente Neto -VPN- positivo del CC2 en el Informe Técnico “Análisis Modelo Financiero – Informe de Investigaciones de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante” septiembre 2016, elaborado por el doctor Julio Villarreal N

89. En el “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016”, elaborado por el doctor Julio Villarreal Navarro, página 9, se presenta la Tabla 9., la cual registra el VALOR PRESENTE NETO -VPN de la Línea de Base y de los cinco (5) Controles de Cambio del Proyecto de la Refinería de Cartagena. La Tabla en mención no registra en el Control de Cambios 2 – CC2 la información del VALOR PRESENTE NETO - VPN según el Acta 87 de 2012 de la Junta Directiva de la sociedad REFICAR porque en este documento no se expresa dicho valor, pero si registra el valor de USD \$ 185 millones de dólares corrientes de VALOR PRESENTE NETO -VPN positivo, cifra que obra en el modelo financiero elaborado por REFICAR.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“

Tabla 9. Resumen Controles de Cambio y Actas. (MM USD)

	Linea Base		Control de Cambios 1		Control de Cambios 2	
	Acta No. 46	Modelo	Acta No. 69	Modelo	Acta No. 87	Modelo
Discount Rate %	10,00%	12,20%	12,20%	11,10%	N.D.	11,10%
NPV	\$2.396	\$997	\$858	\$1.396	N.D.	\$185
IRR %	16,10%	14,44%	14,70%	14,34%	N.D.	11,43%
CAPEX corriente	\$3.777	\$3.660	\$3.994	\$3.994	\$4.854	\$5.148

	Control de Cambios 3		Control de Cambios 4		Control de Cambios 5	
	Acta No. 111	Modelo	Acta No. 151	Modelo	Acta No. 165	Modelo
Discount Rate %	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%
NPV	-\$1.755	-\$2.568	-\$4.843	-\$4.845	-\$5.812	-\$6.238
IRR %	8,39%	7,07%	5,90%	5,90%	4,35%	4,35%
CAPEX corriente	\$6.902	\$6.902	\$7.653	\$7.653	\$8.016	\$8.016

Fuente: Modelos Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en MM USD)

“

Valor Presente Neto -VPN- positivo del CC2 en el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

90. En el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 267, se presentan dos (2) Tablas que registran el VALOR PRESENTE NETO -VPN de los cinco (5) Controles de Cambio.

91. En el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 267, se presentan una Tabla que relacionan el VALOR PRESENTE NETO -VPN de los cinco (5) Controles de Cambio, en dólares corrientes del año de aprobación del CAPEX de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios, según información de las Actas de la Junta Directiva de REFICAR, Tabla en la que no se registra la cifra del VALOR PRESENTE NETO -VPN para el Control de Cambios 2 -CC2-

Para la elaboración de la siguiente Tabla se tomó la información del VALOR PRESENTE NETO -VPN de la Tabla 1 del Auto de Apertura, página 267.

Hito	Acta	VPN
Línea Base	46	2,369
Control de Cambios 1	69	858
Control de Cambios 2	87	ND
Control de Cambios 3	113	- 1,755
Control de Cambios 4	150	- 4,843
Control de Cambios 5	166	- 5,812

(Cifras en millones de dólares)

92. En el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 267, se presenta la información del VALOR PRESENTE NETO -VPN en cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio, y su fuente son los modelos financieros elaborados por REFICAR. La cifra del VALOR PRESENTE NETO -VPN en el Control de Cambios 2 -CC2- es de 185 MUSD positivo, en dólares corrientes del año 2012.

Para la elaboración de la siguiente Tabla se tomó la información del VALOR PRESENTE NETO -VPN de la Tabla 2 del Auto de Apertura, página 267.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Hito	VPN
Línea Base	997
Control de Cambios 1	1,396
Control de Cambios 2	185
Control de Cambios 3	- 2,568
Control de Cambios 4	- 4,845
Control de Cambios 5	- 6,238

(Cifras en millones de dólares)

93. En el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 268, se presenta la información del VALOR PRESENTE NETO - VPN en dólares constantes de 2015, cifra que se obtuvo al efectuar la conversión con la inflación de los Estados Unidos de América. En este caso, el VALOR PRESENTE NETO - VPN para el Control de Cambios 2 -CC2- asciende a 264 MUSD positivo, como se detalla a continuación:

Hito	VPN
Línea Base	2,975
Control de Cambios 1	2,258
Control de Cambios 2	264
Control de Cambios 3	- 3,676
Control de Cambios 4	- 4,845
Control de Cambios 5	- 6,238

(Cifras en millones de dólares)

Valor Presente Neto -VPN- positivo del CC2 en el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

94. En el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 761, se presentan los VPN de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio, luego de "(...) contrastar los valores consignados en las respectivas actas de junta directiva de Reficar que se enuncian, frente a los consignados en las solicitudes de Controles de Cambios; estos últimos coinciden con los de los modelos presentados en las hojas de cálculo que soportan los controles de cambio". Es así como se evidencia que el VPN para el Control de Cambios 2 corresponde a 185 MUSD positivo.

Hito	VPN
Línea Base	997
Control de Cambios 1	858
Control de Cambios 2	185
Control de Cambios 3	- 2,568
Control de Cambios 4	- 4,845
Control de Cambios 5	- 6,238

(Cifras en millones de dólares)

95. En el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 1214, se presentan de nuevo los valores del VALOR PRESENTE NETO -VPN en dólares de 2015, y para el Control de Cambios 2 - CC2 se determinó el VALOR PRESENTE NETO - VPN en 264 MUSD positivo.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Hito	VPN
Línea Base	2.975
Control de cambios 1	2.258
Control de cambios 2	264
Control de cambios 3	- 3.676
Control de cambios 4	- 4.845
Control de cambios 5	- 6.238

(Cifras en millones de dólares del año 2015)

96. En el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal, página 1402, se presenta una última versión de los valores del VALOR PRESENTE NETO -VPN, descontando los flujos de caja a valores constantes de 2009, VALOR PRESENTE NETO - VPN desplazado al año 2009 y con una tasa de descuento de 11.1%. El resultado de este ejercicio muestra que el VALOR PRESENTE NETO - VPN para el Control de Cambios 2 - CC2 es de **356,11 MUSD positivo**.

Hito	VPN
Línea Base	1,501
Control de Cambios 1	1,346
Control de Cambios 2	356
Control de Cambios 3	- 1,651
Control de Cambios 4	- 2,345
Control de Cambios 5	- 3,086

(Cifras en millones de dólares redondeados)

Para la elaboración de la Tabla anterior se extrajo la información del VPN de la Tabla de la página 1402 de Auto de Imputación y se redondearon las cifras.

Valor Presente Neto -VPN- positivo del CC2 en el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

97. En el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia el Valor Presente Neto -VPN- de los cinco (5) Controles de Cambio varía como consecuencia de los ajustes realizados por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a los modelos financieros elaborados por REFICAR.

98. En el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia, página 541, el VPN del Control de Cambios 2 -CC2- es de **702,85 MUSD positivo** como lo muestra la siguiente Tabla:

Hito	VPN
Línea Base	1,539
Control de Cambios 1	1,446
Control de Cambios 2	703
Control de Cambios 3	- 201
Control de Cambios 4	- 590
Control de Cambios 5	- 746

(Cifras en millones de dólares redondeados)

Para la elaboración de la Tabla anterior se tomó la información del VALOR PRESENTE NETO - VPN de la tabla "secuencia de declinación del VPN por efecto de los controles de cambio" de la página 541 del Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y se aproximaron a números enteros las cifras.

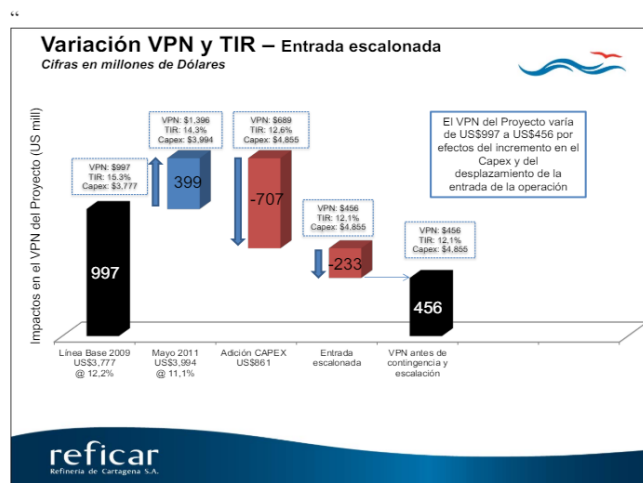
PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Valor Presente Neto -VPN- positivo del CC2 en el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de segunda instancia del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

99. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE REPÚBLICA confirmó el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia.

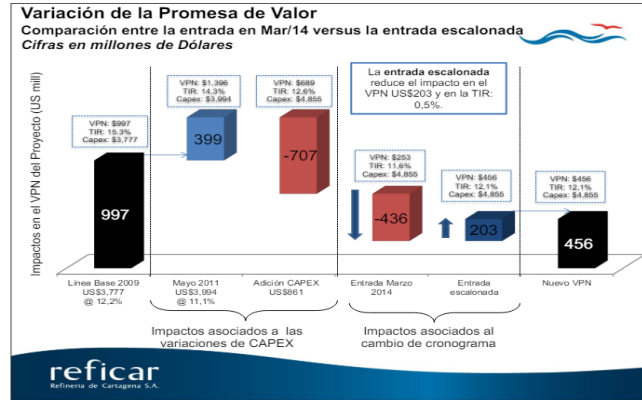
Valor Presente Neto -VPN- positivo del CC2 en el Acta 88 del 18 de mayo de 2012 de la Junta Directiva de REFICAR

100. En el Anexo No. 1 del Acta 88 del 18 de mayo de 2012 de la Junta Directiva de REFICAR, páginas 34 a 41, se presentan las sensibilidades sobre la Promesa de Valor – VPN en el Control de Cambios 2 – CC2, y en todas las sensibilidades el VALOR PRESENTE NETO - VPN es superior a cero:

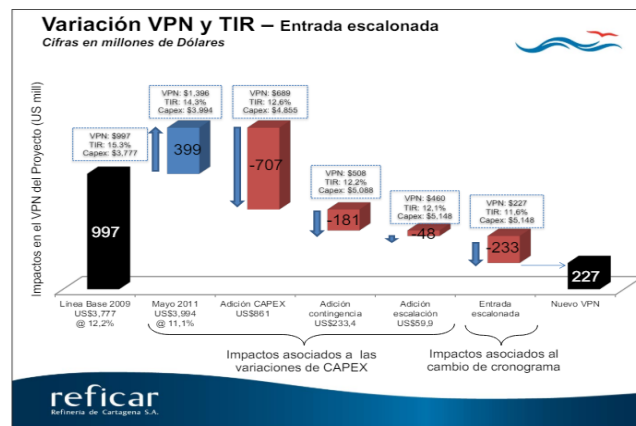


El VPN es USD \$ 456 millones de dólares y la TIR 12.1%
 La TIR 12.1% es superior a la Tasa de Descuento fijada por la matriz ECOPETROL de 11.1%.

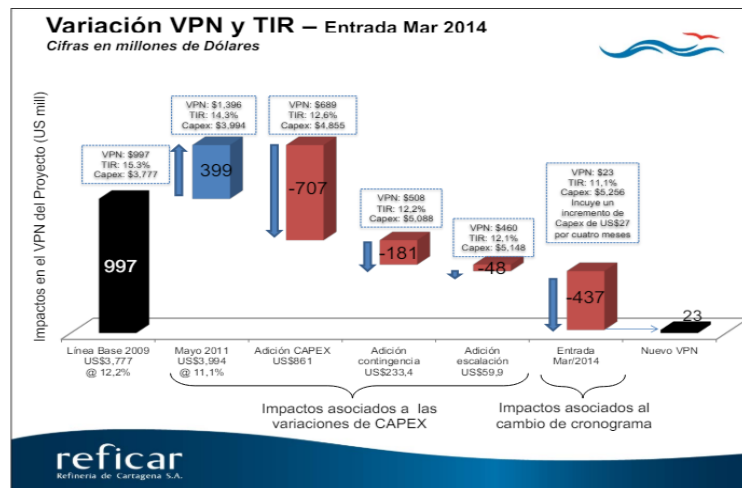
PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA



El VPN es USD \$ 456 millones de dólares y la TIR 12.1%
La TIR 12.1% es superior a la Tasa de Descuento fijada por la matriz ECOPETROL de 11.1%.



El VPN es USD \$ 227 millones de dólares y la TIR 11.6%
La TIR 11.6% es superior a la Tasa de Descuento fijada por la matriz ECOPETROL de 11.1%.



El VPN es USD \$ 23 millones de dólares y la TIR 11.1%
La TIR 11.1% es igual a la Tasa de Descuento fijada por la matriz ECOPETROL de 11.1%.

101. El VALOR PRESENTE NETO - VPN al momento de aprobar el Control de Cambios 2 – CC2, el 7 de mayo de 2012, con cualesquiera de los ajustes realizados por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en sus ejercicios financieros siempre arrojó un VPN positivo.

102. El 7 de mayo de 2012, fecha en la cual se aprobó el Control de Cambios 2 - CC2, el VALOR PRESENTE NETO - VPN del Proyecto era positivo, lo que significa que los

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

dineros invertidos en el Proyecto se recuperarán en su totalidad y que se obtendrán unos rendimientos a la tasa de retorno de la inversión que el inversionista esperaba recibir.

103. El 7 de mayo de 2012, fecha en la cual se aprobó el Control de Cambios 2 - CC2, el VALOR PRESENTE NETO - VPN del Proyecto era positivo, y en consecuencia no se comprometieron los intereses del inversionista ni se vulneró la rentabilidad del proyecto con el aumento del CAPEX aprobado en dicho Control de Cambios.

LL. Hechos relacionados con el procedimiento utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar la cuantificación del daño en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Prenotado.

Ante la complejidad del tema y del procedimiento utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar el daño, se manifiesta (i) que en los Hechos 105, 108 y 112 de la presenta demanda se ha modificado solo la presentación de las Tablas elaboradas por el operador fiscal en los Autos proferidos en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, (ii) que las cifras no han tenido modificación alguna, y (iii) que en algunos casos se ha aproximado la cifra a números enteros porque el operador fiscal en el desarrollo de su metodología en unos casos utiliza números enteras y en otros casos no aproxima al mil más cercano.

LL. Procedimiento utilizado para determinar la cuantificación del daño en el Auto de Apertura del 10 de marzo de 2017 del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

104. El Auto de apertura del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017, 129 en la Parte Resolutiva, páginas 337 a 339, dispuso, entre otras decisiones, las siguientes:

“TERCERO: DETERMINAR el daño fiscal como la PÉRDIDA DE VALOR DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN EL PROYECTO DE MODERNIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA como resultado de las **MAYORES INVERSIONES APROBADAS DEBIDO A DEFICIENCIAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS DIFERENTES ETAPAS O FASES DEL PROYECTO que constituyen el DAÑO EMERGENTE y la ENTRADA TARDÍA EN OPERACIÓN de la refinería que constituye el LUCRO CESANTE, lo cual se atribuye a una GESTIÓN ISCAL ANTIECONÓMICA, INEFICIENTE, INEFICAZ e INOPORTUNA, por una cuantía estimada de SEIS MIL OCHENTA MILLONES DE DÓLARES D ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$6.080.000.000,00), calculados en dólares de 2015, equivalentes a la tasa representativa del mercado (TRM) del 4 de noviembre de 2015 a la suma de DIECISIETE BILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE OLOMBIANA (COP\$17.177.520.000.000 M/cte), sin indexar.**

(...)

CUARTO: ORDENAR la vinculación de las siguientes personas en calidad de presuntas responsables fiscales a este proceso, conforme lo previsto en la parte considerativa:

(...)

• **ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ.** En calidad de presidente de REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. -REFICAR y representante legal de la misma.

(...)

• **HENRY MEDINA GONZÁLEZ.** En calidad de miembro de la Junta Directiva de REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. -REFICAR y de ECOPETROL S.A.

(...)

• **HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO.** En calidad de miembro de la Junta Directiva de ECOPETROL S.A. como Director del Departamento Nacional de Planeación y miembro de la Junta Directiva de Reficar S.A.”

(El color rojo de la letra y de los números fuera del texto original)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

105. En el Auto de Apertura No. 382 de 2017 proferido en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, con base en los modelos financieros elaborados por REFICAR, se determinó que la pérdida de valor de la inversión en el Proyecto de Modernización y Ampliación de la Refinería de Cartagena - REFICAR, se originó por la entrada tardía de la operación de la refinería y por mayores erogaciones, y para establecer la pérdida de valor de la inversión en el mencionado Proyecto la Contraloría inicialmente acudió a dos (2) conjuntos de información: (i) los indicadores financieros de cada uno de los controles de cambios, encontrados en las Actas de la Junta Directiva de REFICAR; y (ii) los indicadores los de los modelos financieros elaborados por REFICAR.

En la página 267 del Auto de Apertura, Tabla 1., con base en la información de las actas de la Junta Directiva de la sociedad REFICAR se presentan los indicadores financieros del Proyecto, Tabla en la que se detallan el VALOR PRESENTE NETO - VPN, el costo promedio del capital denominado WACC, y las inversiones de capital -CAPEX- en cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio y en la Línea Base, esta última, definida como el punto de partida del Proyecto.

Indicadores	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5
VPN	2,369	858	ND	- 1,755	- 4,843	- 5,812
WACC	10.0%	12.2%	ND	11.1%	ND	ND
Capex	3,777	3,994	4,854	6,902	7,653	8,016

Tabla 1.
(Cifras en millones de dólares)

En la información registrada en las Actas de la Junta Directiva de REFICAR se identifica una variación de -8.181 MUSD en el VALOR PRESENTE NETO - VPN, que resulta de restarle al VPN del Control de Cambios 5, el VPN de la Línea Base, así
Se toma el VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5, según Tabla 1., que es de - 5.812 (negativo) y se le resta el VPN de la Línea Base 2.369:

(+) VPN Control de Cambios 5	:	- 5.812
		Menos
(-) VPN de la Línea Base	:	<u>2.369</u>
(=) Resultado	:	- 8.181

Y para el caso del CAPEX, al acumulado hasta el Control de Cambios 5, se le resta el monto del CAPEX de 3.777 de la Línea Base, es decir:

(+) CAPEX acumulado hasta el Control de Cambios 5	:	8.016
		Menos
(-) CAPEX de la Línea Base	:	<u>3.777</u>
(=) Resultado	:	4.239

resta que da un resultado de la variación del CAPEX entre los cinco (5) Controles de Cambio de \$4.239 MUSD.

En la información registrada en los modelos financieros elaborados por REFICAR se presentan los mismos indicadores así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Indicadores	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5
VPN	997	1,396	185	- 2,568	- 4,845	- 6,238
WACC	12.2%	11.1%	11.1%	11.1%	11.1%	11.1%
Capex	3,660	3,994	5,148	6,902	7,653	8,016

Tabla 2.
(Cifras en millones de dólares)

Con base en la información registrada en los modelos financieros elaborados por REFICAR, se establece la variación del VPN con un resultado de -7.235 MUSD, que se obtiene de restarle al valor acumulado de los cinco (5) Controles de Cambios, el monto de la Línea Base, es decir:

(+) VPN control de hasta el Control de Cambios 5:	- 6.238	(Tabla 2.)
Menos		
(-) VPN de la Línea Base	: - 997	
(=) Resultado	: - 7.235	

Y en el caso de la variación en el CAPEX es de 4.356 M USD, cifra que resulta de restarle al monto acumulado de los cinco (5) Controles de Cambios, el valor de la Línea Base:

(+) CAPEX acumulado hasta el Control de Cambios 5	: 8.016
Menos	
(-) CAPEX de la Línea Base	: 3.660
(=) Resultado	: 4.356

A los modelos financieros elaborados por REFICAR cuya información de los indicadores se muestra en la Tabla 2., la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA les hizo los siguientes ajustes:

- I) Cambió el valor a perpetuidad del año 2034 al año 2033
- II) Unificó la tasa de descuento al 11.1%
- III) Eliminó de la línea base el flujo de caja de la refinería antigua
- IV) Modificó los montos contenidos en los modelos de Reficar para expresarlos en dólares constantes de 2015, utilizando la tasa de inflación de los Estados Unidos de América, de acuerdo con la siguiente tabla.

Inflación de los Estados Unidos de América.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018-2038
Índice de Precios	87.63	87.72	90.09	91.44	94.18	95.82	96.88	98.23	100.00	102.20	104.55	N.D

Tabla 3.

El Auto de Apertura después realizar los cuatro (4) ajustes enunciados anteriormente a los modelos elaborados por REFICAR, obtuvo los siguientes resultados para el VALOR PRESENTE NETO - VPN, en dólares constantes del año 2015

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Variación Total (CC5-Línea Base)
VPN (M USD de 2015)	2.975	2.258	264	- 3,676	- 4,845	- 6,238	9.213
Variación entre Controles de Cambio	-	- 717	- 1,994	- 3,940	- 1,169	- 1,393	9.213

Tabla 4.
(Cifras en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La variación del VPN entre Controles de Cambio se refiere a la diferencia entre un Control de Cambios, Tabla 4., y el anterior Control de Cambios, por ejemplo, ara el Control de Cambios 2 – CC2 es como sigue:

(+) VPN del Control de Cambios 2 es igual a	264
Menos	
(-) VPN del control del Control de Cambios 1 es igual a	2.258
(=) Resultado	-1.994

En el Auto de Apertura se utilizó el concepto de VALOR PRESENTE NETO MARGINAL o “VPN Marginal”, que hace referencia a las diferencias en “la valoración obtenida en cada hito del proyecto”, es decir, a la variación del VPN entre cada Control de Cambios y la versión previa, página 269, Tabla 5.

Con base en los resultados de la Tabla anterior, se denominó como “VPN marginal” a la variación entre cada control de cambios, así:

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
VPN MARGINAL	-	717	- 1.994	- 3.940	- 1.169	- 1.393	- 9.213

Tabla 5.
(Cifras en millones de dólares)

El valor total de las variaciones del VPN en los diferentes Controles de Cambio ascendió a la suma de 9.213 MUSD, cifra que es el resultado de restar al VPN marginal acumulado, es decir, hasta el Control de Cambios 5 – CC5, el VALOR PRESENTE NETO de la Línea Base, así:

(+) VPN Control de cambios 5	:	- 6.238
Menos		
(-) VPN de la línea base	:	<u>2.975</u>
(=) Resultado	:	- 9.213

Teniendo en cuenta la variación del VPN antes detallada, se procedió a determinar cuál variación correspondía al período 2007 a 2015, y cuál al período posterior al 2015, Tabla 6., página 270, y se separó la variación por efecto del aumento del CAPEX y la variación originada por la entrada tardía de operación de la Refinería, con el siguiente resultado:

	Variación 2007 - 2034	Variación 2007 - 2015	Variación 2016 - 2034
Total	- 9,213	- 6,080	- 3,133
Efecto CAPEX	- 4,415	- 4,144	- 271
Efecto Entrada Tardía	- 4,797	- 1,936	- 2,861

Tabla 6.
(Cifras en millones de dólares)

En el Auto de Apertura para el período 2007 a 2015, el daño emergente se atribuyó a mayores inversiones del orden de 4.144 MUSD, y el lucro cesante a la entrada tardía de la operación de la Refinería, por un monto de 1.936 MUSD, para un valor total del daño de 6.080 MUSD, que convertidos a la tasa representativa del mercado (TRM) del 4 de noviembre de 2015 arrojó un monto de \$17.177.520.000.000 COPS., sin indexar.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(+) Daño emergente	:	4.144
	Más	
(+) Lucro Cesante	:	<u>1.936</u>
(=) Total del Daño (MUSD)	:	6.080
(x) Multiplicado por la TRM 4 nov. 2015	:	<u>2.825,25</u>
(=) Total del Daño (MMCOP)	:	17.177,52

MMCOP = Miles de millones de pesos colombianos.

106. El Auto de apertura del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017, para la cuantificación determinó como daño la variación total del VPN en el periodo 2007 a 2015 por la suma de 6.080 MUSD y lo desglosó entre mayores inversiones o CAPEX, que no repercutieron en un beneficio económico adicional al originalmente proyectado, daño emergente (4.144 MUSD), y las que fueron necesarias para la terminación de la obra por retraso en el cumplimiento del cronograma del proyecto, lucro cesante (1.936 MUSD), pero no individualizó o determinó los daños atribuibles a cada uno de los controles de cambios.

Procedimiento utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar la cuantificación del daño en el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCCPRF-005-2017

107. El Auto de Imputación del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, dispuso respecto de la cuantía del daño emergente originado en las mayores inversiones correspondientes a los Controles de Cambio 2, 3 y 4, páginas 4738 y 4739:

“ARTÍCULO SEGUNDO: CONTINUAR dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal número PRF-2017-00309 UCC-PRF-005-2017, las actuaciones adelantadas relativas al DAÑO EMERGENTE originado en las **MAYORES INVERSIONES** correspondientes a los controles de cambio 2, 3 y 4 que implicaron adiciones al presupuesto del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena y DETERMINAR la cuantía del presente Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal en 2.433 MUSD de 2009 que convertidos a la TRM promedio de dicho año equivalente a la suma de **CINCO BILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS COLOMBIANOS (COP\$5.238.978.900.000,00) SIN INDEXAR.**

ARTÍCULO TERCERO: IMPUTAR RESPONSABILIDAD FISCAL SOLIDARIA, de acuerdo con las consideraciones de este proveído en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 en concordancia con los artículos 1, 3, 4 y 5 de la ley 610 de 2000 y el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 por la aprobación y ejecución de las inversiones correspondientes al Control de Cambios 2 en cuantía de 778 MUSD en dólares constantes de 2009, que convertidos a la TRM (Tasa Representativa del Mercado) promedio de dicho año equivalen a la suma de **UN BILLON SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS COLOMBIANOS (COP\$ 1.675.267.400.000,00) SIN INDEXAR, a los siguientes implicados:**

107. El Auto de Imputación del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, dispuso respecto de la cuantía del daño emergente originado en las mayores inversiones correspondientes a los Controles de Cambio 2, 3 y 4, páginas 4738 y 4739:

“ARTÍCULO SEGUNDO: CONTINUAR dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal número PRF-2017-00309 UCC-PRF-005-2017, las actuaciones adelantadas relativas al DAÑO EMERGENTE originado en las **MAYORES INVERSIONES**

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

correspondientes a los controles de cambio 2, 3 y 4 que implicaron adiciones al presupuesto del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena y DETERMINAR la cuantía del presente Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal en 2.433 MUSD de 2009 que convertidos a la TRM promedio de dicho año equivalente a la suma de **CINCO BILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS COLOMBIANOS (COP\$5.238.978.900.000,00) SIN INDEXAR.**

ARTÍCULO TERCERO: IMPUTAR RESPONSABILIDAD FISCAL SOLIDARIA, de acuerdo con las consideraciones de este proveído en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 en concordancia con los artículos 1, 3, 4 y 5 de la ley 610 de 2000 y el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 por la aprobación y ejecución de las inversiones correspondientes al **Control de Cambios 2** en cuantía de 778 MUSD en dólares constantes de 2009, que convertidos a la TRM (Tasa Representativa del Mercado) promedio de dicho año equivalen a la suma de **UN BILLON SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS COLOMBIANOS (COP\$ 1.675.267.400.000,00) SIN INDEXAR,** a los siguientes implicados:

(...)

- HERNANDO JOSÉ GÓMEZ. En calidad de miembro de la Junta Directiva de REFICAR S.A. para el Control de Cambios 2 a título de DOLO.
- HENRY MEDINA GONZÁLEZ. En calidad de miembro de la Junta Directiva de REFICAR S.A. para el Control de Cambios 2 a título de DOLO.
- ORLANDO CABRALES MARTÍNEZ. En calidad de Presidente de REFICAR S.A. y representante legal de la misma para el Control de Cambios 2 a título de DOLO. “ (El color rojo del número 778 fuera del texto original).

108. El Auto de Imputación para el cálculo del daño fiscal partió de la variación de VPN desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, estableció cuales de las adiciones al CAPEX mantuvieron el retorno esperado del inversionista y cuales no. Estas últimas fueron consideradas por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA como daño fiscal.

Antes de iniciar el procedimiento de cálculo del daño la CONTRALORÍA realizó los siguientes ajustes a los modelos financieros elaborados por REFICAR:

- (i) Se retiraron de la Línea Base las inversiones de los años 2007 y 2008 previas al año de aprobación de la configuración del Proyecto
- (ii) Se calcularon los flujos de caja en dólares del año 2009 para unificar los VPN desplazándolos al año 2009 y unificando la tasa de descuento a 11.1%
- (iii) Se separaron los flujos de caja libre entre el período de inversión y de operación, para retirar del daño fiscal los años de operación
- (iv) Se definió que el período 2011 a 2015 es el pertinente para determinar la afectación al VPN por adiciones de CAPEX, dado que corresponde a los años en los que se aprobaron los Controles de Cambio.
- (v) Se retiraron de los flujos de caja, los pertinentes a la refinería antigua.

Al ajustar los modelos financieros con los ajustes antes detallados, página 1402, se obtuvieron los siguientes resultados del VPN.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total Variación (LB vs. CC5)
VPN	1,501.28	1,345.91	356.11	- 1,651.49	- 2,345.42	- 3,086.17	- 4,587.45

Tabla 7.
 (VPN en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La variación total de -4.587.45 resulta de restarle al VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5 (-3.086.17) el VPN de la Línea Base (1.501.28), es decir:

VPN acumulado al Control de Cambios 5	-3.086.17
Menos	
VPN de la Línea Base	1.501.28
(=) Total Variación del VPN	-4.587.45

Como se observa en la Tabla 7., después de realizar los ajustes, el VALOR PRESENTE NETO - VPN del Control de Cambios 1 – CC1 y del Control de Cambios 2 – CC2 es positivo: 1.345.91 MUSD y 356.11 MUSD respectivamente.

A continuación, se diferencia el periodo de inversión -2007 a 2015- y el período de operación -2016 a 2034-, y con base en dicha premisa se obtuvo el aporte sobre el VPN en cada una de estas dos (2) etapas y para cada uno de los Controles de Cambio, páginas 1403 y 1404, como se detalla en la siguiente Tabla.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Variación LB vs. CC5
VPN Período de Inversión (M USD)	- 2.933.70	- 2.836.05	- 3.746.69	- 4.643.11	- 5.418.64	- 5.601.17	
VPN Período de Operación (M USD)	4.434.98	4.181.96	4.102.80	2.991.62	3.073.22	2.515.00	- 1.919.98
Total VPN (M USD)	1,501.28	1,345.91	356.11	- 1,651.49	- 2,345.42	- 3,086.17	- 4,587.45

Tabla 8.
(VPN en millones de dólares)

Se observa en la Tabla anterior que el total de las variaciones del VPN en el periodo de operación es de -1.919.96 MUSD que resulta de restarle al acumulado del Control de Cambios 5 el VPN de la Línea Base, como sigue:

(+) VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5	2.515.00
Menos	
(-) VPN de la Línea Base	4.434.98
(=) resultado de la variación del VPN en el periodo de operación	-1.919.98

Considera el Auto de Imputación, página 1404, que al ser el periodo 2011 a 2015 el de la ocurrencia de los Controles de Cambio, a este periodo corresponde la afectación del VPN ante las adiciones del CAPEX. Empalmado esta premisa con el final del periodo de inversión, es decir el año anterior al periodo de operación, se establecieron periodos de inversión para cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio, como se muestra a continuación:

Hito	Periodo pertinente de cálculo	
	Inicio	Fin
Control de Cambios 1	2011	2013
Control de Cambios 2	2012	2013
Control de Cambios 3	2013	2014
Control de Cambios 4	2014	2015
Control de Cambios 5	2015	2016

Tabla 9.

De esa manera, se estableció que el periodo de variación del VPN ante adiciones del CAPEX, entre la Línea Base y el Control de Cambios 1 – CC1 corresponde a los años

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2011 a 2013, que la variación entre los Controles de Cambio 1 y 2 corresponde a los años 2012 a 2013 y así sucesivamente.

Ahora, teniendo en cuenta que las variaciones del CAPEX tienen efectos prospectivos, al efectuar ese ajuste y retirar los flujos de caja de la Refinería antigua de los modelos financieros elaborados por REFICAR, se obtiene una nueva variación del VPN para cada uno los cinco (5) Controles de Cambio, página 1405, en el periodo de inversión, como se detalla en la siguiente Tabla:

Variación del VPN originado por los controles de cambio

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Variación del VPN	-	698.11	- 1,060.53	- 1,216.15	- 629.35	- 246.45	- 3,850.59

Tabla 10.
(VPN en millones de dólares)

La variación total del VPN en el periodo de inversión ahora es de -3.850,59 MUSD que resulta de sumar cada una de las variaciones del VPN desde el Control de Cambios 1 hasta el Control de Cambios 5 como se detalla en la tabla 10.

De los resultados anteriores se observa que el VPN pasa de 1.501 (positivo) MUSD de la Línea Base, Tabla 8., a -3.086 (negativo) en el Control de Cambios 5, es decir una variación total para todos los Controles de Cambio de -4.587.45 (negativo) MUSD, Tablas 7. y 8., y una vez identificada la variación del VPN en el periodo de inversión, Tabla 10., y en el periodo de operación, Tabla 8., se calcula la variación del VPN origina con anterioridad a los Controles de Cambio, la variación originada por los Controles de Cambio en el periodo de inversión y la variación originada en el periodo de operación del Proyecto, página 1406 del Auto, con los siguientes resultados:

Composición del cambio en el VPN (MM USD)	
Originado antes de los controles de cambio	1,183.12
Originado en los controles de cambio	- 3,850.59
Originado en el período de operación	- 1,919.98
Total	- 4,587.45

Tabla 11.

En el Auto se toma el VPN de la Línea Base que es 1.501 MUSD (Tabla 7.) y se le resta la variación atribuible a todos los cinco (5) Controles de Cambio, es decir desde el Control de Cambios 1 a 5, que corresponde a la cifra de - 3.850,59 MUSD, Tabla 10., identificándose así la declinación del VPN en el periodo de inversión, que arrojó como resultado la suma de 2.349 MUSD, es decir \$1.501 menos \$3.851, cifra en número entero, Tabla 10., como se explica continuación:

(+) VPN Línea Base	:	1.501
Menos		
(-) Variación VPN Controles de Cambio	:	- <u>3.851</u>
(=) Resultado	:	- 2.349

El Auto de Imputación, página 1407, considera que toda la declinación del VPN "indistintamente de si ocurrieron por encima o por debajo del umbral, incidieron en el estado final del indicador financiero, deteriorando su cuantía. Para los agentes gestores

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

del proyecto, la ganancia de oportunidad reflejada en la condición VPN>0 no constituye despena alguna para dejar de decidir o actuar con observancia de parámetros de eficiencia, por lo cual las declinaciones causadas al valor presente en la zona superlativa ameritan ser evaluadas con el mismo criterio que las declinaciones ocurridas debajo del umbral, esto es, bajo la condición VPN. Por lo anterior, para el operador fiscal, la magnitud del daño equivale al retroceso del VPN bajo el umbral VPN= 0, es decir 2.349 MUSD que resulta de restar el VPN de la Línea Base (1.501) al monto de la declinación total del mismo, es decir la suma de las variaciones desde el Control de Cambios 1 hasta el Control de Cambios 5 (3.851).

Una vez definido lo anterior, el Auto procedió, página 1408, a establecer la participación porcentual de la variación del VPN (Tabla 10.) en los (5) Cinco Controles de Cambios y la variación total de este indicador (3.850,59 MUSD), así:

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Participación	Variación VPN bajo el umbral VPN=0
Entre Línea Base y CC1	- 698.11	18.13%	- 425.93
Entre CC1 y CC2	- 1,060.53	27.54%	- 647.05
Entre CC2 y CC3	- 1,216.15	31.58%	- 741.99
Entre CC3 y CC4	- 629.35	16.34%	- 383.98
Entre CC4 y CC5	- 246.45	6.40%	- 150.36
Total	- 3,850.59	100.00%	- 2,349.31

Tabla 12.
(VPN en millones de dólares)

El intervalo entre los Controles de Cambios 1 y 2 es:

Variación total del VPN entre todos los intervalos : -3.850.59 MUSD

Variación del intervalo entre los Controles de Cambio 1 y 2 : -1.060.53 MUSD

Porcentaje de participación del intervalo entre CC1 y CC2 : 27.54%

Que se explica como sigue:

Variación del intervalo entre los CC1 y CC2 -1.060.53 MUSD

Dividido por

Variación total del VPN entre todos los intervalos -3.850.59 MUSD

(=) Resultado 0.275452

Al multiplicarlo por 100 para expresarlo en términos porcentuales sería:

0.275452 (X) Multiplicado por 100

(=) Resultado 27,54%

El mismo procedimiento anteriormente detallado se utilizó para determinar los porcentajes de cada uno de los intervalos entre un Control de Cambios y el siguiente., Tabla 12.

A continuación, el Auto tomó la declinación total del VPN, bajo el umbral VPN=0, es decir 2.349,31 MUSD y se le aplicaron los porcentajes anteriormente establecidos, para cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios, Tabla 12., como sigue:

Para el intervalo entre el Control de Cambio 1 y 2 se aplica el porcentaje anterior a la variación total del VPN por debajo del umbral, es decir -2.349.31 MUSD.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La cifra de 2.349.31 MUSD multiplicada por 27.54% da como resultado que la variación por debajo del umbral del control de cambios 2 es de -647.05 MUSD. El mismo procedimiento se aplicó para cada uno de los intervalos

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Participación	Variación VPN bajo el umbral VPN=0
Entre Línea Base y CC1	- 698.11	18.13%	- 425.93
Entre CC1 y CC2	- 1,060.53	27.54%	- 647.05
Entre CC2 y CC3	- 1,216.15	31.58%	- 741.99
Entre CC3 y CC4	- 629.35	16.34%	- 383.98
Entre CC4 y CC5	- 246.45	6.40%	- 150.36
Total	- 3,850.59	100.00%	- 2,349.31

Tabla 13.
(VPN en millones de dólares)

A partir de la anterior información el Auto procedió a determinar qué porción de la adición del CAPEX situó el VPN en una magnitud negativa. Para esto definió que esta magnitud está determinada por el cociente entre la variación del VPN por debajo del umbral (-2.349.31 MUSD) y la variación total originada por los cinco (5) Controles de Cambios (-3.850.59 USD), como sigue:

Variación del VPN por debajo del umbral	- 2.349.31
Dividido por	
Variación total originada por los Controles de Cambios	- <u>3.850.59</u>
(=) Resultado en términos porcentuales :	61,01%

Después se expone que dado que la expansión del CAPEX pasó de 3.777 M USD en la Línea Base hasta un monto al final de 8.016 en el Control de Cambios 5 (Tabla 1.), su variación fue de 4.239 MUSD, es decir, (8.016 menos 3.777), monto que al multiplicarlo por el cociente antes definido (61,01%) arrojó el monto del daño fiscal que ascendió a 2.586 MUSD, y que resulta de multiplicar la variación del CAPEX desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, es decir 4.239 MUSD por 61.01 %, como se describe a continuación:

(+) CAPEX acumulado hasta el Control de Cambios 5:	8.016
Menos	
(-) CAPEX de la Línea Base	: <u>3.777</u>
(=) Resultado	4.239
Multiplicado por	
(x) Cociente	: 61,01%
(=) Daño Fiscal	: 2.586

Para la distribución del daño, inicialmente se establece la variación del CAPEX en la Línea Base y en los cinco (5) Controles de Cambios, de acuerdo con la información registrada en las Actas de Junta Directiva de REFICAR y en los modelos financieros, como sigue:

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Capex	3,777.00	3,994.00	5,148.00	6,902.00	7,653.00	8,016.00	
Variación Capex	-	217.00	1,154.00	1,754.00	751.00	363.00	4,239

Tabla 14.
(Cifras en millones de dólares)

Es importante resaltar que en el Control de Cambios 2 la adición al CAPEX según Acta de la Junta Directiva de REFICAR 87 de 2012 de fue de 860 MUSD, que corresponde al

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

incremento del CAPEX entre el Control de Cambios 1 y el Control de Cambios 2, es decir la variación entre 3.994 M USD y 4.854 MUSD:

(+) CAPEX Control de Cambios 2	:	4.854
		Menos
(-) CAPEX Control de Cambios 1	:	<u>3.994</u>
(=) Adición CAPEX (Acta 87)	:	860

Sin embargo, en el Auto de Imputación, para todos los efectos de cálculo del daño se tomó para el Control de Cambios 2 la variación del CAPEX según el modelo financiero, que corresponde a 1.154 MUSD (Tabla 14.), es decir 5.148 MUSD del Control de Cambios 2 menos 3.994 M USD del Control de Cambios 1

(+) CAPEX Control de Cambios 2	:	5.148
		Menos
(-) CAPEX Control de Cambios 1	:	<u>3.994</u>
(=) Adición CAPEX (Según modelo)	:	1.154

A continuación, el Auto determinó una base de distribución utilizando los porcentajes de la variación del VPN, para lo cual se tomaron las variaciones del CAPEX y se multiplicaron por los porcentajes de variación del VPN establecidos en la Tabla 13, así:

Intervalo de Hitos	Variación Capex (MM USD)	Variación VPN	Base de distribución (MM USD)
Entre Línea Base y CC1	217.00	18.13%	39.34
Entre CC1 y CC2	1,154.00	27.54%	317.84
Entre CC2 y CC3	1,754.00	31.58%	553.97
Entre CC3 y CC4	751.00	16.34%	122.75
Entre CC4 y CC5	363.00	6.40%	23.23
Total	4,239.00	100.00%	1,057.13

Tabla 15.

Es así que por ejemplo, para el Control de Cambios 2 se determinó la base de distribución multiplicando el porcentaje de variación del VPN (27,54%) (Tabla 12.) por la variación del CAPEX 1.154 M USD, operación que dio como resultado una base de distribución para el Control de Cambios 2 de 317,84 MUSD, como se muestra a continuación:

(+) Variación CAPEX CC1-CC2	:	1.154
		Multiplicado por
(x) Porcentaje de Variación VPN	:	<u>27,54%</u>
(=) Base de distribución CC2	:	317,84

El Auto de imputación una vez establecida la base de distribución cuyo valor total para todos los cinco (5) Controles de Cambio fue de 1.057,13 MUSD (Tabla 15), procedió a establecer otro porcentaje de participación para cada Control de Cambios, dividiendo cada base de distribución por el total de la base.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Base de distribución (MM USD)	Participación CAPEX
Entre Línea Base y CC1	18.13%	39.34	3.72%
Entre CC1 y CC2	27.54%	317.84	30.07%
Entre CC2 y CC3	31.58%	553.97	52.40%
Entre CC3 y CC4	16.34%	122.75	11.61%
Entre CC4 y CC5	6.40%	23.23	2.20%
Total	100.00%	1,057.13	100.00%

Tabla 16.

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2:

- Base de Distribución, Control de Cambios 2, igual a 317,84 MUSD (Tabla 15.)
- Base Total de distribución igual a 1.057,13 MUSD

Al dividir 317,84 en 1.057,13 el resultado 0,30066, que al multiplicarlo por 100, para ponerlo en términos de porcentaje, arroja un porcentaje de 30,07%, para el Control de Cambios 2.

(+) Base de distribución CC2	:	317,84
Dividido		
(÷) Total Base de distribución	:	1.057,13 (Tabla 16.)
(=) Resultado	:	30,07%

Finalmente, el Auto de imputación al aplicar los porcentajes de participación de cada uno de los intervalos de los cinco (5) Controles de Cambios (página 1409 del Auto) según la Tabla 3.16, definidos por la CONTRALORÍA como las participaciones de las adiciones del CAPEX sobre el monto total del daño, es decir **2.586 MUSD** se determinó el daño fiscal ligado a cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios, como se detalla a continuación,

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Porcentaje de Distribución		3.72%	30.07%	52.40%	11.61%	2.20%	
Adición CAPEX constitutiva de daño	-	96.25	777.59	1,355.31	300.30	56.84	2,586.29

Tabla 17.

(CAPEX en millones de dólares)

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2 sería:

Total, del daño fiscal	2.586.29 MUSD
Porcentaje de participación según tabla 3.16	30.07%
Daño fiscal total multiplicado por el porcentaje de participación:	
(=) Resultado	777.59 MUSD

Manifiesta el Auto de Imputación que el valor total del daño emergente, corresponde a 2.586 MUSD de los cuales se deben excluir las afectaciones resultantes de los Controles de Cambios 1 y 5, (96 y 57 MUSD respectivamente) toda vez que los incrementos en el presupuesto de capital CAPEX aprobados en dichos Controles de Cambio, se situaron dentro del presupuesto de contingencia (+/-10%)

Es así como el total del daño emergente, según el Auto de Imputación, ascendió a la suma de 2.433 MUSD en dólares constantes del año 2009 que corresponden al total del daño 2.433 menos 96 del control de cambios 1 y menos 57 del control de cambios 5 para un resultado de 2.433 MUSD como se detalla en la siguiente Tabla.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Daño Emergente	-		778	1,355	300		2,433

Tabla 18.
(Cifras en millones de dolares)

Los 2.433 MUSD al convertirlos a pesos utilizando la tasa representativa del mercado (TRM) promedio del año 2009, equivalen a \$5.238.978.900.000 pesos, sin indexar:

(+) Daño Emergente (M USD) : 2.433

(x) multiplicado por la TRM promedio de 2009: 2.153,30

(=) Total del Daño (MMCOP) : 5.238,98

MMCOP = MILES DE MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS

109. El Auto de imputación utiliza un procedimiento para la cuantificación y distribución del daño emergente, según el cual se determina el valor total del daño hasta el último Control de Cambios, es decir desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, y luego de distribuye porcentualmente según una metodología establecida, sin tener en cuenta la incidencia concreta en el VPN causada por el aumento de CAPEX aprobado en cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios.

Procedimiento utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar la cuantificación del daño en el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

110. El Auto de Fallo con responsabilidad de primera instancia del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, página 6230 a 6232, dispuso respecto de nuestros poderdantes

“SEGUNDO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, de acuerdo con las consideraciones de este proveído en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la ley 610 de 2000 y el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, por el daño producido a los intereses patrimoniales del Estado derivado de las decisiones sobre el manejo de los recursos públicos que conllevaron a la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, al aprobarse las adiciones de recursos CAPEX en exceso sobre los niveles acordados con la remuneración del capital aportado al Proyecto a su costo de oportunidad en el control de cambio 2, en cuantía indexada de UN BILLÓN TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS Y VEINTISIETE CENTAVOS (\$1.329.555.296.567,27), en forma solidaria y a título de CULPA GRAVE en contra de las siguientes personas naturales y jurídicas:

FUNCIONARIOS DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. – REFICAR

(...)

• ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ, identificado con la C.C. No. 3.789.316 de Cartagena, en su calidad de presidente de REFICAR (sic) DE CARTAGENA S.A. - REFICAR y representante legal de la misma para la época de los hechos.

(...)

MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA REFICAR S.A. (sic)

(...)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- HENRY MEDINA GONZÁLEZ, identificado con la C.C. No. 79.778.026, en su calidad de Miembro de la Junta directiva de la REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. REFICAR y de ECOPETROL S.A.
- HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, identificado con la C.C. No. 79.140.549, en su calidad de Miembro de la Junta directiva de REFICAR S.A. para la época de los hechos". (El color rojo de la letra y de los números fuera del texto original)

111. El Anexo No.1 del Auto de Fallo con responsabilidad de primera instancia del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF005-2017, en un Cuadro si fecha y con información confusa presenta la cuantificación del daño.

112. El Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia sigue una metodología similar a la del Auto de Imputación, pero realiza los siguientes ajustes a los modelos financieros elaborados por REFICAR para la cuantificación del daño fiscal:

- Conversión o desplazamiento de flujos de caja del horizonte 2009 a 2034, a dólares constantes de 2009.
- Una vez expresados todos los flujos de caja a dólares de 2009 se desplazaron los montos del valor presente neto (VPN) al año 2009 mediante la tasa de descuento a costo de capital WACC de 11.1%.
- Retiro de los flujos de caja de la etapa de operación en la versión del modelo financiero a partir del control de cambios 1, de manera que las variaciones del VPN desde la línea base reflejaran únicamente el efecto del periodo de inversión.
- Retiro de los flujos de caja que antecedieron a cada uno de los controles de cambio, para determinar períodos comprendidos entre el año de aprobación del CAPEX y el año en que se formuló la finalización de las inversiones.
- Supresión de variables asociadas con la refinería antigua.

Como el operador fiscal observó que los flujos de caja en los modelos financieros elaborados por REFICAR se encuentran medidos en diferentes años: la Línea Base se encuentra a precios de 2009, el Control de Cambios 1 a precios de 2011; los Controles de Cambios 2 y 3 a precios de 2012 y los Controles de Cambios 4 y 5 a precios de 2015; consideró, que el primer paso del procedimiento de cálculo del daño debía ser la conversión a un solo año de referencia. Teniendo en cuenta el año de conversión que se tomó en el Auto de Imputación realizó la deflactación a dólares constantes del año 2009.

Una vez hecho el ajuste anterior, los resultados del CAPEX, páginas 527 a 529, de la Línea Base y cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios arrojan los siguientes resultados:

CAPEX USD Constantes de 2009 (Actualizado por Inflación USA)		
	CAPEX M USD	Variación M USD
Línea Base	3,491.24	
Control de Cambios 1	3,619.48	128.24
Control de Cambios 2	4,716.51	1,097.02
Control de Cambios 3	6,270.30	1,553.80
Control de Cambios 4	6,989.49	719.18
Control de Cambios 5	7,309.00	319.52
Variación Total		3,817.76

Tabla 19.

De esta forma se determinó que la variación total del CAPEX ascendió a 3.817,76 MUSD, monto que difiere del 4.239 M USD que se obtuvo en el Auto de Imputación, diferencia que obedece al ajuste descrito anteriormente y realizado a los modelos financieros.

A continuación, el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal procedió a calcular el CAPEX de la Línea Base (3.491.24 MUSD) (Tabla 19.) a la tasa de oportunidad del 11.1%, lo que

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

generó un nuevo VALOR PRESENTE NETO del CAPEX de 2.933.69 MUSD, para la Línea Base, como se muestra a continuación:

CAPEX Línea Base		
USD Constantes de 2009		
Descontados a la tasa WAC =11.10%		
Año	Valores Iniciales	Valores Descontados a 2009
2009	330.45	330.45
2010	1.169.49	1.052.55
2011	1.359.14	1.101.12
2012	474.12	345.74
2013	158.04	103.73
Total	3.491.24	2.933.69

Tabla 20.
(Cifras en millones de dólares)

Siguiendo el mismo procedimiento para la Línea Base se procedió a ajustar la variación del CAPEX entre la Línea Base y el Control de Cambios 1, página 537, es decir -128,24 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, y el resultado fue de -92.70 MUSD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Línea Base y Control de Cambios 1			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	96.46	96.46	
2010	612.49	708.94	
2011	14.96	723.90	
2012	- 840.85	- 116.95	- 85.28
2013	- 11.29	- 128.24	- 7.41
Total	- 128.24		- 92.70

Tabla 21.
(Cifras en millones de dólares)

Luego procede el Auto a hacer el mismo procedimiento anterior para la variación del CAPEX del Control de Cambios 1 y el Control de Cambios 2, página 538, es decir - 1.097,02 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, y el resultado fue de - 743,57 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 1 y Control de Cambios 2			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	- 2.90	- 2.90	
2010	- 6.90	- 9.80	
2011	223.70	213.91	
2012	- 540.75	- 326.84	- 238.34
2013	- 765.78	- 1,092.61	- 502.63
2014	- 4.41	- 1,097.02	- 2.60
Total	- 1,097.02		- 743.57

Tabla 22.
(Cifras en millones de dólares)

Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 2 y el Control de Cambios 3, página 538, es decir -1.553,80 MUSD (Tabla 19.) a la tasa de oportunidad del 11.1%, y el resultado fue de -903,68 M USD, como se muestra a continuación:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Desfase entre Control de Cambios 2 y Control de Cambios 3			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	-	-	
2010	0.02	0.02	
2011	- 2.82	- 2.80	
2012	415.34	412.54	
2013	- 385.81	26.73	
2014	- 1,338.64	- 1,311.91	- 775.06
2015	- 241.89	- 1,553.80	- 128.63
Total	- 1,553.80		- 903.68

Tabla 23.
(Cifras en millones de dólares)

Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 3 y el Control de Cambios 4 es decir -719,18, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, página 539, y el resultado fue de -389,66 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 3 y Control de Cambios 4			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	0.14	0.14	
2010	0.33	0.47	
2011	0.67	1.14	
2012	0.84	1.98	
2013	24.32	26.30	
2014	- 148.65	- 122.35	- 72.28
2015	- 596.84	- 719.18	- 317.37
Total	- 719.18		- 389.66

Tabla 24.
(Cifras en millones de dólares)

Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 4 y el Control de Cambios 5 es decir -319,52USD a la tasa de oportunidad del 11.1%, página 539, y el resultado fue de -155.48 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 4 y Control de Cambios 5			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	-	-	
2010	-	-	
2011	-	-	
2012	-	-	
2013	42.88	42.88	
2014	49.84	92.72	
2015	- 140.74	- 48.02	- 25.53
2016	- 271.50	- 319.52	- 129.95
Total	- 319.52		- 155.48

Tabla 25.
(Cifras en millones de dólares)

Luego de realizar los ajustes a cada desfase en los controles de cambio la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA consideró que al VPN del CAPEX de la Línea Base, Tabla 20., se le debían hacer los siguientes ajustes: (i) restar a dicho valor los montos correspondientes a la Escalación (ajustes de precios), (ii) restar el VPN del CAPEX de los años de Inversión 2007 y 2008, y (iii) restar el VPN del periodo de operación, lo que arrojó un nuevo VALOR PRESENTE NETO de 1.539.10 MUSD, página 541, para la Línea Base, así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Valor		Monto (M USD)
A	VPN Capex 2009 - 2034	- 2,933.69
B	VPN Escalación	- 117.00
C	VPN Capex 2007	- 5.65
C	VPN Capex 2008	- 182.38
D	VPN Operación	4,777.83
E	VPN Proyecto	1,539.11

Tabla 26.

Posteriormente, partiendo del nuevo valor presente neto del CAPEX de la Línea Base, Tabla 26., se procedió a recalcular las variaciones (desfases) del VALOR PRESENTE NETO de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios.

Según datos de las tablas anteriores, se determinó las variaciones que tuvo el VPN del CAPEX desde la Línea Base hasta llegar al Control de Cambios 5 (- 745.97 MUSD), arrojando un total de variación, es decir el monto de -2.285.06 MUSD, que resulta de restar el VPM (\$1.539 – (-\$746)), página 541, como se observa en la siguiente Tabla:

	LB	CC1	CC2	CC3	CC4	CC5	Total
VPN	1,539.10	1,446.42	702.85	- 200.84	- 590.49	- 745.97	
Variación	-	- 92.68	- 743.57	- 903.69	- 389.65	- 155.48	- 2,285.06

Tabla 27.

(Cifras en millones de dólares)

La operación de resta presenta el siguiente resultado:

(+) VPN de la Línea Base	1.539.10
Menos:	
(-) VPN hasta el Control de Cambios 5	- 745.97
(=) Resultado	-2.285.06

En el Auto de Fallo 749 de 26 de abril de 2021, página 542, se manifiesta que sobre la base que “el daño es acumulativo y cuantificable solo hasta el final del proceso de inversión” y que “las contribuciones de cada hito, así como pudieron no haber causado vulneración de la promesa de valor al acumularse, de modo que no se hubiesen traducido en VPN <0, en el caso concreto si validaron tal condición, por lo que, cada instancia de control de cambio contribuyó al resultado consolidado de -746 MUSD”, y procedió a establecer la participación de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio en la declinación del VPN, página 542, así:

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)
Línea Base	-	0.00%
CC1	- 92.70	4.06%
CC2	- 743.57	32.54%
CC3	- 903.68	39.55%
CC4	- 389.66	17.05%
CC5	- 155.48	6.80%
Total	- 2,285.08	100.00%

Tabla 28.

(VPN en millones de dólares)

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2, la participación establecida fue de 32.54%, porcentaje que resulta de dividir -743,57 entre 2.285,07 y multiplicarlo por 100, para expresarla en términos porcentuales así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Variación VPN entre CC1 y el CC2 : - 743.57
 Dividido entre
 Total de la Variación del VPN para el CC2 : - 2.285,07
 (=) Porcentaje de Participación : 32.54%

Continuando con el procedimiento el Auto estableció la parte de la secuencia de declinación que se localiza por debajo del umbral VPN = 0, mediante la división de la cifra de la variación total del VPN -2.285.07 MUSD, (Tabla 27.), entre el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios -\$745,97 MUSD , Tabla 27., de la siguiente forma:

Variación VPN CC1 hasta el CC5 : - 745,97
 Dividido entre
 Total Variación VPN : - 2.285,08
 (=) Porcentaje por debajo de VPN = 0 : 32,65%

Al tomar la variación total del CAPEX para todos los cinco (5) Controles de Cambio (- 3.817,75 MUSD), Tabla 19., y multiplicarlo por el porcentaje anterior (32.65%), se obtuvo el valor de lo que se denominó daño fiscal, que ascendió a 1.246 MUSD, como se presenta a continuación:

Variación total del CAPEX : - 3.817,75
 Multiplicado por
 Porcentaje por debajo de VPN = 0 : 32,65%
 (=) Daño Fiscal : 1.246.32

Ahora, utilizando los porcentajes, Tabla 28., de participación en la variación del VPN de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios según la Tabla anterior, se procedió a repartir el monto del daño entre ellos, página 543, como se muestra en la siguiente Tabla:

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)	Participación sobre el daño generado
Línea Base	-	0.00%	
CC1	- 92.70	4.06%	- 50.56
CC2	- 743.57	32.54%	- 405.55
CC3	- 903.68	39.55%	- 492.88
CC4	- 389.66	17.05%	- 212.52
CC5	- 155.48	6.80%	- 84.80
Total	- 2,285.08	100.00%	- 1,246.32

Tabla 29.
 (VPN en millones de dólares)

El siguiente paso del Auto fue retirar las consideraciones de daño correspondiente a los Controles de Cambios 1 y 5, por la misma razón explicada en el Auto de Imputación. Además, se retiró del daño fiscal el Control de Cambios 4, pues si bien hubo una afectación de la rentabilidad esperada, el episodio de anormalidad laboral (huelga) se tuvo como eximente de responsabilidad de las personas involucradas en la aprobación del CAPEX en el Control de Cambios 4, página 551. Entonces, el daño fiscal luego de las depuraciones antes anotadas quedó como sigue:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Adición constitutiva de daño (USD 2009)
Control de Cambios 2	405.56
Control de Cambios 3	492.89
Total	898.44

Tabla 30.
 (Cifras en millones de dólares)

Considerando que el hecho generador del daño se prolongó hasta la incorporación de las últimas adiciones de CAPEX al Proyecto, lo cual ocurrió en el año 2015, a este último año se trasladó el daño, utilizando el índice de inflación del dólar, con los siguientes resultados, página 552:

	Adición constitutiva de daño (USD 2015)
Control de Cambios 2	450.18
Control de Cambios 3	547.12
Total	997.29

Tabla 31.
 (Cifras en millones de dólares)

Como se detalla en la Tabla anterior el daño fiscal total ascendió a 997 MUSD distribuidos en 450 MUSD para el control de cambios 2 y a 547 MUSD para el Control de Cambios 3. Como el daño total, es decir el 100%, es de 997.29 MUSD y considerando únicamente los intereses del Estado, representados en la participación accionaria de Ecopetrol (88,49%) en REFICAR, el daño fiscal quedó distribuido de la siguiente forma:

	Adición constitutiva de daño (USD 2015)	Participación accionaria de Ecopetrol (88.49%)
Control de Cambios 2	450.18	398.36
Control de Cambios 3	547.12	484.15
Total	997.29	882.51

Tabla 32.
 (Cifras en millones de dólares)

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2 es como sigue:

100% del daño	450.18 MUSD (Tabla 31.)
Porcentaje correspondiente al estado	88.49%
Daño para el Estado	450.18 multiplicado por 88.49%
(=) Resultado	398.36 - Tabla 32.

Luego se convirtieron a pesos colombianos los montos anteriores utilizando la Tasa Representativa del mercado (TRM), que para la vigencia 2015 era de \$2.743,39 pesos colombianos por cada dólar, con el siguiente resultado:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Daño Fiscal (M USD)	Daño Fiscal (M COP a \$2.743,39)
Control de Cambios 2	398.36	1,092,862
Control de Cambios 3	484.15	1,328,193
Total	882.51	2,421,054

Tabla 33.

Seguidamente se procedió a indexar a marzo de 2021 el valor del daño patrimonial al Estado, utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de diciembre 2015 y el índice de marzo de 2021, dado que el fallo fue proferido el 26 de abril de 2021, como sigue:

Índice Inicial a diciembre de 2017 es igual a 88,05

Índice Final a marzo de 2021 es igual a 107,12

$$\text{Valor Actualizado} = \text{Valor} \cdot \left(\frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}} \right)$$

$$= \text{Valor} \cdot \left(\frac{107.12}{88.05} \right) = \text{Valor} \cdot 1,2166$$

Al multiplicar los montos de la Tabla 33, por el Índice calculado 1,2166, los nuevos valores del daño fiscal en pesos colombianos para los Controles de Cambios 2 y 3 son los siguientes:

	Daño Fiscal (COP Marzo 2021)
Control de Cambios 2	1,329,555,296,567.27
Control de Cambios 3	1,615,854,487,165.16
Total	2,945,409,783,732.43

Tabla 34.

113. El Auto de Fallo con Responsabilidad de primera instancia mantiene el razonamiento según el cual el daño es acumulativo y cuantificable solo hasta el final del proceso de inversión, proceso de inversión que se realizó desde el Control de Cambios 1 hasta el Control de Cambios 5.

114. El Auto de Fallo con Responsabilidad de primera instancia para la cuantificación y distribución del daño, determinó el valor total del mismo al final del último Control de Cambios -Control de Cambios 5- para luego hacer una distribución porcentual entre los cinco (5) Contoles de Cambios.

115. El Auto de Fallo con Responsabilidad de primera instancia, página 542, expresa: "(...) el daño es acumulativo y cuantificable solo hasta el final del proceso de inversión" y de que "las contribuciones de cada hito, así como pudieron no haber causado vulneración de la promesa de valor al acumularse, de modo que no se hubiesen traducido en VPN, <0 en el caso concreto si validaron tal condición, por lo que, cada instancia de control de cambio contribuyo al resultado consolidado de - 746 MUSD".

116. Los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, HENRY MEDINA GONZÁLEZ y ORLANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO fueron declarados responsables fiscales con fundamento en un procedimiento que utilizó indicadores financieros -VPN, TIR, WACC-, cálculos financieros, operaciones matemáticas y porcentajes de los Controles de Cambios 3, 4 y 5, **Controles de Cambios en los cuales nuestros poderdantes no intervinieron ni participaron ni aprobaron, por la sencilla pero**

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

suficiente razón de no estar vinculados a la sociedad REFICAR S.A., hoy S.A.S., en las fechas del trámite y aprobación de los Controles de Cambios 3, 4. y 5.

117. El procedimiento utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar la cuantificación del daño en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-201 se fundamentó y limitó exclusivamente a ejercicios financieros con múltiples variables, sin soporte probatorio alguno, como se expuso en los Hechos 105., 108. y 112.

118. El procedimiento utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar la cuantificación del daño en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-201 no analizó los Hallazgos 1 a 35 del Informe de Auditoría Especial año 2016

119. El Auto que concede los recursos de apelación en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, página 294, dispuso respecto de nuestros poderdantes, ORLANDO CABRALES SEGOVIA, HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO Y HENRY MEDINA GONZÁLEZ, para lo cual mencionó el nombre de sus apoderados:

“SEPTIMO: CONCEDER LOS RECURSOS DE APELACIÓN PER SALTUM presentados por los abogados VICENTE UMAÑA CARRIZOSA, ALBERTO ZULETA LONDOÑO, HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ, WILLIAM PÉREZ YUNES, MAURICIO JOSÉ HERNÁNDEZ OYOLA y URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA, en favor de sus representados, contra el Auto 749 de 26 de abril de 2021, en el efecto suspensivo, para que sea decidido por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.”

120. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA se inventa la denominación de “apelación per saltum” que no conoce el Derecho Procesal.

121. El Auto de Fallo de segunda instancia del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, página 2159, dispuso respecto de nuestros poderdantes, para lo cual mencionó el nombre de sus apoderados:

“RESUELVE: ARTÍCULO PRIMERO. NEGAR LOS RECURSOS DE APELACIÓN presentados por los apoderados JUAN DAVID GÓMEZ PÉREZ, GUSTAVO QUINTERO NAVAS, VICENTE UMAÑA CARRIZOSA, ALBERTO ZULETA LONDOÑO, HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ, WILLIAM PÉREZ YUNES, MAURICIO JOSÉ HERNÁNDEZ OYOLA y URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA, contra el Auto 749 del 26 de abril de 2021 "por medio del cual se profirió fallo con responsabilidad fiscal del PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 y se tomaron otras determinaciones", de acuerdo a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.”

122. El profesional del derecho William Pérez Yunes actuó como apoderado del señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

123. El profesional del derecho URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA actuó como apoderado del señor ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ, en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005- 2017.

124. El profesional del derecho GUSTAVO QUINTERO NAVAS actuó como apoderado del señor HENRY MEDINA GONZÁLEZ, en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

M. Hechos relacionados con el Presupuesto subestimado del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR

125. Desde el Informe de Actuación Especial, REFICAR 2012, de fecha octubre de 2012, páginas 55 y 56, se concluye que el Presupuesto del Proyecto de Expansión y Modernización de la Refinería de Cartagena estaba subestimado

“3.4. CONCLUSIÓN DEL PRESUPUESTO En relación con el presupuesto General del Proyecto, la comisión de actuación especial de la Contraloría General de la República, de acuerdo a los análisis realizados y documentación verificada, establece que el costo del proyecto a la fecha de auditoría (septiembre-octubre de 2012), sin tener en cuenta las desviaciones del proyecto que se estiman por el orden del +/- 10%, esta por el orden de los MU\$5.483,5, presentando una diferencia de MU\$629, la cual se explica a continuación:

- a). MUS\$20 aprobados de la contingencia y escalafón (provisional), mencionados en el acta No 89 del 1ro de junio de 2012, de los cuales se han utilizado MUS\$10 para compras.
- b). MUS\$20 aprobados para la contingencia, según acta No. 91 del 12 de julio de 2012.
- c). MUS\$308 correspondientes a los costos de financiación del proyecto en los que se ha incurrido hasta agosto 31 de 2012, los cuales no se presupuestan, pero forman parte del costo del proyecto
- d). MUS\$240 de los ahorros del EPC que la entidad estima va a optimizar del presupuesto, los cuales CGR considera no son procedentes, por cuanto esta partida disminuye las adiciones presupuestales, las cuales hay que sufragar por su valor real en el momento en que se ejecuten, es decir bajo estas consideraciones el presupuesto esta subestimado.
- e). MUS\$41 de los ahorros del Owner Cost, que la entidad estima va a optimizar del presupuesto, los cuales la CGR considera no son procedentes, por cuanto esta partida disminuye las adiciones presupuestales, las cuales hay que sufragar por su valor real en el momento en que se ejecuten, **es decir bajo estas consideraciones el presupuesto esta subestimado.**” (La negrilla fuera del texto original)

N. Hechos relacionados con la Ola Invernal en la ciudad de Cartagena, sede física de las obras del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR, durante los años 2010 y 2011

126. En el Auto de imputación, páginas 1294 y 1295, se presenta el comportamiento de las lluvias en la ciudad de Cartagena durante los años 2010 y 2011:

PROCESO N°:
 MEDIO DE CONTROL:
 DEMANDANTE:
 DEMANDADO :
 ASUNTO:

25000234100020220045100
 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

3. Invierno.

El invierno afecto el proyecto al inicio de las obras, en especial en los meses de diciembre de 2010 enero de 2011.

Las fuertes lluvias producto del fenómeno de la niña, ocasionaron inundaciones y daños en el suelo de trabajos, lo que ocasionó mayores cantidades de obra, y demoras en las actividades como el arroyo, rellenos, trabajos en el muelle y en especial los trabajos de pilotaje y cimentación de las unidades, además de demorar y retrasar las actividades para la tubería enterrada en la obra.

La alta precipitación a finales del 2010 y en el año de 2011, aumentaron los diferentes riesgos en todas las áreas, en especial en la conformación del suelo de trabajo, donde se debió reinstalar material, la demora por este invierno se tazo en 88 días según se calculó en el análisis del cronograma.

A continuación se muestra la gráfica con los días lluviosos presentados a la Junta Directiva de Ecopetrol en el mes de diciembre de 2011, donde se indican los meses con

mayor intensidad en materia de lluvias y el comportamiento de las precipitaciones para los años 2010 y 2011.

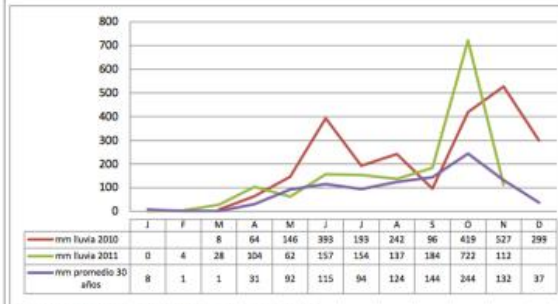


Grafico 1 Datos Lluvias Reficar. Inf CBL 2010-2011

Según informes del IDEAM, para la ciudad de Cartagena las lluvias se incrementaron debido al fenómeno de la niña en los años 2010-2011, donde se evidencia una mayor precipitación, que para el caso del 2011 fue superior al histórico en el mes de octubre.

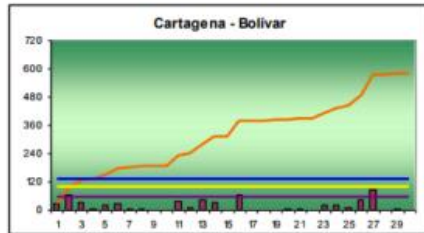


Grafico 2 Lluvias Cartagena 2010, IDEAM

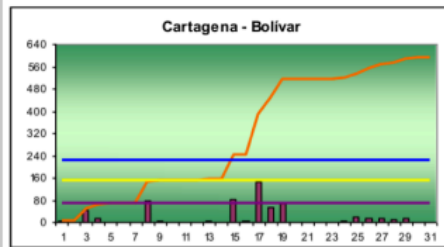


Grafico 3 Lluvias Cartagena 2011, IDEAM

■ Precipitación diaria — Acumulado mes — Promedio década 1 — Promedio década 2 — Promedio década 3
 Fuente: Boletín Climatológico Octubre 2010/2011 www.ideam.com.co
 Las gráficas 2 y 3, eje Y lluvia en MM y eje X días del mes

Estas graficas del IDEAM nos muestran cómo se superó los niveles históricos de precipitación para Cartagena para los meses indicados, en los años 2010 y 2011.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

126.1 El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM en respuesta de 21 de marzo de 2017 a un derecho de petición, 141 presenta el comportamiento mensual y su respectivo índice de precipitación durante los años 2010 a 2013 en la ciudad de Cartagena, así:

CERTIFICA:

Que el comportamiento mensual de la precipitación y su respectivo índice I (%), durante el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2013, de acuerdo con la información disponible en nuestro banco de datos de las estaciones meteorológicas enunciadas en la tabla No. 1, estaciones más cercanas a la zona de su interés, fue el siguiente:

TABLA No 1. LISTADO DE ESTACIONES METEOROLÓGICAS.

NOMBRE DE ESTACIÓN	MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	LATITUD	LONGITUD	ELEVACIÓN
ESCUELA NAVAL CIOH	CARTAGENA	BOLÍVAR	10° 23' 23" NORTE	75° 32' 9" OESTE	1 m
SANTA ANA	CARTAGENA	BOLÍVAR	10° 26' 50" NORTE	75° 30' 58" OESTE	2 m
AEROPUERTO RAFAEL NUÑEZ	CARTAGENA	BOLÍVAR	10° 14' 3" NORTE	75° 33' 4" OESTE	1 m

ESTACIÓN ESCUELA NAVAL CIOH
 PRECIPITACIÓN (mm)
 ENERO DE 2010 - DICIEMBRE DE 2013

AÑO	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC
PROMEDIO	5,2	0,4	2,3	22,0	102,9	100,0	111,0	115,7	120,0	169,4	139,4	42,0
2010	0,0	0,0	19,0	39,2	180,7	284,7	334,3	301,3	145,8	330,1	549,3	259,6
I (%)	< 30	< 30	> 170	> 170	> 170	> 170	> 170	> 170	122	> 170	> 170	> 170
2011	0,0	0,0	0,0	29,9	55,4	155,6	258,9	97,2	275,0	540,3	257,7	177,8
I (%)	< 30	< 30	< 30	136	54	156	> 170	84	> 170	> 170	> 170	> 170
2012	0,0	0,0	0,0	16,3	126,3	85,9	55,2	191,3	187,9	249,8	87,3	2,5
I (%)	< 30	< 30	< 30	74	123	86	50	165	157	147	63	< 30
2013	0,0	0,0	0,0	0,0	93,0	115,8	75,0	131,0	97,8	127,8	70,0	39,2
I (%)	< 30	< 30	< 30	< 30	90	116	68	113	82	75	50	93

ESTACIÓN SANTA ANA
 PRECIPITACIÓN (mm)
 ENERO DE 2010 - DICIEMBRE DE 2013

AÑO	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC
PROMEDIO	0,5	0,3	3,8	27,5	110,3	116,1	82,7	112,9	122,0	184,5	115,3	44,8
2010	0,0	0,0	10,0	156,0	147,0	282,0	146,0	331,0	198,0	441,0	517,0	232,0
I (%)	< 30	< 30	> 170	> 170	133	> 170	> 170	> 170	161	> 170	> 170	> 170

AÑO	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC
2011	0,0	0,0	0,0	82,0	78,0	260,0	138,0	40,0	188,0	567,0	310,0	176,0
I (%)	< 30	< 30	< 30	> 170	71	> 170	167	35	154	> 170	> 170	> 170
2012	0,0	0,0	0,0	61,0	136,0	68,0	35,0	81,0	93,0	320,0	49,0	3,0
I (%)	< 30	< 30	< 30	> 170	123	59	42	72	76	> 170	42	< 30
2013	0,0	0,0	0,0	0,0	169,0	121,0	15,0	120,0	223,0	247,0	49,0	20,0
I (%)	< 30	< 30	< 30	< 30	153	104	< 30	106	> 170	134	42	45

ESTACIÓN AEROPUERTO RAFAEL NUÑEZ
 PRECIPITACIÓN (mm)
 ENERO DE 2010 - DICIEMBRE DE 2013

AÑO	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC
PROMEDIO	2,0	0,5	2,2	22,2	123,8	103,2	122,0	132,9	146,5	241,5	157,7	51,1
2010	0,0	0,0	21,4	38,7	178,5	216,4	382,5	154,4	188,3	497,9	580,9	208,2
I (%)	< 30	< 30	> 170	> 170	144	> 170	> 170	116	129	> 170	> 170	> 170
2011	0,0	5,9	4,8	28,8	111,9	169,6	273,3	174,8	307,2	591,2	321,4	141,3
I (%)	< 30	> 170	> 170	130	90	164	> 170	132	> 170	> 170	> 170	> 170
2012	0,0	0,0	0,0	49,8	134,9	34,3	44,9	157,8	168,0	279,3	106,7	12,8
I (%)	< 30	< 30	< 30	> 170	109	33	37	119	115	116	68	< 30
2013	0,0	0,0	0,0	1,7	74,6	53,5	52,7	170,6	282,2	158,4	40,7	19,3
I (%)	< 30	< 30	< 30	< 30	60	52	43	128	> 170	66	< 30	38

126.2 El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM en respuesta de 21 de marzo de 2017 a un derecho de petición 142 sobre la interpretación del índice de precipitación (I%) presenta el comportamiento mensual y su respectivo índice de precipitación durante los años 2010 a 2013, así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Índice de precipitación (%) se interpreta de la siguiente manera:

< 30	lluvias muy por debajo de lo normal (mes extremadamente seco)
31 – 60	lluvias moderadamente por debajo de lo normal (mes muy seco)
61 – 90	lluvias ligeramente por debajo de lo normal (mes seco)
91 – 110	lluvias normales para el mes
111 – 140	lluvias ligeramente por encima de lo normal (mes lluvioso)
141 – 170	lluvias moderadamente por encima de lo normal (mes muy lluvioso)
> 170	lluvias muy por encima de lo normal (mes extremadamente lluvioso)

Un milímetro (mm) de precipitación equivale a un litro de agua por metro cuadrado de superficie o a diez (10) metros cúbicos por hectárea

CONVENCIONES

I (%):	Índice de precipitación.
mm:	Milímetros.
ND:	Dato no disponible.
>:	Mayor que.
<:	Menor que.

127. Los Autos de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y de segunda instancia ignoraron la prueba sobre el incremento de las lluvias en la ciudad de Cartagena durante los años 2010 y 2011, hecho de la naturaleza que generó retrasos en el Proyecto de Modernización y Expansión de REFICAR, y constituyó una de las causas para incrementar el CAPEX en el Control de Cambios 2.

127. Los Autos de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y de segunda instancia si apreciaron la prueba sobre la situación laboral -huelga- en el Control de Cambios 4 y no apreciaron la prueba sobre la ola invernal en la ciudad de Cartagena durante los años 2010 y 2011.

Ñ. Omisiones de los Autos de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y de segunda instancia al no analizar si la gestión fiscal de los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, HENRY MEDINA GONZÁLEZ y ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ en el trámite de la aprobación del Control de Cambios 2 causó un beneficio al GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL

128. La honorable Corte Constitucional ha elaborado una línea jurisprudencial según la cual el funcionario al determinar la existencia del daño fiscal debe valorar si la gestión fiscal objeto de examen generó beneficios para la entidad.

129. En los actos administrativos contenidos en el Auto de segunda instancia ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 "Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017" de la Sala Fiscal y Sancionatoria y el Auto de primera instancia 749 del 26 de abril de 2021 "POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES", proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República, no se estudió, ni analizó, ni valoró si la gestión fiscal de nuestros poderdantes en el trámite de la aprobación del Control de Cambios 2 causó un beneficio al GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL.

O. Omisiones de los Autos de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y de segunda instancia al no valorar algunas pruebas,

130. Desde la apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal -Auto 382 del 10 de marzo de 2017-, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA determinó como daño fiscal: **... "la pérdida de valor de las inversiones realizadas en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena como resultado de las mayores inversiones aprobadas debido a deficiencias en la ejecución de las diferentes etapas o fases del**

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

proyecto que constituyen el daño emergente y la entrada tardía en operación de la refinería que constituye el lucro cesante, lo cual se atribuye a una gestión fiscal antieconómica, ineficiente, ineficaz e inoportuna (...). "

131. En los actos administrativos contenidos en el Auto de segunda instancia ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 "Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017" de la Sala Fiscal y Sancionatoria y el Auto de primera instancia 749 del 26 de abril de 2021 "POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES", proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República, se omitió la valoración de todos y cada uno de los dictámenes periciales y de los informes técnicos elaborados por funcionarios de la misma CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, particularmente en relación con el Control de Cambios 2 -CC2-, que fueron debidamente allegados al proceso y que eran determinantes para establecer que el Valor Presente Neto -VPN- en dicho Control de Cambios era positivo y por ende, no configuraba daño fiscal alguno.

132. No se valoró el dictamen de fecha 16 de marzo de 2018 rendido por SCI, Investment & Merchant Bank que determinó:

(i) "(...) el hecho de que un VPN disminuya entre un momento y otro, siendo ambas mediciones positivas, no significa una destrucción de valor sino una menor creación de valor. Por lo tanto, mientras el VPN sea positivo, el proyecto debe acometerse según esta metodología en línea con la respuesta del profesor Villarreal en una de sus Aclaraciones cuando afirma que "desde la configuración inicial del proyecto (línea base) hasta el control de cambios 2, el proyecto resulta ser conveniente en términos financieros" y "se podría afirmar que el proyecto hasta ese entonces si generaba valor".

(ii) Que era evidente según la teoría financiera que la decisión correspondiente al Control de Cambios 2 -CC2- fue acertada en el sentido que el Proyecto creaba valor al tener un rendimiento superior al costo de los recursos invertidos, y que cualquier manual de teoría financiera sugiere que la bondad financiera del proyecto se refleja en su VPN positivo y que por lo tanto es pertinente adelantar las inversiones pues los recursos estaban siendo eficientemente asignados.

(iii) Que resultaba incomprensible que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA pretendiera asimilar como errada y constitutiva de una destrucción de valor la decisión del Control de Cambios 2 -CC2- que bajo los métodos de evaluación aceptados y de común utilización en la práctica financiera era acertada y creaba valor.

(iv) Que resultaba incomprensible también que, si para el momento de la aprobación del Control de Cambios 2 -CC2- el VPN era positivo, se le asignara un supuesto daño, considerando que para ese momento no se podía ni anticipar los Controles de Cambios 3, 4 y 5, ni determinar las actuaciones de los miembros futuros de la Junta Directiva de REFICAR asumiendo un poder de clarividencia.

(v) De no haberse presentado la necesidad de aprobar los Controles de Cambios 3, 4 y 5 el VPN hubiera sido positivo y por lo tanto no habría lugar a considerar la existencia de un daño. El dictamen aclara que esta consideración no debe interpretarse como una crítica a las decisiones posteriores de la Junta Directiva de REFICAR, las que en concepto del perito fueron acertadas.

133. No se valoró la aclaración de fecha 29 de mayo de 2019, aclaración presentada al dictamen pericial rendido por SCI, Investment & Merchant Bank el 16 de marzo de 2018, en la que al responder la pregunta No. 13 se precisó que al momento del Control de Cambios 2 -CC2- el Proyecto presentaba las siguientes métricas según las diferentes herramientas de evaluación de proyectos: TIR de 11,43% superior al costo del capital de 11,10%, y VPN positivo de USD 185 millones de dólares para todo el proyecto

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

134. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ignoró las conclusiones del dictamen pericial de carácter financiero rendido por Capital Advisory Partners Ltda., CAP, sobre la determinación, cuantificación y distribución del daño contenida en el Auto 773 del 5 de junio de 2018 proferido en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-003098-UCC-PRF-005- 2017, conclusiones que:

(i) Determinaron que los resultados del análisis del VPN sin incluir los costos hundidos y las estimaciones de la pérdida en caso de abandono o venta del proyecto, comparados con los cálculos presentados en el Auto No. 773 reiteran la conveniencia de la aprobación de las mayores inversiones en cada Control de Cambio.

(ii) La estimación de un daño y la imputación de responsabilidades a partir del pretendido daño en la forma en que se muestran en el Auto No. 773 de 2018, se derivan de un análisis impreciso basado en supuestos arbitrarios y cuestionables porque parten de una premisa errónea, que con los US \$ 3.777 millones de dólares estimados en la línea de base se hubiera podido llevar a cabo el Proyecto, razón por la cual que esas estimaciones y las conclusiones son igualmente erróneas.

135. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ignoró el dictamen pericial rendido por Guillermo Perry Rubio sobre el tema de evaluación de la actuación de las Juntas Directivas de REFICAR con respecto a los Controles de Cambios 2, 3 y 4, dictamen presentado el 1 de agosto de 2019, pericia que determina en la respuesta a la pregunta No. 1, respecto de la información dirigida a poner de presente los estimativos de incremento del presupuesto del Proyecto y de la extensión en el cronograma, previa a la Junta Directiva de REFICAR que aprobó el incremento del CAPEX en el Control de Cambios 2 -CC2, así como la discusión registrada en cada una de esas sesiones; el perito llega a la conclusión de que las deliberaciones y decisiones que sobre dicha información se registraron en cada una de esas sesiones por parte de los miembros de la Junta Directiva de REFICAR que asistieron, se encuentran dentro del rango de la razonabilidad y diligencia con la que debe actuar una Junta para la evaluación y toma de decisión que en cada una de esas Juntas se adoptaron por parte de sus miembros.

136. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ignoró el Informe de Apoyo Técnico de fecha 30 diciembre de 2020 elaborado por sus propios funcionarios, el cual concluyó que no hay perjuicio económico de tipo patrimonial mientras la TIR no sea negativa, y que incluso siendo negativa se trataría de un perjuicio que no es cierto ni irreversible.

137. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desatendió sin justificación técnica y jurídica alguna los criterios técnicos expuestos por el doctor JUAN CARLOS ECHEVERRY GARZÓN en la versión libre rendida en el Proceso de Responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00309 UCC-PRF-0052017 el 31 de julio de 2017:

(i) Las variables de salida, como es el caso del VPN representan meramente una expectativa o una propuesta de valor calculada aritméticamente mucho antes de que cualquier hecho ocurra en la realidad. Dado que el modelo contempla la fase de construcción y la fase de operación de la refinería, y que debe usar supuestos sobre todos los precios y todas las cantidades de todos los insumos y todos los productos refinados y además de todos los recursos a ser empleados, es una síntesis y una mera aproximación a cómo pueden suceder las cosas entre los años 2008 y 2033. >

(ii) El Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal en su página 267 presenta cálculos sucesivos del VPN y la TIR entre la línea de base y los Controles de Cambio 1 al 5. El VPN de cada Control de Cambios, es única y exclusivamente una nueva corrida de este modelo y por tanto depende de los supuestos utilizados por el técnico a cargo de correr el modelo y alimentados por la persona responsable del modelo. Ese VPN debe ser considerado siempre y en todo lugar un VPN esperado es decir como una expectativa matemática surgida de una corrida del modelo y no como una descripción cercana a lo que va a ocurrir en cada uno de los años de construcción u operación de la refinería.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

138. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desatendió sin justificación técnica y jurídica alguna los criterios técnicos expuestos los criterios técnicos expuestos por el doctor. MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA en la versión libre rendida en el Proceso de Responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00309 UCC-PRF-0052017 el 24 de agosto de 2017:

(i) El VPN de un proyecto en su fase de construcción es una expectativa, basada en la mejor información disponible. Es decir, no es un dato cierto. Naturalmente dicha expectativa debe construirse con el mayor rigor y sustento, pero no deja de ser un valor esperado. Lo mismo puede decirse de la Tasa Interna de Retorno -TIR-. Al ser expectativas, no hechos observables y verificables, carecen de la certeza mínima necesaria para convertirse en prueba de un daño. A lo largo de la vida de un proyecto tanto su VPN como su TIR cambian, sin que esto en sí mismo permita emitir un juicio de valor. Estos cambios son frecuentes y deben ser interpretados como una consecuencia y no como la causa de lo que ocurre en un proyecto.

(ii) Que más que tomar los cambios en el VPN o en la TIR, como "prueba" es necesario evaluar los factores que dieron origen a dichos cambios para determinar si tenían razonabilidad o no. De lo contrario todo proyecto que tenga un deterioro en su VPN o en su TIR dará origen a hallazgos fiscales, generalización que constituirá una premisa falsa en el ejercicio del control fiscal. Este debe basarse en las causas de los cambios en el VPN o la TIR de un proyecto, no en la medición de dichos cambios, de lo contrario, todo proyecto que incurra en costos adicionales o demoras imprevistas, justificables o no, será sujeto de hallazgos fiscales antes de discernir las causas de dichos costos o demoras.

P. De los hechos relacionados con la declaración de responsables fiscales de forma solidaria a nuestros poderdantes en los Autos de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y de segunda instancia, con fundamento en hechos posteriores al trámite y aprobación del Control de Cambios 2.

139. El Auto de Fallo con responsabilidad de primera instancia del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, 148 página 6234, dispuso la solidaridad pasiva de los responsables fiscales:

“CUARTO: SOLIDARIDAD. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2001 y 2344 del Código Civil Colombiano, respecto de cada uno de los hechos por los cuales se falló con Responsabilidad fiscal se predicará solidaridad de las personas que se señalaron en los artículos SEGUNDO y TERCERO de esta providencia.”

140. El Auto de Fallo con responsabilidad de segunda instancia del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, negó los recursos de apelación interpuestos por nuestros poderdantes.

141. Los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, HENRY MEDINA GONZÁLEZ y ORLANDO JOSÉ GÓMEZ CABRALES fueron declarados responsables fiscales en los Fallos con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y de segunda instancia de **forma solidaria**, con el argumento que el daño es acumulativo y cuantificable solo hasta el final del proceso de inversión, Fallos que determinaron solidaridad respecto de nuestros poderdantes con fundamento en hechos que ocurrieron con posterioridad al trámite y aprobación del CC2, hechos posteriores al CC2, que por demás, les son ajenos.

142. Los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, HENRY MEDINA GONZÁLEZ y ORLANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO fueron declarados responsables fiscales con fundamento en un procedimiento que utilizó indicadores financieros -VPN, TIR, WACC-, cálculos financieros, operaciones matemáticas y porcentajes de los Controles de Cambios 3, 4 y 5, Controles de Cambios en los cuales nuestros poderdantes

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

no intervinieron ni participaron ni aprobaron, por la sencilla pero suficiente razón de no estar vinculados a la sociedad. REFICAR S.A., hoy S.A.S., en las fechas de trámite y aprobación de los Controles de Cambios 3, 4. y 5.

Q. De los hechos relacionados con el tiempo para proferir el fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia.

143. Mediante Oficio de Asignación No. 121 de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, fechado el 17 de febrero de 2021, se le asignó a la Contraloría delegada Intersectorial No. 15 el Proceso de Responsabilidad Fiscal L PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

144. Mediante Auto 0278 del 18 de febrero de 2021 la Contraloría delegada Intersectorial No. 15 avocó conocimiento del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

145. La Contralora delegada Intersectorial No. 15 recibió el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 en el Archivo 27. del Cuaderno Principal 163.

146. La Contralora delegada Intersectorial No. 15 tuvo que leer el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 27. del Cuaderno Principal 163.

147. El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 27. del Cuaderno Principal 163 tiene los siguientes folios -páginas-, contenidos solo en archivos PDF y WORD:

- a) Carpeta denominada Hallazgos y Cuadernos Principales 1 hasta el archivo 27 del cuaderno principal 163:

CONTEO DE FOLIOS (PÁGINAS) DE LA CARPETA DENOMINADA HALLAZGOS Y CUADERNOS PRINCIPALES 1 HASTA EL ARCHIVO 27 DEL CUADERNO PRINCIPAL 163	
	163
PDF	1.040.421 FOLIOS (PÁGINAS)
WORD (.DOCX Y .DOC)	47.081 FOLIOS (PÁGINAS)

Este conteo de folios (páginas) no incluye otro tipo de archivos tales como Excel, PowerPoint, RTF, CSV, TXT, MSG, entre otros.”

148. El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 27. del Cuaderno Principal 163 tiene 1.087.502 folios -páginas-, folios contenidos solo en archivos PDF y WORD.

149. Los 1.087.502 folios -páginas- contenidos del Cuaderno Principal 1 hasta el Archivo 27. del Cuaderno Principal 163 no incluye los folios -páginas- de los archivos Excel, PowerPoint, RTF, CSV, TXT, MSG.

150. La lectura del número de folios registrados en el Hecho anterior dura más de 365 días sin interrupción alguna, lectura que no incluye los archivos Excel PowerPoint, RTF, CSV, TXT y MSG.

151. La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 profirió el Auto de primera instancia 749 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF005-2017 Y SE TOMAN OTRAS

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

DETERMINACIONES”, el **26 de abril de 2021**, sesenta y siete días (67) después de haber avocado conocimiento.

152. Según la velocidad de lectura -ppm153 es imposible que la señora Contralora delegada Intersectorial No. 15 hubiera podido leer el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005- 2017” hasta el Archivo 27. del Cuaderno Principal 163, en sesenta y siete (67) días.

153. La Contralora delegada Intersectorial No. 15 profirió el Auto de primera instancia 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCCPRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, sin haberse leído todo el expediente recibido.

R. Hechos relacionados con el agotamiento de la vía gubernativa

154. El señor ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ interpuso recurso de apelación contra el Auto 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República.

155. El señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO el 13 de mayo de 2021 interpuso recurso de apelación contra el Auto 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República.

156. El señor HENRY MEDINA GONZÁLEZ interpuso recurso de apelación contra el Auto 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República.

157. El Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021 “POR MEDIO DEL CUAL SE DECIDEN LOS RECURSOS DE REPOSICION CONTRA EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL PROFERIDO MEDIANTE AUTO 0749 DEL 26 DE ABRIL DE 2021 Y SE CONCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES” de la Contraloría Delegada Intersectorial 15, 155 concedió los recursos de apelación interpuestos por los señores ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ, HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GONZÁLEZ, respectivamente.

158. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, confirmó el Auto 749 del 26 de abril de 2021 y en las páginas 2131 a 2136 del Auto de Fallo de segunda instancia se refiere al escrito de apelación presentado por el señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO.

159. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, no analizó todos los cargos expuestos contra el Auto de Fallo de primera instancia en el escrito de apelación presentado por el señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

160. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, confirmó el Auto 749 del 26 de abril de 2021 y en las páginas 1589 a 1689 a 2136 del Auto de Fallo de segunda instancia se refiere al escrito de apelación presentado por el señor ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ.

161. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, no analizó todos los cargos expuestos contra el Auto de Fallo de primera instancia en el escrito de apelación presentado por el señor ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ.

162. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, 157 en las páginas 1992 a 2009 del Auto de Fallo de segunda instancia se refiere al escrito de apelación presentado por el señor HENRY MEDINA GONZÁLEZ.

163. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, no analizó todos los cargos expuestos contra el Auto de Fallo de primera instancia en el escrito de apelación presentado por el señor HENRY MEDINA GONZÁLEZ. S. Hechos relacionados con proferir el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de segunda instancia sin tramitar la segunda instancia material

164. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, 158 mediante el cual se confirmó el Auto de primera instancia 749 del 26 de abril de 2021, se profirió sin tramitar la segunda instancia material.

165. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria y el Auto de primera instancia 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República tienen el mismo estilo lingüístico idiolectal.

166. Las múltiples similitudes léxicas, sintácticas, gramaticales, así como la presencia recurrente de los mismos “vicios de redacción” permiten identificar “retratos lingüísticos” con el mismo estilo lingüístico idiolectal.

167. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria y el **Auto de primera instancia** 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República¹⁶¹ tienen la misma autoridad. 168. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA al expedir el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, no tramitó la segunda instancia respecto de los señores ORLANDO CABRALES MARTÍNEZ, HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GOZÁLEZ porque las dos (2) providencias tienen la misma autoridad.

168. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA al expedir el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, no tramitó la segunda instancia respecto de los señores ORLANDO CABRALES MARTÍNEZ, HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GOZÁLEZ porque las dos (2) providencias tienen la misma autoridad

169. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” fue proferido por la Sala Fiscal y Sancionatoria, Sala integrada por tres (3) funcionarios, quienes recibieron el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 en el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206.

170. Los tres (3) funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria para expedir el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” tuvieron que leer el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206; y además tuvieron que estudiar y elaborar otras providencias.

171. El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206 tiene los siguientes folios, contenidos en archivos PDF y WORD:

“

- b) Carpeta denominada Hallazgos y Cuadernos Principales 1 hasta el archivo 2 del cuaderno principal 206:

CONTEO DE FOLIOS (PÁGINAS) DE LA CARPETA DENOMINADA HALLAZGOS Y CUADERNOS PRINCIPALES 1 HASTA EL ARCHIVO 2 DEL CUADERNO PRINCIPAL	
206	
PDF	1.072.754 FOLIOS (PÁGINAS)
WORD (.DOCX Y .DOC)	47.081 FOLIOS (PÁGINAS)

Este conteo de folios (páginas) no incluye otro tipo de archivos tales como Excel, PowerPoint, RTF, CSV, TXT, MSG, entre otros.”¹⁶²

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

172. El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206 tiene 1.119.835 folios -páginas-, contenidos en archivos PDF y WORD.

173. La lectura del número de folios registrados en el Hecho 172. dura más de 365 días sin interrupción alguna, lectura que no incluye los archivos Excel PowerPoint, RTF, CSV, TXT y MSG.

174. El Auto No. 0949 “POR MEDIO DEL CUAL SE DECIDEN LOS RECURSOS DE REPOSICION CONTRA EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL PROFERIDO MEDIANTE AUTO 0749 DEL 26 DE ABRIL DE 2021 Y SE CONCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES” de la Contraloría delegada Intersectorial 151 fue proferido el 3 de junio de 2021.

175. El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria 164 fue proferido el 6 de julio de 2021

176. La Sala Fiscal y Sancionatoria para proferir el Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017” estudió el expediente desde el 3 de junio de 2020 hasta el **6 de julio de 2021**.

177. Según la velocidad de lectura -ppm165 es imposible que los funcionarios de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, integrantes de la Sala Fiscal y Sancionatoria, hubieran podido leer el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” hasta el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206, en treinta y tres (33) días.

178. Los tres (3) funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria firmaron el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” sin haber leído todo el expediente recibido.

179. El doctor Héctor Eduardo Patiño Domínguez, apoderado de las sociedades PROCESS CONSULTANTS INC y FOSTER WHEELER USA CORPORATION en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017, en el escrito del Recurso de Apelación contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 manifestó:

“DE LAS VIOLACIONES AL DERECHO DE DEFENSA QUE SE ENCUENTRAN REFLEJADAS EN EL AUTO RECURRIDO (...)

•La garantía constitucional de la segunda instancia ha sido inexistente, en tanto desde lo meramente formal, se ha hecho el remedo de tramitar recursos de apelación y queja, pero han sido trámites de menos de 48 horas lo que permite afirmar sin ambages que el funcionario de segunda instancia lejos de haber estudiado objetiva e imparcialmente el recurso puesto a su consideración tomó decisiones predeterminadas y dirigidas a confirmar la decisión de primera instancia solo con fines de celeridad. Es impensable que dos funcionarios de tan alto nivel de la CGR puedan caer en el mismo error conceptual y procesal.”

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

T. Hechos relacionados con el expediente administrativo del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

180. El Expediente Administrativo correspondiente al Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017 tiene un tamaño de 528 GB.

181. El Expediente Administrativo correspondiente al Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017 tiene 106.169 archivos, discriminados así:

5.2.1. Totalidad de archivos:

TOTALIDAD DE ARCHIVOS ENCONTRADOS EN EL DISCO DURO
106.169

5.2.2. Cantidad de archivos por tipología electrónica:

TIPO DE ARCHIVO	CANTIDAD
RTF	12
CSV	27
MTS	47
XML	15
GNO	24
DLL	2
INI	124
MSG	894
ICO	125
WORD	9.002
EXE	18
SHX	1
DWG	136
AVI	9
JPG	5491
RAR	247
NULL	2297
INF	412
PDF	79.466
DAT	72

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

JPEG	9
EXCEL	3.835
VSD	4
MP4	75
ZIP	293
THM	3
IFO	104
POWERPOINT ANTIGUO	3.092
TIF	77
TXT	47
MP3	1
GIF	10
HTM	111
PNG	87
TOTAL	106.169

Nota: los archivos de tipo NULL, son archivos que no tienen ningún formato identificable a nivel forense.

5.2.3. Resultados conteo de folios archivos en formato PDF

Ahora bien, teniendo en cuenta que de los resultados con mayor número de archivos por su tipología responden a los de tipo .PDF, a continuación, se realiza un análisis exhaustivo relacionado con la composición de cada uno de los documentos hallados, dentro de los cuales y por precisión de estos, mediante un código en formato MACRO (vba), se realiza el conteo de las páginas que contienen los 79.466 elementos previamente indicados, presentando el total de folios.

TOTALIDAD DE PÁGINAS (FOLIOS) ENCONTRADOS EN LOS ARCHIVOS DE TODO EL EXPEDIENTE DIGITAL EN FORMATO .PDF
1.075.736

5.2.4. Resultados conteo de folios archivos en formato WORD

De igual manera, teniendo en cuenta que de los resultados con mayor número de archivos por su tipología responden a los de tipo WORD (.docx y .doc), a continuación, se realiza un análisis exhaustivo relacionado con la composición de cada uno de los documentos hallados, dentro de los cuales y por precisión de estos, mediante un código en formato MACRO (vba), se realiza el conteo de las páginas que contienen los 9.002 elementos previamente indicados, presentando el total de folios.

TOTALIDAD DE PÁGINAS (FOLIOS) ENCONTRADOS EN LOS ARCHIVOS DE TODO EL EXPEDIENTE DIGITAL EN FORMATO WORD (.DOC Y .DOCX)
49.078


182. El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 tiene 1.124.814 folios -páginas-, contenidos en archivos PDF y WORD.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

183. El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 tiene doscientas catorce (214) carpetas, de las cuales doscientas trece (213) corresponden a los Cuadernos Principales del 1 al 213, y una (1) carpeta que corresponde a los Hallazgos.

184. Los Cuadernos Principales contienen (i) o solo archivos como el caso del Cuaderno Principal 167 que tiene 72 archivos,(ii) o archivos y carpetas; y a su vez las carpetas pueden tener carpetas y archivos, carpetas que tienen carpetas y archivos, y carpetas que tienen archivos.

185. Todos los 213 Cuadernos Principales tienen un archivo titulado "IDENTIFICACIÓN" que registra el número del Cuaderno Principal. A título ilustrativo se presenta la identificación del Cuaderno Principal 1:

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN Y CONTROL DE CALIDAD (SIGCC)		CÓDIGO: GRE-81115-AX-03	
	MACROPROCESO: GESTIÓN DE RECURSOS DE LA ENTIDAD		VERSIÓN: 2.0	
	PROCESO: ADMINISTRAR DOCUMENTACIÓN		Fecha: 28/07/2011	
	ANEXO 3 – IDENTIFICACIÓN DE CARPETAS		Página: 1 de 1	
DESPACHO DEL CONTRALOR				
UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN				
Identificación	Código	80011-266	Tipo de Archivo	
Proceso	Proceso	PROCESOS		
Proceso	Código	80011-266-03		
Proceso	Proceso	PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL		
UCC/PRF/005/2017- REFICAR S.A. y ECOPETROL S.A.				
CUADERNO PRINCIPAL N° 1				
Fecha	Inicio	17/01/2017	Fin	10/03/2017
No. de Hojas	No. de Hojas	215	No. de Hojas	215
Corr. No. Corrativo	No. Corrativo	1/	No. Corrativo	/
No. Orden de Tránsito: No. de Caja: No. Transferencia: No. de Hojas: No. de Hojas: No. de Hojas: No. de Hojas:				
B E A				

186. Todos los Cuadernos Principales tienen un archivo titulado "ÍNDICE". Se presenta el Índice del Cuaderno Principal 1:

Sistema Integrado de Gestión y Control de Calidad (SIGCC)		Plantilla de Inventario de Carpetas			
		Manual de Procedimiento de Gestión Documental, Archivo y Correspondencia			
		Código: GRE-04-AX-0021	Versión: 1.0	Página 1 de 1	
No. Ord.	No. Oficio	Fecha	ASUNTO	Folios	Observaciones
1	2017IE0002744	17/01/2017	Oficio de asignación 002- Asignación antecedente 45129 Reficar S.A.	1-3	Folio 3 con información al vuelto.
2	2017IE0001348	11/01/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de información Hallazgos fiscales ACES Reficar	4-6	Folios 5 y 6 corresponden a formato de referencia cruzada de un CD c/u.
3	2017IE0006859	27/01/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de papeles de trabajo de los hallazgos de la actuación especial a Reficar	7-8	Folio 8 corresponde a formato de referencia cruzada de un disco duro.
4	2017IE0007846	31/01/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión información adicional de los hallazgos de Reficar	9-11	Folio 11 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
5	2017IE0008529	01/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación de actuación especial Reficar 2016	12-17	Folios 13 a 17 corresponden a formato de referencia cruzada de un CD c/u.
6	2017IE0008568	01/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Documentos Capital AG-Ecopetrol	18-19	Folio 19 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
7	2017IE0009395	03/02/2017	Oficio de asignación 010- Asignación Hallazgos actuación especial Reficar S.A.	20-21	Folio 20 con información al vuelto.
8	2017IE0009739	06/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de Actuación especial Reficar 2016	22-23	Folio 23 corresponde a formato de referencia cruzada de un DVD.
9	2017IE010958	08/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión información adicional de los hallazgos de Reficar	24-25	Folio 25 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
10	2017IE0131865	14/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de actuación especial Reficar 2016	26-27	Folio 27 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
11	2017IE017039	24/02/2017	E-mail al Contralor Delegado del sector minas y energía- Solicitud remisión información anexa en CD antecedentes fiscales (08, 20, 23) REFICAR	28-29	
12	2017IE016437	23/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Entrega CD hallazgo N° 08 Auditoría Reficar S.A vigencia 2014	30-31	Folio 31 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
13	2017IE018208	28/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de Actuación Especial Reficar 2016	32-33	Folio 33 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
14	2017IE018367	28/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión anexos en CD traslados de hallazgos (20-23) fiscal Reficar 2016	34-37	Folios 35, 36, 37 corresponden a formato de referencia cruzada de un DVD c/u.
15	2017IE019805	03/03/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de Actuación Especial Reficar 2016	38-39	Folio 39 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
16	2017IE0202338	06/03/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de Actuación Especial Reficar 2016	40-41	Folio 41 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

187. El Índice de los Cuadernos Principales es insuficiente e incompleto porque no relaciona los documentos que están contenidos en los CDs o en los DVDs de cada carpeta. El Índice se limite a registrar CD o DVD de referencia cruzada, según se observa en la columna sexta del Índice presentado en el numeral anterior. Los CDs o DVDs tienen carpetas y archivos, los cuales no tienen identificación alguna en el Índice, el cual ni siquiera menciona el número de carpetas o archivos contenidos en cada DVD o CD.

188. Ninguno de los 213 Cuadernos Principales tiene numerados todos los documentos. Del Cuaderno Principal 1 al 136 no se numeran los archivos, y del Cuaderno Principal 137 al 213 se numeran solo los archivos pero no se numeran las carpetas contenidas en cada Cuaderno Principal. En el Cuaderno Principal 7 se observa que la carpeta CD y los archivos no están numerados:

Nombre	Fecha de modificación	Tamaño	Clase
20170715_2017EE0088702 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1295.PDF	28/07/2017, 12:52 p. m.	28 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088707 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1296.PDF	28/07/2017, 12:53 p. m.	27 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088709 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1297.PDF	28/07/2017, 12:53 p. m.	28 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088718 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1298.PDF	28/07/2017, 12:54 p. m.	24 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088720 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1299.PDF	28/07/2017, 12:55 p. m.	25 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088726 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1300.PDF	28/07/2017, 12:55 p. m.	25 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088733 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1301.PDF	28/07/2017, 12:56 p. m.	24 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088736 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1302.PDF	28/07/2017, 12:56 p. m.	24 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088750 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1303.PDF	28/07/2017, 12:57 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088756 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1304.PDF	28/07/2017, 12:57 p. m.	22 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088760 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1305.PDF	28/07/2017, 12:58 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088766 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1306.PDF	28/07/2017, 12:59 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088770 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1307.PDF	28/07/2017, 12:59 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088778 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1308.PDF	28/07/2017, 1:00 p. m.	21 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088781 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1309.PDF	28/07/2017, 1:00 p. m.	22 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088792 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1310.PDF	28/07/2017, 1:01 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088796 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1311.PDF	28/07/2017, 1:01 p. m.	21 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088803 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1312.PDF	28/07/2017, 1:01 p. m.	24 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088819 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1313.PDF	28/07/2017, 1:02 p. m.	22 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088825 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1314.PDF	28/07/2017, 1:03 p. m.	22 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088832 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1315.PDF	28/07/2017, 1:03 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088847 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1316.PDF	28/07/2017, 1:04 p. m.	21 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088853 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1317.PDF	28/07/2017, 1:04 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088859 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1318.PDF	28/07/2017, 1:05 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170719_Diligencia de exposición libre y espontánea_PRJ 005-2017.FI 1214-1279.PDF	28/07/2017, 12:41 p. m.	1,3 MB	Documento PDF
20170719_E-mail 2017ER0070780 Solicitud notificación electrónica_PRJ 005-2017.FI 1361-1362.PDF	1/08/2017, 11:09 a. m.	127 KB	Documento PDF
20170721_Acta de entrega de documento digital_PRJ 005-2017.FI 1280.PDF	28/07/2017, 12:45 p. m.	16 KB	Documento PDF
20170721_E-mail 2017E00958413 Solicitud notificación auto 1222_PRJ 005-2017.FI 1281.PDF	28/07/2017, 12:44 p. m.	35 KB	Documento PDF
20170721_Oficio 2017ER0073988 Solicitud alzamiento versiones libres_PRJ 005-2017.FI 1282-1283.PDF	28/07/2017, 12:45 p. m.	29 KB	Documento PDF
20170724_Verificación de expediente_PRJ 005-2017.FI 1284.PDF	28/07/2017, 12:49 p. m.	29 KB	Documento PDF
20170725_Oficio 2017E0059006 Constancia de notificación auto 1222_PRJ 005-2017.FI 1285-1294.PDF	28/07/2017, 12:50 p. m.	311 KB	Documento PDF
20170726_Verificación de expediente_PRJ 005-2017.FI 1319.PDF	28/07/2017, 1:06 p. m.	27 KB	Documento PDF
20170726_Verificación de expediente_PRJ 005-2017.FI 1320.PDF	28/07/2017, 1:06 p. m.	26 KB	Documento PDF
20170726_Verificación de expediente_PRJ 005-2017.FI 1321.PDF	28/07/2017, 1:06 p. m.	33 KB	Documento PDF
20170727_Oficio 2017ER0073291 Solicitud reconocimiento de personería_PRJ 005-2017.FI 1322.PDF	1/08/2017, 10:57 a. m.	47 KB	Documento PDF
20170728_Devolución de correspondencia_PRJ 005-2017.FI 1323-1324.PDF	1/08/2017, 10:58 a. m.	50 KB	Documento PDF
20170728_Diligencia de exposición libre_PRJ 005-2017.FI 1325-1326.PDF	1/08/2017, 11:02 a. m.	1,9 MB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090529 Solicitud información_PRJ 005-2017.FI 1356.PDF	1/08/2017, 11:05 a. m.	26 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090530 Solicitud información_PRJ 005-2017.FI 1357.PDF	1/08/2017, 11:06 a. m.	24 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090533 Solicitud información_PRJ 005-2017.FI 1358.PDF	1/08/2017, 11:06 a. m.	24 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090535 Solicitud información_PRJ 005-2017.FI 1359.PDF	1/08/2017, 11:07 a. m.	22 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090537 Solicitud información_PRJ 005-2017.FI 1360.PDF	1/08/2017, 11:07 a. m.	23 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017ER0073474 Solicitud copias autos_PRJ 005-2017.FI 1363-1364.1.PDF	1/08/2017, 11:10 a. m.	62 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017ER0073475 Solicitud copias digitales_PRJ 005-2017.FI 1365.PDF	1/08/2017, 11:11 a. m.	43 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017E0060279 Remisión documentos_PRJ 005-2017.FI 1364.PDF	1/08/2017, 11:03 a. m.	20 KB	Documento PDF
20170728_Verificación de expediente_PRJ 005-2017.FI 1355.PDF	1/08/2017, 11:04 a. m.	27 KB	Documento PDF
20170731_Diligencia de exposición libre_PRJ 005-2017.FI 13...417.PDF EXPOSICION LIBRE DR JUAN CARLOS ECHEVERRY	2/08/2017, 8:55 a. m.	1,3 MB	Documento PDF
20170731_Verificación de expediente_PRJ 005-2017.FI 1366.PDF	1/08/2017, 11:12 a. m.	33 KB	Documento PDF
CD VERSIÓN LIBRE HERNANDO JOSÉ GÓMEZ CON SOPORTES FI 1279	1/03/2018, 9:44 a. m.	--	Carpeta
IDENTIFICACION.PDF	2/08/2017, 2:28 p. m.	286 KB	Documento PDF
INDICE.PDF	2/08/2017, 2:23 p. m.	119 KB	Documento PDF

189. El expediente no utiliza ningún sistema de ordenación -numéricos, 169 alfabéticos y mixtos o alfanuméricos- que materialice la secuencia de los documentos contenidos en cada uno de los 213 Cuadernos Principales y en la Carpeta Hallazgos, deficiencia que impide encontrar los documentos de manera fácil, sin pérdida de tiempo y sin incurrir en equivocaciones, por el contrario, las carpetas que se encuentran en los Cuadernos Principales se presentan en desorden, sin numeración alguna. La única numeración ordenada del Expediente es la de los 213 Cuadernos Principales, identificados del 1 al 213.

190. El desorden y la falta de numeración ordenada del expediente digital, se observa en todos los Cuadernos Principales. A título de ejemplo:

- i) En el Cuaderno Principal 38 obran cuarenta y tres (43) archivos y siete (7) Carpetas. Las siete (7) Carpetas se titulan “CD_FL 7496”, “CD_FL 7614”, “CD_FL 7623”, “DVD_FI 7621”, “DVD_FL 7622”, “DVD_FL 7624”, y “S370-17 Anexos_FI 7626”. La Carpeta “CD_FL 7496” contiene tres (3) Carpetas “14 de noviembre”, “15 de noviembre” y “16 de noviembre”. La Carpeta “14 de noviembre” tiene una Carpeta titulada “03”. La Carpeta “03” tiene un (1) archivo titulado “Section IV Pricing Appendix 1.
- (ii) En el Cuaderno Principal 40 obran quince (15) archivos y dos (2) Carpetas. Las dos (2) Carpetas se titulan “CD_FL 8020” y “CD_FL 8021”. La Carpeta “CD_FL 8020” contiene

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

trece (13) Carpetas: “01”, “02”, “03”, “04”, “05”, “07”, “08”, “09”, “10”, “12”, “14”, “15” y “16”. No existen archivos las Carpetas 6, 11 y 13. La Carpeta “01” contiene dos carpetas: “Anormalidad” y “Lluvias”. La Carpeta “Lluvias” contiene tres (3) Carpetas: “2010”, “2011” y “2012” La Carpeta “2012” tiene dieciocho (18) archivos en idioma inglés, sin traducción, titulados:

“1-12.pdf”
“2-12.pdf”
“3-12.pdf” “
4-12.pdf”
“5-12.pdf”
“6-12.pdf”
“7-12.pdf”
“8-12.pdf” “9-12.pdf”
“Cartagena Refinery Expansion Project Rain Report 2012.xls”
“Rain April 2012.pdf”
“Rain August 2012.pdf”
“Rain February 2012.pdf”
“Rain January 2012.pdf”
“Rain July 2012.pdf”
“Rain June 2012.pdf”
“Rain March 2012.pdf”
“Rain May 2012.pdf”

191. El expediente no presenta las pruebas de manera ordenada y numerada. Se encuentran pruebas en los archivos y en las carpetas del expediente, sin utilizar un referente o indicador de las mismas. A título de ejemplo, en la Cuaderno Principal 14, obran cinco (5) archivos titulados:

(i) “20170823_Continuación anexos diligencia exposición libre_PRF 005- 2017_FI 2630-2757. PDF” (ii) “20170824_Diligencia de exposición libre_PRF 005-2017_FI 2758-2771. PDF”
(iii) “20170824_Diligencia de exposición libre_PRF 005-2017_FI 2772-2838. PDF”
(iv) “IDENTIFICACION_1.PDF” (v) “INDICE_1.PDF”

192. Los archivos no tienen un nombre que los identifique claramente. A título de ejemplo en la Carpeta 14, 171 el Archivo “20170824_Diligencia de exposición libre_PRF 005-2017_FI 2772-2838. PDF”, de ochenta y siete (87) páginas, el número 20170824, corresponde a la exposición libre realizada el día 24 de agosto de 2017.

193. En el Archivo el Archivo “20170824_Diligencia de exposición libre_PRF 005-2017_FI 2772-2838. PDF”, Cuaderno Principal 14. reposa una exposición libre y algunas de las pruebas aportadas en dicha diligencia, pruebas entre las cuales se encuentran (i) el Certificado Histórico de la Junta Directiva de REFICAR S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena el 16 de septiembre de 2016 (Folios 2806 a2812), y (ii) la respuesta a un derecho de petición, respuesta de fecha 22 de marzo de 2017 del Contralor delegado para el Sector de Minas y Energía de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, en la cual consta el fenecimiento de la Cuenta de REFICAR S.A., vigencia 2011, liberado en el 2012; y el fenecimiento de la Cuenta de REFICAR S.A., vigencia 2012, liberado en el 2013 (Folios 2828-2829).

194. Las cifras de muchos cuadros y gráficas de las providencias del expediente son ilegibles, lo cual hace imposible entender los cuadros y las gráficas. Ni siquiera la utilización de una lupa manual o ampliador del computador -zoompermite su comprensión. Lo anterior se puede observar, entre otras, en las páginas 2900, 2902, 2903, 3564, 3565, 3914, 3919, 3924 del Auto 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”.

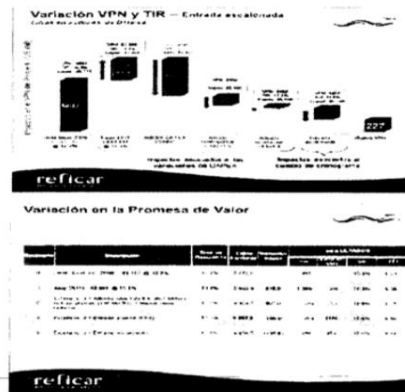
PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

195. La Grafica de la página 3914 del Auto 749 del 26 de abril de 2021, Fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia, proferido en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017”, es ilegible:

El anexo 7 de dicha acta indica:



196. La Grafica y la Tabla de la página 1326 del Auto ORD-801119-158-021 0949 del 3 de junio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, 173 es ilegible:



197. El Auto 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES” presenta los medios probatorios sin ninguna relación ordenada. El numeral 6. “DE LOS MEDIOS PROBATORIOS” del Auto 749 de 2021, relaciona pruebas de la página 120 a 223, sin ninguna numeración de las mismas, y en el numeral 8 de la misma providencia “PRUEBAS PRACTICADAS O APORTADAS A SOLICITUD DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES Y GARANTES”, enlista pruebas sin numeración alguna, páginas 224 a 225. La ausencia de numeración dificulta el estudio y revisión del expediente.

198. El Auto de imputación, el Auto de Fallo de primera instancia -6243 páginas- y el Auto de Fallo de segunda instancia -2161 páginas- son extensos y ninguno tiene índice. El Auto 749 del 26 de abril de 2021 -fallo de primera instancia-, páginas 350 y 351, presenta una relación insuficiente y deficiente conformada por quince (15) siglas que no incluye las siglas VPN, TIR y WACC, las cuales son determinantes en el procedimiento para determinar y cuantificar el daño fiscal.

199. La conformación del expediente digital del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 no permite su fácil consulta, ni su fácil estudio, ni la fácil búsqueda de documentos.

V. Hechos relacionados con el control automático de legalidad

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

200. El Auto del 26 de agosto de 2021 de la Sala Especial de Decisión No. 20 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado, Radicación 11001-03-15-000-2021-04576-00 (6656), 174 resolvió no avocar conocimiento del control automático de legalidad del Fallo con responsabilidad fiscal del 26 de abril de 2021 proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial Nro. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

201. El Auto del 26 de agosto de 2021 de la Sala Especial de Decisión No. 20 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado, Radicación 11001-03-15-000-2021-04576-00 (6656), resolvió:

“**Disponer** que el término para que opere la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento que procede contra el acto administrativo que declaró la responsabilidad fiscal proferido durante la vigencia de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, tal como es el fallo del 26 de abril de 2021, solamente empezará a contar a partir del momento en el que quede en firme el presente auto.” (La subraya fuera del texto original)

202. El Auto del 26 de agosto de 2021 de la Sala Especial de Decisión No. 20 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado, Radicación 11001-03-15-000-2021-04576-00 (6656), fue notificado en el Estado electrónico del 9 de septiembre de 2021 y quedó ejecutoriado el 16 de setiembre de 2021.

203. La secretaría del honorable Consejo de Estado mediante certificación del 9 de diciembre del 2021 manifiesta que el Auto citado en el Hecho 202. quedó ejecutoriado el 16 de septiembre de 2021.

U. Hechos y omisiones relacionados con los derechos de petición presentados por los suscritos apoderados y con las respuestas de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA sobre (i) el número de folios y el contenido o tamaño del expediente digital del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, y (ii) el número de autos proferidos por los tres (3) integrantes de la Sala Fiscal y Sancionatoria que firmaron el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021- segunda instancia- desde el 3 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021

204. Nuestros poderdantes y los suscritos apoderados solicitamos la elaboración de un dictamen pericial a la sociedad ADALID CORP S.A.S., el cual fue entregado el 27 de diciembre de 2021 y se titula “INFORME DE LABORATORIO – REVISIÓN DE CONTENIDO DE ALMACENAMIENTO – DISCO DURO MARCA TOSHIBA 1000 GB, elaborado por ADALID, 27 diciembre 2021”, dictamen en el cual se detalla, entre otros, el número de archivos, folios de algunos de los archivos, contenido o tamaño en GB del expediente digital del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017.

205. El dictamen pericial “INFORME DE LABORATORIO – REVISIÓN DE CONTENIDO DE ALMACENAMIENTO – DISCO DURO MARCA TOSHIBA 1000 GB, elaborado por ADALID, 27 diciembre 2021” prueba:

(i) Que el Expediente Administrativo correspondiente al Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017 tiene un tamaño de 528 GB.

(ii) Que el Expediente Administrativo correspondiente al Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017 tiene 106.169 archivos: RTF, CSV, MTS, XML, GNO, DLL, INI, MSG, ICO, WORD, EXE, SHX, DWG, AVI, JPG, RAR, INF, PDF, DAT, JPEG, EXCEL, VSD, MP4, ZIP, POWER POINT, TIF, TXT, MP3, GIF, HTM o PNG.

(iii) Que el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 tiene 1.124.814 folios -páginas-, contenidos en los archivos PDF y WORD.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

206. Los suscritos apoderados en ejercicio del derecho de petición solicitamos el 20 de enero de 2022 a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA la siguiente información:

“1. El número de autos proferidos por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desde el 4 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021.

2. El contenido de cada uno de los expedientes en GB o bytes, correspondientes a los autos solicitados en el numeral 1.

3. El número total de folios de cada uno de los expedientes correspondientes a los autos solicitados en el numeral 1”.

207. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA el 27 de enero de 2022 respondió únicamente el punto 1. del derecho de petición mencionado en el Hecho 205. E informó que entre el 4 de junio de 2021 y el 6 de julio de 2022 la Sala Fiscal y Sancionatoria profirió veintidós (22) autos.

208. Los suscritos apoderados solicitamos el 2 de febrero de 2022 a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA la siguiente información:

“1. **El contenido o tamaño de cada uno de los expedientes** en GB o bytes, correspondientes a los veintidós (22) autos proferidos por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desde el 4 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021.

El contenido de cada expediente debe incluir todos los archivos que reposan en él, cualesquiera que sea su tipología electrónica, a saber: RTF, CSV, MTS, XML, GNO, DLL, INI, MSG, ICO, WORD, EXE, SHX, DWG, AVI, JPG, RAR, INF, PDF, DAT, JPEG, EXCEL, VSD, MP4, ZIP, POWER POINT, TIF, TXT, MP3, GIF, HTM o PNG.

2. **El número de folios de cada uno de los expedientes** correspondientes a los veintidós (22) autos proferidos por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desde el 4 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021.

El número de folios de cada expediente debe incluir los folios de todos los archivos que reposan en él, cualesquiera que sea su tipología electrónica, a saber: RTF, CSV, MTS, XML, GNO, DLL, INI, MSG, ICO, WORD, EXE, SHX, DWG, AVI, JPG, RAR, INF, PDF, DAT, JPEG, EXCEL, VSD, MP4, ZIP, POWER POINT, TIF, TXT, MP3, GIF, HTM, o PNG.

3. Copia digital de los veintidós (22) autos proferidos por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desde el 4 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021.”

209. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA el 4 de febrero de 2022 informó a los suscritos apoderados sobre el traslado del derecho de petición mencionado en el Hecho 207., traslado dirigido a la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción y a la Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías.

210. El coordinador general para la vigilancia y control fiscal de los Recursos del SGR de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA el 9 de febrero de 2022 respondió el derecho de petición mencionado en el Hecho 207.

211. La Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA el 11 de febrero de 2022 respondió el derecho de petición mencionado en el Hecho 207, y con relación al Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, en el cual se profirió el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021-segunda instancia-, Auto identificado en la respuesta como 158-2021, informó que su tamaño era de 528 GB y que tenía 45.354 folios.

212. Los suscritos apoderados en ejercicio del derecho de petición solicitamos el 14 de febrero de 2022 a la Unidad Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA la siguiente información

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“- El número de folios de cada uno de los expedientes correspondientes a los diecisiete (17) autos 179 proferidos por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desde el 4 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021, expedientes enlistados en la comunicación 2022EE0020908 de 11 de febrero de 2022 firmada por usted.

El número de folios de cada expediente debe incluir los folios de todos **los archivos que reposan en él**, cualesquiera que sea su tipología electrónica, a saber: RTF, CSV, MTS, XML, GNO, DLL, INI, MSG, ICO, WORD, EXE, SHX, DWG, AVI, JPG, RAR, INF, PDF, DAT, JPEG, EXCEL, VSD, MP4, ZIP, POWER POINT, TIF, TXT, MP3, GIF, HTM, o PNG.

213. Los suscritos apoderados en ejercicio del derecho de petición solicitamos el 14 de febrero de 2022 al coordinador general para la vigilancia y control fiscal de los Recursos del SGR de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA la siguiente información:

“1. El número de folios de cada uno de los expedientes correspondientes a los cinco (5) autos 180 proferidos por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desde el 4 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021, expedientes enlistados en la comunicación 2022EE0019383 de 9 de febrero de 2022 firmada por usted.

El número de folios de cada expediente debe incluir los folios de todos **los archivos que reposan en él**, cualesquiera que sea su tipología electrónica, a saber: RTF, CSV, MTS, XML, GNO, DLL, INI, MSG, *ICO, WORD, EXE, SHX, DWG, AVI, JPG, RAR, INF, PDF, DAT, JPEG, EXCEL, VSD, MP4, ZIP, POWER POINT, TIF, TXT, MP3, GIF, HTM, o PNG.*

2. El número de folios de los expedientes de los procesos de responsabilidad fiscal de la UNIDAD DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE REGALÍAS (i) PRF 2017-1090, **1277 folios**, Punto 1 de la respuesta, (ii) PRF 2016-00189, **1983 folios**, Punto 2 de la respuesta, y (iii) PRF 21-04-1152, **1286 folios**, Punto 5 de la respuesta; número de folios registrado en la comunicación No. 2022EE0019383 de 9 de febrero de 2022 firmada por usted, corresponde **a todos los archivos** o a **algunos archivos** que obran en cada uno de los expedientes.”

214. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA el 22 de febrero de 2022 respondió el derecho de petición mencionado en los Hechos 211. y 212. y manifestó:

(i) Que el expediente administrativo correspondiente al Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 tiene un tamaño de 528 GB.

(ii) Que la información en los términos solicitados no es congruente con lo solicitado en la Ley 594 de 2000 “Por medio de la cual se dicta la Ley general de Archivos y se dictan otras disposiciones” Ley General de Archivos y en la Resolución Organizacional OGZ-0443 del 3 de junio de 2016 “Por la cual se adopta el Manual de Procedimiento de Gestión Documental, Archivo y Correspondencia de la Contraloría General de la República”.

(iii) Que no le es exigible a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA por ley ni por procedimientos internos foliar cada uno de los archivos, sean estos ofimáticos o multimedia.

215. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y el dictamen pericial “INFORME DE LABORATORIO – REVISIÓN DE CONTENIDO DE ALMACENAMIENTO – DISCO DURO MARCA TOSHIBA 1000 GB, elaborado por ADALID, 27 diciembre 2021” coinciden en que expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF005-2017 tiene 528 GB.

216. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y el dictamen pericial “INFORME DE LABORATORIO – REVISIÓN DE CONTENIDO DE ALMACENAMIENTO – DISCO DURO MARCA TOSHIBA 1000 GB, elaborado por ADALID, 27 diciembre 2021” no coinciden el número de folios del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA : 45.354 folios

Dictamen pericial rendido por ADALID CORP S.A.S. : 1.124.814 folios

217. Los funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria que firmaron el Auto de segunda instancia ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021, Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017, fueron los doctores NESTOR FABIÁN CASTILLO PULIDO, MARÍA TERESA ZULUAGA BOTERO y CRISTIAN CASTRO MEJÍA.

218. Entre el 4 de junio de 2022 y el 6 de julio de 2022 la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA¹⁸³ proferió veintidós (22) autos que suscribieron los Contralores delegados Intersectoriales, autos en la tipología unipersonal o colegiada, según consta en la respuesta del ente de control fiscal de 29 de marzo de 2022

219. Mediante derecho de petición Radicado 2020ER0039600 dirigido a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN se solicitó la siguiente información mencionada en los Hechos 211. y 212.:

“- El número de autos proferidos por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA desde el 4 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021, firmados por los siguientes Contralores Delegados:
NESTOR FABIÁN CASTILLO PULIDO
Contralor Delegado Intersectorial No. 3
MARÍA TERESA ZULUAGA BOTERO
Contralora Delegada Intersectorial No. 1
CRISTIAN CASTRO MEJÍA
Contralor Delegado Intersectorial No. 2
SALA FISCAL Y SANCIONATORIA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”

220. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA el 29 de marzo de 2022 respondió el derecho de petición Radicado 2020ER0039600, en el cual (i) se relacionan los autos que suscribieron los Contralores delegados Intersectoriales mencionados en el Hecho 217. desde el 4 de junio de 2021 hasta el 6 de julio de 2021, y (ii) se indica el tipo de decisión de cada auto: unipersonal o colegiada.

221. Los funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria, doctores NESTOR FABIÁN CASTILLO PULIDO, MARÍA TERESA ZULUAGA BOTERO y CRISTIAN CASTRO MEJÍA, además de tener que estudiar el expediente del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017, de un tamaño de 528 GB, y de proferir el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 de 2.161 páginas, entre el 4 de junio de 2022 y el 6 de julio de 2022 proferieron el siguiente número de autos:

NESTOR FABIÁN CASTILLO PULIDO Contralor Delegado Intersectorial No. 3	9 autos
MARÍA TERESA ZULUAGA BOTERO Contralora Delegada Intersectorial No. 1	14 autos
CRISTIAN CASTRO MEJÍA Contralor Delegado Intersectorial No. 2	10 autos

El número de autos enlistado incluye el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021, Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF005-2017

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

X. Hechos relacionados con el Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y el doctor Julio Villarreal N

222. El doctor Julio Villarreal Navarro, en su condición de contratista, elaboró el “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016”.

223. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y el doctor Julio Villarreal Navarro celebraron el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 100 de 3 de mayo de 2016, cuyo objeto es:

“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA EL APOYO A LA GESTIÓN EN LA ELABORACIÓN DE UN INFORME DE INVESTIGACIÓN EN EL CONTEXTO DEL SEGUIMIENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS Y SOBRE LA APLICACIÓN DE MODELOS DE SEGUIMIENTO DE CONTROL FISCAL ENFOCADA EN LA EJECUCIÓN DE LA ACTUACIÓN ESPECIAL REALIZADA A REFICAR MEDIANTE EL ANÁLISIS FINANCIERO QUE VERIFIQUE SI DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO Y FINANCIERO RESULTAN FINANCIERAMENTE RAZONABLES LAS JUSTIFICACIONES ESGRIMIDAS POR LA ALTA DIRECCIÓN DE ECOPETROL Y DEMÁS EMPRESAS VINCULADAS AL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA REFICAR, PARA LOS COSTOS FINALES QUE TUVO TAL PROYECTO FRENTE A LOS INICIALMENTE PRESUPUESTADOS, Y CUANTIFICAR EL COSTO DE OPORTUNIDAD EN EL QUE SE INCURRIÓ POR EL HECHO DE NO PODER PONER EN FUNCIONAMIENTO LA REFINERÍA DE CARTAGENA CUANDO INICIALMENTE SE HABÍA PREVISTO. EN PARTICULAR, EN RELACIÓN A POTENCIALES BENEFICIOS QUE SE DEJARON DE PERCIBIR DURANTE LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO EN PLAZOS POSTERIORES A LOS INICIALMENTE PRESUPUESTADOS.”

224. El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 100 de 3 de mayo de 2016, es un contrato nominado, solemne, y oneroso. El Contrato en cita no es gratuito.

Y. Hechos relacionados con los Autos proferidos en el Proceso de Responsabilidad Fiscal lucro cesante PRF-2018-00684_PRF-017-2018, sobre la Ola Invernal 2010 y 2011, y la Anormalidad Laboral en la Refinería de Cartagena en el año 2013, Autos proferidos con posterioridad a la solicitud de conciliación extrajudicial presentada ante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN el 6 de enero de 2022.

225. El Informe de Apoyo Técnico de 8 de octubre de 2021188 ordenado mediante Auto 1107 del 14 de julio de 2021 por la Contralora delegada Intersectorial No. 15, Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal lucro cesante PRF-2018-00684_PRF-017-2018, entidades afectadas REFICAR S.A. (hoy S.A.S.) y ECOPETROL S.A., sobre los factores externos de atraso, páginas 15 a 18, manifestó:

“5. 2. Factores externos de atraso

Diversos incidentes, contratiempos o actividades complementarias en la ejecución de los proyectos pueden generar atrasos que desbordan la capacidad de control directo por parte de su gestor, alterando el cumplimiento de los compromisos estipulados. En el caso concreto del contrato EPC entre Reficar y CB&I, el tratamiento de los eventos de fuerza mayor o caso fortuito quedó contempló en la Sección II Términos y Condiciones, cláusula TC67 Fuerza Mayor, así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

TC67 – FUERZA MAYOR

67.1 Ni el Contratista ni el Propietario estarán en incumplimiento de ninguna de sus obligaciones, salvo la del pago de dineros, en virtud de este Contrato si, en la medida en que, se vean impedidos o demorados para ejecutarlas como resultado de cualquiera de los siguientes eventos:

67.1.1 desastres naturales, tales como terremoto, huracán, erupción volcánica o inundación;

67.1.2 actos del enemigo público o terrorismo, incluyendo guerra, ya sea declarada o no;

67.1.3 desórdenes públicos, insurrección, rebelión, motines o conmoción civil;

67.1.4 cierres patronales, disminución del ritmo de trabajo, huelgas u otros actos industriales en Colombia (salvo cuando tales actos industriales se refieran únicamente a empleados del Contratista y de los Subcontratistas del Contratista);

67.1.5 bloqueo, embargo, requisición o expropiación impuestos por el gobierno; o

67.1.6 Fuerza Mayor, según se define en el Artículo 64 del Código Civil Colombiano,

en la medida en que dicho evento sea ajeno al control y no sea causado por la falta o negligencia de la Parte que lo alegue y el evento o demora no hubiera podido ser impedido, superado o subsanado por la Parte que lo alegue mediante el ejercicio de debida diligencia. Cada uno de tales eventos es un "Evento de Fuerza Mayor".

(...)

67.3 Nada de lo aquí dispuesto liberará a la Parte afectada de emplear todos los esfuerzos razonables para impedir, superar o subsanar el Evento de Fuerza Mayor o sus consecuencias. El Contratista será reembolsado por el costo de realizar tales esfuerzos de mitigación con respecto a un Evento de Fuerza Mayor.

67.4 A la determinación por el Propietario dentro de los 14 (catorce) Días siguientes al recibo de la Notificación Escrita del Contratista de que el evento o la demora es excusable para el Contratista, se aplicarán las disposiciones del TC54.4.1(iv).

67.5 No obstante cualquier disposición en contrario contenida en este Contrato, el Contratista no será en forma alguna relevado ni excusado de su ejecución en virtud del presente por demoras debidas a condiciones climatológicas normales, incluidas las lluvias estacionales normales y las inundaciones estacionales normales.

67.6 El Contratista tendrá derecho a incluir lo fundamental de este TC67 en los Subcontratos con los Subcontratistas del Contratista.

67.8 En todas las circunstancias, la Parte que sufra la Fuerza Mayor deberá hacer esfuerzos razonables por mitigar los efectos del evento de Fuerza Mayor.

Según los informes de ingeniería y los soportes del expediente, se concluye que existieron principalmente dos situaciones que afectaron las actividades del proyecto, susceptibles de coincidir con lo expresado en la cláusula TC67: las lluvias y la anomalía laboral derivada de un episodio de huelga, como se expone a continuación.

5.2.1 Ola Invernal 2010-2011

Es conocida en la historia del país la "declaración de situación de desastre en el territorio colombiano" por causa del fenómeno de La Niña entre los años 2010 a 2011. Este evento climático generó graves efectos en todo territorio nacional, pero principalmente en algunas zonas del país, como lo indicó el Gobierno Nacional:

"Según el Informe presentado por el Ideam de fecha 6 de diciembre de 2010, el fenómeno de La Niña 2010-2011 alteró el clima nacional desde el comienzo de su formación en el mes de junio de este año, ocasionando en los meses de julio y noviembre las lluvias más intensas y abundantes nunca antes registradas en el país en las regiones Caribe, Andina y Pacífica; además hizo que no se presentara la temporada seca de mitad de año en el

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

norte y centro de la región Andina. El mes de agosto y septiembre se comportaron también con lluvias por encima de lo normal en la región Caribe y en el norte de la región Andina. Como consecuencia de ello, las partes baja y media de los ríos Cauca y Magdalena, así como algunos de sus afluentes, han presentado niveles nunca antes registrados en la historia de la hidrología colombiana”. Subrayado fuera del texto.

Los soportes del expediente analizados en el informe de ingeniería de la CGR indican claramente que existieron atrasos producto del invierno, para la época del fenómeno de La Niña, que afectaron el cumplimiento de las actividades programada en algunas etapas del proyecto así:

“Las fuertes lluvias producto del fenómeno de la niña, ocasionaron inundaciones y daños en el suelo de trabajos, lo que ocasionó mayores cantidades de obra, y demoras en las actividades como el arroyo, rellenos, trabajos en el muelle y en especial los trabajos de pilotaje y cimentación de las unidades, además de demorar y retrasar las actividades para la tubería enterrada en la obra.

La alta precipitación a finales del 2010 y en el año de 2011, aumentaron los diferentes riesgos en todas las áreas, en especial en la conformación del suelo de trabajo, donde se debió reinstalar material, la demora por este invierno se tazó en 88 días según se calculó en el análisis del cronograma.

El IDEAM no reporta lluvias fuera de las normales para el año 2012, de igual manera la ola invernal corresponde a los años 2010 y 2011, por esta razón, se tiene en cuenta los 88 días que retraso las lluvias correspondientes a estos años.” Subrayado y resaltado fuera del texto.

5.2.2 Anormalidad laboral

El proyecto también estuvo sometido al efecto ocasionado por el paro laboral, producto de las inconformidades de los trabajadores de CB&I Colombia S.A., quienes presentaron pliego de peticiones e iniciaron conversaciones con Ecopetrol y CB&I desde el mes de julio de 2013, impactando actividades hasta el mes de septiembre del mismo año, cuando la Unión Sindical Obrera -USO se une a la huelga. Los efectos causados se exponen a continuación:

“Paro Laboral de Julio de 2013 a Septiembre de 2013. Los empleados de CB&I entraron en paro, pues los trabajadores solicitaban aumentos salariales y una serie de bonificaciones. Para ello entraron en jornadas de “Brazos Caídos”. Los principales impactos causados fueron:

- El tiempo improductivo previo y durante el paro laboral.
- El periodo de recuperación requerido para restablecer el avance físico del proyecto.
- Los costos de stand by y mayor permanencia de equipos y personal. El costo de la convención colectiva suscrita entre CB&I y la USO
- Impacto de 14 semanas
- Caída en la productividad desde 0,76 hasta 0,49.
- Reducción del avance físico semanal desde valores mayores al 1% hasta inferior a 0,5%. El paro de actividades no solo afectó las 14 semanas de las obras como tal, sino que se presentaron inconvenientes, pues los huelguistas impedían el paso de los trabajadores e impedían el acceso a la refinería. El paro además de causar traumatismos inmediatos a la obra, costo 621 millones de dólares. Y el índice de productividad tuvo una baja que no se recuperó a lo largo de los meses que le siguieron hasta terminar parcialmente el proyecto”. Subrayado fuera del texto.

El Control de Cambios 4 incorpora dentro de sus razones para la ampliación tanto en tiempo como en recursos para el proyecto, la ocurrencia de esta anormalidad laboral.

A la luz de lo estipulado en el contrato EPC (TC67), es de entender que estos hechos obedecen a la condición de situaciones “imprevistas, impredecibles, y/o imposibles de resistir” como lo establece la jurisprudencia colombiana^{193 194} conduciendo a que, de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

cara a un cálculo de lucro cesante no resulte pertinente la incorporación de desplazamientos de fechas de cumplimiento por este tipo de factores, toda vez que parcialmente la entrada tardía en operación se fundamenta en estos eventos ajenos al control ejercido por el contratista a las actividades del proyecto.

En síntesis, respecto a los efectos de los factores externos de atraso, fueron cuantificados 88 días producidos por el invierno (causal de fuerza mayor) y 14 semanas producto de las anomalías laborales (caso fortuito), cuya agregación representa un total de 179 días. Esta parte del desplazamiento de fechas de cumplimiento de los hitos de entrega del activo e inicio de operación será, en consecuencia, descontada al momento de establecer el valor de afectación económica a Reficar S.A.S. y Ecopetrol por concepto de lucro cesante.” (El resalte tipográfico y el color rojo de la letra fuera del texto original)

226. En el Auto 0167 del 3 de febrero de 2022 “POR EL CUAL SE ARCHIVA EL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-2018- 00684_PRF-017-2018”, Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal lucro cesante PRF-2018-00684_PRF-017-2018, entidades afectadas REFICAR S.A. (hoy S.A.S.) y ECOPETROL S.A., proceso por lucro cesante, páginas 308 a 316, sobre los eventos de la ola invernal y anomalía laboral en el Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena - REFICAR, se recogen las conclusiones del Informe Técnico del 8 de septiembre de 2021 expuestas en el numeral anterior, Informe rendido en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2018-00684_PRF-017-2018, y considera la ola invernal 2010 – 2011 como causal de fuerza mayor y a las anomalías laborales como caso fortuito, cuya agregación representa un total de 179 días.

227. En el Auto 0167 del 3 de febrero de 2022 se considera que con respecto al daño emergente objeto del proceso de responsabilidad fiscal 2017-00309 UCCPRF- 005-2017 (i) no fue localizada evidencia documental de que REFICAR llevara a cabo una cuantificación específica de la magnitud en que aumentó el presupuesto de capital del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena como producto de las reparaciones, adecuaciones o mitigaciones de efectos derivados del episodio de ola invernal; y (ii) no se evidenció que tales erogaciones repercutieran sobre el Control de Cambio 2, cuya ocurrencia -7 de mayo de 2012- fue muy posterior a la contingencia climática de los años 2010-2011

228. En el Auto ORD-801119-029-2022 de 1 de marzo de 2022 “Por medio del cual se resuelve un grado de consulta, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal Ordinario No. PRF-2018-00684_PRF-017-2018”,- Auto proferido en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2018-00684_PRF-017- 2018, entidades afectadas REFICAR S.A. (hoy S.A.S.) y ECOPETROL S.A., proceso por lucro cesante, páginas 22 a 30, en cuanto a los eventos de la ola invernal y anomalía laboral en el Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena - REFICAR, se reitera lo expuesto en el Auto 0167 del 3 de febrero de 2022.

Z. Hechos relacionados con el dictamen pericial pericial Lingüístico Comparativo entre el fallo de la primera instancia -Auto No. 749 del 26 de abril del 2021- y el fallo de segunda instancia -Auto ORD-801119-1582021 del 06 de julio de 2021-

229. El dictamen pericial Lingüístico Comparativo entre el fallo de la primera instancia - Auto No. 749 del 26 de abril del 2021- y el fallo de segunda instancia -Auto ORD-801119-1582021 del 06 de julio de 2021-, Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, de fecha 11 de abril de 2022,197 presenta las siguientes conclusiones:

“8. RESULTADOS DEL ANÁLISIS LINGÜÍSTICO COMPARATIVO

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- 1) A través del análisis de marcas léxicas, morfosintácticas y semánticas identitarias de los dos escritos, se manifiesta una tendencia a la construcción de oraciones y párrafos densos y extensos lo cual dificulta la comprensión y coherencia global de ambos textos.
- 2) Las marcas ortográficas y pautas de puntuación de ambos fallos demuestran un uso constante de mayúsculas innecesarias que afecta la lectura e interpretación del mensaje. Los reiterados errores de puntuación repercuten en el texto y en su interpretación, lo que deja ver una injustificada falta de revisión y corrección final de los dos documentos.
- 3) Las marcas sintácticas y de redacción reflejan la tendencia a elaborar oraciones subordinadas complejas y densas, desordenadas y mal puntuadas que alteran los patrones de orden lineal. El fallo de primera instancia es excesivamente extenso (6.243 páginas), conformada por varios textos con evidentes formatos diferentes: cuadros y gráficas difusas, enumeraciones, paginaciones y nomencladores inexactos que evidentemente complejizan su lectura, comprensión y refutación. La segunda instancia (2161 páginas) presenta similares vicios de redacción y de excesiva información mal estructurada y ordenada con las consecuentes dificultades de comprensión y lectura densa.
- 4) En ambos textos objeto de análisis, se corrobora la gran tendencia al uso y abuso del hipérbaton comprometiendo de esa manera la lectura y comprensión de los documentos pues se viola el orden lógico y el principio de claridad del lenguaje.
- 5) Finalmente, desde el punto de vista de la estilística, se evidencia que tanto la primera instancia como la segunda son el resultado de varios apartados inconexos que describen, de manera excesiva, antecedentes, fundamentaciones, consideraciones y conclusiones, con marcas ideolectales muy similares que, como se analizó, no logran tejer un texto coherente, claro y bien cohesionado violando las máximas de la comunicación: cantidad, calidad, modo y relevancia. Estas dos producciones escritas siguen estilos más acumulativos y menos analíticos”.

9. CONCLUSIONES

Las múltiples similitudes en las marcas léxicas, sintácticas, gramaticales, así como la presencia recurrente de los mismos “vicios de redacción” que se evidenciaron en este cotejo, permiten identificar “perfiles lingüísticos” con el mismo estilo idiolectal de escritura y redacción.

Por lo general, en el proceso de construcción de un texto, se reflejan las marcas del “enunciador”, es decir, la apropiación de la lengua por parte de un determinado autor. En ese sentido, en ambos Fallos se reconstruye el mismo estilo idiolectal de redacción en cuanto a las formas particulares de usar ciertos giros sintácticos, de estructurar las oraciones, de puntuar o no ciertos párrafos o de usar y abusar de los marcadores discursivos. Estas huellas identitarias dejan ver que hay un estilo propio, peculiar, que se reconstruye en ambos documentos, es decir, que hay identidad de autor.

El análisis comparativo evidencia similitudes sintácticas y gramaticales en la elaboración y redacción de párrafos, las cuales perfilan los mismos vicios de orden y estructuración de las ideas. Asimismo, el análisis cualitativo y cuantitativo de las marcas identitarias semántico-sintácticas muestra la tendencia a elaborar oraciones complejas y densas; así como desordenadas y mal puntuadas que alteran los patrones de orden lógico y lineal. Teniendo en cuenta, que es poco probable que varias personas incurran en los mismos errores de redacción y que tengan los mismos vicios gramaticales que hacen los textos ilegibles, arduos y farragosos, los resultados permiten colegir que ambos Fallos tienen, en la mayoría de sus apartes, la misma autoría.

De acuerdo con los fundamentos y prodecimientos de la Lingüística Forense que sustentan este dictamen, el cotejo realizado permite concluir que dadas las evidentes similitudes de marcas lingüísticas identitarias, estilos ideolectales y retratos lingüísticos se evidencia la misma autoría en la redacción y escritura en la mayoría de los apartes de los dos Fallos de Responsabilidad Fiscal (Primera y Segunda instancia).”

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

230. Finalmente, es importante registrar como un hecho trascendental en todo este asunto, que la iniciación de la investigación y el trámite del proceso de responsabilidad fiscal que concluyó con los actos que aquí se cuestionan, estuvo precedida y ambientada por una ruidosa campaña mediática orquestada con oscuros intereses políticos. Cuando nuestros poderdantes y todos los encartados concurrieron a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a ejercer sus derechos encontraron minado el terreno de sus defensas. No se oyeron sus razones ni en primera ni en segunda instancia, como aquí se ha demostrado, y en últimas todo lo que se surtió fue un juicio público y casi que un linchamiento grotesco y alevoso. Concurrimos a la serena instancia judicial, que la sabemos ajena a las pasiones e intereses políticos, para que advirtiendo el debido proceso y respetando el derecho de defensa se haga la justicia que les fue negada a nuestros mandantes

1.1.3. ACTUACIÓN PROCESAL.

1º. Mediante Acta de Reparto del 21 de abril de 2022, el proceso con número de radicación 25000234100020220045100 fue repartido al Magistrado Felipe Alirio Solarte Maya.

2º. Posterior al estudio de admisión de la demanda, el despacho sustanciador mediante Auto del 6 de diciembre de 2022 dispuso escindir la demanda y continuar con el trámite del proceso correspondiente solo a uno de los demandantes, señor Hernando José Gómez Restrepo.

1.1.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Dentro del acápite de normas violadas, la parte accionante señaló que los actos administrativos demandados *“violaron los artículos 13, 29, 83 y 13 de la Constitución, los artículos 5, 6, 23, 54 y 57 de la Ley 610 de 2000, los artículos 110, 117 y 119 de la Ley 1474 de 2011, los artículos 2341 y 2344 del Código Civil y el acto administrativo contenido en el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004.”*

Sustentó quince (15) cargos de violación, los cuales serán resumidos de la siguiente manera:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cargo Primero: Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan normas superiores. Aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 610 de 2000 y falta de aplicación del artículo 54 de la Ley ibidem. Inexistencia de prueba que demuestre la certeza de existencia del daño al patrimonio público. Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Manifestó que el operador fiscal para determinar el elemento de la responsabilidad fiscal “Daño al patrimonio público” utilizó ejercicios financieros que fue depurando en las providencias proferidas en el proceso de responsabilidad fiscal.

Que en el Auto de apertura del proceso, con base en los modelos financieros elaborados por REFICAR, se determinó que la pérdida de valor de la inversión en el Proyecto de Modernización y Ampliación de la Refinería de Cartagena-REFICAR, se originó por la entrada tardía de la operación de la refinería y por mayores erogaciones. Para establecer la pérdida de valor de la inversión en el mencionado proyecto, la Contraloría acudió a dos conjuntos de información: i) los indicadores financieros de cada uno de los controles de cambios encontrados en las actas de la Junta Directiva de REFICAR y ii) los indicadores de los modelos financieros de REFICAR. Con base en las actas de Junta Directiva de REFICAR se presentan indicadores financieros en donde se detalla el VALOR PRESENTE NETO VPN, el costo promedio del capital denominado WACC, y las inversiones de capital CAPEX en cada uno de los cinco Controles de Cambio y en la Línea Base, esta última. Definida como el punto de partida del proyecto.

Indicadores	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5
VPN	2,369	858	ND	- 1,755	- 4,843	- 5,812
WACC	10.0%	12.2%	ND	11.1%	ND	ND
Capex	3,777	3,994	4,854	6,902	7,653	8,016

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En la información registrada en las Actas de la Junta Directiva de REFICAR se identifica una variación de -8.181 MUSD en el VPN, que resulta de restarle al VPN del Control de Cambios 5, el VPN de la Línea Base, así:

Se toma el VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5, según Tabla 1., que es de -5.812 (negativo) y se le resta el VPN de la Línea Base 2.369:

(+) VPN Control de Cambios 5 : - 5.812

Menos

(-) VPN de la Línea Base : 2.369

(=) Resultado : - 8.181

Y para el caso del CAPEX, al acumulado hasta el Control de Cambios 5, se le resta el monto del CAPEX de 3.777 de la Línea Base, es decir:

(+) CAPEX acumulado hasta el Control de Cambios 5 : 8.016

Menos

(-) CAPEX de la Línea Base : 3.777

(=) Resultado : 4.239

Dando como resultado que la variación del CAPEX entre los cinco (5) Controles de Cambio, ascendió a la suma de \$4.239 MUSD.

En la información registrada en los modelos financieros elaborados por REFICAR se presentan los mismos indicadores así:

Indicadores	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5
VPN	997	1,396	185	- 2,568	- 4,845	- 6,238
WACC	12.2%	11.1%	11.1%	11.1%	11.1%	11.1%
Capex	3,660	3,994	5,148	6,902	7,653	8,016

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con base en la información registrada en los modelos financieros elaborados por REFICAR, se establece la variación del VPN con un resultado de -7.235 MUSD, que se obtiene de restarle al valor acumulado de los cinco Controles del Cambios, el monto de la Línea Base, es decir:

(+) VPN control de hasta el Control de Cambios 5: - 6.238 (Tabla 2.)

Menos

(-) VPN de la Línea Base : - 997

(=) Resultado : - 7.235

Y en el caso de la variación en el CAPEX es de 4.356 M USD, cifra que resulta de restarle al monto acumulado de los cinco (5) Controles de Cambios, el valor de la Línea Base:

(+) CAPEX acumulado hasta el Control de Cambios 5 : 8.016

Menos

(-) CAPEX de la Línea Base : 3.660

(=) Resultado : 4.356

A los modelos financieros elaborados por REFICAR cuya información de los indicadores se muestra en la Tabla 2., la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA les hizo los siguientes ajustes:

1. Cambió el valor a perpetuidad del año 2034 al año 2033.
2. Unificó la tasa de descuento al 11.1%.
3. Eliminó de la línea base el flujo de caja de la refinería antigua.
4. Modificó los montos contenidos en los modelos de REFICAR para expresarlos en dólares constantes de 2015, utilizando la tasa de inflación de los Estados Unidos de América, de acuerdo con la siguiente tabla.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Inflación de los Estados Unidos de América.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018-2038
Índice de Precios	87.63	87.72	90.09	91.44	94.18	95.82	96.88	98.23	100.00	102.20	104.55	N.D

El Auto de Apertura después de realizar los cuatro ajustes enunciados anteriormente a los modelos elaborados por REFICAR, obtuvo los siguientes resultados para el Valor Presente Neto VPN, en dólares constantes del año 2015.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Variación Total (CC5-Línea Base)
VPN (M USD de 2015)	2.975	2.258	264	- 3.676	- 4.845	- 6.238	- 9.213
Variación entre Controles de Cambio	-	- 717	- 1.994	- 3.940	- 1.169	- 1.393	- 9.213

La variación del VPN entre Controles de Cambio se refiere a la distancia entre un Control de Cambios, Tabla 4 y el anterior Control de Cambios, para el Control de Cambios 2 es:

(+) VPN del Control de Cambios 2 es igual a 264

Menos

(-) VPN del control del Control de Cambios 1 es igual a 2.258

(=) Resultado -1.994

En el Auto de Apertura se utilizó el concepto de Valor Presente Neto Marginal, el cual hace referencia a las diferencias en “la valoración obtenida en cada hito del proyecto”, es decir, a la variación del VPN entre cada Control de Cambios y la versión previa.

Que con base en los resultados de la tabla anterior, se denominó como VPN Marginal a la variación entre cada Control de Cambios y la versión anterior, así:

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
VPN MARGINAL	-	- 717	- 1.994	- 3.940	- 1.169	- 1.393	- 9.213

El valor total de las variaciones del VPN en los diferentes Controles de Cambio ascendió a la suma de 9.213 MUSD que es el resultado de restar el VPN marginal acumulado, es decir, hasta el Control de Cambios 5, el Valor Presente Neto de la Línea Base, así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(+) VPN Control de cambios 5 : - 6.238

Menos

(-) VPN de la línea base : 2.975

(=) Resultado : - 9.213

Teniendo en cuenta la variación del VPN antes detallada, se procedió a determinar cuál variación correspondía al período 2007 a 2015, y cuál al período posterior al 2015, Tabla 6., página 270 del Auto, y se separó la variación por efecto del aumento del CAPEX y la variación originada por la entrada tardía de operación de la Refinería, con el siguiente resultado:

	Variación 2007 - 2034	Variación 2007 - 2015	Variación 2016 - 2034
Total	- 9,213	- 6,080	- 3,133
Efecto CAPEX	- 4,415	- 4,144	- 271
Efecto Entrada Tardía	- 4,797	- 1,936	- 2,861

En el Auto de Apertura para el período 2007 a 2015, el daño emergente se atribuyó a mayores inversiones del orden de 4.144 MUSD, y el lucro cesante a la entrada tardía de la operación de la Refinería, por un monto de 1.936 MUSD, para un valor total del daño de 6.080 MUSD, que convertidos a la tasa representativa del mercado (TRM) del 4 de noviembre de 2015 arrojó un monto de \$17.177.520.000.000 COPS., sin indexar.

(+) Daño emergente : 4.144

Más

(+) Lucro Cesante : 1.936

(=) Total del Daño (MUSD) : 6.080

(x) Multiplicado por la TRM 4 nov. 2015 2.825,25

(=) Total del Daño (MMCOP) : 17.177,52

El Auto de Apertura para la cuantificación determinó como daño la variación total del VPN en el periodo 2007 a 2015 por la suma de 6.080 MUSD y lo desglosó entre mayores inversiones o CAPEX, que no repercutieron en un beneficio económico adicional al originalmente proyectado, daño emergente (4.144 MUSD), y las que fueron necesarias para la terminación de la obra por retraso en el cumplimiento del cronograma del

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

proyecto, lucro cesante (1.936 MUSD), pero no individualizó o determinó los daños atribuibles a cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios.

Procedimiento utilizado para determinar la cuantificación del daño en el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017.

En relación con la cuantía del daño emergente relacionado en el Auto de Imputación el cálculo del daño fiscal partió de la variación de VPN desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, estableció cuáles de las adiciones al CAPEX mantuvieron el retorno esperado del inversionista y cuales no. Estas últimas fueron consideradas por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, como daño fiscal.

Antes de iniciar el procedimiento de cálculo del daño, la Contraloría realizó los siguientes ajustes a los modelos financieros elaborados por REFICAR:

(i) Se retiraron de la Línea Base las inversiones de los años 2007 y 2008 previas al año de aprobación de la configuración del Proyecto.

(ii) Se calcularon los flujos de caja en dólares del año 2009 para homogeneizar los VPN desplazándolos al 2009 y unificando la tasa de descuento a 11.1%.

(iii) Se separaron los flujos de caja libre entre el período de inversión y de operación, para retirar del daño fiscal los años de operación

(iv) Se definió que el período 2011 a 2015 es el pertinente para determinar la afectación al VPN por adiciones de CAPEX, dado que corresponde a los años en los que se aprobaron los Controles de Cambio.

(v) Se retiraron de los flujos de caja, los pertinentes a la refinería antigua.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total Variación (LB vs. CC5)
VPN	1,501.28	1,345.91	356.11	- 1,651.49	- 2,345.42	- 3,086.17	- 4,587.45

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La variación total de -4.587.45 resulta de restarle al VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5 (-3.086.17) el VPN de la Línea Base (1.501.28), es decir:

VPN acumulado al Control de Cambios 5 -3.086.17

Menos

VPN de la Línea Base 1.501.28

(=) Total Variación del VPN -4.587.45

Como se observa en la Tabla 7., después de realizar los ajustes, el Valor Presente Neto -VPN- del Control de Cambios 1 y del 2 es positivo en 1.345.91 MUSD y de 356.11 MUSD respectivamente.

A continuación, se diferencia el periodo de inversión -2007 a 2015)- y el período de operación -2016 a 2034-, y con base en dicha premisa se obtuvo el aporte sobre el VPN en cada una de estas dos (2) etapas y para cada uno de los Controles de Cambio, páginas 1403 y 1404, como se detalla en la siguiente Tabla.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Variación LB vs. CC5
VPN Período de Inversión (M USD)	- 2.933.70	- 2.836.05	- 3.746.69	- 4.643.11	- 5.418.64	- 5.601.17	
VPN Período de Operación (M USD)	4.434.98	4.181.96	4.102.80	2.991.62	3.073.22	2.515.00	- 1.919.98
Total VPN (M USD)	1,501.28	1,345.91	356.11	- 1,651.49	- 2,345.42	- 3,086.17	- 4,587.45

Se observa en la Tabla anterior que el total de las variaciones del VPN en el periodo de operación es de -1.919.96 MUSD que resulta de restarle al acumulado del Control de Cambios 5 el VPN de la Línea Base, como sigue:

(+) VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5

2.515.00

Menos

(-) VPN de la Línea Base

4.434.98

(=) resultado de la variación del VPN en el periodo de operación

-1.919.98

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Considera el Auto de Imputación, página 1404, que al ser el periodo 2011 a 2015 el de la ocurrencia de los Controles de Cambio, a este periodo corresponde la afectación del VPN ante las adiciones del CAPEX. Empalmado esta premisa con el final del periodo de inversión, es decir el año anterior al periodo de operación, se establecieron periodos de inversión para cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio, como se muestra a continuación:

Hito	Periodo pertinente de cálculo	
	Inicio	Fin
Control de Cambios 1	2011	2013
Control de Cambios 2	2012	2013
Control de Cambios 3	2013	2014
Control de Cambios 4	2014	2015
Control de Cambios 5	2015	2016

De esa manera, se estableció que el período de variación del VPN ante las adiciones del CAPEX, entre la Línea Base y el Control de Cambios 1 corresponde a los años 2011 a 2013, que la variación entre los Controles de Cambio 1 y 2 corresponde a los años 2012 a 2013 y así sucesivamente.

Ahora, teniendo en cuenta que las variaciones del CAPEX tienen efectos prospectivos, al efectuar ese ajuste y retirar los flujos de caja de la Refinería antigua de los modelos financieros elaborados por REFICAR, se obtiene una nueva variación del VPN para cada uno los cinco (5) Controles de Cambio (página 1405) en el periodo de inversión, como se detalla en la siguiente Tabla:

Variación del VPN originado por los controles de cambio

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Variación del VPN	-	- 698.11	- 1,060.53	- 1,216.15	- 629.35	- 246.45	- 3,850.59

La variación total del VPN en el periodo de inversión ahora es de -3.850,59 MUSD que resulta de sumar cada una de las variaciones del VPN desde el Control de Cambios 1 hasta el Control de Cambios 5 como se detalla en la tabla.

De los resultados anteriores se observa que el VPN pasa de 1.501 (positivo) MUSD de la Línea Base, Tabla 8, a -3.086 (negativo) en el Control de Cambios 5, es decir una

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

variación total para todos los Controles de Cambio de -4.587.45 (negativo) MUSD, Tablas 7. y 8., y una vez identificada la variación del VPN en el período de inversión, Tabla 10., y en el periodo de operación, Tabla 8., se calcula la variación del VPN origina con anterioridad a los Controles de Cambio, la variación originada por los Controles de Cambio en el periodo de inversión y la variación originada en el periodo de operación del Proyecto, página 1406 del Auto, con los siguientes resultados:

Composición del cambio en el VPN (MM USD)	
Originado antes de los controles de cambio	1,183.12
Originado en los controles de cambio	- 3,850.59
Originado en el período de operación	- 1,919.98
Total	- 4,587.45

En el Auto de Imputación se toma el VPN de la Línea Base que es 1.501 MUSD, y se le resta la variación atribuible a los cinco Controles de Cambio, es decir desde el Control de Cambios 1 a 5, que corresponde a la cifra de -3.850.59 MUSD, identificándose así la declinación del VPN en el periodo de inversión que arrojó como resultado la suma de 2.349 MUSD, es decir \$ 1.501 menos \$ 3.851, como se explica:

(+) VPN Línea Base : 1.501
 Menos
 (-) Variación VPN Controles de Cambio : - 3.851
 (=) Resultado: - 2.349

Para el operador fiscal, la magnitud del daño equivale al retroceso del VPN bajo el umbral VPN= 0, es decir 2.349 MUSD que resulta de restar el VPN de la Línea Base (1.501) al monto de la declinación total del mismo, es decir la suma de las variaciones desde el Control de Cambios 1 hasta el Control de Cambios 5 (3.851).

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Auto procedió a establecer la participación porcentual de la variación del VPN en los cinco Controles de Cambios y la variación total de este indicador (3.850.59 MUSD).

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Participación	Variación VPN bajo el umbral VPN=0
Entre Línea Base y CC1	- 698.11	18.13%	- 425.93
Entre CC1 y CC2	- 1,060.53	27.54%	- 647.05
Entre CC2 y CC3	- 1,216.15	31.58%	- 741.99
Entre CC3 y CC4	- 629.35	16.34%	- 383.98
Entre CC4 y CC5	- 246.45	6.40%	- 150.36
Total	- 3,850.59	100.00%	- 2,349.31

El intervalo entre los Controles de Cambios 1 y 2 es:

Variación total del VPN entre todos los intervalos :-3.850.59 MUSD

Variación del intervalo entre los Controles de Cambio 1 y 2 :-1.060.53 MUSD

Porcentaje de participación del intervalo entre CC1 y CC2 : 27.54%

Que se explica como sigue:

Variación del intervalo entre los CC1 y CC2 -1.060.53 MUSD

Dividido por

Variación total del VPN entre todos los intervalos -3.850.59 MUSD

(=) Resultado 0.275452

Al multiplicarlo por 100 para expresarlo en términos porcentuales sería: 0.275452 (X)

Multiplicado por 100 (=) Resultado 27,54%

El mismo procedimiento anteriormente detallado se utilizó para determinar los porcentajes de cada uno de los intervalos entre un Control de Cambios y el siguiente.

A continuación, el Auto de Imputación tomó la declinación total del VPN, bajo el umbral VPN=0, es decir 2.349,31 MUSD y se le aplicaron los porcentajes anteriormente establecidos para cada uno de los cinco Controles de Cambio.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para el intervalo entre el Control de Cambio 1 y 2 se aplica el porcentaje anterior a la variación total del VPN por debajo del umbral, es decir -2.349.31 MUSD. La cifra de 2.349.31 MUSD multiplicada por 27.54% da como resultado que la variación por debajo del umbral del control de cambios 2 es de -647.05 MUSD.

El mismo procedimiento se aplicó para cada uno de los intervalos:

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Participación	Variación VPN bajo el umbral VPN=0
Entre Línea Base y CC1	- 698.11	18.13%	- 425.93
Entre CC1 y CC2	- 1,060.53	27.54%	- 647.05
Entre CC2 y CC3	- 1,216.15	31.58%	- 741.99
Entre CC3 y CC4	- 629.35	16.34%	- 383.98
Entre CC4 y CC5	- 246.45	6.40%	- 150.36
Total	- 3,850.59	100.00%	- 2,349.31

A partir de la anterior información el Auto procedió a determinar qué porción de la adición del CAPEX situó el VPN en una magnitud negativa. Para esto definió que esta magnitud está determinada por el cociente entre la variación del VPN por debajo del umbral (-2.349.31 MUSD) y la variación total originada por los cinco (5) Controles de Cambios (-3.850.59 USD), como sigue:

Variación del VPN por debajo del umbral - 2.349.31

Dividido por

Variación total originada por los Controles de Cambios - 3.850.59

(=) Resultado en términos porcentuales : 61,01%

Después se expone que dado que la expansión del CAPEX pasó de 3.777 MUSD en la Línea Base hasta un monto al final de 8.016 en el Control de Cambios 5 (Tabla 1.), su variación fue de 4.239 MUSD, es decir, (8.016 menos 3.777), monto que al multiplicarlo por el cociente antes definido (61,01%) arrojó el monto del daño fiscal que ascendió a 2.586 MUSD, y que resulta de multiplicar la variación del CAPEX desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, es decir 4.239 MUSD por 61.01 %, como se describe a continuación:

(+) CAPEX acumulado hasta el Control de Cambios 5: 8.016

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Menos

(-) CAPEX de la Línea Base : 3.777

(=) Resultado 4.239

Multiplicado por

(x) Cociente : 61,01%

(=) Daño Fiscal : 2.586

Para la distribución del daño, inicialmente se establece la variación del CAPEX en la Línea Base y en los cinco (5) Controles de Cambios, de acuerdo con la información registrada en las Actas de Junta Directiva de REFICAR y en los modelos financieros.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Capex	3,777.00	3,994.00	5,148.00	6,902.00	7,653.00	8,016.00	
Variación Capex	-	217.00	1,154.00	1,754.00	751.00	363.00	4,239

Es importante resaltar que en el Control de Cambios 2 la adición al CAPEX según acta 87 fue de 860 M USD, que corresponde al incremento del CAPEX entre el Control de Cambios 1 y el Control de Cambios 2, es decir la variación entre 3.994 M USD y 4.854 MUSD.

(+) CAPEX Control de Cambios 2 : 4.854

Menos

(-) CAPEX Control de Cambios 1 : 3.994

(=) Adición CAPEX (Acta 87) : 860

Sin embargo, en el Auto de Imputación, para todos los efectos de cálculo del daño se tomó para el Control de Cambios 2 la variación del CAPEX según el modelo financiero, que corresponde a 1.154 MUSD, Tabla 14., es decir 5.148 MUSD del Control de Cambios 2 menos 3.994 M USD del Control de Cambios 1.

(+) CAPEX Control de Cambios 2 : 5.148

Menos

(-) CAPEX Control de Cambios 1 : 3.994

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(=) Adición CAPEX (Según modelo) : 1.154

A continuación, el Auto de Imputación determinó una base de distribución utilizando los porcentajes de la variación del VPN, para lo cual se tomaron las variaciones del CAPEX y se multiplicaron por los porcentajes de variación del VPN establecidos en la Tabla 13.

Intervalo de Hitos	Variación Capex (MM USD)	Variación VPN	Base de distribución (MM USD)
Entre Línea Base y CC1	217.00	18.13%	39.34
Entre CC1 y CC2	1,154.00	27.54%	317.84
Entre CC2 y CC3	1,754.00	31.58%	553.97
Entre CC3 y CC4	751.00	16.34%	122.75
Entre CC4 y CC5	363.00	6.40%	23.23
Total	4,239.00	100.00%	1,057.13

Es así que por ejemplo, para el Control de Cambios 2 se determinó la base de distribución multiplicando el porcentaje de variación del VPN (27,54%), Tabla 12., por la variación del CAPEX 1.154 M USD, operación que dio como resultado una base de distribución para el Control de Cambios 2 de 317,84 MUSD, como se muestra a continuación.

(+) Variación CAPEX CC1-CC2 : 1.154

Multiplicado por

(x) Porcentaje de Variación VPN : 27,54% (=) Base de distribución CC2 : 317,84

El Auto de imputación una vez establecida la base de distribución cuyo valor total para todos los cinco (5) Controles de Cambio fue de 1.057,13 MUSD, Tabla 15, procedió a establecer otro porcentaje de participación para cada Control de Cambios, dividiendo cada base de distribución por el total de la base.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Base de distribución (MM USD)	Participación CAPEX
Entre Línea Base y CC1	18.13%	39.34	3.72%
Entre CC1 y CC2	27.54%	317.84	30.07%
Entre CC2 y CC3	31.58%	553.97	52.40%
Entre CC3 y CC4	16.34%	122.75	11.61%
Entre CC4 y CC5	6.40%	23.23	2.20%
Total	100.00%	1,057.13	100.00%

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2:

Base de Distribución, Control de Cambios 2, igual a 317,84 MUSD

(Tabla 15.)

Base Total de distribución igual a 1.057,13 MUSD

Al dividir 317,84 en 1.057,13 el resultado 0,30066, que al multiplicarlo por 100, para ponerlo en términos de porcentaje, arroja un porcentaje de 30,07%, para el Control de Cambios 2.

(+) Base de distribución CC2 : 317,84

Dividido

(÷) Total Base de distribución : 1.057,13 (Tabla 16.)

(=) Resultado : 30,07%

Finalmente, el Auto de Imputación al aplicar los porcentajes de participación de cada uno de los intervalos de los cinco (5) Controles de Cambios, página 1409 del Auto, según la Tabla 16, definidos por la CONTRALORÍA como las participaciones de las adiciones del CAPEX sobre el monto total del daño, es decir 2.586 MUSD se determinó el daño fiscal ligado a cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios, como se detalla a continuación:

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Porcentaje de Distribución		3.72%	30.07%	52.40%	11.61%	2.20%	
Adición CAPEX constitutiva de daño	-	96.25	777.59	1,355.31	300.30	56.84	2,586.29

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2 sería:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Total del daño fiscal 2.586.29 MUSD

Porcentaje de participación según tabla 3.16 30.07%

Daño fiscal total multiplicado por el porcentaje de participación:

(=) Resultado 777.59 MUSD

Manifiesta el Auto de Imputación que el valor total del Daño Emergente, corresponde a 2.586 MUSD de los cuales se deben excluir las afectaciones resultantes de los Controles de Cambios 1 y 5 -96 y 57 MUSD respectivamente-, toda vez que los incrementos en el presupuesto de capital CAPEX aprobados en dichos Controles de Cambio, se situaron dentro del presupuesto de contingencia.

Es así como al total del daño emergente de 2.586 MUSD en dólares constantes del año 2009 se le restan 96 MUSD de la adición del CAPEX del Control de Cambios 1 y 57 MUSD de la adición de CAPEX del Control de Cambios 5 para un resultado de 2.433 MUSD como se detalla en la siguiente Tabla

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Daño Emergente	-		778	1,355	300		2,433

Los 2.433 MUSD al convertirlos a pesos utilizando la tasa representativa del mercado (TRM) promedio del año 2009, equivalen a \$5.238.978.900.000 pesos, sin indexar:

(+) Daño Emergente (M USD) :	2.433
(x) multiplicado por la TRM promedio de 2009:	<u>2.153,30</u>
(=) Total del Daño (MMCOP) :	5.238,98

MMCOP = MILES DE MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS

El Auto de Imputación utiliza un procedimiento para la cuantificación y distribución del daño emergente, según el cual se determina el valor total del daño hasta el último Control de Cambios, es decir desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, y

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

luego se distribuye porcentualmente según una metodología establecida por la CONTRALORÍA, sin tener en cuenta la incidencia concreta en el VPN causada por el aumento de CAPEX aprobado en cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios.

Procedimiento utilizado para determinar la cuantificación del daño en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021, actos administrativos demandados

Procedimiento utilizado para determinar la cuantificación del daño en el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

El Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia sigue una metodología similar a la del Auto de Imputación, pero realiza los siguientes ajustes a los modelos financieros elaborados por REFICAR para la cuantificación del daño fiscal:

- (i) Conversión o desplazamiento de flujos de caja del horizonte 2009 a 2034, a dólares constantes de 2009.
- (ii) Una vez expresados todos los flujos de caja a dólares de 2009 se desplazaron los montos del VALOR PRESENTE NETO - VPN al año 2009 mediante la tasa de descuento a costo de capital WACC de 11.1%.
- (iii) Retiro de los flujos de caja de la etapa de operación en la versión del modelo financiero a partir del Control de Cambios 1, de manera que las variaciones del VPN desde la línea base reflejaran únicamente el efecto del periodo de inversión.
- (iv) Retiro de los flujos de caja que antecedieron a cada uno de los Controles de Cambio, para determinar períodos comprendidos entre el año de aprobación del CAPEX y el año en que se formuló la finalización de las inversiones.
- (v) Supresión de variables asociadas con la refinería antigua.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como el operador fiscal observó que los flujos de caja en los modelos financieros elaborados por REFICAR se encuentran medidos en diferentes años: la Línea Base se encuentra a precios de 2009, el Control de Cambios 1 a precios de 2011; los Controles de Cambios 2 y 3 a precios de 2012 y los Controles de Cambios 4 y 5 a precios de 2015; consideró, que el primer paso del procedimiento de cálculo del daño debía ser la conversión a un solo año de referencia. Teniendo en cuenta el año de conversión que se tomó en el Auto de Imputación realizó la deflactación²⁰² a dólares constantes del año 2009.

Una vez hecho el ajuste anterior, los resultados del CAPEX, páginas 527 a 529, de la Línea Base y cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios arrojan los siguientes resultados:

CAPEX USD Constantes de 2009 (Actualizado por Inflación USA)		
	CAPEX M USD	Variación M USD
Línea Base	3,491.24	
Control de Cambios 1	3,619.48	128.24
Control de Cambios 2	4,716.51	1,097.02
Control de Cambios 3	6,270.30	1,553.80
Control de Cambios 4	6,989.49	719.18
Control de Cambios 5	7,309.00	319.52
Variación Total		3,817.76

Tabla 19.

De esta forma se determinó que la variación total del CAPEX ascendió a 3.817,76 MUSD, monto que difiere del 4.239 M USD que se obtuvo en el Auto de Imputación, diferencia que obedece al ajuste descrito anteriormente Y realizado a los modelos financieros.

A continuación, el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal procedió a calcular el CAPEX de la Línea Base (3.491.24 MUSD), Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, lo que generó un nuevo VALOR PRESENTE del CAPEX de 2.933.69 MUSD, para la Línea Base, como se muestra a continuación:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

CAPEX Línea Base		
USD Constantes de 2009		
Descontados a la tasa WAC =11.10%		
Año	Valores Iniciales	Valores Descontados a 2009
2009	330.45	330.45
2010	1.169.49	1.052.55
2011	1.359.14	1.101.12
2012	474.12	345.74
2013	158.04	103.73
Total	3.491.24	2.933.69

Tabla 20.
(Cifras en millones de dólares)

Siguiendo el mismo procedimiento para la Línea Base se procedió a ajustar la variación del CAPEX entre la Línea Base y el Control de Cambios 1, Página 537, es decir -128,24 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad -tasa de descuento- del 11.1%, y el resultado fue de -92.70 MUSD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Línea Base y Control de Cambios 1			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	96.46	96.46	
2010	612.49	708.94	
2011	14.96	723.90	
2012	- 840.85	- 116.95	- 85.28
2013	- 11.29	- 128.24	- 7.41
Total	- 128.24		- 92.70

Tabla 21.
(Cifras en millones de dólares)

Luego procede el Auto a hacer el mismo procedimiento anterior para la variación del CAPEX del Control de Cambios 1 y el Control de Cambios 2, página 538, es decir -1.097,02 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, y el resultado fue de -743,57 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 1 y Control de Cambios 2			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	- 2.90	- 2.90	
2010	- 6.90	- 9.80	
2011	223.70	213.91	
2012	- 540.75	- 326.84	- 238.34
2013	- 765.78	- 1,092.61	- 502.63
2014	- 4.41	- 1,097.02	- 2.60
Total	- 1,097.02		- 743.57

Tabla 22.
(Cifras en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 2 y el Control de Cambios 3, página 538, es decir -1.553,80 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, y el resultado fue de -903,68 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 2 y Control de Cambios 3			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	-	-	
2010	0.02	0.02	
2011	- 2.82	- 2.80	
2012	415.34	412.54	
2013	- 385.81	26.73	
2014	- 1,338.64	- 1,311.91	- 775.06
2015	- 241.89	- 1,553.80	- 128.63
Total	- 1,553.80		- 903.68

Tabla 23.
(Cifras en millones de dólares)

Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 3 y el Control de Cambios 4 es decir -719,18, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, página 539), y el resultado fue de -389,66 MUSD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 3 y Control de Cambios 4			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	0.14	0.14	
2010	0.33	0.47	
2011	0.67	1.14	
2012	0.84	1.98	
2013	24.32	26.30	
2014	- 148.65	- 122.35	- 72.28
2015	- 596.84	- 719.18	- 317.37
Total	- 719.18		- 389.66

Tabla 24.
(Cifras en millones de dólares)

Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 4 y el Control de Cambios 5 es decir -319,52USD a la tasa de oportunidad del 11.1%, página 539, y el resultado fue de -155.48 M USD, como se muestra a continuación:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Desfase entre Control de Cambios 4 y Control de Cambios 5			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	-	-	
2010	-	-	
2011	-	-	
2012	-	-	
2013	42.88	42.88	
2014	49.84	92.72	
2015	- 140.74	- 48.02	- 25.53
2016	- 271.50	- 319.52	- 129.95
Total	- 319.52		- 155.48

Tabla 25.
(Cifras en millones de dólares)

Luego de realizar los ajustes a cada desfase en los controles de cambio la CONTRALORÍA GENERAL consideró que al VPN del CAPEX de la Línea Base, Tabla 20., se le debían hacer los siguientes ajustes: (i) restar a dicho valor los montos correspondientes a la Escalación (ajustes de precios), (ii) restar el VPN del CAPEX de los años de Inversión 2007 y 2008, y (iii) restar el VPN del periodo de operación; lo que arrojó un nuevo VALOR PRESENTE NETO de 1.539.10 MUSD, página 541, para la Línea Base, así:

Valor		Monto (M USD)
A	VPN Capex 2009 - 2034	- 2,933.69
B	VPN Escalación	- 117.00
C	VPN Capex 2007	- 5.65
C	VPN Capex 2008	- 182.38
D	VPN Operación	4,777.83
E	VPN Proyecto	1,539.11

Tabla 26.

Posteriormente, partiendo del nuevo VALOR PRESENTE NETO del CAPEX de la Línea Base, Tabla 26., se procedió a recalcular las variaciones (desfases) del VALOR PRESENTE NETO – VPN de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios.

Según datos de las Tablas anteriores, se determinó las variaciones que tuvo el VALOR PRESENTE NETO - VPN del CAPEX desde la Línea Base hasta llegar al Control de Cambios 5 (-745.97 MUSD), arrojando un total de variación de - 2.285.06 MUSD, que resulta de restar el VPM (\$1.539 – (-\$746)), página 541, como se observa en la siguiente tabla:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	LB	CC1	CC2	CC3	CC4	CC5	Total
VPN	1,539.10	1,446.42	702.85	- 200.84	- 590.49	- 745.97	
Variación	-	- 92.68	- 743.57	- 903.69	- 389.65	- 155.48	- 2,285.06

Tabla 27.
(Cifras en millones de dólares)

La operación de resta presenta el siguiente resultado:

(+) VPN de la Línea Base	1.539.10
Menos:	
(-) VPN hasta el Control de Cambios 5	- 745.97
(=) Resultado	-2.285.06

En el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 749 del 26 de abril de 2021, página 542, se manifiesta que sobre la base que “*el daño es acumulativo y cuantificable solo hasta el final del proceso de inversión*” y que “*las contribuciones de cada hito, así como pudieron no haber causado vulneración de la promesa de valor al acumularse, de modo que no se hubiesen traducido en VPN <0, en el caso concreto si validaron tal condición, por lo que, cada instancia de control de cambio contribuyó al resultado consolidado de – 746 MUSD*”, y luego se procedió a establecer la participación de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio en la declinación del VPN, así:

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)
Línea Base	-	0.00%
CC1	- 92.70	4.06%
CC2	- 743.57	32.54%
CC3	- 903.68	39.55%
CC4	- 389.66	17.05%
CC5	- 155.48	6.80%
Total	- 2,285.08	100.00%

Tabla 28.
(VPN en millones de dólares)

Para el Control de Cambios 2, la participación establecida fue de 32.54%, porcentaje que resulta de dividir –743,57 entre 2.285,07 y multiplicarlo por 100, para expresarla en términos porcentuales así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Variación VPN entre CC1 y el CC2	:	- 743.57
Dividido entre		
Total de la Variación del VPN para el CC2	:	<u>- 2.285,07</u>
(=) Porcentaje de Participación	:	32.54%

Continuando con el procedimiento el Auto estableció la parte de la secuencia de declinación que se localiza por debajo del umbral VPN = 0, mediante la división de la cifra de la variación total del VPN -2.285.07 MUSD, Tabla 27., entre el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios -\$745,97 MUSD, Tabla 27., de la siguiente forma:

Variación VPN CC1 hasta el CC5	:	- 745,97
Dividido entre		
Total Variación VPN	:	<u>- 2.285,08</u>
(=) Porcentaje por debajo de VPN = 0	:	32,65%

Al tomar la variación total del CAPEX para todos los cinco (5) Controles de Cambio (-3.817,75 MUSD, Tabla 19., y multiplicarlo por el porcentaje anterior (32.65%), se obtuvo el valor de lo que se denominó daño fiscal, que ascendió a **1.246 MUSD**, como se presenta a continuación:

Variación total del CAPEX	:	- 3.817,75
Multiplicado por		
Porcentaje por debajo de VPN = 0	:	<u>32,65%</u>
(=) Daño Fiscal	:	1.246.32

Ahora, utilizando los porcentajes, Tabla 28., de participación en la variación del VPN de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios según la Tabla anterior, se procedió a repartir el monto del daño entre ellos, página 543, como se muestra en la siguiente Tabla:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)	Participación sobre el daño generado
Línea Base	-	0.00%	
CC1	- 92.70	4.06%	- 50.56
CC2	- 743.57	32.54%	- 405.55
CC3	- 903.68	39.55%	- 492.88
CC4	- 389.66	17.05%	- 212.52
CC5	- 155.48	6.80%	- 84.80
Total	- 2,285.08	100.00%	- 1,246.32

Tabla 29.
(VPN en millones de dólares)

El siguiente paso del Auto fue retirar las consideraciones de daño correspondiente a los Controles de Cambios 1 y 5, página 544, por la misma razón explicada en el Auto de Imputación -estar dentro de la contingencia +/- 10%- . Además, se retiró del daño fiscal el Control de Cambios 4, pues si bien hubo una afectación de la rentabilidad esperada, el episodio de anormalidad laboral (huelga) se tuvo como eximente de responsabilidad de las personas involucradas en la aprobación del CAPEX en el Control de Cambios 4, páginas 550 y 551.

Entonces, el daño fiscal luego de las depuraciones antes anotadas quedó como sigue:

	Adición constitutiva de daño (USD 2009)
Control de Cambios 2	405.56
Control de Cambios 3	•492.89
Total	898.44

Tabla 30.
(Cifras en millones de dólares)

Considerando que el hecho generador del daño se prolongó hasta la incorporación de las últimas adiciones de CAPEX al Proyecto, **lo cual ocurrió en el año 2015**, a este último año se trasladó el daño, utilizando el índice de inflación del dólar, con los siguientes resultados, página 552:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Adición constitutiva de daño (USD 2015)
Control de Cambios 2	450.18
Control de Cambios 3	547.12
Total	997.29

Tabla 31.
(Cifras en millones de dólares)

Como se detalla en la Tabla anterior el daño fiscal total ascendió a 997 MUSD distribuidos en 450 MUSD para el control de cambios 2 y a 547 MUSD para el Control de Cambios 3.

Como el daño total, es decir el 100%, es de 997.29 MUSD y considerando únicamente los intereses del Estado, representados en la participación accionaria de Ecopetrol (88,49%) en REFICAR, el daño fiscal quedó distribuido de la siguiente forma:

	Adición constitutiva de daño (USD 2015)	Participación accionaria de Ecopetrol (88.49%)
Control de Cambios 2	450.18	398.36
Control de Cambios 3	547.12	484.15
Total	997.29	882.51

Tabla 32.
(Cifras en millones de dólares)

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2 es como sigue:

100% del daño	450.18 MUSD (Tabla 31.)
Porcentaje correspondiente al estado	88.49%
Daño para el Estado	450.18 multiplicado por 88.49%
(=) Resultado	398.36 (Tabla 32.)

Luego se convirtieron a pesos colombianos los montos anteriores utilizando la Tasa Representativa del mercado (TRM), que para la vigencia 2015 era de \$2.743,39 pesos colombianos por cada dólar, con el siguiente resultado:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Daño Fiscal (M USD)	Daño Fiscal (M COP a \$2.743,39)
Control de Cambios 2	398.36	1,092,862
Control de Cambios 3	484.15	1,328,193
Total	882.51	2,421,054

Tabla 33.

Seguidamente se procedió a indexar a marzo de 2021 el valor del daño patrimonial al Estado, utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de diciembre 2015 y el índice de marzo de 2021, dado que el fallo fue proferido el 26 de abril de 2021, como sigue:

- Índice Inicial a diciembre de 2017 es igual a 88,05
- Índice Final a marzo de 2021 es igual a 107,12

$$\begin{aligned}
 \text{Valor Actualizado} &= \text{Valor} \cdot \left(\frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}} \right) \\
 &= \text{Valor} \cdot \left(\frac{107.12}{88.05} \right) = \text{Valor} \cdot 1,2166
 \end{aligned}$$

Al multiplicar los montos en pesos colombianos de la Tabla 33, por el Índice calculado 1,12166, los nuevos valores del daño fiscal en pesos colombianos para los Controles de Cambios 2 y 3 son los siguientes:

	Daño Fiscal (COP Marzo 2021)
Control de Cambios 2	1,329,555,296,567.27
Control de Cambios 3	1,615,854,487,165.16
Total	2,945,409,783,732.43

Tabla 34.

Procedimiento utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar la cuantificación del daño en el Auto ORD- 801119-158-021 0949 de 6 de julio de 2021-resuelve recursos de apelación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005- 2017

El Auto ORD-801119-158-021 0949 de 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria,203

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

confirma el Auto de primera instancia, en consecuencia está conforme con el procedimiento para determinar la cuantificación del daño en el Auto de primera instancia.

La determinación del daño fiscal en \$2.945.409.783.732.43 pesos colombianos (Tabla 34) en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 no tiene sustento probatorio.

Como se expuso en el numeral 2.1 de este Cargo, la determinación del año fiscal en cuantía de

	Daño Fiscal (COP Marzo 2021)
Control de Cambios 2	1,329,555,296,567.27
Control de Cambios 3	1,615,854,487,165.16
Total	2,945,409,783,732.43

Tabla 34.

Se fundamentó en un ejercicio financiero confuso, complejo y mal explicado, de autoría de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ejercicio contenido en el Auto de primera instancia, acto administrativo confirmado por los Autos No. 949 del 3 de junio de 2021 -resuelve recursos de reposición- y por el Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 –resuelve recursos de apelación-.

El ejercicio financiero se fundamenta en la variación o desfase del VPN de la inversión de la Línea de Base y de los aumentos del CAPEX en los cinco (5) Controles de Cambio de Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR, algoritmo204 en el que predominan los ajustes, sin que exista prueba alguna en el Proceso de Responsabilidad Fiscal que determine el daño fiscal.

En el desarrollo de este Cargo se presenta el ejercicio financiero realizado por el operador fiscal desde el Auto de Apertura hasta el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia, y en él se observa claramente que se partió del documento

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante” de septiembre 2016”, elaborado por el doctor Julio Villarreal Navarro, para la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, en punto al VALOR PRESENTE MARGINAL - VPM,²⁰⁶ denominación de VPM que abandonó el operador fiscal en el Auto de Imputación y que reemplazó por la de “Variación del VPN originado por los controles de cambio” o desfase,²⁰⁷ la cual se conservó en el Auto de Fallo con Responsabilidad fiscal de primera instancia No. 749 del 26 de abril de 2021, y en los Autos No. 0949 del 3 de junio de 2021 y ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021.

Se reitera lo manifestado en el numeral 11. del aparte “II. GLOSARIO” de la demanda respecto a que la expresión VALOR PRESENTE MARGINAL²⁰⁸ no existe en los documentos del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL, ni en el documento “BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020” de la Vicepresidencia Corporativa de Estrategia y Crecimiento de ECOPETROL S.A. de 30 de abril de 2010,²⁰⁹ Versión 1, ni en los documentos CONPES del Consejo de Política Económica y Social (i) 3312 de 20 de septiembre de 2004 “PROYECTO DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”, del Consejo de Política Económica y Social,²¹⁰ y (ii) 3336 de 28 de febrero de 2005 “MODIFICACIÓN A LA ESTRATEGIA DEFINIDA EN EL CONPES 3312 PARA LA EJECUCIÓN DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”.

Es oportuno destacar lo manifestado en el Informe de Apoyo Técnico de 8 de octubre de 2021²¹² elaborado por dos (2) los funcionarios de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, de profesión economistas, y ordenado mediante Auto 1107 del 14 de julio de 2021 por la Contralora Delegada Intersectorial No. 15, Auto proferido en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal lucro cesante PRF-2018-00684_PRF-017-2018, entidades afectadas REFICAR S.A. y ECOPETROL S.A., página 38; respecto a los supuestos de la economía que consideran los modelos, en el sentido que se consideran reales o verdaderos sin la seguridad que lo sean:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“De otra parte, los modelos consideran supuestos de la economía que inciden en la actividad de la empresa, como la tasa de cambio, la inflación y las tasas de interés de referencia para la financiación de transacciones de los insumos o productos de la Refinería. Estos supuestos son ajustables anualmente. A modo de muestra se presenta en la tabla siguiente la definición de supuestos para 2017.

Cuadro 7. Supuestos macroeconómicos del modelo en 2017

Indicador	Periodos			
	2017	2018	2019	2020
TRM Fin de Año COP/USD	2.800	2.900	3.000	3.100
TRM Promedio COP/USD	2.852	2.852	2.743	2.648
IPC Colombia %	3,50%	3,50%	3,50%	4,20%
IPC Estados Unidos %	2,50%	2,50%	2,70%	2,30%
DTF E.A. (Nominal en Pesos) %	5,34%	5,34%	5,34%	5,21%
DTF E.A. (Real) %	4,60%	4,60%	4,60%	4,60%
Libor 6 meses %	0,51%	0,51%	0,51%	0,51%
Libor (Nominal en USD) %	0,83%	0,83%	0,83%	0,83%
Libor (Real) %	-0,66%	-0,66%	-0,66%	-0,66%

Fuente: CGR, UIECC. Expediente PRF017-2018. Modelos Financieros Deterioro 2017. ”

(El resalte tipográfico y el color rojo de la letra fuera del texto original)

Aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 610 de 2000 y falta de aplicación del artículo 54 de la Ley *ibídem*.

La ausencia de prueba en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal sobre el daño patrimonial en el aumento del CAPEX en los Controles de Cambios del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena - REFICAR, prueba requerida por el artículo 23 de la Ley 610 de 2000 para configurar la responsabilidad fiscal, 213 determina que los Autos No. 749 del 26 de abril de 2021, No. 0949 del 3 de junio de 2021 y ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 proferidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA incurrieron en una aplicación indebida del artículo en mención:

“Artículo 23. Prueba para responsabilizar. El fallo con responsabilidad fiscal solo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.”

Aplicación indebida que causó la inaplicación del artículo 54 de la Ley 610 de 2000:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“Artículo 54. Fallo sin responsabilidad Fiscal. *El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.”*

La trascendencia de la inexistencia de prueba sobre el daño patrimonial

Si los tres (3) actos administrativos proferidos hubieran acatado el mandato del artículo 23 de la Ley 610 de 2000, de la mano la decisión debiera haber sido sin responsabilidad fiscal, ante la ausencia de prueba sobre la existencia del daño.

El honorable Consejo de Estado en Sentencia del 28 de agosto de 2020 de la Sección Primera sobre la prueba del daño en los procesos de responsabilidad fiscal expuso:

“En cuanto al presupuesto referido a la certeza de la existencia del daño patrimonial, el Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia del 15 de septiembre de 2016 Rad. 25000-23-41-000-2013-02564-01, consideró lo siguiente:

“Para la Sala es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona”. (Se destaca).

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De la interpretación de las normas que rigen la materia, así como de la posición de la jurisprudencia, se advierte que la Contraloría General de la República, en la expedición de los actos administrativos acusados, no se evidenció la presencia del presupuesto en mención. En efecto, la entidad se limitó a establecer como daño al patrimonio público la aplicación del método del factor multiplicador para determinar el valor de los honorarios del contrato de consultoría celebrado por la SCA y la Aeronáutica Civil, sin realizar un estudio comparativo frente al valor resultante para dichos honorarios bajo el reglamento de concurso de la SCA y el valor resultante de la aplicación del factor multiplicador, el cual fue mucho más beneficioso para la entidad estatal.

En ese orden de ideas, la Contraloría General de la República no logró acreditar para el caso sub examine la presencia de los elementos que deben concurrir para acreditar la existencia de la responsabilidad fiscal, determinados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, así: 1) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; 2) un daño patrimonial causado al Estado y 3) el nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Como se observa, el elemento objetivo en el presente caso no se encuentra acreditado por parte de la Contraloría General de la República, pues como se advirtió en esta providencia no realizó un estudio completo respecto de la existencia del daño patrimonial a los recursos del Estado, menos cuando el pacto de honorarios con factor multiplicador es enteramente procedente cuando se trata de contratos de consultoría; en consecuencia de lo anterior, para la Sala no son de recibo las conclusiones a las que llegó el ente de control, puesto que no está probado que la conducta del demandante constituyera una afectación al patrimonio público.”

Cargo Segundo. (i) El aparte Segundo del Resuelve del Auto No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) el Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) el Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 violan normas superiores. Aplicación indebida

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de los artículos 5, 6 y 53 de la Ley 610 de 2000 y falta de aplicación del artículo 54 de la Ley ibidem. Inexistencia de daño patrimonial en el aumento del CAPEX aprobado en el Control de Cambios 2 porque dicha aprobación cumplió con los indicadores de rentabilidad del Proyecto: VPN positivo -USD185 millones de dólares- y TIR de 11.43% superior a la tasa de descuento de 11.1% Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Que para el proyecto de modernización de REFICAR se contó con 5 aprobaciones de aumentos de CAPEX, que se fueron realizando durante los años 2011, 2012, 2013, enero de 2015 y noviembre de 2015, donde contaban con una línea base del proyecto de la refinería de Cartagena de \$3.777 millones de dólares, según acta No 46 del 20 de octubre de la Junta Directiva de REFICAR.

Para el 2015 después de la última aprobación del control de cambios el CAPEX aprobó el proyecto de modernización y expansión de Reficar en \$8.016 millones de dólares.

Que el Control de Cambios 2 -CC2 fue aprobado por la Junta Directiva de Reficar el 7 de mayo de 2012, según consta en el Acta 87 del 7 de mayo de 2012.

El señor HERNANDO JOSE GOMEZ se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de Reficar S.A. desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 22 de abril de 2013 donde participó en la aprobación del control de cambios el 07 de mayo de 2012 alegando que no intervino en la aprobación de los Controles de Cambios 1, 3, 4 y 5.

Que en el informe de Auditoría especial de Reficar 2016, elaborado por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA expresa que: *se tomó la información contable de la refinería de Cartagena S.A. - Reficar desde el año 2006 hasta el 31 de diciembre de 2015. Para realizar el análisis financiero de la ejecución del proyecto se tomaron los modelos financieros (flujos de caja descontados) utilizados por Reficar y la Junta Directiva para la toma de decisiones en cada uno de los controles de cambios que tuvo el proyecto en su ejecución, considerando la cronología del proyecto y los ajustes de estructuración que se llevaron a cabo durante la primera etapa de este. Para*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

efectos de esta actuación especial se definió que la línea base del proyecto corresponde a la estructura presentada para éste el 20 de octubre del 2009 y soportada en el acta no. 46.

Vale la pena resaltar, que cada uno de los Controles de Cambios (CC) se encuentran respaldado de cierta forma por las actas de la Junta Directiva (CC1: Acta No 69; CC2: Acta No. 87; CC3: Acta No. 111; CC4: Acta No. 151; CC5: Acta No. 165) y los anexos a éstas que contienen la información y soportes utilizados para la toma de decisiones. La siguiente tabla ilustra cual fue el comportamiento de los indicadores financieros y las inversiones en cada uno de los ajustes realizados en los cinco controles desde la línea base, encontrados en actas correspondientes.

Tabla 50. Indicadores de bondad financiera Actas (millos USD).

	<i>Línea base</i>	<i>CC1</i>	<i>CC2</i>	<i>CC3</i>	<i>CC4</i>	<i>CC5</i>
Acta	46	69	87	111	151	165
VPN (millones USD)	\$2.369	\$858	N.D.	\$-1.755	\$-4.843	\$-5.812
TIR	16,10%	14,70%	N.D.	10,20%	5,90%	4,35%
WACC	10%	12,20%	N.D.	11,10%	N.D.	N.D.
CAPEX (millones USD)	\$3.777	\$3.994	\$4.854	\$6.901	\$7.653	\$8.016

*Corresponde al escenario P80 sin apalancamiento

Fuente: Actas Junta Directiva Reficar

Si bien, cada una de las actas (y sus anexos) presenta los soportes, la justificación y los argumentos respectivos para la decisión, como tal, los soportes corresponden a presentaciones y estudios de índole financiera, económica y técnica que en la mayoría de casos no contienen el modelo financiero que respaldaba su análisis. Por este motivo, los modelos financieros de controles de cambios originales fueron solicitados directamente a Reficar, con el fin de realizar un análisis con la información fuente. Al analizar los modelos entregados se encontraron, en algunos casos, unas diferencias en cuanto a los indicadores financieros que se mencionarán a continuación. Algunas de las diferencias pueden corresponder a análisis de sensibilidad sobre los modelos o incorporación de contingencias que no son explícitas en los modelos entregados (o en las actas), por lo que la CGR no puede profundizar sobre estas. Los modelos seleccionados para cada uno de los controles de cambios y línea base se presentan a continuación:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Control de Cambios 2

	Acta No. 87	Modelo
Discount Rate %	N.D.	11,1%
NPV	N.D.	\$ 185
IRR	N.D.	11,4%
capex constante	N.D.	\$ 5.215
capex corriente	N.D.	\$ 5.148

Fuente: modelos de Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en millones de USD)

Continúo afirmando el informe que el siguiente capítulo pretende estimar el impacto percibido por el proyecto como consecuencia de las mayores inversiones, mayores costos y desplazamiento de la entrada en operación de la refinería. Como se mencionó anteriormente, se hará uso de los modelos que soportan los controles de cambios entregados por Reficar. Vale la pena recordar que estos modelos presentan una estructura de flujos de caja constantes de algún año en particular, por ejemplo, el control de cambios 1 se encuentra expresado en dólares del año 2011, mientras el control de cambios 5 se encuentra en dólares del año 2015. Lo anterior, no permite que los flujos de caja sean comparables, por lo que es necesario llevar todos los flujos a una misma temporalidad para poder realizar un análisis comparativo entre cada modelo. La siguiente gráfica resume el periodo en el cual se ha expresado cada uno de los modelos. (...) Utilizando la inflación anterior y su índice de precios (IP), se ajustaron todos los modelos a dólares del 2015, y se recalcularon los indicadores de bondad financiera, como lo es el VPN (expresado en dólares del 2015), utilizando la tasa de descuento del 11,1%. Lo anterior teniendo en consideración lo expresado en el capítulo anterior, que hace necesario definir una tasa para la comparación de los escenarios. A continuación se resumen los escenarios:

FCL	VPN (11,1% EA Real)
Línea Base (2015)	\$ 2.975*
Control de Cambios 1 (2015)	\$ 2.258
Control de Cambios 2 (2015)	\$ 264
Control de Cambios 3 (2015)	\$ -3.676
Control de Cambios 4 (2015)	\$ -4.845
Control de Cambios 5 (2015)	\$ -6.238

Fuente: modelos de Control de Cambios y Línea base. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ahora bien, teniendo en consideración lo anteriormente mencionado, se procede a realizar un análisis marginal de los flujos de caja expresados a 2015, con el fin de encontrar el efecto total sobre el proyecto como consecuencia de los 5 controles de cambios.

Control vs Anterior	VPN (11,1% EA Real)
Control de Cambios 1 (2015)	\$ -717
Control de Cambios 2 (2015)	\$ -1.994
Control de Cambios 3 (2015)	\$ -3.940
Control de Cambios 4 (2015)	\$ -1.169
Control de Cambios 5 (2015)	\$ -1.393
Total:	\$ -9.213

Fuente: modelos de Control de Cambios y Línea base. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar.

Como se observa, el efecto total sobre el proyecto como consecuencia de los 5 controles de cambios es de -\$9.213 millones USD, que corresponde a la pérdida de valor acumulada durante los 5 controles de cambios. Este efecto se puede dividir entre el impacto ya causado (histórico) y el impacto por causar (proyectado), como consecuencia de 1) la entrada tardía en operación y 2) los mayores costos e inversiones del proyecto.

De esta forma, se genera un perjuicio total de \$9.213 millones USD que puede ser clasificado en un impacto causado hasta el 2015 correspondiente a \$6.080 millones USD (de los cuales \$4.144 millones USD corresponde al efecto de las mayores inversiones y \$1.936 millones USD corresponde al efecto de la entrada tardía). Adicionalmente, el impacto por causar corresponde a \$3.133 millones USD del 2015 (de los cuales \$271 millones USD se generan por mayores inversiones y \$2.861 millones USD se generan por la entrada tardía de la refinería).

Desde el punto de vista financiero, es posible establecer que el proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena era financieramente viable desde la línea base establecida por Ecopetrol hasta el control de cambios Nro. 1. Ahora bien, al analizar los indicadores de bondad financiera de los controles de cambios posteriores (desde el 3 al 5) es posible establecer que el proyecto deja de ser financieramente viable en el sentido que el VPN del proyecto es negativo y la rentabilidad (TIR) menor al costo

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de oportunidad, lo que indica en términos financieros que el proyecto destruye valor, por lo cual no debió continuarse. Los modelos de control de cambios entregados por Reficar, no coinciden a la perfección con los indicadores financieros que se presentaban en las sesiones de Junta Directiva”

Ahora bien, que en el “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016”, elaborado por el doctor Julio Villarreal N para la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA se presentan la Tabla 9. sobre la Línea de Base y los cinco (5) Controles de Cambio del Proyecto de la Refinería de Cartagena.

Tabla 9. Resumen Controles de Cambio y Actas. (MM USD)

	Línea Base		Control de Cambios 1		Control de Cambios 2	
	Acta No. 46	Modelo	Acta No. 69	Modelo	Acta No. 87	Modelo
Discount Rate %	10,00%	12,20%	12,20%	11,10%	N.D.	11,10%
NPV	\$2.396	\$997	\$858	\$1.396	N.D.	\$185
IRR %	16,10%	14,44%	14,70%	14,34%	N.D.	11,43%
CAPEX corriente	\$3.777	\$3.660	\$3.994	\$3.994	\$4.854	\$5.148

	Control de Cambios 3		Control de Cambios 4		Control de Cambios 5	
	Acta No. 111	Modelo	Acta No. 151	Modelo	Acta No. 165	Modelo
Discount Rate %	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%	11,10%
NPV	-\$1.755	-\$2.568	-\$4.843	-\$4.845	-\$5.812	-\$6.238
IRR %	8,39%	7,07%	5,90%	5,90%	4,35%	4,35%
CAPEX corriente	\$6.902	\$6.902	\$7.653	\$7.653	\$8.016	\$8.016

Fuente: Modelos Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en MM USD)

“

En la Tabla 9. (i) NVP es igual a VPN, y (ii) IRR es igual a TIR.

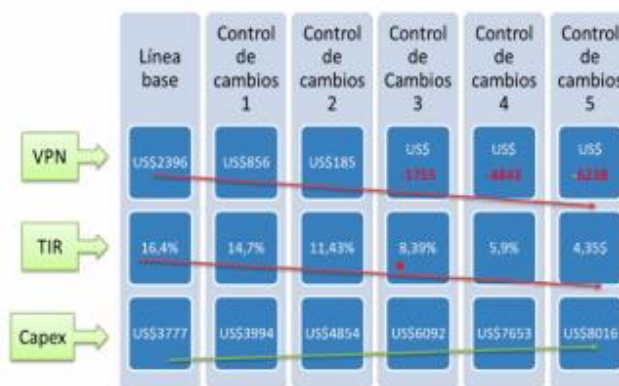
Y en el Anexo No. 1 del Acta 88 del 18 de mayo de 2012 de la Junta Directiva de REFICAR se presentan cuatro (4) sensibilidades sobre la variación de la Promesa de Valor – VPN en el CC2 en función de la entrada escalonada y la entrada en marzo 2014 del Proyecto, y en todas las sensibilidades el VPN es superior a cero (0):

- (i) Diapositiva página 35: El VPN es USD \$ 456 millones de dólares y la TIR 12.1%
- (ii) La TIR 12.1% es superior a la Tasa de Descuento fijada por la matriz ECOPETROL de 11.1%.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- (iii) Diapositiva página 36: El VPN es USD \$ 456 millones de dólares y la TIR 12.1% La TIR 12.1% es superior a la Tasa de Descuento fijada por la matriz ECOPETROL de 11.1%.
- (iv) Diapositiva página 38: El VPN es USD \$ 227 millones de dólares y la TIR 11.6% La TIR 11.6% es superior a la Tasa de Descuento fijada por la matriz ECOPETROL de 11.1%.
- (v) Diapositiva página 39: El VPN es USD \$ 23 millones de dólares y la TIR 11.1% La TIR 11.1% es igual a la Tasa de Descuento fijada por la matriz ECOPETROL de 11.1%.

El Informe de Apoyo Técnico de 30 de diciembre de 2020 elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en el PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 se presenta la siguiente Grafica sobre los indicadores financieros de los cinco (5) Controles de Cambio del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR:



La información anterior demuestra que en el Control de Cambios 2 el VPN era positivo, y la TIR de 11.43% superior a la Tasa de descuento de 11.10% fijada por ECOPETROL.

Las siguientes providencias proferidas en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal 005-2017 registran que el VPN en el CC2 es positivo: Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal en donde sobre el VPN se expresa: “De acuerdo con la doctrina especializada [ROSS et al, p. 146], la regla básica de inversión, conocida

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

como la regla del VPN se puede generalizar a: Aceptar un Proyecto si el VPN es mayor a cero Rechazar o abandonar un proyecto si el VPN es menos que cero.”

Se presenta también una Tabla que registran el Valor Presente Neto -VPN- de los cinco (5) Controles de Cambio.

Hito	VPN
Línea Base	997
Control de Cambios 1	1,396
Control de Cambios 2	185
Control de Cambios 3 -	2,568
Control de Cambios 4 -	4,845
Control de Cambios 5 -	6,238

(Cifras en millones de dólares)

Se presenta la información del VPN en dólares constantes de 2015, cifra que se obtuvo al efectuar la conversión con la inflación de los Estados Unidos de América y el VPN para el Control de Cambios 2 -CC2- asciende a 264 MUSD positivo, como se detalla a continuación:

Hito	VPN
Línea Base	2,975
Control de Cambios 1	2,258
Control de Cambios 2	264
Control de Cambios 3 -	3,676
Control de Cambios 4 -	4,845
Control de Cambios 5 -	6,238

(Cifras en millones de dólares)

En el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal: 230 (i) En la página 761, se presentan los VPN(s) correspondientes cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio, luego de “(...) contrastar los valores consignados en las respectivas actas de junta directiva de Reficar que se enuncian, frente a los consignados en las solicitudes de Controles de Cambios; estos últimos coinciden con los de los modelos presentados en las hojas de cálculo que soportan los controles de cambio”. El VPN para el Control de Cambios 2 es de 185 MUSD positivo

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Hito	VPN
Línea Base	997
Control de Cambios 1	858
Control de Cambios 2	185
Control de Cambios 3 -	2,568
Control de Cambios 4 -	4,845
Control de Cambios 5 -	6,238

(Cifras en millones de dólares)

En la página 1214, se presentan de las cifras en dólares del año 2015 de los VPN de los cinco (5) Controles de Cambio, y para el Control de Cambios 2 - CC2- se determinó el VPN en 264 MUSD positivo.

Hito	VPN
Linea Base	2.975
Control de cambios 1	2.258
Control de cambios 2	264
Control de cambios 3 -	3.676
Control de cambios 4 -	4.845
Control de cambios 5 -	6.238

(Cifras en millones de dólares del año 2015)

En la página 1402, se presentan las cifras de los VPN(s), después de descontar los flujos de caja a valores constantes de 2009, VPN desplazado al año 2009 y con una tasa de descuento de 11.1%. El resultado de este ejercicio financiero muestra que el VPN para el Control de Cambios 2 -CC2- es de 356,11 MUSD positivo.

Hito	VPN
Línea Base	1,501
Control de Cambios 1	1,346
Control de Cambios 2	356
Control de Cambios 3 -	1,651
Control de Cambios 4 -	2,345
Control de Cambios 5 -	3,086

(Cifras en millones de dólares redondeados)

Para la elaboración de la Tabla anterior se tomó la información del VPN de la Tabla de la página 1402 de Auto de Imputación y se aproximaron las cifras a números enteros.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia:

El Valor Presente Neto -VPN- de los cinco (5) Controles de Cambio varía como consecuencia de los ajustes realizados por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a los modelos financieros elaborados por REFICAR

En el acto administrativo en mención, página 541, el VPN del Control de Cambios 2 - CC2- es de 702,85 MUSD positivo como lo muestra la siguiente Tabla:

Hito	VPN
Línea Base	1,539
Control de Cambios 1	1,446
Control de Cambios 2	703
Control de Cambios 3	- 201
Control de Cambios 4	- 590
Control de Cambios 5	- 746

(Cifras en millones de dólares redondeados)

Para la elaboración de la tabla anterior se tomó la información del VPN de la tabla “secuencia de declinación del VPN por efecto de los controles de cambio” de la página 541 del Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y se aproximaron las cifras a números enteros.

Que el Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021 confirma en todas sus partes el auto de primera instancia. El auto ORD-801119-158-021 del 06 de julio de 2021, confirmó el auto de fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia. El Auto que resolvió el grado de consulta y los recursos de apelación confirmó el referido fallo con responsabilidad fiscal.

Inexistencia de daño patrimonial en el aumento del CAPEX aprobado en el Control de Cambios 2 -CC2 porque dicha aprobación cumplió con los indicadores de rentabilidad del Proyecto: VPN positivo -US185 millones de dólares- y TIR de 11.43% superior a la tasa de descuento de 11.1%.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Indicadores de Rentabilidad de los proyectos vigentes para la fecha de aprobación del Control de Cambios 2 -CC2 según el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y ECOPETROL

En el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, página 401, se establece que los Indicadores de Rentabilidad Privados de un proyecto reflejan la conveniencia privada del mismo y son los indicadores (VPN), TIR, B/C.232

VALOR PRESENTE NETO - VPN

Según el “MANUAL METODOLOGICO GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, páginas 382 y 406,233 el VALOR PRESENTE NETO -VPN es un criterio de inversión:

- que permite decidir si es conveniente o no acometer un proyecto de inversión.

que se conoce también como Valor Actual Neto

- que se basa en el principio general que un proyecto es conveniente siempre y cuando los ingresos asociados al proyecto son al menos iguales, si no mayores, que sus costos.

- que el criterio a utilizar es aceptar aquellos proyectos con un VALOR PRESENTE NETO – VPN mayor e igual a cero, ya que producen unos ingresos mayores o iguales a los costos, y rechazar todos aquellos proyectos que tienen un VPN negativo.

- que la incorporación del valor del dinero en el tiempo o costo de oportunidad intemporal del dinero se introduce cuando se “descuentan” los flujos de caja.

- que el “descuento” depende del momento en el cual estos se producen.

- que un peso de hoy no puede ser comparado, y mucho menos sumado, a un peso de mañana. Por este motivo todos los flujos deben poder transformarse (descontarse) a un momento común.”234

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- que se define como: “la diferencia entre costos y beneficios medido en valores actuales, es el equivalente en pesos actuales de todos los ingresos y egresos, presentes y futuros que constituyen el proyecto. El criterio VPN se fundamenta en el principio que una inversión es recomendable si los ingresos superan o igualan a los costos. Estos ingresos y costos deben incorporar el valor del dinero en el tiempo.”²³⁵

El documento “BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020” de la Vicepresidencia Corporativa de Estrategia y Crecimiento de ECOPETROL S.A. de 30 de abril de 2010, Versión 1, páginas 39 y 40, sobre el criterio del Valor Presente Neto presenta las siguientes dos (2) tablas, en la primera, el VALOR PRESENTE NETO -VPN como criterio económico para la postulación de proyectos debe ser mayor que cero, y en la segunda, el VALOR PRESENTE NETO -VPN como elemento mínimo para evaluación de proyectos y negocios por línea estratégica económico debe ser mayor o igual que cero:

Tabla 8: Criterios Económicos para Postulación de Proyectos

TIPO DE PROYECTO	MÉTODO DE EVALUACIÓN	CRITERIO DE DECISIÓN
CRECIMIENTO	Flujo de Caja Descontado	VPN > 0
OPTIMIZACIÓN	Flujo de Caja Descontado	$E(VPN) > 0$ para exploración VPN > 0
CONTINUIDAD OPERATIVA	Flujo de Caja Descontado para comparación	VPN > 0
ESTUDIOS	Costo Mínimo	Justificación del aporte al cumplimiento de las metas
ADQUISICIONES	Flujo de Caja Descontado	VPN > 0

Dependiendo de la línea estratégica a la que pertenezca el proyecto, los aspectos mínimos adicionales a tener en cuenta son:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tabla 9: Elementos Mínimos para Evaluación de Proyectos y Negocios por Línea Estratégica

	EXPLORACIÓN	PRODUCCIÓN	PLANTAS DE GAS	REFINACIÓN	TRANSPORTE*	BIOCOMBUSTIBLES	ADQUISICIONES	ESTUDIOS
CRITERIOS MÍNIMOS DE DECISIÓN								
Contexto del proyecto	X	X	X	X	X	X	X	X
Aporte cuantificable al MEGA	X	X	X	X	X	X	X	X
VPN >=0	X	X	X	X	X	X	X	X
Rentabilidad mínima para el inversionista >= Tasa de descuento	X	X	X	X	X	X	X	X
E[VPN] >=0	X							
ELEMENTOS MÍNIMOS DE ANÁLISIS								
FINANCIEROS								
Eficiencia de la inversión		X	X	X	X	X	X	X
Tiempo de repago	X	X	X	X	X	X	X	X
VP Inversión	X	X	X	X	X	X	X	X
VP Inversión Esperado	X							
VPN Probabilista (Media P10, P50 y P90)	X	X						X
Probabilidad de éxito aplicada	X							
% de participación	X	X	X	X	X	X	X	X
VP Inversión en riesgo	X							
Margen bruto y neto				X	X	X	X	
Costo mínimo								X
Análisis de sensibilidad variables relevantes (Precio, volumen, inversiones, costos)	X	X	X	X	X	X	X	X
Evaluación comparables								X
probabilidad de VPN esperado menor a cero	X							
OPERATIVOS								
Recursos prospectivos	X							
Perfiles de Producción	X	X						
Plan anual de pozos exploratorios y sísmica	X							
Costos unitarios (financing cost, development cost, perforación y sísmica)	X	X						X
Escenarios alternativos de ejecución de módulos de inversión, que agregados a nivel cuenca, generan diferentes valores esperados de indicadores económicos, producción y riesgo	X							
Cronograma de hitos de ejecución	X	X	X	X	X	X	X	X
Análisis de Riesgos - Cuantificación planes de mitigación	X	X	X	X	X	X	X	X
Plan de Desarrollo por año del campo		X						
Incorporación de Reservas	X	X						
Identificación de variables críticas para la captura de valor	X	X	X	X	X	X	X	X
OBLIGATORIEDAD								
Obligaciones Estatales y Costos de salida	X							
Otras Obligaciones y Costos de salida		X	X	X	X	X	X	X

* Aplica solo para proyectos que sean independientes de otros proyectos en Upstream y Downstream

El análisis por Relación Beneficio/Costo o Factor J no será utilizado para la evaluación económica de ningún proyecto del portafolio de inversiones.

TASA INTERNA DE RETORNO - TIR

En el “MANUAL METODOLOGICO GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, se lee:

“TASA INTERNA DE RETORNO, TIR – Como ya se anotó en la Sección del Valor Presente Neto, si a una cierta tasa de interés (de descuento) -por ejemplo, el 8%- el VPN es positivo esto significa que la rentabilidad del proyecto es superior al 8%; si el VPN es negativo, la rentabilidad del proyecto es menor que la tasa de descuento y si el VPN es exactamente cero, la tasa de descuento es igual a la rentabilidad del proyecto.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Tasa Interna de Retorno (TIR) puede definirse como aquella tasa de descuento que, cuando se aplica a los flujos de caja del proyecto, produce un VPN igual a cero. Debe anotarse que la TIR es independiente de la tasa de descuento del inversionista y depende exclusivamente del proyecto. En general, si la TIR es superior a la tasa de descuento, el proyecto es conveniente; si es menor no es conveniente, y si es igual, el inversionista será indiferente entre acometer o no el proyecto. Para estimar la TIR de un proyecto, se requiere resolver una ecuación polinómica, lo que puede llegar a ser complejo. Sin embargo, la TIR puede estimarse el método denominado “interpolación lineal”.

TASA DE DESCUENTO

El documento “BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020” de la Vicepresidencia Corporativa de Estrategia y Crecimiento de ECOPETROL S.A., de 30 de abril de 2010, 239 Versión 1, sobre la “Tasa de Descuento”, páginas 12 y 19 dice:

“6. PARÁMETROS DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y NEGOCIOS 6.1 Precios (...) 6.2 Tasa de Descuento La Tasa de Descuento que se aplica a los Flujos de Caja Libre sin financiación de todos los proyectos y negocios del portafolio del Grupo Empresarial es la aprobada por Junta Directiva. La tasa de descuento está definida acorde con la percepción de los accionistas sobre el riesgo del negocio y su expectativa de rentabilidad mínima. Aplica para cualquier país en donde se evalúe una inversión y se utiliza al momento de decidir la asignación eficiente de capital bajo los mismos parámetros de rentabilidad en el portafolio. Este es el criterio pasa / no pasa de todos los proyectos y negocios del Grupo Empresarial.



Es pertinente anotar que en la página 269 del Auto 0382 del 10 de marzo de 2017, Auto de apertura del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal 005- 2017,240 se registra

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

que el WACC es un indicador que “refleja la rentabilidad de la inversión una vez cubierto el costo del capital (WACC)”, y en la página 273 de la providencia ibidem se identifica la tasa de descuento efectiva anual de 11.1% con la sigla WACC.2

Indicadores de Rentabilidad del Proyecto de Modernización y Expansión de la REFINERÍA DE CARTAGENA en el Control de Cambios 2 – CC2

El Control de Cambios 2 – CC2 en el cual participaron nuestros poderdantes, aumentó el CAPEX del Proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena en USD \$ 1154 millones de dólares, incremento del CAPEX que según (i) el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCCPRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES” de la Contraloría Delegada Intersectorial 15, (ii) el Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021 “POR MEDIO DEL CUAL SE DECIDEN LOS RECURSOS DE REPOSICION CONTRA EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL PROFERIDO MEDIANTE AUTO 0749 DEL 26 DE ABRIL DE 2021 Y SE CONCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-2017-00309_UCC PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES” de la Contraloría Delegada Intersectorial 15, y (iii) el Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria; 243 conllevaron a la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, al aprobarse las adiciones de recursos CAPEX en exceso sobre los niveles acordados con la remuneración del capital aportado al proyecto a su costo de oportunidad.

En el Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, página 119, se presenta la información del Control de Cambios 2 -CC2 del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena correspondiente a lo registrado en el Acta 87 del 7 de mayo de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2012 de la Junta Directiva de REFICAR y a lo registrado en el modelo financiero elaborado por REFICAR sobre el Control de cambios 2 -CC2, lo cual determina que existan dos (2) cifras de incremento del CAPEX del Proyecto:

Control de Cambios 2

Tabla 54. Indicadores CC2. (millones USD)

	Acta 87	No. Modelo
Discount Rate %	N.D.	11,1%
NPV	N.D.	\$ 185
IRR %	N.D.	11,4%
capex constante (2012)	N.D.	\$ 5.215
capex corriente	\$ 4.854	\$ 5.148

Fuente: Modelos Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en millones USD)

- El Acta no mencionaba tasa de descuento. Según lo menciona Reficar, el 11,1% corresponde a la nueva tasa de evaluación de proyectos que utilizó Ecopetrol en la época.
- El VPN y la TIR que reporta el modelo no se pueden validar con el Acta, pues no se reportan. Tanto el VPN (a dólares del 2012) como la TIR del modelo son calculados utilizando todos los flujos del modelo, desde el año 2007.
- El control de cambios NO incorpora ingresos provenientes de la Refinería antigua. El modelo ha sido limpiado de este factor hasta el año 2013, año esperado de entrada de la refinería en el modelo.
- Los capex NO son coincidentes entre el Acta y el modelo.
- El Valor Terminal del modelo se calcula para el año 2034 y no en el 2033, último año del modelo. Para calcular el Valor Terminal se utiliza el Flujo de Caja del año 2033.

Los datos registrados en el documento anterior, de autoría de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, demuestran que la aprobación del CAPEX en el Control de Cambios 2 – CC2 cumplió satisfactoriamente con las exigencias y directrices de inversión establecidas por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y por la matriz del GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL porque:

- El VPN es USD\$185 millones de dólares, cifra superior a 0.
- La Tasa de Descuento fijada por ECOPETROL: 11.1%.
- La TIR es 11.4%.
- La TIR superior a la Tasa de Descuento: 11.43% es superior a 11.10%, y en consecuencia el incremento del CAPEX en el Control de Cambios 2 – CC2 no causó daño alguno a ECOPETROL porque dicho incremento cumplió con

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

los estándares establecidos para la remuneración del capital por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y por la matriz ECOPETROL S.A., sociedad de la cual es subordinada REFICAR.

Que el Informe de Apoyo Técnico de 8 de octubre de 2021 elaborado por dos (2) los funcionarios de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REÜBLICA, de profesión economistas, y ordenado mediante Auto 1107 del 14 de julio de 2021 por la Contralora Delegada Intersectorial No. 15, Auto proferido en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal lucro cesante PRF2018-00684_PRF-017-2018, entidades afectadas REFICAR S.A, página 38, expresa que la tasa de descuento WACC que ECOPETROL estableció para inversiones en el segmento de refinación para los años 2017 a 2020 fue muy inferior a la Tasa de Descuento de 11.1 que ECOPETROL fijó para la época de los Controles de Cambio, lo cual evidencia que el procedimiento para determinar y cuantificar el daño utiliza criterios que varían constantemente. Dice el informe en la página en cita lo siguiente:

“Dentro de los principales indicadores del cálculo de recuperación de las inversiones se encuentra la tasa WACC utilizada para el descuento de los flujos de fondos futuros; esta tasa incorpora el riesgo de la empresa, el costo de la deuda, el equity (capital aportado por los socios), las ponderaciones de cada fuente de fondeo y los impuestos. Las tasas de descuento WACC fueron estimadas por Ecopetrol en los Memorandos emitidos por la Gerencia Corporativa de Planeación Financiera y Desempeño, para cada año. Las tasas obtenidas en términos reales en dólares fueron de 6.0%, 6.48%, 6.23% y 5.1% para los años 2017 a 2020 respectivamente. Estas tasas difieren en muy amplio margen de las utilizadas en los modelos que antecedieron a los controles de cambio y luego registraron sus efectos en el período de inversión, pues en tales modelos se aplicó la tasa del portafolio de inversiones de Ecopetrol (11.1%). Este indicador era el que Ecopetrol consideraba para la valoración de las inversiones en el segmento de refinación.”

Aplicación indebida de los artículos 5, 6 y 53 de la Ley 610 de 2000 y falta de aplicación del artículo 54 de la Ley ibídem.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ausencia de daño patrimonial en el aumento del CAPEX en el Control de Cambios 2, daño exigido en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 para configurar la responsabilidad fiscal, determina que los Autos No. 749 del 26 de abril de 2021, No. 0949 del 3 de junio de 2021 y ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 proferidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA incurrieron en una aplicación indebida de los artículos 5, 6 y 53 de la Ley 610 de 2000:

“Artículo 5. Elementos de la responsabilidad fiscal. 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.” (El resalte tipográfico y el color rojo de la letra fuera del texto original)

“Artículo 6. 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 culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”

Artículo 53. Fallo con responsabilidad fiscal. 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 leve 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 responsable. Los fallos con responsabilidad deberán

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.”

Que hay una aplicación indebida que generó la inaplicación del artículo 54 de la Ley 610 de 2000:

“Artículo 54. Fallo sin responsabilidad Fiscal. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.”

Los argumentos de los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 sobre la determinación y cuantificación del daño

Que en el numeral 2 del Cargo Primero se expuso el ejercicio financiero utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para la determinación y cuantificación del daño en el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 749 del 26 de abril de 2021, formulación en el cual no se aborda el estudio y análisis del daño fiscal en cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio a partir de los indicadores financieros exigidos, sino que por el contrario se toma todo el proceso de inversión del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR desde el año 2009 hasta el año 2017.

En la página 542 del Auto en mención sobre el elemento de la responsabilidad fiscal “daño” se manifiesta: *“La identificación de la afectación fiscal se mantiene fiel al razonamiento por el cual el daño es acumulativo y cuantificable solo hasta el final del proceso de inversión. Las contribuciones de cada hito, así como pudieron no haber causado vulneración de la promesa de valor al acumularse, de modo que no se hubiesen traducido en VPN inferior a 0, en el caso concreto si validaron tal condición, por lo que, cada instancia de control de cambio contribuyó al resultado consolidado de*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

-746 MUSD de valor financiero perdido frente a la oportunidad de la inversión para los aportes de capital al proyecto.”

El error de hecho en que incurrieron los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119- 158-021 0949 del 6 de julio de 2021.

Que, los Autos No. 749 del 26 de abril de 2021, No. 0949 del 3 de junio de 2021, y ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 incurrieron en error de hecho²⁵³ al ignorar o no tener en cuenta la existencia de los siguientes documentos que demuestran que el aumento del CAPEX en el Control de Cambios 2 – CC2, en el cual intervinieron nuestros poderdantes, cumplió con los indicadores financieros exigidos por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y por la sociedad matriz ECOPETROL S.A., de conformidad con lo expuesto en los numerales 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.3 de este Cargo:

El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, en lo referente a los indicadores de bondad financiera del Control de Cambios 2 – CC2 y de los demás Controles de Cambio, afirma en las páginas 43 y 44,²⁵⁵ que según los indicadores financieros el Proyecto no es financieramente viable a partir del Control de Cambios.

El Informe de Apoyo Técnico de 30 de diciembre de 2020 elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en el PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 que evidencia en la siguiente Grafica los indicadores financieros de los cinco (5) Controles de Cambio del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Línea base	Control de cambios 1	Control de cambios 2	Control de Cambios 3	Control de cambios 4	Control de cambios 5
VPN	US\$2396	US\$856	US\$185	US\$ -2753	US\$ -4843	US\$ -6238
TIR	16,4%	14,7%	11,43%	8,39%	5,9%	-4,35%
Capex	US\$3777	US\$3994	US\$4854	US\$6092	US\$7853	US\$8016

Por lo anterior alega que los documentos que acreditan la aprobación del CAPEX en el Control de Cambios 2 - CC2 cumplió con los indicadores de bondad financiera exigidos y con las directrices de inversión establecidas por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y por la matriz del GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL, a saber:

- (i) El VPN superior a 0, y
- (ii) La TIR superior a la tasa de Descuento fijada por ECOPETROL -11.1%-

La trascendencia del error de hecho en que incurrieron los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021.

Que si los tres (3) actos administrativos proferidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA no hubieran incurrido en el error de hecho expuesto en ese cargo, sin duda alguna se habría concluido que en la aprobación del CAPEX en el CC2 no se causó daño al patrimonio público. Esta conclusión necesariamente habría enervado, la que se alcanzó en los actos administrativos cuestionados, en el sentido que los demandantes no eran responsables fiscales y no se hubiera declarado en el Auto de Fallo con responsabilidad de primera instancia del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017,257 página 6230 a 6232, responsables fiscales a las personas que intervinieron en el trámite y la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

aprobación del Control de Cambios 2, entre ellos los mandantes, como equivocadamente lo dispuso el aparte Segundo del Auto en mención.

Cargo Tercero. Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD801119-158-021 del 6 de julio de 2021 incurrieron en falsa motivación al considerar que a) el indicador de rentabilidad VALOR PRESENTE NETO – VPN es un instrumento de registro contable, b) el indicador de rentabilidad VALOR PRESENTE NETO tiene correspondencia con la norma NIC 36, c) el indicador de rentabilidad VALOR PRESENTE NETO se aplicó en la formulación del Proyecto de REFICAR en el CONPES 3312 de 2004, d) el indicador de rentabilidad VALOR PRESENTE NETO se establece como un método supletorio que indica si las decisiones financieras que se tomaron en el desarrollo del Proyecto fueron eficientes, eficaces y se dirigían a cumplir los fines del Estado, y e) el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-005 es inusual, razón que justifica utilizar el método del VPN Causal de nulidad: falsa motivación. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

EI VALOR PRESENTE NETO-VPN es un indicador de rentabilidad.

Que en el “MANUAL METODOLOGICO GENERAL, PARA LA IDENTIFICACION, PREPARACION Y EVALUCION DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, 2004, se expresa que el VALOR PRESENTE NETO – VPN es un indicador de rentabilidad y también es un criterio de inversión, el presente manual define el VPN como la diferencia entre costos y beneficios medido en valor actuales, es el equivalente en pesos actuales de todos los ingresos y egresos, presentes y futuros que constituyen el proyecto. El criterio VPN se fundamenta en el principio que una inversión es recomendable si los ingresos superan o igualan a los costos. Estos ingresos y costos deben incorporar el valor del dinero en el tiempo.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que también se utiliza el VPN como un criterio de decisión en la postulación de proyectos VPN > 0 y uno de los criterios mínimos de decisión para la evaluación de proyectos y negocios por la Línea estratégica es el VPN mayor o igual a 0.

Que en el documento CONPES 3312 de 20 de septiembre de 2004 “PROYECTO DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD” del Consejo de Política Económica y Social, en la Tabla 2. “Sensibilidades a Resultados Financieros 2002”, presenta rangos del VPN y de la TIR:

Tabla 2
Sensibilidades a Resultados Financieros 2002

Rango	TIR	VPN (12.28%)	Supuestos
Inferior	4,1%	US\$-364 M	Aumento del presupuesto de inversión del 30% Disminución del margen de refinación del 25%
Superior	25%	US\$176 M	Disminución del presupuesto de inversión del 30% Aumento del margen de refinación del 25%

Fuente: DNP-SME”

Que dicho documento no contiene directrices sobre la utilización del Valor Presente Neto -VPN-.

Ahora bien, el demandante alega una falsa motivación sobre los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021 -resuelve recursos de reposición-, y (iii) ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 - resuelve recursos de apelación- sobre el VPN y de su prueba, con unos supuestos facticos a los que le atribuyen unas consecuencias jurídicas erradas y carentes de veracidad, que configuran la causal de nulidad falsa motivación.

Consideran los actos administrativos acusados que el VPN es un instrumento de registro contable y el VPN no es un instrumento de registro contable. Error de derecho.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Alega que el VPN es una herramienta para calcular flujos de caja descontados futuros, que se entiman n a su valor actual y no es un instrumento de registro contable, como lo demuestra el Concepto de fecha 17 de diciembre de 2021 firmado por el doctor Jaime Hernández Vásquez, especialista en Revisoría Fiscal:

- (i) El VPN es una herramienta que se utiliza para determinar el valor actual de los flujos de caja estimados de una empresa o ente económico o de una entidad generadora de efectivo, que sirve para calcular la conveniencia de una inversión determinada 276
- (ii) El VPN no es un instrumento de registro contable.277
- (iii) El VPN no es una función contable y no tiene ninguna función específica en esa materia, excepto por las estimaciones financieras para el uso de la administración.

Que segun el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, el VPN es un indicador de rentabilidad y un criterio de inversión que permite decidir si es conveniente o no acometer un proyecto de inversión; y según el documento “BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020” del 30 de abril de 2010,280 Versión 1, el $VPN > 0$ es un criterio de decisión para postulación de proyectos y el VPN mayor o igual a 0 es uno de los criterios mínimos de decisión para la evaluación de proyectos y negocios por Línea Estratégica; documentos que no mencionan que el VPN sea un instrumento de registro contable, luego son falsos los motivos de los actos administrativos en cuanto a esta calificación.

Consideran los actos administrativos acusados que el VPN tiene correspondencia con la Norma contable NIC 36 y omiten analizar que para la fecha de aprobación de los Controles de Cambios 2 y 3 la norma NIC 36 no era aplicable en la República de Colombia. Error de derecho.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que los autos afirman la correspondencia de la norma contable NIC 36 en el método del VPN para la determinación del deterioro en el valor de activos o unidades generadoras de valor, correspondencia que no es del caso analizar por la simple razón que la norma NIC 36 - que señala el deterioro en el valor de activos-, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2784 de 2012 “Por el cual se reglamenta la Ley 1314 de 2009 sobre el marco técnico normativo para los preparadores de información financiera que conforman el Grupo 1.” se aplica en la República de Colombia a partir del 1 de enero de 2014 para las empresas del Grupo 1., Grupo al cual pertenece la sociedad Refinería de Cartagena - REFICAR S.A., hoy S.A.S.,²⁸² y los Controles de Cambios 1, 2 y 3, fueron aprobados antes de la vigencia de la norma NIC 36. Las fechas aprobación de la Línea de Base y de los cinco (5) Controles de Cambio son las siguientes:

Línea de Base : octubre 2009

Control de Cambios 1: mayo de 2011

Control de Cambios 2: mayo 7 de 2012

Control de Cambios 3: mayo de 2013

Control de Cambios 4: enero de 2015

Control de Cambios 5: noviembre de 2015

Que los Autos demandados omiten cualquier mención a la fecha de aplicación de la Norma NIC 36 a REFICAR pero si sustentan su correspondencia con el método del VPN para declarar responsables fiscales a nuestros poderdantes por haber intervenido o aprobado el aumento del CAPEX en el Control de Cambios 2 del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR y para declarar responsables fiscales a otros sujetos de derecho con ocasión del Control de Cambios 3, sustentación equivocada por no ser aplicable la norma contable precitada en las fechas de aprobación de los citados Controles de Cambio.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por lo anterior, el demandante indica que la norma NIC 36 no es aplicable en los años 2012 y 2013 años en los que se aprobaron a los controles de cambio 2 y 3 realizados en la sociedad REFICAR.

Para aplicar la norma NIC 36, descrita en el Anexo 1 del Decreto Unico Reglamentario 2420 de 2015 –compilatorio-, el activo se debe encontrar en plena capacidad de generar flujos positivos de efectivo por estar en explotación, es decir estar en uso.

La primera unidad de la Refinería de Cartagena que entro en operación fue la de crudo. El inicio de operación fue en noviembre del año 2015 y la ultima unidad de la REFINERIA DE CARTAGENA en entrar en operación fue la de aquilacion. El inicio de esta operacion fue en julio del año 2016.

Ahora bien, la Carta Circular 010 de 1 de octubre de 2012 de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN sobre “Régimen de Contabilidad Pública a Normas Internacionales de Información Financiera- NIIF y Normas Internacionales de Contabilidad para el Sector Público NICSP (IPSAS), indica que en el primer semestre de año 2013 la CONTADURIA GENERAL DE LA NACION publicará para comentarios la definición de la política de regulación contable, lo que reafirma que para la fecha de aprobación del Control de Cambios 2 -mayo 7 de 2012- la Norma contable NIC 36 no se aplicaba en la República de Colombia.

Consideran los actos administrativos acusados que el VPN se aplicó en la formulación del Proyecto de REFICAR en el CONPES 3312 de 2004, afirmación que no es cierta. Error de derecho

Que de la lectura del documento CONPES 3312 de 20 de septiembre de 2004, “PROYECTO DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD” enseña que la tabla 2. “Sensibilidades a Resultados Financieros 2002” y los rangos del VPN y de la TIR:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tabla 2
Sensibilidades a Resultados Financieros 2002

Rango	TIR	VPN (12.28%)	Supuestos
Inferior	4,1%	US\$-364 M	Aumento del presupuesto de inversión del 30% Disminución del margen de refinación del 25%
Superior	25%	US\$176 M	Disminución del presupuesto de inversión del 30% Aumento del margen de refinación del 25%

Fuente: DNP-SME”

No contiene directrices algunas sobre la utilización del Valor VPN, porque la Tabla anterior no hace mención alguna de la fecha de la inversión, aspecto que era esencial registrar si el CONPES hubiera dado una directriz respecto a la utilización del VPN.

Que es de anotar que el CONPES 3336 de 28 de febrero de 2005 “MODIFICACIÓN A LA ESTRATEGIA DEFINIDA EN EL CONPES 3312 PARA LA EJECUCIÓN DEL PLAN MAESTRO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA – PMD”, del Consejo de Política Económica y Social, no menciona el VPN, ni la TIR, ni la Tasa de Descuento y que El Concepto de fecha 17 de diciembre de 2021 firmado por el doctor Jaime Hernández Vásquez, especialista en Revisoría Fiscal, frente a la ausencia de directriz del CONPES 3312 de 2004 sobre la utilización del VPN, manifiesta:

“1. *“El documento CONPES 3312 de 2004 contiene una directriz sobre la utilización del VPN?”*

Al respecto, me permito expresar que en dicho documento no se entregaron directrices sobre la utilización del VPN en tal estudio, sin embargo, en algunos cuadros de referencia que aparecen insertados en el mismo, se hace mención del VPN, sin que ello constituya ninguna directriz, pues en mi criterio, esto se hace para explicar los resultados financieros de los años 2002 y 2004, y probablemente para señalar algunas sensibilizaciones de los resultados del año 2002.

No obstante, al referirse a la inversión, no hace mención alguna de la fecha focal de la misma, como debió hacerse si se estuviera dando una directriz específica sobre su utilización, razón por la cual, se reitera, que no existe ninguna directriz sobre este asunto, en el documento anotado.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por lo anterior, que al considerar los Autos acusados, el documento CONPES 3312 de 2004 contiene una instrucción respecto a la utilización del VPN en el proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena, se suspuso una directriz inexistente en los documentos, lo que configura una falsa motivación en los mismos.

Consideran los actos administrativos acusados que el VPN se establece como un método supletorio que indica si las decisiones financieras que se tomaron en el desarrollo del Proyecto fueron eficientes y se dirigían a cumplir los fines del Estado. Error de derecho.

Que los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021 - resuelve recursos de reposición-, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 - resuelve recursos de apelación- enseñan que ante la existencia de muchas transacciones en el Proyecto de Modernización y Expansión de REFICAR no es posible verificar el monto de las inversiones y por ello se acude de forma supletoria al método del VPN en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal inusual, VPN que fue fundamental en la determinación y cuantificación del daño fiscal.

Contrario a lo manifestado por los Autos, el VPN es una regla básica de inversión:

- (i) *“De acuerdo con la doctrina especializada [ROSS et al, p. 146], la regla básica de inversión, conocida como la regla del VPN se puede generalizar a: Aceptar un Proyecto si el VPN es mayor a cero Rechazar o abandonar un proyecto si el VPN es menos que cero”*
- (ii) *El “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, es un indicador de rentabilidad y un criterio de inversión que permite decidir si es conveniente o no acometer un proyecto de inversión.*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(iii) *El documento “BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020” del 30 de abril de 2010,295 Versión 1, el $VPN > 0$ es un criterio de decisión para postulación de proyectos y el VPN mayor o igual a 0 es uno de los criterios mínimos de decisión para la evaluación de proyectos y negocios por Línea Estratégica.*

Que en los documentos anteriores no predicen que el VPN sea un método supletorio que reemplaza a la auditoria de todas las transacciones de un megaproyecto, argumento que no tiene sustento en ninguna prueba que obra en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-005, por lo que afirmar que el VPN es un método supletorio no tiene correspondencia con la naturaleza financiera de la herramienta del VPN.

El Concepto de fecha 17 de diciembre de 2021 firmado por el doctor Jaime Hernández Vásquez, especialista en Revisoría Fiscal, frente a la herramienta del VPN para determinar daños en proyectos de inversión con incremento del CAPEX expresa:

“Como se sabe, el Valor Presente Neto (VPN), es una herramienta utilizada para determinar el valor actual de los flujos de caja estimados de una empresa o ente económico o de una unidad generadora de efectivo, que sirve para calcular la conveniencia de una inversión determinada, es decir, que sirve para conocer o traer al presente lo que se espera recibir como flujos de caja descontados en el futuro. Su estimación se realiza aplicando un interés denominado tipo de descuento (tasa libre de riesgo), con el fin de establecer un posible resultado en materia de pérdidas o ganancias de un determinado proyecto. En este sentido, se puede afirmar que no es el método idóneo para evaluar daños en proyectos de inversión en los cuales se incrementa el CAPEX, máxime si tenemos en cuenta que se trata de una herramienta genérica que se emplea en escenarios de distinto orden y que se encuentra influenciada por la tasa de descuento, situación que afecta directamente al valor en uso y, por ende, el establecimiento de un posible deterioro en un proyecto de inversión.”

Que en el libro “FINANZAS CORPORATIVAS”, escrito por el doctor Julio Villarreal Navarro, el doctor Sergio Cruz y el doctor Jorge Rosillo, en el Capítulo 7 “Valoración por

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

opciones reales”, Subtítulo “Valor presente neto (VPN), una herramienta que se va quedando corta”, página 230, se exponen las deficiencias del VPN, así:

“Una de las discusiones más comunes en una organización se presenta cuando el CFO (Chief Financial Officer) de la compañía rechaza, por conceptos financieros un proyecto propuesto por el CEO (Chief Executive Officer) de la organización. La posición del área financiera es que el proyecto no genera valor para la empresa, que ni siquiera llega a generar flujos de caja positivos para misma, mientras que la posición de las directivas es que el proyecto es muy importante para la estrategia de la compañía y que debe realizarse sin importar los beneficios económicos, ya que dicho proyecto hará que la compañía mejore su posición estratégica en el futuro. Este ejemplo muestra una de las críticas que se le puede hacer a la herramienta más usada por los financieros para evaluar proyectos, los flujos de caja descontados (FCD)... En efecto, aunque los flujos FCD son la metodología más robusta y usada para valoración de proyectos, no puede decirse que son métodos perfectos. Del análisis de FCD puede afirmarse que presentan deficiencias al capturar la parte estratégica del proyecto, la incertidumbre a la cual el proyecto debe enfrentarse y la flexibilidad que puede tener un ejecutivo para cambiar el rumbo del proyecto mientras está en marcha. Frente a la necesidad de una nueva herramienta para la evaluación financiera de proyectos, que incluya tanto la parte económica, como la estratégica, y sobre todo la flexibilidad e incertidumbre en el futuro, en 1987 Myres acuñó el nombre de “opciones reales”, proponiendo la valoración de ciertos proyectos del sector real mediante el uso de técnicas para valorar opciones financieras, basándose en la similitud que existe entre comprar una opción financiera e ingresar a un proyecto real.” (El resalte tipográfico y el color rojo de la letra simultáneos fuera del texto original),

Que el doctor Julio Villarreal Navarro, en su condición de Contratista de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, elaboró catorce (14) años después el documento “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de fecha septiembre 2016”, 300 documento relacionado en la página 223, aparte 6. “DE LOS MEDIOS PROBATORIOS” del Auto de Fallo de Responsabilidad Fiscal de primera

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

instancia No. 749 del 26 de abril de 2021,301 Informe que se soporta en el VPN y en el VALOR PRESENTE MARGINAL -VPM de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR, dejando de lado las deficiencias expuestas a la herramienta financiera del VPN en el año 2002 en el Libro de su autoría reseñado en precedencia.

Consideran los actos administrativos acusados que la categoría de inusual del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-005 es razón para utilizar el método del VPN, categoría de inusual que no existe en el ordenamiento jurídico. Error de derecho.

Que los actos administrativos demandados estudian el daño fiscal a partir de la metodologis del VPN afirman que el VPN permitió en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-005 abordar la complejidad del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena, en el cual se presentan múltiples transacciones; y que el Proceso de Responsabilidad Fiscal es inusual, argumentación jurídica que no es verdadera por lo siguiente:

- (i) *La auditoría no tiene limitaciones por razones de cuantía, espacio o tiempo, así como tampoco por aspectos de complejidad, riesgo o tamaño del ente económico o de las transacciones u operaciones que allí se realizan, no de otra manera se podría expresar una opinión sobre la información financiera de una compañía o entidad cualquiera sea su tamaño o características, por lo tanto no se debe recurrir a ninguna herramienta, método o instrumento supletorio. Sobre la posibilidad de realizar auditoría a megaproyectos*
- (ii) *La Constitución Política de 1991, la Ley 42 de 1993, La Ley 610 de 2000, la Ley 1474 de 2000, el Acto Legislativo 4 de 2019, el Decreto Legislativo 403 de 2020304 no consagran la clase de Proceso de Responsabilidad Fiscal inusual.*

De la trascendencia de los errores de derecho.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que los errores de derecho expuestos configuran la causal de falsa motivación y determinaron la utilización de un método supletorio –VPN- para establecer y cuantificar el daño fiscal, errores que si no se hubieran presentado y por el contrario se hubiera acatado que:

- a) que el VPN no es un instrumento de registro contable.
- b) que la Norma contable NIC no era aplicable en los años 2012 y 2013
- c) que el documento CONPES 3312 de 2004 no tiene directriz sobre la utilización del VPN
- d) que el VPN es un indicador financiero de rentabilidad y un criterio de decisión en la postulación de proyectos y no un método supletorio para determinar daño fiscal
- e) que el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-005 no es inusual

La decisión sobre la responsabilidad fiscal sería otra en cuanto a la determinación del daño fiscal, su cuantía, los sujetos declarados responsables fiscales y la culpabilidad, por la razón de que la determinación y fijación del daño no estarían sustentadas en ejercicios financieros ni en metodologías supletoria impuestas y creadas por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA que carecen de respaldo en documentos CONPES, las cuales surgen, según el operador fiscal, de la complejidad del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR y que lo eximen de realizar auditorías o revisiones detalladas y exhaustivas de todas las transacciones del Proyecto del Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena - REFICAR, porque el análisis del VPN suple el análisis de la estructura presupuestal del Proyecto.

En síntesis, el análisis de la gestión fiscal por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA de los megaproyectos y de las grandes obras de infraestructura en Colombia que presenten miles de transacciones será evaluada con el método supletorio del VPN.

Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD801119-158-021 del 6 de julio

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de 2021 violan normas superiores. Aplicación indebida de los artículos 5, 6 y 53 de la Ley 610 de 2000 y falta de aplicación del artículo 54 de la Ley ibídem. Inexistencia de determinación y cuantificación del daño fiscal por insuficiencia de las razones para establecer algunos presupuestos del ejercicio financiero utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para fijar su valor Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Procedimiento utilizado para determinar la cuantificación del daño en el Auto de Apertura del 10 de marzo de 2017 del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

Que en el Auto de Apertura dispuso determinar el daño fiscal en cuantía estimada de SEIS MIL OCHENTA MILLONES DE DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$6.080.000.000,00), calculados en dólares de 2015, equivalentes a la tasa representativa del mercado (TRM) del 4 de noviembre de 2015 a la suma de DIECISIETE BILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE COLOMBIANA (COP\$17.177.520.000.000,00 Mcte), sin indexar, como pérdida de valor de las inversiones realizadas en el Proyecto de Modernización y Ampliación de REFICAR como resultado de las mayores inversiones aprobadas debido a deficiencias en la ejecución del Proyecto que constituyen daño emergente y lucro cesante, cifra a la cual se llegó de conformidad con lo siguiente:

a) Se tomaron los indicadores financieros de cada uno de los controles de cambios, encontrados en las Actas de la Junta Directiva de REFICAR y los indicadores los de los modelos financieros elaborados por REFICAR.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

b) Según la información registrada en las Actas de la Junta Directiva de REFICAR se identifica una variación de -8.181 MUSD en el VPN, que resulta de restarle al VPN del Control de Cambios 5, el VPN de la Línea Base.

c) Según la información registrada en las Actas de la Junta Directiva de REFICAR el CAPEX acumulado hasta el CC5 es de USD 8.016.

d) Según la información registrada en las Actas de la Junta Directiva de REFICAR la variación del CAPEX entre los cinco (5) Controles de Cambio, ascendió a la suma de \$4.239 MUSD.

e) Según la información registrada en los modelos financieros elaborados por REFICAR se identifica una variación de -7.235 MUSD en el VPN, que se obtiene de restarle al valor acumulado de los cinco (5) Controles de Cambios, el monto de la Línea Base, es decir:

f) Según la información registrada en los modelos financieros elaborados por REFICAR la variación del CAPEX entre los cinco (5) Controles de Cambio, ascendió a la suma de \$4.356 M USD.

g) A los modelos financieros elaborados por REFICAR la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA les hizo los siguientes ajustes:

- Cambió el valor a perpetuidad del año 2034 al año 2033.
- Unificó la tasa de descuento al 11.1%.
- Eliminó de la línea base el flujo de caja de la refinería antigua.
- Modificó los montos contenidos en los modelos de Reficar para expresarlos en dólares constantes de 2015, utilizando la tasa de inflación de los Estados Unidos de América, de acuerdo con la siguiente Tabla 4.

h) Después de los cuatro (4) ajustes enunciados en el literal g) anterior a los modelos elaborados por REFICAR se obtuvieron los siguientes resultados para el Valor Presente Neto -VPN-, en dólares constantes del año 2015.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Linea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Variación Total (CC5-Linea Base)
VPN (M USD de 2015)	2,975	2,258	264	- 3,676	- 4,845	- 6,238	9,213
Variación entre Controles de Cambio	-	- 717	- 1,994	- 3,940	- 1,169	- 1,393	9,213

Tabla 4.

(Cifras en millones de dólares)

La variación del VPN entre Controles de Cambio se refiere a la diferencia entre un Control de Cambios y el anterior Control de Cambios.

i). Con base en los resultados de la Tabla anterior, se denomino como VPN MARGINAL” a la variación entre cada Control de Cambios y la versión anterior, así:

	Linea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
VPN MARGINAL	-	- 717	- 1,994	- 3,940	- 1,169	- 1,393	- 9,213

Tabla 5.

(Cifras en millones de dólares)

El valor total de las variaciones del VPN en los diferentes Controles de Cambio ascendió a la suma de 9.213 MUSD que es el resultado de restar al VPN marginal acumulado, es decir, hasta el Control de Cambios 5, el Valor Presente Neto de la Línea Base, así:

(+) VPN Control de cambios 5	:	- 6.238
		Menos
(-) VPN de la línea base	:	<u>2.975</u>
(=) Resultado	:	- 9.213

j) Teniendo en cuenta la variación del VPN de USD \$ 9.213 se determinó cuál variación correspondía al período 2007 a 2015, y cuál al período posterior al 2015, (Tabla 6., página 270 del Auto), y se separó la variación por efecto del aumento del CAPEX y la variación originada por la entrada tardía de operación de la Refinería, con el siguiente resultado:

	Variación 2007 - 2034	Variación 2007 - 2015	Variación 2016 - 2034
Total	- 9,213	- 6,080	- 3,133
Efecto CAPEX	- 4,415	- 4,144	- 271
Efecto Entrada Tardía	- 4,797	- 1,936	- 2,861

Tabla 6.

(Cifras en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En el Auto de Apertura para el período 2007 a 2015, el daño emergente se atribuyó a mayores inversiones del orden de 4.144 MUSD, y el lucro cesante a la entrada tardía de la operación de la Refinería, por un monto de 1.936 MUSD, para un valor total del daño de 6.080 MUSD, que convertidos a la tasa representativa del mercado (TRM) del 4 de noviembre de 2015 arrojó un monto de \$17.177.520.000.000 COPS., sin indexar.

El Auto de apertura no explica ni presenta la metodología para establecer las cifras registradas en la Tabla del literal j) correspondientes a la “Variación 2007- 2015” y a la “Variación 2016-2034”, y en la “Variación 2007-2015” se establece el valor del daño fiscal en 6.080 MUSD, valor distribuido en sus dos componentes: efecto CAPEX -daño emergente- y efecto entrada tardía -lucro cesante-.

Procedimiento utilizado para determinar la cuantificación del daño en el Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017

El Auto de Imputación en el artículo Segundo de la Parte Resolutiva, páginas 4738, dispuso determinar respecto de la cuantía del daño emergente originado en las mayores inversiones correspondientes a los Controles de Cambios 2, 3 y 4, que implicaron adiciones al presupuesto del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena en 2.433 MUSD de 2009 que convertidos a la TRM promedio de dicho año, equivalente a la suma de CINCO BILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS COLOMBIANOS (COP \$5.238.978.900.000,00) sin indexar,311 cifra a la cual se llegó de conformidad con lo siguiente:

- a) Partió de la variación de VPN desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, estableció cuales de las adiciones al CAPEX mantuvieron el retorno esperado del inversionista y cuales no. Estas últimas fueron consideradas por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA como daño fiscal.
- b) Realizó los siguientes ajustes a los modelos financieros elaborados por REFICAR:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- Se retiraron de la Línea Base las inversiones de los años 2007 y 2008 previas al año de aprobación de la configuración del Proyecto
- Se calcularon los flujos de caja en dólares del año 2009 para homogeneizar los VPN desplazándolos al 2009 y unificando la tasa de descuento a 11.1%.
- Se separaron los flujos de caja libre entre el período de inversión y de operación, para retirar del daño fiscal los años de operación.
- Se definió que el período 2011 a 2015 es el pertinente para determinar la afectación al VPN por adiciones de CAPEX, dado que corresponde a los años en los que se aprobaron los Controles de Cambio. - Se retiraron de los flujos de caja, los pertinentes a la refinería antigua.

c) Después de efectuar los ajustes enunciados en el literal b) anterior a los modelos elaborados por REFICAR, (página 1402 del Auto) se obtuvieron los siguientes resultados del VPN.

Después de efectuar los ajustes enunciados en el literal b) anterior a los modelos elaborados por REFICAR, (página 1402 del Auto) se obtuvieron los siguientes resultados del VPN.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total Variación (LB vs. CC5)
VPN	1.501.28	1.345.91	356.11	- 1.651.49	- 2.345.42	- 3.086.17	- 4.587.45

Tabla 7.
(VPN en millones de dólares)

La variación total de -4.587.45 resulta de restarle al VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5 (-3.086.17) el VPN de la Línea Base (1.501.28). El Auto de Imputación no explica claramente la metodología o los pasos para establecer las cifras registradas en la Tabla 7 del literal b) anterior.

d) Luego se diferencia el periodo de inversión (2007 a 2015) y el período de operación (2016 a 2034), y con base en dicha premisa se obtuvo el aporte sobre el VPN en cada una de estas dos (2) etapas y para cada uno de los Controles de Cambio, (páginas 1403 y 1404) como se detalla en la siguiente Tabla.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Variación LB vs. CC5
VPN Período de Inversión (M USD)	- 2.933.70	- 2.836.05	- 3.746.69	- 4.643.11	- 5.418.64	- 5.601.17	
VPN Período de Operación (M USD)	4.434.98	4.181.96	4.102.80	2.991.62	3.073.22	2.515.00	- 1.919.98
Total VPN (M USD)	1.501.28	1.345.91	356.11	- 1.651.49	- 2.345.42	- 3.086.17	- 4.587.45

Tabla 8.
(VPN en millones de dólares)

Se observa en la Tabla anterior que el total de las variaciones del VPN en el periodo de operación es de -1.919.96 MUSD que resulta de restarle al acumulado del Control de Cambios 5 el VPN de la Línea Base, como sigue:

(+) VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5	2.515.00
Menos	
(-) VPN de la Línea Base	4.434.98
(=) resultado de la variación del VPN en el periodo de operación	-1.919.98

El Auto de Imputación no explica claramente la metodología para determinar las cifras del VPN en los periodos de inversión (2007 a 2015) y de operación (2016 a 2034), para cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio.

e) Se considera (página 1404) que al ser el periodo 2011 a 2015 el de la ocurrencia de los cinco (5) Controles de Cambio, a este periodo corresponde la afectación del VPN por las adiciones del CAPEX. Empalmado esta premisa con el final del periodo de inversión, es decir el año anterior al periodo de operación, se establecieron los periodos de inversión para cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio, como se muestra a continuación: NO ENTIENDO AÑO 2016.

Hito	Período pertinente de cálculo	
	Inicio	Fin
Control de Cambios 1	2011	2013
Control de Cambios 2	2012	2013
Control de Cambios 3	2013	2014
Control de Cambios 4	2014	2015
Control de Cambios 5	2015	2016

Tabla 9.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De esa manera, se estableció que el período de variación del VPN ante las adiciones del CAPEX, entre la Línea Base y el Control de Cambios 1 corresponde a los años 2011 a 2013, que la variación entre los Controles de Cambio 1 y 2 corresponde a los años 2012 a 2013 y así sucesivamente.

El Auto de Imputación no explica los fundamentos para establecer la duración de los períodos de inversión en cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio. Se observa que para el CC1 es de dos (2) años y para los demás Controles de Cambio es de un (1) año.

f) Al efectuar el ajuste expuesto en el literal e) anterior y retirar los flujos de caja de la Refinería antigua de los modelos financieros elaborados por REFICAR, se obtiene una nueva variación del VPN para cada uno los cinco (5) Controles de Cambio (página 1405) en el periodo de inversión, como se detalla en la siguiente Tabla:

Variación del VPN originado por los controles de cambio

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Variación del VPN	-	698.11	- 1,060.53	- 1,216.15	- 629.35	- 246.45	- 3,850.59

Tabla 10.
(VPN en millones de dólares)

El Auto de Imputación no explica las operaciones matemáticas para establecer la nueva variación del VPN en los Controles de Cambio, variación que surge después de retirar los flujos de caja de la Refinería antigua de los modelos financieros elaborados por REFICAR.

La variación total del VPN en el periodo de inversión es de -3.850,59 MUSD que resulta de sumar cada una de las variaciones del VPN desde el Control de Cambios 1 hasta el Control de Cambios 5, como se detalla en la Tabla 10.

g) Luego el Auto calcula la variación del VPN origina con anterioridad a los Controles de Cambio, la variación originada por los Controles de Cambio en el periodo de inversión y la variación originada en el periodo de operación del Proyecto (página 1406 del Auto), con los siguientes resultados:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Composición del cambio en el VPN (MM USD)	
Originado antes de los controles de cambio	1,183.12
Originado en los controles de cambio	- 3,850.59
Originado en el periodo de operación	- 1,919.98
Total	- 4,587.45

Tabla 11.

h) Al VPN de la Línea Base de 1.501 MUSD (Tabla 7.) se le resta la variación atribuible a todos los cinco (5) Controles de Cambio, es decir desde el Control de Cambios 1 a 5, que corresponde a la cifra de -3.850,59 MUSD (Tabla 10.), identificándose así la declinación del VPN en el periodo de inversión, que arrojó como resultado la suma de -2.349 MUSD, es decir \$1.501 menos \$3.851 (redondeado) (Tabla 10.), como se explica continuación:

(+) VPN Línea Base	:	1.501
Menos		
(-) Variación VPN Controles de Cambio	:	- 3.851
(=) Resultado	:	- 2.349

i) Definido lo anterior, el Auto procedió (página 1408) a establecer la participación porcentual de la variación del VPN (Tabla 10.) en los (5) Cinco Controles de Cambios y la variación total de este indicador (3.850,59 MUSD), así.

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Participación	Variación VPN bajo el umbral VPN=0
Entre Línea Base y CC1	- 698.11	18.13%	- 425.93
Entre CC1 y CC2	- 1,060.53	27.54%	- 647.05
Entre CC2 y CC3	- 1,216.15	31.58%	- 741.99
Entre CC3 y CC4	- 629.35	16.34%	- 383.98
Entre CC4 y CC5	- 246.45	6.40%	- 150.36
Total	- 3,850.59	100.00%	- 2,349.31

Tabla 12.
(VPN en millones de dólares)

El Auto de Imputación tomó la declinación total del VPN, bajo el umbral VPN=0, la cifra de 2.349,31 MUSD y se aplicó los porcentajes anteriormente establecidos, para cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios (Tabla 12.).

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

j) A partir de la anterior información el Auto procedió a determinar qué porción de la adición del CAPEX situó el VPN en una magnitud negativa. Para esto definió que esta magnitud está determinada por el cociente entre la variación del VPN por debajo del umbral (-2.349.31 MUSD) y la variación total originada por los cinco (5) Controles de Cambios (-3.850.59 USD), como sigue:

Variación del VPN por debajo del umbral	- 2.349.31
Dividido por	
Variación total originada por los Controles de Cambios	- <u>3.850.59</u>
(=) Resultado en términos porcentuales :	61,01%

El Auto de Imputación no indica cuales son los criterios, razonamientos o fundamentos para establecer que la magnitud negativa del CAPEX se determina por la división entre la cifra de la variación del VPN por debajo del umbral (- 2.349.31 MUSD) y la cifra de la variación total del VPN originada por los cinco (5) Controles de Cambios (-3.850.59 USD).

k) Después se expone que dado que la expansión del CAPEX pasó de 3.777 M USD en la Línea Base hasta un monto al final de 8.016 en el Control de Cambios 5 (Tabla 1.), su variación fue de 4.239 MUSD, (8.016 menos 3.777 = 4.239), monto que al multiplicarlo por el cociente antes definido (61,01%) arrojó el monto del daño fiscal que ascendió a 2.586 MUSD, y que resulta de multiplicar la variación del CAPEX desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, es decir 4.239 MUSD por 61.01 %, como se describe a continuación:

(+) CAPEX acumulado hasta el Control de Cambios 5:	8.016
Menos	
(-) CAPEX de la Línea Base :	<u>3.777</u>
(=) Resultado	4.239
Multiplicado por	
(x) Cociente :	61,01%
(=) Daño Fiscal :	2.586

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Auto de Imputación no explica las razones por las cuales se determinó que el daño fiscal resulta de multiplicar la variación del CAPEX desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5 por el cociente entre la variación del VPN por debajo del umbral -61.01 %.

I) Para la distribución del daño, se establece la variación del CAPEX en la Línea Base y en los cinco (5) Controles de Cambios, de acuerdo con la información registrada en las Actas de Junta Directiva de REFICAR y en los modelos financieros, como sigue:

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Capex	3,777.00	3,994.00	5,148.00	6,902.00	7,653.00	8,016.00	
Variación Capex	-	217.00	1,154.00	1,754.00	751.00	363.00	4,239

Tabla 14.
(Cifras en millones de dólares)

Es importante resaltar que en el Control de Cambios 2 la adición al CAPEX según acta 87 fue de 860 M USD (redondeado) que corresponde al incremento del CAPEX entre el Control de Cambios 1 y el Control de Cambios 2, es decir la variación entre 3.994 M USD y 4.854 MUSD; pero el Auto de Imputación, para todos los efectos de cálculo del daño se tomó para el Control de Cambios 2 la variación del CAPEX según el modelo financiero, que corresponde a 1.154 MUSD (Tabla 14.), es decir 5.148 MUSD del Control de Cambios 2 menos 3.994 M USD del Control de Cambios 1.

(+) CAPEX Control de Cambios 2	:	5.148
		Menos
(-) CAPEX Control de Cambios 1	:	<u>3.994</u>
(=) Adición CAPEX (Según modelo)	:	1.154

II) A continuación, el Auto de Imputación determina una base de distribución utilizando los porcentajes de la variación del VPN, para lo cual se tomaron las variaciones del CAPEX y se multiplicaron por los porcentajes de variación del VPN establecidos en la Tabla 12, así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Intervalo de Hitos	Variación Capex (MM USD)	Variación VPN	Base de distribución (MM USD)
Entre Línea Base y CC1	217.00	18.13%	39.34
Entre CC1 y CC2	1,154.00	27.54%	317.84
Entre CC2 y CC3	1,754.00	31.58%	553.97
Entre CC3 y CC4	751.00	16.34%	122.75
Entre CC4 y CC5	363.00	6.40%	23.23
Total	4,239.00	100.00%	1,057.13

Tabla 15.

Es así que por ejemplo, para el Control de Cambios 2 se determinó la base de distribución multiplicando el porcentaje de variación del VPN (27,54%), TTabla 12., por la variación del CAPEX 1.154 M USD, operación que dio como resultado una base de distribución para el Control de Cambios 2 de 317,84 MUSD, como se muestra a continuación:

$$\begin{aligned}
 & (+) \text{ Variación CAPEX CC1-CC2 : } && 1.154 \\
 & \qquad \qquad \qquad \text{Multiplicado por} \\
 & (x) \text{ Porcentaje de Variación VPN : } && \underline{27,54\%} \\
 & (=) \text{ Base de distribución CC2 : } && 317,84
 \end{aligned}$$

m) Una vez establecida la base de distribución cuyo valor total para todos los cinco (5) Controles de Cambio fue de 1.057,13 MUSD, Tabla 15, se procedió a establecer otro porcentaje de participación para cada Control de Cambios, dividiendo cada base de distribución por el total de la base.

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Base de distribución (MM USD)	Participación CAPEX
Entre Línea Base y CC1	18.13%	39.34	3.72%
Entre CC1 y CC2	27.54%	317.84	30.07%
Entre CC2 y CC3	31.58%	553.97	52.40%
Entre CC3 y CC4	16.34%	122.75	11.61%
Entre CC4 y CC5	6.40%	23.23	2.20%
Total	100.00%	1,057.13	100.00%

Tabla 16.

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2:

Base de Distribución, Control de Cambios 2, igual a 317,84 MUSD
(Tabla 15.)

Base Total de distribución igual a 1.057,13 MUSD

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al dividir 317,84 en 1.057,13 el resultado 0,30066, que al multiplicarlo por 100, para ponerlo en términos de porcentaje, arroja un porcentaje de 30,07%, para el Control de Cambios 2.

(+) Base de distribución CC2 : 317,84
 Dividido
 (÷) Total Base de distribución : 1.057,13 (Tabla 16.)
 (=) Resultado : 30,07%

El Auto de Imputación no explica las razones para establecer el porcentaje de participación para cada Control de Cambios, que resulta de dividir cada base de distribución por el total de la base.

n) Finalmente, el Auto de Imputación al aplicar los porcentajes de participación de cada uno de los intervalos de los cinco (5) Controles de Cambios (página 1409 del Auto) según la Tabla 16, definidos por la CONTRALORÍA como las participaciones de las adiciones del CAPEX sobre el monto total del daño, es decir 2.586 MUSD, se determinó el daño fiscal ligado a cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios, es el siguiente:

	Linea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Porcentaje de Distribución		3.72%	30.07%	52.40%	11.61%	2.20%	
Adición CAPEX constitutiva de daño	-	96.25	777.59	1,355.31	300.30	56.84	2,586.29

Tabla 17.
(CAPEX en millones de dólares)

Para el Control de Cambios 2 es:

Total del daño fiscal : 2.586.29 MUSD

Porcentaje de participación según tabla 3.16 : 30.07%

Daño fiscal total multiplicado por el porcentaje de participación:

(=) Resultado : 777.59 MUSD

Para el Control de Cambios 2 es: 1,355.31 MUSD

Para el Control de Cambios 2 es: 300.30 MUSD

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Es así como al total del Daño Emergente de 2.586 MUSD en dólares constantes del año 2009 se le restan 96 de la adición del CAPEX del Control de Cambios 1 y 57 de la adición de CAPEX del Control de Cambios 5 para un resultado de 2.433 MUSD como se detalla en la siguiente Tabla:

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Daño Emergente	-		778	1,355	300		2,433

Tabla 18.
(Cifras en millones de dólares)

Los 2.433 MUSD al convertirlos a pesos utilizando la tasa representativa del mercado (TRM) promedio del año 2009, equivalen a \$5.238.978.900.000 pesos, sin indexar:

(+) Daño Emergente (M USD)	:	2.433
(x) multiplicado por la TRM promedio de 2009:		<u>2.153,30</u>
(=) Total del Daño (MMCOP)	:	5.238,98

MMCOP = MILES DE MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS

Procedimiento utilizado para determinar la cuantificación del daño en el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

El Auto de Fallo con responsabilidad de primera instancia, páginas 6230 a 6232, dispuso respecto de nuestros poderdantes fallar con responsabilidad fiscal por el daño producido a los intereses patrimoniales del Estado derivado de las decisiones sobre el manejo de los recursos públicos que conllevaron a la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, al aprobarse las adiciones de recursos CAPEX en exceso sobre los niveles acordados con la remuneración del capital aportado al Proyecto a su costo de oportunidad en el Control de Cambios 2, en cuantía indexada de UN BILLÓN TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS Y VEINTISIETE CENTAVOS (\$1.329.555.296.567,27), y para el Control de Cambios 3, en cuantía indexada a la fecha de la presente decisión de UN BILLÓN SEISCIENTOS QUINCE MIL

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y CINCO PESOS Y DIECISEIS CENTAVOS (\$1.615.854.487.165,16), cifras a la cual se llegó de conformidad con lo siguiente:

a) El Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia sigue una metodología similar a la del Auto de Imputación, pero realiza los siguientes ajustes a los modelos financieros elaborados por REFICAR para la cuantificación del daño fiscal:

- Conversión o desplazamiento de flujos de caja del horizonte 2009 a 2034, a dólares constantes de 2009.

- Una vez expresados todos los flujos de caja a dólares de 2009 se desplazaron los montos del VALOR PRESENTE NETO – VPN al año 2009 mediante la tasa de descuento a costo de capital WACC de 11.1%.

- Retiro de los flujos de caja de la etapa de operación en la versión del modelo financiero a partir del Control de Cambios 1, de manera que las variaciones del VPN desde la línea base reflejaran únicamente el efecto del periodo de inversión.

- Retiro de los flujos de caja que antecedieron a cada uno de los Controles de Cambio, para determinar períodos comprendidos entre el año de aprobación del CAPEX y el año en que se formuló la finalización de las inversiones.

- Supresión de variables asociadas con la refinería antigua.

b) Como el operador fiscal observó que los flujos de caja en los modelos financieros elaborados por REFICAR se encuentran medidos en diferentes años: la Línea Base se encuentra a precios de 2009, el Control de Cambios 1 a precios de 2011; los Controles de Cambios 2 y 3 a precios de 2012 y los Controles de Cambios 4 y 5 a precios de 2015; consideró, que el primer paso del procedimiento de cálculo del daño debía ser la conversión a un solo año de referencia. Teniendo en cuenta el año de conversión que se tomó en el Auto de Imputación realizó la deflactación³¹⁵ a dólares constantes del año 2009.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Hecho el ajuste anterior, los resultados del CAPEX (páginas 527 a 529) de la Línea Base y cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios arrojan los siguientes resultados:

CAPEX		
USD Constantes de 2009		
(Actualizado por Inflación USA)		
	CAPEX M USD	Variación M USD
Línea Base	3,491.24	
Control de Cambios 1	3,619.48	128.24
Control de Cambios 2	4,716.51	1,097.02
Control de Cambios 3	6,270.30	1,553.80
Control de Cambios 4	6,989.49	719.18
Control de Cambios 5	7,309.00	319.52
Variación Total		3,817.76

Tabla 19.

De esta forma se determinó que la variación total del CAPEX ascendió a 3.817,76 MUSD, monto que difiere del 4.239 MUSD que se obtuvo en el Auto de Imputación, diferencia que obedece al ajuste descrito anteriormente y realizado a los modelos financieros.

c) A continuación, el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal procedió a calcular el CAPEX de la Línea Base (3.491.24 MUSD), Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, lo que generó un nuevo VALOR PRESENTE NETO del CAPEX de 2.933.69 MUSD, para la Línea Base, como se muestra a continuación:

CAPEX Línea Base		
USD Constantes de 2009		
Descontados a la tasa WAC =11.10%		
Año	Valores Iniciales	Valores Descontados a 2009
2009	330.45	330.45
2010	1.169.49	1.052.55
2011	1.359.14	1.101.12
2012	474.12	345.74
2013	158.04	103.73
Total	3.491.24	2.933.69

Tabla 20.

(Cifras en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

d) Siguiendo el mismo procedimiento para la Línea Base se procedió a ajustar la variación del CAPEX entre la Línea Base y el Control de Cambios 1, página 537, es decir -128,24 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, y el resultado fue de -92.70 MUSD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Línea Base y Control de Cambios 1			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	96.46	96.46	
2010	612.49	708.94	
2011	14.96	723.90	
2012	- 840.85	- 116.95	- 85.28
2013	- 11.29	- 128.24	- 7.41
Total	- 128.24		- 92.70

Tabla 21.
(Cifras en millones de dólares)

e) Luego procede el Auto a hacer el mismo procedimiento anterior para la variación del CAPEX del Control de Cambios 1 y el Control de Cambios 2, página 538, es decir - 1.097,02 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, y el resultado fue de - 743,57 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 1 y Control de Cambios 2			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	- 2.90	- 2.90	
2010	- 6.90	- 9.80	
2011	223.70	213.91	
2012	- 540.75	- 326.84	- 238.34
2013	- 765.78	- 1,092.61	- 502.63
2014	- 4.41	- 1,097.02	- 2.60
Total	- 1,097.02		- 743.57

Tabla 22.
(Cifras en millones de dólares)

f) Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 2 y el Control de Cambios 3, página 538, es decir -1.553,80 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, y el resultado fue de -903,68 M USD, como se muestra a continuación:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Desfase entre Control de Cambios 2 y Control de Cambios 3			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	-	-	
2010	0.02	0.02	
2011	- 2.82	- 2.80	
2012	415.34	412.54	
2013	- 385.81	26.73	
2014	- 1,338.64	- 1,311.91	- 775.06
2015	- 241.89	- 1,553.80	- 128.63
Total	- 1,553.80		- 903.68

Tabla 23.
(Cifras en millones de dólares)

g) Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 3 y el Control de Cambios 4 es decir -719,18, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, página 539, y el resultado fue de -389,66 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 3 y Control de Cambios 4			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	0.14	0.14	
2010	0.33	0.47	
2011	0.67	1.14	
2012	0.84	1.98	
2013	24.32	26.30	
2014	- 148.65	- 122.35	- 72.28
2015	- 596.84	- 719.18	- 317.37
Total	- 719.18		- 389.66

Tabla 24.
(Cifras en millones de dólares)

h) Se efectúa el mismo ajuste para la variación del CAPEX del Control de Cambios 4 y el Control de Cambios 5 es decir -319,52USD a la tasa de oportunidad del 11.1%, página 539, y el resultado fue de -155.48 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 4 y Control de Cambios 5			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	-	-	
2010	-	-	
2011	-	-	
2012	-	-	
2013	42.88	42.88	
2014	49.84	92.72	
2015	- 140.74	- 48.02	- 25.53
2016	- 271.50	- 319.52	- 129.95
Total	- 319.52		- 155.48

Tabla 25.
(Cifras en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(i) Luego de realizar los ajustes a cada variación del CAPEX en los Controles de Cambio el operador fiscal consideró que al VALOR PRESENTE NETO - VPN del CAPEX de la Línea Base, Tabla 20., se le debían hacer los siguientes ajustes: (i) restar a los montos correspondientes a la Escalación (ajustes de precios), (ii) restar el VPN del CAPEX de los años de Inversión 2007 y 2008, y (iii) restar el VPN del periodo de operación; lo que arrojó un nuevo VPN de 1.539.10 MUSD, página 541, para la Línea Base, así:

Valor		Monto (M USD)
A	VPN Capex 2009 - 2034	- 2,933.69
B	VPN Escalación	- 117.00
C	VPN Capex 2007	- 5.65
C	VPN Capex 2008	- 182.38
D	VPN Operación	4,777.83
E	VPN Proyecto	1,539.11

Tabla 26.

El Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal no explica las razones para restar al VPN del CAPEX de la Línea Base (Tabla 20.): el valor los montos correspondientes a la Escalación (ajustes de precios), el valor del VPN del CAPEX de los años de Inversión 2007 y 2008, y el valor del VPN del periodo de operación; y no presenta sustento de las cifras de cada uno de los tres (3) anteriores conceptos

j) Posteriormente, partiendo del nuevo VALOR PRESENTE NETO del CAPEX de la Línea Base (Tabla 26.), se procedió a recalcular las variaciones (desfases) del VALOR PRESENTE NETO de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios.

Según datos de las Tablas anteriores, se determinó las variaciones que tuvo el VALOR PRESENTE NETO - VPN del CAPEX desde la Línea Base hasta llegar al Control de Cambios 5 (-745.97 MUSD), arrojando un total de variación de - 2.285.06 MUSD, que resulta de restar el VPM ($\$1.539 - (-\$745.97)$)(página 541), como se observa en la siguiente tabla:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	LB	CC1	CC2	CC3	CC4	CC5	Total
VPN	1,539.10	1,446.42	702.85	- 200.84	- 590.49	- 745.97	
Variación	-	- 92.68	- 743.57	- 903.69	- 389.65	- 155.48	- 2,285.06

Tabla 27.
(Cifras en millones de dólares)

La operación de resta presenta el siguiente resultado:

(+) VPN de la Línea Base	1.539.10
Menos:	
(-) VPN hasta el Control de Cambios 5	- 745.97
(=) Resultado	-2.285.06

k) Luego procedió determinar la participación la participación de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio en la declinación o variación del VPN, página 542, así:

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)
Línea Base	-	0.00%
CC1	- 92.70	4.06%
CC2	- 743.57	32.54%
CC3	- 903.68	39.55%
CC4	- 389.66	17.05%
CC5	- 155.48	6.80%
Total	- 2,285.08	100.00%

Para el Control de Cambios 2, la participación establecida fue de 32.54%, porcentaje que resulta de dividir $-745,97$ entre $2.285,07$ y multiplicarlo por 100, para expresarla en términos porcentuales así:

$$\begin{array}{rcl}
 \text{Variación VPN entre CC1 y el CC2} & : & - 745.97 \\
 \text{Dividido entre} & & \\
 \text{Total de la Variación del VPN para el CC2} & : & \underline{- 2.285,07} \\
 \text{(=) Porcentaje de Participación} & : & 32.54\%
 \end{array}$$

l) Continuando con el procedimiento el Auto estableció la parte de la secuencia de declinación o variación del VPN que se localiza por debajo del umbral VPN = 0, mediante la división de la cifra de la variación total del VPN $-2.285.07$ MUSD, Tabla 27.,

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

entre el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios –\$745,97 MUSD, de la siguiente forma:

Variación VPN CC1 hasta el CC5	:	- 745,97
Dividido entre		
Total Variación VPN	:	<u>- 2.285,08</u>
(=) Porcentaje por debajo de VPN = 0	:	32,65%

El Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal no explica las razones para establecer que la parte de la secuencia de declinación o variación del VPN que se localiza por debajo del umbral VPN = 0 se determina mediante la división de la cifra de la variación total del VPN por el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios -MUSD\$745,97-.

Es importante advertir que en el Auto de imputación el cociente arroja el porcentaje de 61.01%, según se observa en el literal j) del aparte (ii) de este Cargo Cuarto, y en el Auto de Responsabilidad Fiscal de primera instancia el porcentaje es de 32.65%. En adición, en el Auto de imputación el cociente determina la “magnitud negativa del CAPEX” y en el Auto de Fallo con responsabilidad Fiscal de primera instancia el cociente establece la “variación del VPN que se localiza por debajo del umbral VPN”, denominaciones que corresponden a un mismo concepto.

Al tomar la variación total del CAPEX para todos los cinco (5) Controles de Cambio (- 3.817,75 MUSD, Tabla 19., y multiplicarlo por el porcentaje anterior (32.65%), se obtuvo el valor de lo que se denominó daño fiscal, que ascendió a 1.246 MUSD, como se presenta a continuación:

Variación total del CAPEX	:	- 3.817,75
Multiplicado por		
Porcentaje por debajo de VPN = 0	:	<u>32,65%</u>
(=) Daño Fiscal	:	1.246.32

El Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal, al igual que el Auto de Imputación, no explica las razones por las cuales se determinó que el daño fiscal resulta de multiplicar

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

la variación total del CAPEX desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5 por el cociente que arroja la división de la cifra de la variación total del VPN -2.285.07 MUSD, Tabla 27., por el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios -\$745,97 MUSD (Tabla 27.)

m) Ahora, utilizando los porcentajes, Tabla 28., de participación en la variación del VPN de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios, se procedió a repartir el monto del daño entre ellos, página 543, como se muestra en la siguiente Tabla:

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)	Participación sobre el daño generado
Línea Base	-	0.00%	
CC1	- 92.70	4.06%	- 50.56
CC2	- 743.57	32.54%	- 405.55
CC3	- 903.68	39.55%	- 492.88
CC4	- 389.66	17.05%	- 212.52
CC5	- 155.48	6.80%	- 84.80
Total	- 2,285.08	100.00%	- 1,246.32

Tabla 29.
(VPN en millones de dólares)

n) El siguiente paso del Auto fue retirar las consideraciones de daño correspondiente a los Controles de Cambios 1 y 5, por la misma razón explicada en el Auto de Imputación -estar dentro de la contingencia +/-10%-. Además, se retiró del daño fiscal el Control de Cambios 4, pues si bien hubo una afectación de la rentabilidad esperada, el episodio de anomalía laboral -huelga- se tuvo como eximente de responsabilidad de las personas involucradas en la aprobación del CAPEX en el Control de Cambios 4, página 551.

Entonces, el daño fiscal luego de las depuraciones antes anotadas quedó como sigue:

	Adición constitutiva de daño (USD 2009)
Control de Cambios 2	405.56
Control de Cambios 3	492.89
Total	898.44

Tabla 30.
(Cifras en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ñ) Considerando que el hecho generador del daño se prolongó hasta la incorporación de las últimas adiciones de CAPEX al Proyecto, lo cual ocurrió en el año 2015, a este último año se trasladó el daño, utilizando el índice de inflación del dólar, con los siguientes resultados, página 552:

	Adición constitutiva de daño (USD 2015)
Control de Cambios 2	450.18
Control de Cambios 3	547.12
Total	997.29

Tabla 31.
(Cifras en millones de dólares)

Como se detalla en la Tabla anterior el daño fiscal total ascendió a 997 MUSD distribuidos en 450 MUSD para el control de cambios 2 y a 547 MUSD para el Control de Cambios 3.

o) Como el daño total, es decir el 100%, es de 997.29 MUSD y considerando únicamente los intereses del Estado, representados en la participación accionaria de Ecopetrol (88,49%) en REFICAR, el daño fiscal quedó distribuido de la siguiente forma:

	Adición constitutiva de daño (USD 2015)	Participación accionaria de Ecopetrol (88.49%)
Control de Cambios 2	450.18	398.36
Control de Cambios 3	547.12	484.15
Total	997.29	882.51

Tabla 32.
(Cifras en millones de dólares)

Por ejemplo, para el Control de Cambios 2 es como sigue:

100% del daño	450.18 MUSD (Tabla 31.)
Porcentaje correspondiente al estado	88.49%
Daño para el Estado	450.18 multiplicado por 88.49%
(=) Resultado	398.36 (Tabla 32.)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

p) Luego se convirtieron a pesos colombianos los montos anteriores utilizando la Tasa Representativa del mercado (TRM), que para la vigencia 2015 era de \$2.743,39 pesos colombianos por cada dólar, con el siguiente resultado:

	Daño Fiscal (M USD)	Daño Fiscal (M COP a \$2.743,39)
Control de Cambios 2	398.36	1,092,862
Control de Cambios 3	484.15	1,328,193
Total	882.51	2,421,054

Tabla 33.

Seguidamente se procedió a indexar a marzo de 2021 el valor del daño patrimonial al Estado, utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de diciembre 2015 y el índice de marzo de 2021, dado que el fallo fue proferido el 26 de abril de 2021, lo cual arrojó las siguientes cifras:

	Daño Fiscal (COP Marzo 2021)
Control de Cambios 2	1,329,555,296,567.27
Control de Cambios 3	1,615,854,487,165.16
Total	2,945,409,783,732.43

Tabla 34.

La determinación y cuantificación del daño fiscal en USD\$997, 29 en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 no presenta la argumentación suficiente para establecer algunos presupuestos del ejercicio financiero utilizado para fijar su valor

Que el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y los dos (2) Autos que lo confirman no explican las razones para restar al VALOR PRESENTE NETO - VPN del CAPEX de la Línea Base, Tabla 20:

- (i) el valor los montos correspondientes a la Escalación (ajustes de precios),
- (ii) el valor del VPN del CAPEX de los años de Inversión 2007 y 2008, y

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(iii) el valor del VPN del periodo de operación; y no presenta sustento de las cifras de cada uno de los tres (3) anteriores conceptos. Ver literal g) del aparte. (iii) del punto 1.1 de este Cargo.

Que el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y los dos (2) Autos que lo confirman no explican las razones para establecer que la parte de la secuencia de declinación o variación del VALOR PRESENTE NETO - VPN que se localiza por debajo del umbral $VPN = 0$ se determina mediante la división de la cifra de la variación total del VPN por el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios.

Que el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal de primera instancia y los dos (2) Autos que lo confirman no explican las razones por las cuales se determinó que el daño fiscal resulta de multiplicar la variación total del CAPEX desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5 por el cociente que arroja la división de la cifra de la variación total del VPN -2.285.07 MUSD, Tabla 27., por el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios -\$745,97 MUSD (Tabla 27.) Ver literal II) del aparte (iii) del punto 1.1 de este Cargo.

Aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 610 de 2000 y falta de aplicación del artículo 54 de la Ley ibídem

Que la omisión de las razones expuestas en el punto 2. de este Cargo Cuarto en el ejercicio financiero para determinar y cuantificar el daño, ejercicio realizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, conlleva a la inexistencia del daño fiscal, elemento exigido por los artículos 5, 6 y 57 de la Ley 610 de 2000 lo que determina que los Autos No. 749 del 26 de abril de 2021, No. 0949 del 3 de junio de 2021 y ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 proferidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA incurrieron en una aplicación indebida de los artículos en mención.

La trascendencia de la omisión de las razones expuestas en el punto 2. de este Cargo Tercero en el ejercicio financiero

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La ausencia de las razones expuestas en el punto 2. de este Cargo Tercero en el ejercicio financiero realizado para fijar el valor del daño en los Autos demandados, determina la inexistencia del elemento daño fiscal, por lo que no es posible decretar responsabilidad fiscal, como equivocadamente se declaró en el Auto de Fallo con responsabilidad de primera instancia del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017,321 y en los Autos No. 0949 del 3 de junio de 2021, y ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021.

Que en la Sentencia del 23 de agosto del 2018 de la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado en la cual se analizaron las razones y argumentos que debe exponer el operador fiscal para cuantificar el daño, providencia en la cual, además, se estudio el criterio del VALOR PRESENTE NETO -VPN- como método para valorar, la sala formula las siguientes conclusiones:

“(...) La labor de determinación del daño no puede limitarse a un simple ejercicio formal, en el que primen las maneras; se requiere una dinámica argumentativa de la que pueda conocerse a ciencia cierta los contornos del daño, su establecimiento económico, en aras de salvaguardar el derecho de defensa y contradicción del investigado fiscal, sin lo cual sus argumentaciones no pasarían de ser superfluas.

En otros términos, la ausencia de razones para la determinación de algunos presupuestos del valor del daño –amortizaciones, depreciaciones, intereses y valores activos– impide, en definitiva, al accionante la formulación de objeciones en contra del castigo fiscal que pueda originarse en el trámite fiscal.

El no sometimiento de los parámetros de determinación de la cuantía del daño fiscal al escrutinio del accionante implica una vulneración del debido proceso, que debe conllevar la nulidad de los actos administrativos demandados.

En efecto, se pretermitió la garantía de defensa del demandante en relación con uno de los presupuestos de la responsabilidad fiscal –a saber, el daño, y específicamente su cuantía– ya que como se advirtió precedentemente algunos de los criterios

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

empleados para el establecimiento del valor del perjuicio, carecen de explicación en las diferentes actuaciones que caracterizaron el procedimiento administrativo fiscal.

(...)

La Sala precisa que, aunque la certidumbre del daño –sobreevaluación de la empresa GESTAGUAS-, no podía ser desvirtuada con base en las alegaciones propuestas por el demandante, lo cierto es que la ausencia parcial de justificación en lo que respecta a la cuantía del perjuicio y, por consiguiente, al detrimento patrimonial atribuible al actor, conlleva una vacilación respecto de su existencia –se hace referencia al daño–, motivo por el que los actos demandados no podían decretar la responsabilidad fiscal.(...)

Cargo Quinto. Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan el acto administrativo contenido en el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004” al utilizar el criterio de “Variación del VALOR PRESENTE NETO – VPN” que corresponde al de VALOR PRESENTE MARGINAL -VPM del Informe de 2016 del doctor Julio Villarreal Navarro, criterios de decisión no utilizados en el MANUAL DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar la cuantificación del daño en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 para determinar el elemento de la responsabilidad fiscal “daño al patrimonio público” utilizó ejercicios financieros que fue depurando en las providencias proferidas durante el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal. El ejercicio financiero inicial partió de la utilización del término de VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM en el Auto de Apertura, concepto que se mantuvo intacto (i) en el Auto de Imputación, (ii) en el

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Auto de Fallo de primera instancia, (iii) en el Auto que resuelve los recursos de reposición, y (iv) en el Auto de segunda instancia, pero en estos cuatro últimos (4) Autos se abandonó la expresión de VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM y se reemplazó por las expresiones “Variación del VPN”, “desfase del VPN” o “declinaciones del VPN”

Utilización del criterio de VALOR PRESENTE NETO MARGINAL - VPM en el Auto de Apertura 382 del 10 de marzo de 2017.

En este Auto, con base en los modelos financieros elaborados por REFICAR, se determinó que la pérdida de valor de la inversión en el Proyecto de Modernización y Ampliación de la Refinería de Cartagena - REFICAR, se originó por la entrada tardía de la operación de la refinería y por mayores erogaciones.

Con base en las Actas de Junta Directiva de REFICAR se presentan los Indicadores financieros del Proyecto, página 267, Tabla 1., en la que se detallan el Valor Presente Neto -VPN-, el costo promedio del capital denominado WACC, y las inversiones de capital -CAPEX- en cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio y en la Línea Base, esta última, definida como el punto de partida del Proyecto.

Indicadores	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5
VPN	2,369	858	ND	- 1,755	- 4,843	- 5,812
WACC	10.0%	12.2%	ND	11.1%	ND	ND
Capex	3,777	3,994	4,854	6,902	7,653	8,016

Tabla 1.
(Cifras en millones de dólares)

En la información registrada en las Actas de la Junta Directiva de REFICAR se identifica una variación de -8.181 MUSD en el VPN, que resulta de restarle al VPN del Control de Cambios 5, el VPN de la Línea Base, así:

Se toma el VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5, según Tabla 1., que es de -5.812 (negativo) y se le resta el VPN de la Línea Base 2.369:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Auto de Apertura después realizar los cuatro (4) ajustes enunciados anteriormente a los modelos elaborados por REFICAR, obtuvo los siguientes resultados para el Valor Presente Neto -VPN-, en dólares constantes del año 2015.

	Linea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Variación Total (CC5-Linea Base)
VPN (M USD de 2015)	2.975	2.258	264	3.676	4.845	6.238	9.213
Variación entre Controles de Cambio	-	717	1.994	3.940	1.169	1.393	9.213

Tabla 4.
(Cifras en millones de dólares)

La variación del VPN entre Controles de Cambio se refiere a la diferencia entre un Control de Cambios, (Tabla 4., y el anterior Control de Cambios, por ejemplo:

Para el Control de Cambios 2 es como sigue:

(+) VPN del Control de Cambios 2 es igual a	264
Menos	
(-) VPN del control del Control de Cambios 1 es igual a	2.258
(=) Resultado	-1.994

En Auto de Apertura utilizó el concepto de VALOR PRESENTE NETO MARGINAL o “VPN Marginal”, el cual hace referencia a las diferencias en “la valoración obtenida en cada hito del proyecto”, es decir, a la variación del VPN entre cada Control de Cambios y la versión previa.

Con base en los resultados de la Tabla anterior, se denominó como “VPN marginal” a la variación entre cada Control de Cambios y la versión anterior, así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
VPN MARGINAL	-	- 717	- 1,994	- 3,940	- 1,169	- 1,393	- 9,213

Tabla 5.
(Cifras en millones de dólares)

El valor total de las variaciones del VPN en los diferentes Controles de Cambio ascendió a la suma de 9.213 MUSD que es el resultado de restar al VPN marginal acumulado, es decir, hasta el Control de Cambios 5, el Valor Presente Neto de la Línea Base, así:

(+) VPN Control de cambios 5	:	- 6.238
		Menos
(-) VPN de la línea base	:	<u>2.975</u>
(=) Resultado	:	- 9.213

Teniendo en cuenta la variación del VPN antes detallada, se procedió a determinar cuál variación correspondía al período 2007 a 2015, y cuál al período posterior al 2015, Tabla 6., página 270 del Auto,, y se separó la variación por efecto del aumento del CAPEX y la variación originada por la entrada tardía de operación de la Refinería, con el siguiente resultado:

	Variación 2007 - 2034	Variación 2007 - 2015	Variación 2016 - 2034
Total	- 9,213	- 6,080	- 3,133
Efecto CAPEX	- 4,415	- 4,144	- 271
Efecto Entrada Tardía	- 4,797	- 1,936	- 2,861

Tabla 6.
(Cifras en millones de dólares)

En el Auto de Apertura para el período 2007 a 2015, el daño emergente se atribuyó a mayores inversiones del orden de 4.144 MUSD, y el lucro cesante a la entrada tardía de la operación de la Refinería, por un monto de 1.936 MUSD, para un valor total del daño de 6.080 MUSD, que convertidos a la tasa representativa del mercado (TRM) del 4 de noviembre de 2015 arrojó un monto de \$17.177.520.000.000 COPS., sin indexar.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(+) Daño emergente	:	4.144
	Más	
(+) Lucro Cesante	:	<u>1.936</u>
(=) Total del Daño (MUSD)	:	6.080
(x) Multiplicado por la TRM 4 nov. 2015	:	<u>2.825,25</u>
(=) Total del Daño (MMCOP)	:	17.177,52

MMCOP = Miles de millones de pesos colombianos.

El Auto de Apertura en el aparte Tercero del Resuelve determinó el daño fiscal en cuantía estimada de 6.080 MUSD, cifra que corresponde al VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM del 2007 al 2015.

Utilización del criterio de “variación del VALOR PRESENTE NETO VPM- VPN” en el Auto de Imputación No. 773 de 2018 del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

El Auto de Imputación para el cálculo del daño fiscal partió de la variación de VPN desde la Línea Base hasta el Control de Cambios 5, estableció cuales de las adiciones al CAPEX mantuvieron el retorno esperado del inversionista y cuales no. Estas últimas fueron consideradas por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA como daño fiscal.

Al ajustar los modelos financieros con los ajustes antes detallados, página 1402 del Auto, se obtuvieron los siguientes resultados de la variación VPN.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total Variación (LB vs. CC5)
VPN	1.501.28	1.345.91	356.11	- 1.651.49	- 2.345.42	- 3.086.17	- 4.587.45

Tabla 7.
(VPN en millones de dólares)

La variación total de -4.587.45 resulta de restarle al VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5 (-3.086.17) el VPN de la Línea Base (1.501.28), es decir:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

VPN acumulado al Control de Cambios 5	-3.086.17
Menos	
VPN de la Línea Base	1.501.28
(=) Total Variación del VPN	-4.587.45

El Auto de Imputación diferencia el periodo de inversión (2007 a 2015) y el período de operación (2016 a 2034), y con base en dicha premisa se obtuvo el aporte sobre el VPN en cada una de estas dos (2) etapas y para cada uno de los Controles de Cambio, páginas 1403 y 1404, como se detalla en la siguiente Tabla.

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Variación LB vs. CC5
VPN Período de Inversión (M USD)	- 2,933.70	- 2,836.05	- 3,746.69	- 4,643.11	- 5,418.64	- 5,601.17	
VPN Período de Operación (M USD)	4,434.98	4,181.96	4,102.80	2,991.62	3,073.22	2,515.00	- 1,919.98
Total VPN (M USD)	1,501.28	1,345.91	356.11	- 1,651.49	- 2,345.42	- 3,086.17	- 4,587.45

Tabla 8.
(VPN en millones de dólares)

Se observa en la Tabla anterior que el total de las variaciones del VALOR PRESENTE NETO - VPN en el periodo de operación es de -1.919.96 MUSD que resulta de restarle al acumulado del Control de Cambios 5 el VPN de la Línea Base, como sigue:

(+) VPN acumulado hasta el Control de Cambios 5	2.515.00
Menos	
(-) VPN de la Línea Base	4.434.98
(=) resultado de la variación del VPN en el periodo de operación	-1.919.98

Considera el Auto de Imputación, página 1404, que al ser el periodo 2011 a 2015 el de la ocurrencia de los Controles de Cambio, a este periodo corresponde la afectación del VPN ante las adiciones del CAPEX. Empalmado esta premisa con el final del periodo de inversión, es decir el año anterior al periodo de operación, se establecieron periodos de inversión para cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio, como se muestra a continuación:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Hito	Período pertinente de cálculo	
	Inicio	Fin
Control de Cambios 1	2011	2013
Control de Cambios 2	2012	2013
Control de Cambios 3	2013	2014
Control de Cambios 4	2014	2015
Control de Cambios 5	2015	2016

Tabla 9.

De esa manera, se estableció que el período de variación del VPN ante las adiciones del CAPEX, entre la Línea Base y el Control de Cambios 1 corresponde a los años 2011 a 2013, que la variación entre los Controles de Cambio 1 y 2 corresponde a los años 2012 a 2013 y así sucesivamente.

Ahora, teniendo en cuenta que las variaciones del CAPEX tienen efectos prospectivos, al efectuar ese ajuste y retirar los flujos de caja de la Refinería antigua de los modelos financieros elaborados por REFICAR, se obtiene una nueva variación del VPN para cada uno los cinco (5) Controles de Cambios, página 1405, en el periodo de inversión, como se detalla en la siguiente Tabla:

Variación del VPN originado por los controles de cambio

	Línea Base	Control de Cambios 1	Control de Cambios 2	Control de Cambios 3	Control de Cambios 4	Control de Cambios 5	Total
Variación del VPN	-	698.11	- 1.060.53	- 1.216.15	- 629.35	- 246.45	- 3.850.59

Tabla 10.
(VPN en millones de dólares)

La variación total del VPN en el periodo de inversión ahora es de -3.850,59 MUSD que resulta de sumar cada una de las variaciones del VPN desde el Control de Cambios 1 hasta el Control de Cambios 5 como se detalla en la Tabla 10.

De los resultados anteriores se observa que el VPN pasa de 1.501 (positivo) MUSD de la Línea Base, Tabla 8, a -3.086 (negativo) en el Control de Cambios 5, es decir una variación total para todos los Controles de Cambio de -4.587.45 (negativo) MUSD, Tablas 7. y 8., y una vez identificada la variación del VPN en el período de inversión, Tabla 10., y en el periodo de operación Tabla 8., se calcula la variación del VPN origina con anterioridad a los Controles de Cambio, la variación originada por los Controles de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cambio en el periodo de inversión y la variación originada en el periodo de operación del Proyecto, página 1406 del Auto, con los siguientes resultados:

Composición del cambio en el VPN (MM USD)	
Originado antes de los controles de cambio	1,183.12
Originado en los controles de cambio	- 3,850.59
Originado en el periodo de operación	- 1,919.98
Total	- 4,587.45

Tabla 11.

En el Auto de Imputación se toma el VPN de la Línea Base que es 1.501 MUSD Tabla 7., y se le resta la variación atribuible a todos los cinco (5) Controles de Cambio, es decir desde el Control de Cambios 1 a 5, que corresponde a la cifra de -3.850,59 MUSD, Tabla 10., identificándose así la declinación del VPN en el periodo de inversión, que arrojó como resultado la suma de 2.349 MUSD, es decir \$1.501 menos \$3.851, Tabla 10., como se explica continuación:

(+) VPN Línea Base	:	1.501
Menos		
(-) Variación VPN Controles de Cambio	:	- <u>3.851</u>
(=) Resultado	:	- 2.349

En el Auto de Imputación se registra sobre la declinación del VPN, página 1407, lo siguiente:

“Es necesario para el Despacho precisar que todo retroceso causado al VPN, lleva consigo un aporte o contribución al estado final del desfase causado; es decir todas las declinaciones sucesivas del VPN, (...).”

Por lo anterior, para el operador fiscal, la magnitud del daño equivale al retroceso del VPN bajo el umbral VPN= 0, es decir 2.349 MUSD que resulta de restar el VPN de la Línea Base (1.501) al monto de la declinación total del mismo, es decir la suma de las variaciones desde el Control de Cambios 1 hasta el Control de Cambios 5 (3.851).

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez definido lo anterior, el Auto procedió, página 1408, a establecer la participación porcentual de la variación del VPN, Tabla 10., en los (5) Cinco Controles de Cambios y la variación total de este indicador (3.850,59 MUSD), así.

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Participación	Variación VPN bajo el umbral VPN=0
Entre Línea Base y CC1	- 698.11	18.13%	- 425.93
Entre CC1 y CC2	- 1,060.53	27.54%	- 647.05
Entre CC2 y CC3	- 1,216.15	31.58%	- 741.99
Entre CC3 y CC4	- 629.35	16.34%	- 383.98
Entre CC4 y CC5	- 246.45	6.40%	- 150.36
Total	- 3,850.59	100.00%	- 2,349.31

Tabla 12.
(VPN en millones de dólares)

El intervalo entre los Controles de Cambios 1 y 2 es:

Variación total del VPN entre todos los intervalos : -3.850.59 MUSD

Variación del intervalo entre los Controles de Cambio 1 y 2 : -1.060.53 MUSD

Porcentaje de participación del intervalo entre CC1 y CC2 : 27.54%

Que se explica como sigue:

Variación del intervalo entre los CC1 y CC2 -1.060.53 MUSD

Dividido por

Variación total del VPN entre todos los intervalos -3.850.59 MUSD

(=) Resultado 0.275452

Al multiplicarlo por 100 para expresarlo en términos porcentuales sería:

0.275452 (X) Multiplicado por 100

(=) Resultado 27,54%

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El mismo procedimiento anteriormente detallado se utilizó para determinar los porcentajes de cada uno de los intervalos entre un Control de Cambios y el siguiente, Tabla 12.

A continuación, el Auto de Imputación tomó la declinación total del VPN, bajo el umbral VPN=0, es decir 2.349,31 MUSD y se le aplicaron los porcentajes anteriormente establecidos, para cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios, Tabla 12.

Para el intervalo entre el Control de Cambio 1 y 2 se aplica el porcentaje anterior a la variación total del VPN por debajo del umbral, es decir -2.349.31 MUSD.

La cifra de 2.349.31 MUSD multiplicada por 27.54% da como resultado que la variación por debajo del umbral del control de cambios 2 es de -647.05 MUSD.

El mismo procedimiento se aplicó para cada uno de los intervalos.

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Participación	Variación VPN bajo el umbral VPN=0
Entre Línea Base y CC1	- 698.11	18.13%	- 425.93
Entre CC1 y CC2	- 1,060.53	27.54%	- 647.05
Entre CC2 y CC3	- 1,216.15	31.58%	- 741.99
Entre CC3 y CC4	- 629.35	16.34%	- 383.98
Entre CC4 y CC5	- 246.45	6.40%	- 150.36
Total	- 3,850.59	100.00%	- 2,349.31

Tabla 13.
(VPN en millones de dólares)

El Auto de Imputación determinó una base de distribución utilizando los porcentajes de la variación del VPN, para lo cual se tomaron las variaciones del CAPEX y se multiplicaron por los porcentajes de variación del VPN establecidos en la Tabla 13. así:

Intervalo de Hitos	Variación Capex (MM USD)	Variación VPN	Base de distribución (MM USD)
Entre Línea Base y CC1	217.00	18.13%	39.34
Entre CC1 y CC2	1,154.00	27.54%	317.84
Entre CC2 y CC3	1,754.00	31.58%	553.97
Entre CC3 y CC4	751.00	16.34%	122.75
Entre CC4 y CC5	363.00	6.40%	23.23
Total	4,239.00	100.00%	1,057.13

Tabla 15.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Auto de imputación una vez establecida la base de distribución cuyo valor total para todos los cinco (5) Controles de Cambio fue de 1.057,13 MUSD, Tabla 15, procedió a establecer otro porcentaje de participación para cada Control de Cambios, dividiendo cada base de distribución por el total de la base.

Intervalo de Hitos	Variación VPN	Base de distribución (MM USD)	Participación CAPEX
Entre Línea Base y CC1	18.13%	39.34	3.72%
Entre CC1 y CC2	27.54%	317.84	30.07%
Entre CC2 y CC3	31.58%	553.97	52.40%
Entre CC3 y CC4	16.34%	122.75	11.61%
Entre CC4 y CC5	6.40%	23.23	2.20%
Total	100.00%	1,057.13	100.00%

Tabla 16.

Utilización del criterio de “variación del VALOR PRESENTE NETO - VPN en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021.

Utilización del criterio de “variación del VALOR PRESENTE NETO - VPN en el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021.

Que en el Auto determinaron las variaciones que tuvo el VPN del CAPEX desde la Línea Base hasta llegar al Control de Cambios 5 (-745.97 MUSD), arrojando un total de variación de -2.285.06 MUSD, que resulta de restar el VPM (\$1.539 – (-\$746), página 541, como se observa en la siguiente tabla:

	LB	CC1	CC2	CC3	CC4	CC5	Total
VPN	1,539.10	1,446.42	702.85	200.84	590.49	745.97	
Variación	-	92.68	743.57	903.69	389.65	155.48	2,285.06

Tabla 27.
(Cifras en millones de dólares)

Luego se procedió a establecer la participación de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambio en la declinación del VPN, página 542, así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)
Línea Base	-	0.00%
CC1	- 92.70	4.06%
CC2	- 743.57	32.54%
CC3	- 903.68	39.55%
CC4	- 389.66	17.05%
CC5	- 155.48	6.80%
Total	- 2,285.08	100.00%

Tabla 28.
(VPN en millones de dólares)

Continuando con el procedimiento el Auto estableció la parte de la secuencia de declinación que se localiza por debajo del umbral VPN = 0, mediante la división de la cifra de la variación total del VPN -2.285.07 MUSD, Tabla 27., entre el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios -\$745,97 MUSD, Tabla 27 : 1.246.32

Utilizando los porcentajes (Tabla 28.) de participación en la variación del VPN de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios según la Tabla anterior, se procedió a repartir el monto del daño entre ellos, página 543, como se muestra en la siguiente Tabla:

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)	Participación sobre el daño generado
Línea Base	-	0.00%	
CC1	- 92.70	4.06%	- 50.56
CC2	- 743.57	32.54%	- 405.55
CC3	- 903.68	39.55%	- 492.88
CC4	- 389.66	17.05%	- 212.52
CC5	- 155.48	6.80%	- 84.80
Total	- 2,285.08	100.00%	- 1,246.32

Tabla 29.
(VPN en millones de dólares)

Los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 violaron el acto administrativo contenido en el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que los actos administrativos que se demandan para determinar y cuantificar el daño fiscal tienen como uno de sus pilares la variación o declinación del VALOR PRESENTE NETO -VPN de la inversión de la Línea de Base y de los aumentos del CAPEX en los cinco (5) Controles de Cambio de Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR, pilar que corresponde exactamente al concepto de VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM del Auto de Apertura 382 de 10 de marzo de 2017.

El recuento expuesto en anterioridad sobre los conceptos de VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM y variación del VALOR PRESENTE NETO utilizado en el algoritmo 331 de los Autos en mención, indican sin esfuerzo mental alguno, que las expresiones VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM y variación del VALOR PRESENTE NETO – VPN corresponden a un mismo criterio financiero.

En el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, 332 página 382 a 396, Anexo No. 7 “CRITERIOS DE INVERSION CALCULO DEL VPN, TIR Y CAE” se establecen los Indicadores de Rentabilidad de un proyecto que reflejan la conveniencia del mismo, indicadores que son el VPN, la TIR y B/C, documento que en punto a las previsiones sobre el criterio de inversión del VALOR PRESENTE NETO -VPN superior a cero considera conveniente los proyectos, en el cual sí está incluida la sigla VPN pero no la sigla VPM superior a cero considera conveniente los proyectos.

Que los Autos No. 749 del 26 de abril de 2021, No. 0949 del 3 de junio de 2021, y ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021, al utilizar el criterio de Variación del VPN” en el algoritmo, vulneraron el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” al exigir y utilizar un criterio de inversión que no existe y no es considerado por el organismo rector de la política pública de formulación y evaluación de proyectos. El Manual no menciona

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

en sus 406 páginas la expresión “Variación del VPN” ni el término de VALOR PRESENTE NETO MARGINAL – VPM.

Es pertinente advertir que el documento “BASES DEL PORTAFOLIO 2011- 2020” de la Vicepresidencia Corporativa de Estrategia y Crecimiento de ECOPETROL S.A. de 30 de abril de 2010,337 Versión 1, páginas 39 y 40, el VPN es un criterio de decisión para la postulación de proyectos, según se presenta en las siguientes dos (2) tablas:

Tabla 8: Criterios Económicos para Postulación de Proyectos

TIPO DE PROYECTO	MÉTODO DE EVALUACIÓN	CRITERIO DE DECISIÓN
CRECIMIENTO	Flujo de Caja Descontado	VPN > 0 E(VPN) > 0 para exploración
OPTIMIZACIÓN	Flujo de Caja Descontado	VPN > 0
CONTINUIDAD OPERATIVA	Flujo de Caja Descontado para comparación	VPN > 0
ESTUDIOS	Costo Mínimo	Justificación del aporte al cumplimiento de las metas
ADQUISICIONES	Flujo de Caja Descontado	VPN > 0

Dependiendo de la línea estratégica a la que pertenezca el proyecto, los aspectos mínimos adicionales a tener en cuenta son:

Tabla 9: Elementos Mínimos para Evaluación de Proyectos y Negocios por Línea Estratégica

	EXPLORACIÓN	PRODUCCIÓN	PLANTAS DE GAS	REFINACIÓN	TRANSPORTE*	BIOCOMBUSTIBLES	ADQUISICIONES	ESTUDIOS
CRITERIOS MÍNIMOS DE DECISIÓN								
Contexto del proyecto	X	X	X	X	X	X	X	X
Aporte cuantificable al MEGA	X	X	X	X	X	X	X	X
VPN >=0	X	X	X	X	X	X	X	X
Rentabilidad mínima para el inversionista >= Tasa de descuento	X	X	X	X	X	X	X	X
E(VPN) >=0	X							
ELEMENTOS MÍNIMOS DE ANÁLISIS								
FINANCIEROS								
Eficiencia de la inversión		X	X	X	X	X	X	X
Tiempo de repago	X	X	X	X	X	X	X	X
VP Inversión	X	X	X	X	X	X	X	X
VP Inversión Esperado	X							
VPN Probabilista (Media P10 P50 y P90)	X	X						X
Probabilidad de éxito aplicada	X							
% de participación	X	X	X	X	X	X	X	
VP Inversión en riesgo	X							
Margen bruto y neto				X	X	X	X	
Costo mínimo								X
Análisis de sensibilidad variables relevantes (Precio, volumen, inversiones, costos)	X	X	X	X	X	X	X	X
Evaluación comparables								X
probabilidad de VPN esperado menor a cero	X							
OPERATIVOS								
Recursos prospectivos	X							
Perfiles de Producción	X	X						
Plan anual de pozos exploratorios y sísmica	X							
Costos unitarios (finding cost, development cost, perforación y sísmica)	X	X						X
Escenarios alternativos de ejecución de módulos de inversión, que agregados a nivel cuenca, generen diferentes valores esperados de indicadores económicos, producción y riesgo	X							
Cronograma de Hitos de ejecución	X	X	X	X	X	X	X	X
Análisis de Riesgos - Cuantificación planes de mitigación	X	X	X	X	X	X	X	X
Plan de Desarrollo por año del campo	X	X						
Incorporación de Reservas	X	X						
Identificación de variables críticas para la captura de valor	X	X	X	X	X	X	X	X
OBLIGATORIEDAD								
Obligaciones Estatales y Costos de salida	X							
Otras Obligaciones y Costos de salida	X	X	X	X	X	X	X	X

* Aplica solo para proyectos que sean independientes de otros proyectos en Upstream y Downstream

El análisis por Relación Beneficio/Costo o Factor J no será utilizado para la evaluación económica de ningún proyecto del portafolio de inversiones.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Las dos Tablas anteriores no incluyen el criterio de “Variación del VPN” ni de VALOR PRESENTE NETO MARGINAL. Es de reiterar que el criterio de VALOR PRESENTE MARGINAL se registra por primera vez en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

Cargo Sexto. Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan el debido proceso de nuestros poderdantes al determinar y cuantificar el daño fiscal mediante un ejercicio financiero que se fundamentó en la información financiera de la Línea de Base y de los Controles de Cambios 1, 2, 3, 4 y 5, pese a que los Controles de Cambios 3, 4 y 5 fueron aprobados por la Junta Directiva de la sociedad REFICAR con posterioridad a la desvinculación de nuestros poderdantes de la sociedad REFICAR S.A. Violación del artículo 29 superior y del artículo 2341 del Código Civil Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De la participación de nuestros poderdantes en el trámite y la aprobación del CAPEX de la Línea de Base y de los cinco (5) Controles de Cambio del Proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena – REFICAR

En el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF005-2017” solo se declararon responsables fiscales a las personas naturales y jurídicas que intervinieron o aprobaron los Controles de Cambios 1 y 2, y no se declararon responsables fiscales a quienes intervinieron o aprobaron los Controles de Cambios 1, 4 y 5.

Que los demandantes, los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ y HENRY MEDINA GONZÁLEZ únicamente aprobaron el Control de Cambios 2.

En el año 2015, después de la aprobación del Control de Cambios 5 -CC5, el CAPEX aprobado del Proyecto de Modernización y Expansión de REFICAR era de USD \$ 8.016 millones de dólares de los Estados Unidos de América.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Control de Cambios 2 -CC2 fue aprobado por la Junta Directiva de REFICAR el 7 de mayo de 2012, según consta en el Acta 87 del 7 de mayo de 2012

TABLA 7. INVERSIONES APROBADAS PARA EL PROYECTO DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA DE ACUERDO CON LÍNEA BASE Y CONTROLES DE CAMBIO

Incremento del CAPEX 2009-2015				
Acta JD Reficar	Fecha	Descripción	CAPEX APROBADO (MM USD)	Incremento aprobado (MM USD)
46	octubre 2009	Línea Base	\$ 3.777	
69	mayo 2011	Control de Cambios 1	\$ 3.994	\$ 216,5
87	mayo 2012	Control de Cambios 2	\$ 4.854	\$ 860
113	mayo 2013	Control de Cambios 3	\$ 6.902	\$ 2.048,0
150	enero 2015	Control de Cambios 4	\$ 7.653	\$ 751
166	noviembre 2015	Control de Cambios 5	\$ 8.016	\$ 363

Se presenta la Tabla 7., la cual registra (i) el CAPEX aprobado en cada Control de Cambios, y (ii) el incremento del CAPEX aprobado en cada Control de Cambios, del Proyecto de Modernización y Expansión de REFICAR del año 2009 al año 2015.

Los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GONZÁLEZ se desempeñaron como miembros de la Junta Directiva de REFICAR S.A. desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 22 de abril de 2013 y aprobaron el 7 de mayo de 2012 el Control de Cambios 2 – CC2.

Procedimiento utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar y cuantificar el daño en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD- 801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017

Que el valor del daño fiscal para el Control de Cambios – CC2 fijo la cifra de \$1.329.555.296.567,27, después de realizar un ejercicio financiero, como se expuso en el Cargo Primero de esta demanda, ejercicio que se basó en la información de Línea de Base y de los cinco (5) Controles de Cambio del Proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena - REFICAR.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El procedimiento utilizado para fijar el daño fiscal usó información financiera antes y después del Control de Cambios 2 – CC2, en una línea de tiempo que inició en el año 2009 y terminó en el año 2015.

Que el operador fiscal observó que los flujos de caja en los modelos financieros elaborados por REFICAR se encuentran medidos en diferentes años: la Línea Base se encuentra a precios de 2009, el Control de Cambios 1 a precios de 2011; los Controles de Cambios 2 y 3 a precios de 2012 y los Controles de Cambios 4 y 5 a precios de 2015; consideró, que el primer paso del procedimiento de cálculo del daño debía ser la conversión a un solo año de referencia. Teniendo en cuenta el año de conversión que se tomó en el Auto de Imputación realizó la deflactación a dólares constantes del año 2009. Una vez hecho el ajuste anterior, los resultados del CAPEX, páginas 527 a 529, de la Línea Base y de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios arrojan los siguientes resultados:

CAPEX USD Constantes de 2009 (Actualizado por Inflación USA)		
	CAPEX M USD	Variación M USD
Línea Base	3,491.24	
Control de Cambios 1	3,619.48	128.24
Control de Cambios 2	4,716.51	1,097.02
Control de Cambios 3	6,270.30	1,553.80
Control de Cambios 4	6,989.49	719.18
Control de Cambios 5	7,309.00	319.52
Variación Total		3,817.76

Tabla 19.

El cálculo del CAPEX de la Línea Base (3.491.24 MUSD), Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, generó un nuevo VALOR PRESENTE NETO del CAPEX de 2.933.69 MUSD, para la Línea Base, como se muestra a continuación:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

CAPEX Línea Base		
USD Constantes de 2009		
Descontados a la tasa WAC =11.10%		
Año	Valores Iniciales	Valores Descontados a 2009
2009	330.45	330.45
2010	1.169.49	1.052.55
2011	1.359.14	1.101.12
2012	474.12	345.74
2013	158.04	103.73
Total	3.491.24	2.933.69

Tabla 20.
(Cifras en millones de dólares)

El ajuste de la variación del CAPEX entre la Línea Base y el Control de Cambios 1, página 537, es decir -128,24 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, dio un resultado de -92.70 MUSD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Línea Base y Control de Cambios 1			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	96.46	96.46	
2010	612.49	708.94	
2011	14.96	723.90	
2012	- 840.85	- 116.95	- 85.28
2013	- 11.29	- 128.24	- 7.41
Total	- 128.24		- 92.70

Tabla 21.
(Cifras en millones de dólares)

El ajuste de la variación del CAPEX del Control de Cambios 1 y del Control de Cambios 2, página 538, es decir -1.097,02 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, dio un resultado de -743,57 MUSD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 1 y Control de Cambios 2			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	- 2.90	- 2.90	
2010	- 6.90	- 9.80	
2011	223.70	213.91	
2012	- 540.75	- 326.84	- 238.34
2013	- 765.78	- 1,092.61	- 502.63
2014	- 4.41	- 1,097.02	- 2.60
Total	- 1,097.02		- 743.57

Tabla 22.
(Cifras en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El ajuste de la variación del CAPEX del Control de Cambios 2 y del Control de Cambios 3, página 538, es decir -1.553,80 MUSD, Tabla 19., a la tasa de oportunidad del 11.1%, dio un resultado de -903,68 MUSD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 2 y Control de Cambios 3			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	-	-	
2010	0.02	0.02	
2011	- 2.82	- 2.80	
2012	415.34	412.54	
2013	- 385.81	26.73	
2014	- 1,338.64	- 1,311.91	- 775.06
2015	- 241.89	- 1,553.80	- 128.63
Total	- 1,553.80		- 903.68

Tabla 23.
(Cifras en millones de dólares)

El ajuste de la variación del CAPEX del Control de Cambios 4 y del Control de Cambios 5 es decir -319,52 MUSD a la tasa de oportunidad del 11.1%, página 539, dio un resultado de -155.48 M USD, como se muestra a continuación:

Desfase entre Control de Cambios 4 y Control de Cambios 5			
Año	Desfase Anual	Desfase Acumulado	VP a \$ de 2009
2009	-	-	
2010	-	-	
2011	-	-	
2012	-	-	
2013	42.88	42.88	
2014	49.84	92.72	
2015	- 140.74	- 48.02	- 25.53
2016	- 271.50	- 319.52	- 129.95
Total	- 319.52		- 155.48

Tabla 25.
(Cifras en millones de dólares)

Luego de realizar los ajustes a cada desfase en los cinco (5) Controles de Cambio se consideró que al VPN del CAPEX de la Línea Base, Tabla 20., se le debían hacer los siguientes ajustes: (i) restar a dicho valor los montos correspondientes a la Escalación (ajustes de precios), (ii) restar el VPN del CAPEX de los años de Inversión 2007 y 2008, y (iii) restar el VPN del periodo de operación; lo que arrojó un nuevo VALOR PRESENTE NETO de 1.539.10 MUSD, página 541, para la Línea Base, así:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Valor		Monto (M USD)
A	VPN Capex 2009 - 2034	- 2,933.69
B	VPN Escalación	- 117.00
C	VPN Capex 2007	- 5.65
C	VPN Capex 2008	- 182.38
D	VPN Operación	4,777.83
E	VPN Proyecto	1,539.11

Tabla 26.

Se calcularon nuevamente las variaciones (desfases) del VALOR PRESENTE NETO - VPN del CAPEX desde la Línea Base hasta llegar al Control de Cambios 5 (-745.97 MUSD), arrojando un total de variación de - 2.285.06 MUSD, que resulta de restar el VPM (\$1.539 – (-\$746)), página 541, como se observa en la siguiente Tabla:

	LB	CC1	CC2	CC3	CC4	CC5	Total
VPN	1,539.10	1,446.42	702.85	- 200.84	- 590.49	- 745.97	
Variación	-	- 92.68	- 743.57	- 903.69	- 389.65	- 155.48	- 2,285.06

Tabla 27.

(Cifras en millones de dólares)

En el Auto de Fallo con Responsabilidad Fiscal 749 del 26 de abril de 2021, página 542, se manifiesta que sobre la base que “el daño es acumulativo y cuantificable solo hasta el final del proceso de inversión” y que “las contribuciones de cada hito, así como pudieron no haber causado vulneración de la promesa de valor al acumularse, de modo que no se hubiesen traducido en VPN:

	Variación VPN (\$) 2009)	Participación (%)
Línea Base	-	0.00%
CC1	- 92.70	4.06%
CC2	- 743.57	32.54%
CC3	- 903.68	39.55%
CC4	- 389.66	17.05%
CC5	- 155.48	6.80%
Total	- 2,285.08	100.00%

Tabla 28.

(VPN en millones de dólares)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para el Control de Cambios 2, la participación establecida fue de 32.54%, porcentaje que resulta de dividir -743,57 entre 2.285,07 y multiplicarlo por 100, para expresarla en términos porcentuales así:

El Auto estableció la parte de la secuencia de declinación que se localiza por debajo del umbral VPN = 0, mediante la división de la cifra de la variación total del VPN -2.285.07 MUSD, Tabla 27., entre el resultado acumulado de todas las variaciones de los cinco (5) Controles de Cambios -\$745,97 MUSD, de la siguiente forma:

Variación VPN CC1 hasta el CC5	:	- 745,97
Dividido entre		
Total Variación VPN	:	<u>- 2.285,08</u>
(=) Porcentaje por debajo de VPN = 0	:	32,65%

Al tomar la variación total del CAPEX para todos los cinco (5) Controles de Cambio (- 3.817,75 MUSD (Tabla 19.) y multiplicarlo por el porcentaje anterior (32.65%), se obtuvo el valor de lo que se denominó daño fiscal, que ascendió a 1.246 MUSD, como se presenta a continuación:

Variación total del CAPEX	:	- 3.817,75
Multiplicado por		
Porcentaje por debajo de VPN = 0	:	<u>32,65%</u>
(=) Daño Fiscal	:	1.246.32

Utilizando los porcentajes de participación en la variación del VPN de cada uno de los cinco (5) Controles de Cambios, Tabla 28, se procedió a repartir el monto del daño entre ellos, página 543, como se muestra en la siguiente Tabla:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Variación VPN (\$ 2009)	Participación (%)	Participación sobre el daño generado
Línea Base	-	0.00%	
CC1	- 92.70	4.06%	- 50.56
CC2	- 743.57	32.54%	- 405.55
CC3	- 903.68	39.55%	- 492.88
CC4	- 389.66	17.05%	- 212.52
CC5	- 155.48	6.80%	- 84.80
Total	- 2,285.08	100.00%	- 1,246.32

Tabla 29.
(VPN en millones de dólares)

Se retiró de las consideraciones de daño los valores correspondiente a los Controles de Cambios 1 y 5, por estar dentro de la contingencia +/-10%. Además, se retiró del daño fiscal el Control de Cambios 4, pues si bien hubo una afectación de la rentabilidad esperada, el episodio de anormalidad laboral (huelga) se tuvo como eximente de responsabilidad de las personas involucradas en la aprobación del CAPEX en el Control de Cambios 4, página 551.

Entonces, el daño fiscal luego de las depuraciones antes anotadas quedó como sigue:

	Adición constitutiva de daño (USD 2009)
Control de Cambios 2	405.56
Control de Cambios 3	492.89
Total	898.44

Tabla 30.
(Cifras en millones de dólares)

Considerando que el hecho generador del daño se prolongó hasta la incorporación de las últimas adiciones de CAPEX al Proyecto, lo cual ocurrió en el año 2015, a este último año se trasladó el daño, utilizando el índice de inflación del dólar, con los siguientes resultados, página 552:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	Adición constitutiva de daño (USD 2015)
Control de Cambios 2	450.18
Control de Cambios 3	547.12
Total	997.29

Tabla 31.
 (Cifras en millones de dólares)

Como se detalla en la Tabla anterior el daño fiscal total ascendió a 997 MUSD distribuidos en 450 MUSD para el control de cambios 2 y a 547 MUSD para el Control de Cambios 3.

Como el daño total, es decir el 100%, es de 997.29 MUSD y considerando únicamente los intereses del Estado, representados en la participación accionaria de Ecopetrol (88,49%) en REFICAR, el daño fiscal quedó distribuido de la siguiente forma:

	Adición constitutiva de daño (USD 2015)	Participación accionaria de Ecopetrol (88.49%)
Control de Cambios 2	450.18	398.36
Control de Cambios 3	547.12	484.15
Total	997.29	882.51

Tabla 32.
 (Cifras en millones de dólares)

Luego se convirtieron a pesos colombianos los montos anteriores utilizando la Tasa Representativa del mercado (TRM), que para la vigencia 2015 era de \$2.743,39 pesos colombianos por cada dólar, con el siguiente resultado:

	Daño Fiscal (M USD)	Daño Fiscal (M COP a \$2.743,39)
Control de Cambios 2	398.36	1,092,862
Control de Cambios 3	484.15	1,328,193
Total	882.51	2,421,054

Tabla 33.

Seguidamente se procedió a indexar a marzo de 2021 el valor del daño patrimonial al Estado, utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de diciembre 2015 y el

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

índice de marzo de 2021, dado que el fallo fue proferido el 26 de abril de 2021, como sigue:

- Índice Inicial a diciembre de 2017 es igual a 88,05
- Índice Final a marzo de 2021 es igual a 107,12

$$\begin{aligned}
 \text{Valor Actualizado} &= \text{Valor} \cdot \left(\frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}} \right) \\
 &= \text{Valor} \cdot \left(\frac{107.12}{88.05} \right) = \text{Valor} \cdot 1,2166
 \end{aligned}$$

Al multiplicar los montos de la Tabla 33. por el Índice calculado 1,12166, los nuevos valores del daño fiscal en pesos colombianos para los Controles de Cambios 2 y 3 son los siguientes:

	Daño Fiscal (COP Marzo 2021)
Control de Cambios 2	1,329,555,296,567.27
Control de Cambios 3	1,615,854,487,165.16
Total	2,945,409,783,732.43

Tabla 34.

Violación de la garantía del debido proceso de nuestros poderdantes consagrada en el artículo 29 superior y violación del artículo 2341 del Código Civil.

Que al declarar responsables fiscales a lo demandantes, en un valor que resultó de un ejercicio financiero que utilizó información financiera de unos Controles de Cambio en los cuales nuestros poderdantes no intervinieron, dado que la aprobación de los Controles de Cambios 3, 4 y 5 ocurrieron con posterioridad a su desvinculación de la sociedad REFICAR.

En el derecho colombiano el fundamento de reparar el daño causado por la comisión de delitos o culpas, está consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, donde sólo será responsable del daño quien lo haya cometido.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que los demandantes no intervinieron ni en el trámite ni en la aprobación de los Controles de Cambios 3, 4 y 5, los cuales fueron aprobados respectivamente en mayo de 2013, enero de 2015 y noviembre de 2015, porque en esas temporalidades no tenían ninguna vinculación con la sociedad REFICAR; y cuando los actos administrativos acusados proferidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA los declaran responsables fiscales en un Proceso de Responsabilidad Fiscal en el cual el daño fiscal se determinó y cuantificó mediante un ejercicio financiero que se sustentó en las variaciones, desfases o declives del VALOR PRESENTE NETO – VPN de la Línea de Base y de los cinco (5) Controles de Cambio -2009 -2015, se configura una violación del debido proceso al obligarlos a resarcir un daño fiscal calculado sobre unas cifras registradas en las aprobaciones del CAPEX en cinco (5) Controles de Cambios y en la Línea de Base, cuando ellos no intervinieron ni participaron en los hechos de trámite y aprobación de los Controles de Cambio 3, 4 y 5, lo que significa que los declararon responsables de unos hechos que no cometieron, desconociendo el artículo 2341 del Código Civil.

Que los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 vulneraron el debido proceso de los demandantes al atribuirles responsabilidad fiscal en cuanto a la fijación del daño mediante un procedimiento o ejercicio financiero que utilizó información de los hechos de aprobación del CAPEX en los Controles de Cambios 3, 4 y 5, en los cuales no tuvieron ninguna intervención, participación, asesoría o conocimiento. En los Autos precitados, el algoritmo³⁴⁹ utilizado para cuantificar el daño fiscal utiliza cifras de la Línea de Base y los cinco (5) Controles de Cambio, y además se reconoce expresa y categóricamente la violación al debido proceso alegada, en cuanto que el daño se determina al final del proceso de inversión, el cual terminó con la aprobación del Control de Cambios 5 en el año 2015.

En síntesis, en los Autos demandados (i) se fijó el daño fiscal mediante un ejercicio financiero que se basó en la Línea de Base y en los cinco (5) Controles de Cambio del

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena, en una línea de tiempo del 2009 al 2015, (ii) el valor del daño se actualizó al año 2015, fecha de la última adición del CAPEX en el Control de Cambios 5, para lo cual se utilizó el índice de inflación del dólar del 2015, (iii) se excluyó del daño fiscal a los Controles de Cambio 1, 4 y 5, pero la variación del VALOR PRESENTE NETO en los Controles de Cambio 1, 4 y 5, las cifras de incremento del CAPEX en los Controles de Cambio 1, 4 y 5, y la variación del VALOR PRESENTE NETO que se localiza por debajo del umbral VPN=0 en los Controles de Cambio 1, 4 y 5; si se mantuvieron en el ejercicio financiero, como se observa en el numeral 1.2 de este Cargo.

Manifiesta que la presentación de este Cargo Sexto no significa que esta demanda avale la existencia de un daño fiscal, mas bien señala que los demandantes no debieron ser declarados responsables en los actos administrativos acusados, incurriendo en una violación del principio de legalidad al declarar responsables fiscales a los demandantes por la ocurrencia de un daño derivado de la aprobación de adición de recursos del CAPEX en el Control de Cambios 2, aumento de CAPEX que cumplió con todos los indicadores de rentabilidad exigidos.

Indicadores de Rentabilidad de los proyectos vigentes para la fecha de aprobación del Control de Cambios 2 según el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN.

(i) VALOR PRESENTE NETO – VPN

Según el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, páginas 382 y 406, el VALOR PRESENTE NETO -VPN es un criterio de inversión que permite, entre otros, decidir si es conveniente o no acometer un proyecto de inversión.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(ii) TASA INTERNA DE RETORNO – TIR.

En el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004, se lee:

“TASA INTERNA DE RETORNO, TIR – Como ya se anotó en la Sección del Valor Presente Neto, si a una cierta tasa de interés (de descuento) -por ejemplo, el 8%- el VPN es positivo esto significa que la rentabilidad del proyecto es superior al 8%; si el VPN es negativo, la rentabilidad del proyecto es menor que la tasa de descuento y si el VPN es exactamente cero, la tasa de descuento es igual a la rentabilidad del proyecto. La Tasa Interna de Retorno (TIR) puede definirse como aquella tasa de descuento que, cuando se aplica a los flujos de caja del proyecto, produce un VPN igual a cero. Debe anotarse que la TIR es independiente de la tasa de descuento del inversionista y depende exclusivamente del proyecto. En general, si la TIR es superior a la tasa de descuento, el proyecto es conveniente; si es menor no es conveniente, y si es igual, el inversionista será indiferente entre acometer o no el proyecto. Para estimar la TIR de un proyecto, se requiere resolver una ecuación polinómica, lo que puede llegar a ser complejo. Sin embargo, la TIR puede estimarse el método denominado “interpolación lineal”.

Indicadores de Rentabilidad del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena en el Control de Cambios 2 – CC2.

Que en el Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, página 119, se presenta la información del Control de Cambios 2 -CC2 del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena correspondiente a lo registrado en el Acta 87 del 7 de mayo de 2012 de la Junta Directiva de REFICAR y a lo registrado en el modelo financiero elaborado por REFICAR sobre el Control de cambios 2 -CC2, lo cual determina que existan dos (2) cifras de incremento del CAPEX del Proyecto:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Control de Cambios 2

Tabla 54. Indicadores CC2. (millones USD)

	Acta 87	No.	Modelo
Discount Rate %		N.D.	11,1%
NPV		N.D.	\$ 185
IRR %		N.D.	11,4%
capex constante (2012)		N.D.	\$ 5.215
capex corriente		\$ 4.854	\$ 5.148

Fuente: Modelos Control de Cambios y Actas Reficar (Cifras en millones USD)

- El Acta no mencionaba tasa de descuento. Según lo menciona Reficar, el 11,1% corresponde a la nueva tasa de evaluación de proyectos que utilizó Ecopetrol en la época.
- El VPN y la TIR que reporta el modelo no se pueden validar con el Acta, pues no se reportan. Tanto el VPN (a dólares del 2012) como la TIR del modelo son calculados utilizando todos los flujos del modelo, desde el año 2007.
- El control de cambios NO incorpora ingresos provenientes de la Refinería antigua. El modelo ha sido limpiado de este factor hasta el año 2013, año esperado de entrada de la refinería en el modelo.
- Los capex NO son coincidentes entre el Acta y el modelo.
- El Valor Terminal del modelo se calcula para el año 2034 y no en el 2033, último año del modelo. Para calcular el Valor Terminal se utiliza el Flujo de Caja del año 2033.

Los datos registrados en el documento anterior, de autoría de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 362 demuestran que la aprobación del CAPEX en el Control de Cambios 2 – CC2 cumplió satisfactoriamente con las exigencias y directrices de inversión establecidas por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y por la matriz del GRUPO EMPRESARIAL ECOPETROL porque:

- (i) El VPN es USD\$185 millones de dólares, cifra superior a 0.
- (ii) La Tasa de Descuento fijada por ECOPETROL: 11.1%.
- (iii) La TIR es 11.4%.
- (iv) La TIR superior a la Tasa de Descuento: 11.4% es superior a 11.1%, y en consecuencia el incremento del CAPEX en el Control de Cambios 2 – CC2 no causó daño alguno a ECOPETROL porque dicho incremento cumplió con los estándares establecidos para la remuneración del capital por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN.

La aprobación del incremento del CAPEX en el Control de Cambios 2, realizada el 7 de mayo de 2012, se sometió a las exigencias establecidas por el acto administrativo de DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN del año 2004, en cuanto a los indicadores financieros, y los actos administrativos demandados al declarar

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

responsables a los demandantes por la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, por aprobar en el Control de Cambios 2 la adición de recursos CAPEX en exceso sobre los niveles acordados con la remuneración del capital aportado al Proyecto a su costo de oportunidad, vulnera el debido proceso por desatender las directrices sobre identificación, preparación, y evaluación de Proyectos contenidas en el acto administrativo “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004.

Cargo Séptimo. (i) El aparte Segundo del Resuelve del Auto No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) el Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan el debido proceso de nuestros poderdantes al declarar responsables fiscales a nuestros poderdantes a título solidario en cuantía de \$1.329.555.296.567,27, cifra que fue calculada mediante un ejercicio financiero que se fundamentó en información contable y financiera de la Línea de Base y de los Controles de Cambios 1, 2, 3, 4 y 5, pese a que los Controles de Cambios 3, 4 y 5 fueron aprobados por la Junta Directiva de la sociedad REFICAR con posterioridad a la desvinculación de nuestros poderdantes de la sociedad. Violación del artículo 29 superior, violación del artículo 2344 del Código Civil y del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Violación del artículo 29 superior, violación del artículo 2344 del Código Civil y del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Violación de la garantía del debido proceso de nuestros poderdantes consagrada en el artículo 29 superior, violación del artículo 2344 del Código Civil y 119 de la Ley 1474 de 2011.

Que la solidaridad se predica únicamente cuando dos o mas personas han cometido un delito o culpa, lo anterior, se deriva en palabras del honorable Consejo de Estado de “la filosofía que subyace a la responsabilidad, en la medida que, la libertad es inherente a la condición humana y tal situación supone que los individuos se apropien de todo aquello que hacen o dejan de hacer y, por lo tanto, de las consecuencias que ello genere.”

Que los actos administrativos demandados al declarar responsables fiscales a los demandantes a título solidario de un valor que resultó de un ejercicio financiero que utilizó información de unos Controles de Cambios, en los cuales nuestros poderdantes no intervinieron, dado que la aprobación de los Controles de Cambios 3, 4 y 5, como se expuso en el Cargo Sexto, ocurrieron con posterioridad a su desvinculación de la sociedad REFICAR S.A.S., violaron los artículos 2344 del Código Civil y 119 de la Ley 1474 de 2011, y vulneraron el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Los artículos 2344 del Código Civil y 119 de la Ley 1474 de 2011 consagran como supuesto de hecho para que se configure la solidaridad pasiva el que varias -dos o más- personas que concurran al hecho³⁶⁶ o cometido el delito o culpa,³⁶⁷ y usan los sustantivos hecho, delito y culpa en género singular para expresar que las personas deben participar en el mismo hecho, presupuesto que no cumplió en los actos administrativos acusados porque los demandantes no intervinieron ni en el trámite ni en la aprobación de los Controles de Cambios 3, 4 y 5, los cuales fueron aprobados respectivamente en mayo de 2013, enero de 2015 y noviembre de 2015.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que en mayo de 2013, en enero de 2015 y en noviembre de 2015 los demandantes no tenían ninguna vinculación con la sociedad REFICAR y cuando los actos administrativos acusados los declaran responsables fiscales a título solidario en un proceso de responsabilidad en el cual el daño fiscal se determinó y cuantificó mediante un ejercicio financiero que se sustentó en las variaciones, desfases o declives del VALOR PRESENTE NETO – VPN de la Línea de Base y de los cinco (5) Controles de Cambio, se configura una violación del debido proceso por vulnerar los artículos 2344 del Código Civil y 119 de la Ley 1474 de 2011 al obligarlos a resarcir un daño fiscal en forma solidaria, daño calculado sobre unos indicadores financieros registrados en las aprobaciones del CAPEX en cinco (5) Controles de Cambios y en la Línea de Base, cuando ellos no intervinieron ni participaron en los hechos de trámite y aprobación de los Controles de Cambio 3, 4 y 5, lo que significa que los declararon responsables solidarios por unos hechos que no cometieron ni a los cuales concurrieron.

Que los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO y HENRY MEDINA GONZÁLEZ no intervinieron en la aprobación del Control de Cambios 1, dado que para la época de su aprobación -mayo 2011- no eran miembros de la Junta Directiva de la sociedad REFICAR.

Que en síntesis, en los Autos acusados (i) se fijó el daño fiscal mediante un ejercicio financiero que se basó en la Línea de Base y en los cinco (5) Controles de Cambios del Proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena, en una línea de tiempo del 2009 al 2015, y (ii) se excluyó del daño fiscal a los Cambio 1, 4 y 5, pero se mantuvo en el ejercicio financiero: la variación del VALOR PRESENTE NETO en los Controles de Cambio 1, 4 y 5, las cifras de incremento del CAPEX en los Controles de Cambio 1, 4 y 5, y la variación del VALOR PRESENTE NETO que se localiza por debajo del umbral VPN=0 en los Controles de Cambio 1, 4 y 5; según se presentó en el numeral 1.2 de este Cargo, por lo que los demandantes no debieron ser declarados responsables en los actos administrativos acusados.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cargo Octavo. Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 por valorar la prueba “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016”, prueba que no cumple con el requisito de gratuidad exigido Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y el doctor Julio Villarreal Navarro celebraron el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 100 de 3 de mayo de 2016, cuyo objeto fue:

“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA EL APOYO A LA GESTIÓN EN LA ELABORACIÓN DE UN INFORME DE INVESTIGACIÓN EN EL CONTEXTO DEL SEGUIMIENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS Y SOBRE LA APLICACIÓN DE MODELOS DE SEGUIMIENTO DE CONTROL FISCAL ENFOCADA EN LA EJECUCIÓN DE LA ACTUACIÓN ESPECIAL REALIZADA A REFICAR MEDIANTE EL ANÁLISIS FINANCIERO QUE VERIFIQUE SI DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO Y FINANCIERO RESULTAN FINANCIERAMENTE RAZONABLES LAS JUSTIFICACIONES ESGRIMIDAS POR LA ALTA DIRECCIÓN DE ECOPETROL Y DEMÁS EMPRESAS VINCULADAS AL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA REFICAR, PARA LOS COSTOS FINALES QUE TUVO TAL PROYECTO FRENTE A LOS INICIALMENTE PRESUPUESTADOS, Y CUANTIFICAR EL COSTO DE OPORTUNIDAD EN EL QUE SE INCURRIÓ POR EL HECHO DE NO PODER PONER EN FUNCIONAMIENTO LA REFINERÍA DE CARTAGENA CUANDO INICIALMENTE SE HABÍA PREVISTO. EN PARTICULAR, EN RELACIÓN A POTENCIALES BENEFICIOS QUE SE DEJARON DE PERCIBIR DURANTE LA

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

EJECUCIÓN DEL PROYECTO EN PLAZOS POSTERIORES A LOS INICIALMENTE PRESUPUESTADOS.”

El doctor Julio Villarreal Navarro, en su condición de contratista en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 100 de 3 de mayo de 2016, y en cumplimiento del objeto contractual elaboró y entregó el “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016.

En el “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016”, páginas 14 y 1, elaborado por el doctor Julio Villarreal Navarro, se presenta el procedimiento para establecer la cifra del impacto de evaluación financiera del VPN (2015)373 Histórico, el cual arroja una cifra de USD\$ 6.080 millones de dólares distribuidos en 4.144 de CAPEX y 1.936 de entrada tardía:

Tabla 13. VPN en dólares del 2015 por modelo. (MM USD)

FCL	VPN (11,1% EA Real)
Línea Base (2015)	\$ 2.975*
Control de Cambios 1 (2015)	\$ 2.258
Control de Cambios 2 (2015)	\$ 264
Control de Cambios 3 (2015)	\$ -3.676
Control de Cambios 4 (2015)	\$ -4.845
Control de Cambios 5 (2015)	\$ -6.238

Fuente: Modelos Control de Cambios y línea base. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar

**Sólo incluye en el flujo de caja el CAPEX de expansión desde el 2007 al 2012. Para el 2013 se realizó una aproximación lineal y se contemplaron únicamente 5 meses del año, multiplicando el flujo anual del 2013 por 5 y dividiéndolo entre 12. Lo anterior considerando que la entrada en operación debía ser en Agosto del 2013*

Ahora bien, teniendo en consideración lo anteriormente mencionado, se procede a realizar un análisis marginal de los flujos de caja expresados a 2015, con el fin de encontrar el efecto total sobre el proyecto como consecuencia de los 5 controles de cambios.

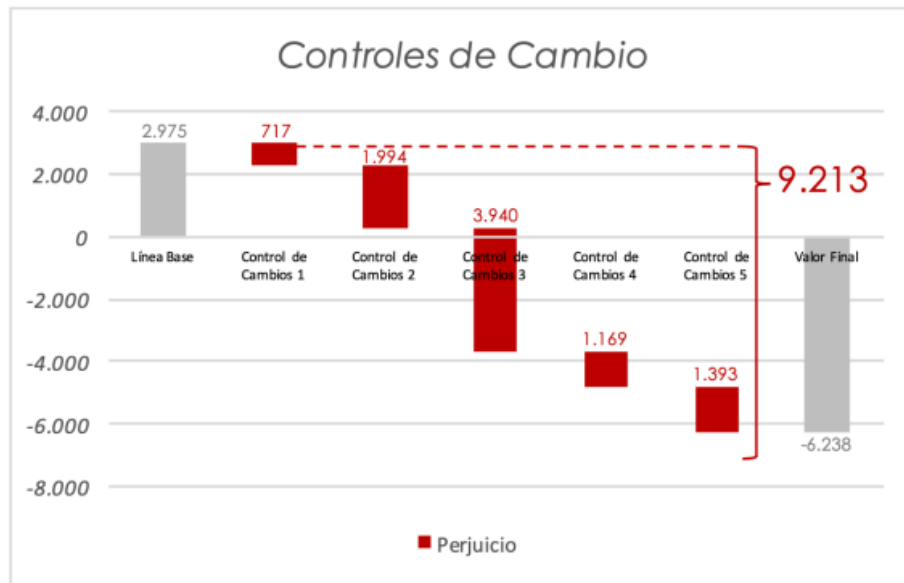
Tabla 14. VPN MARGINAL en dólares del 2015 por modelo. (MM USD)

Control vs Anterior	VPN (11,1% EA Real)
Control de Cambios 1	-\$717
Control de Cambios 2	-\$1.994
Control de Cambios 3	-\$3.940
Control de Cambios 4	-\$1.169
Control de Cambios 5	-\$1.393
Total:	-\$9.213

Fuente: Modelos Control de Cambios. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ilustración 2. VPN MARGINAL en dólares del 2015 por modelo. (MM USD)



Fuente: Modelos Control de Cambios. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar

Como se observa, el efecto total sobre el proyecto como consecuencia de los 5 controles de cambios es de -\$9.213 MM USD, que corresponde a la pérdida de valor acumulada durante los 5 controles de cambios. Este efecto se puede dividir entre el impacto ya causado (histórico) y el impacto por causar (proyectado), como consecuencia de 1) la entrada tardía en operación y 2) los mayores costos e inversiones del proyecto. La siguiente tabla resume lo mencionado. Adicionalmente, se puede cuantificar del total histórico y proyectado cuánto corresponde a las mayores inversiones y cuánto corresponde al efecto de la entrada tardía.

Tabla 15. Impacto evaluación financiera. (MM USD)

VPN (2015) MM USD	TOTAL	Histórico	Proyectado
TOTAL	-\$9.213	-\$6.080	-\$3.133
CAPEX	-\$4.415	-\$4.144	-\$271
Entrada tardía	-\$4.797	-\$1.936	-\$2.861

Fuente: Modelos Control de Cambios y línea base. Cálculos contratista bajo la metodología de Reficar Modelos:

Línea Base: Financial Model Oct 20 P2009 Q2009 P&G Base.xlsx
 Control de Cambios 5: 04 Modelo.xlsx

El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en noviembre de 2016, página 157 a 229, presenta treinta y seis (36) Hallazgos resultados de la actuación especial de fiscalización relacionados con la construcción del Proyecto de Modernización y Ampliación de la Refinería de Cartagena – REFICAR, todos con presunta incidencia fiscal

El Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016,375 elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en noviembre de 2016, página 227, se presenta el Hallazgo No. 36:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“Hallazgo Nro. 36. LUCRO CESANTE

(...)

Como consecuencia de lo anterior se establece un presunto detrimento al patrimonio público por valor de USD \$1.936 millones correspondientes a la estimación del lucro cesante generado por el incumplimiento de CB&I en la terminación mecánica y el cumplimiento de la fecha de entrega garantizada del proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena.

(...)

La cifra de USD\$ 1.936 millones de dólares del Hallazgo Nro. 36 corresponde exactamente a la cifra de “Entrada tardía” de la Tabla 15. del “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016, elaborado por el doctor Julio Villarreal Navarro

En la Parte Resolutiva del Auto de apertura del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017,376 páginas 337 a 339, entre otras decisiones, se dispuso:

“TERCERO: DETERMINAR el daño fiscal como la PÉRDIDA DE VALOR DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN EL PROYECTO DE MODERNIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA como resultado de las MAYORES INVERSIONES APROBADAS DEBIDO A DEFICIENCIAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS DIFERENTES ETAPAS O FASES DEL PROYECTO que constituyen el DAÑO EMERGENTE y la ENTRADA TARDÍA EN OPERACIÓN de la refinería que constituye el LUCRO CESANTE, lo cual se atribuye a una GESTIÓN FISCAL ANTIECONÓMICA, INEFICIENTE, INEFICAZ e INOPORTUNA, por una cuantía estimada de SEIS MIL OCHENTA MILLONES DE DÓLARES D ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$6.080.000.000,00), calculados en dólares de 2015, equivalentes a la tasa representativa del mercado (TRM) del 4 de noviembre de 2015 a la suma de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

DIECISIETE BILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE OLOMBIANA (COP\$17.177.520.000.000,00 M/cte), sin indexar.”

De la valoración realizada por los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 de la prueba “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016.

Considera el Auto de primera instancia:

(i) Que el Informe mantiene su relevancia en cuanto a la información de las actas de Junta Directiva de las sociedades REFICAR S.A. y ECOPETROL S.A., al igual que los archivos que recogen la secuencia de modificaciones a los escenarios financieros entre uno y otro hito del período de inversión -Línea de Base y los cinco (5) Controles de Cambio-.

(ii) Que se mantiene la localización de la Línea de Base pero los valores del VPN y de la TIR del Auto de Imputación No. 773 de 2018 son diferentes a los del Informe-

(iii) Que la modificación sobre conversión a precios constantes del Informe no fue replicada.

(iv) Que la Sección del Informe sobre lucro cesante por capacidad y los Capítulos sobre evaluación económica y referenciamiento internacional se calificaron como no pertinentes.

(v) Que el Capítulo de evaluación financiera del Informe ilustra la ruta que debía seguirse por el del Despacho para determinar la afectación de los intereses patrimoniales del Estado.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -segunda instancia confirma el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021, y en la página 1174 manifiesta que el Proceso se abrió apoyado en el Informe Técnico del doctor Villarreal, y que este no fue la única y suficiente prueba para imputar responsabilidad fiscal.

Violación del artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 por los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021.

El Informe Técnico “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre 2016, fue elaborado por el doctor Julio Villarreal Navarro, quien es una persona natural, un particular que por mandato legal solo puede presentar informes técnicos a los órganos de control y vigilancia fiscal a título gratuito, y el Informe por él elaborado en cumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 100 de 3 de mayo de 2016 no fue gratuito porque el Contrato de Prestación de Servicios por él celebrado con la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA es oneroso en tanto representa utilidad para todas las partes:

- (i) para la entidad contratante por tener un producto o insumo técnico, que como lo afirmó el Auto de segunda instancia ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 permitió iniciar el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF No. 2017-00309_UCC-PRF-005-2017
- (ii) para el contratista, el doctor Julio Villarreal Navarro, al recibir unos honorarios.

Que los actos administrativos cuestionados violaron el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 al valorar el Informe Técnico elaborado por el particular Julio Villarreal Navarro, prueba que no cumple con el requisito de gratuidad porque fue preparada y entregada en desarrollo de un contrato oneroso -Contrato de Prestación de Servicios Profesionales

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

No. 100 de 3 de mayo de 2016- en virtud del cual la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, en calidad de parte contratante pagó por el Informe Técnico.

Cargo Noveno. Los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan la garantía del debido proceso y de defensa de nuestros poderdantes consagrada en el artículo 29 superior al no valorar a) el dictamen pericial de parte rendido por SCI Investment & Merchant Bank el 16 de marzo de 2018, b) el dictamen pericial de parte rendido por SCI Investment & Merchant Bank de fecha 10 de agosto de 2018, c) el complemento de 14 de agosto de 2018 del dictamen pericial de parte de 10 de agosto de 2018 rendido por SCI Investment & Merchant Bank, d) las aclaraciones y complementaciones de 29 de mayo de 2019 al dictamen pericial del 10 de agosto de 2018 rendido por por SCI Investment & Merchant Bank, e) el dictamen pericial de parte rendido por Capital Advisory Partners Ltda – CAP. de 26 de septiembre de 2018, f) el dictamen pericial de parte rendido por María Inés Agudelo y Mónica Ospina de 30 de septiembre de 2018, g) el dictamen pericial de parte rendido por Guillermo Perry de 31 de julio de 2019, h) el Informe de Apoyo Técnico de 30 de diciembre de 2020 elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para el PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017, e i) las aclaraciones y complementaciones de 26 febrero de 2021 al Informe de Apoyo Técnico de 30 de diciembre de 2020; pruebas que demuestran que no existe daño fiscal, que el procedimiento utilizado por Autos precitados para cuantificar el daño fiscal presenta inconsistencias, y que la aprobación del Control de Cambios 2 cumplió con los criterios de inversión de VPN positivo y TIR superior a la tasa de descuento

Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que en el dictamen pericial de parte rendido por SCI Investment & Merchant Bank el 16 de marzo de 2018 sobre el Control de Cambios 2 se estableció que:

“El hecho de que un VPN disminuya entre un momento y otro, siendo ambas mediciones positivas, no significa una destrucción de valor sino una menor creación de valor. Por lo tanto, mientras el VPN sea positivo, el proyecto debe acometerse según esta metodología en línea con la respuesta del profesor Villarreal en una de sus Aclaraciones cuando afirma que "desde la configuración inicial del proyecto (línea base) hasta el control de cambios 2, el proyecto resulta ser conveniente en términos financieros" y "se podría afirmar que el proyecto hasta ese entonces si generaba valor". Llama la atención entonces que en otra Aclaración el profesor asegure que "se puede concluir que el VPN omitiendo los costos hundidos del Control de Cambios 1 es de — 717 MM USD y para el Control de Cambios 2 es de -1,994 MM USD, indicando destrucción de valor para el proyecto" cuando según sus cálculos en ambos momentos el VPN del proyecto era positivo. Ahora bien, conviene aclarar aquí que no se profundizará en el presente documento sobre las deficiencias del llamado "análisis marginal" pues consideramos que la decisión de acometer un proyecto solo puede ser tomada una sola vez, al inicio del mismo, pues luego de ello, como se expuso en el Capítulo I, las consideraciones para continuar o no escapan al análisis simple del VPN sin considerar la opción de abandono que no aparece en el Informe de Investigación del profesor Villarreal.”

“Más aún, la cuantificación de algún lucro cesante o daño emergente no podría basarse en variaciones de VPN por causa de sobrecostos o cambios en los supuestos de proyección pues adelantar un proyecto de construcción de una refinería es un negocio no determinístico que comprende riesgos operacionales y financieros inherentes a la actividad. Por ejemplo, que el VPN de un proyecto disminuya por causa de menores precios de venta proyectados de los productos o de aumento de costos y gastos asociados a una nueva legislación ambiental no puede en ningún caso ser atribuido a una causa controlada o controlable. Lo mismo ocurre cuando una variación del VPN se da por ejemplo por una huelga de trabajadores. La variabilidad de todas las premisas

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

que se consideran en el proceso de toma de decisiones y los riesgos de su volatilidad, a veces a favor, a veces en contra, en una industria cuya única constante son los cambios de tendencias y la ciclicidad, hacen que los retornos esperados de los proyectos varíen antes, durante y después de su construcción. Con base en lo anterior, no es lógico desde la óptica financiera evaluar un lucro cesante o daño emergente con base en la simple resta de VPN pues el proceso de toma de decisiones se lleva a cabo bajo incertidumbre en el sentido que no se conoce el resultado futuro de supuestos y variables y el lucro cesante se debe calcular de manera cierta sobre variables ciertas y observadas.”

(...)

El demandante basándose en el informe pericial, continúa citando lo siguiente:

“III - Detalle de las Causas de Mayores Inversiones y Demoras

• 1. *Demoras en los productos de la Ingeniería de detalle: El Informe de Apoyo Técnico asegura que: "Una de las obligaciones del contratista en el marco del EPC, era la de entregar la ingeniería (sic) de detalle a tiempo y coordinado con las adquisiciones. Estos documentos entregables se debían entregar al proveedor o fabricante de equipos para su fabricación, así mismo se debían entregar los IFC (presentación para construcción) que se debía (sic) entregar al equipo en campo para el inicio de las labores previas a la instalación de los equipos y unidades. Estos IFC debían ser revisados por CB&I para la entrega de las especificaciones a los equipos, sin embargo, en el proceso de fabricación, CB&I continuaba entregando especificaciones a los proveedores, ocasionando reprocesos y demoras en las emisiones del IFC para entrega al equipo de construcción en tierra. Así mismo también se generó (sic) demoras en la entrega de los Isométricos de la red de tuberías, las cuales deben estar coordinadas con la entrega de equipos, pues las medidas de entrada y llegada de las tuberías deben ser exacta para no entrar en desfases que ocasionen dificultades en la entrega de equipos. Por tal razón la demora en la entrega de Isométricos demora la entrega de la procura en la fabricación*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de los equipos. Cabe notar que sobre los Rack de tuberías, se debe tener en claro la dirección de los diferentes tipos de tuberías, la distribución en el mismo, la dirección a tomar desde y hacia las unidades, por ende la Isometría de las tuberías también afecto la distribución y diseño de estas estructuras. La demora en la entrega de IFC y los isométricos demoro el proyecto por 2 años, visualizados en el cronograma y CB&L"

De lo anterior se deduce que esta causa se explica por deficiencias en la planeación y ejecución, responsabilidad del contratista, que resultaron en desviaciones de tiempo y presupuesto

2. Paro Laboral de Julio de 2013 a Septiembre de 2013: El Informe de Apoyo Técnico asegura que: "El paro de actividades no solo afecto (sic) las 14 semanas de las obras como tal, sino que se presentaron inconvenientes, pues los huelguistas impedían el paso de los trabajadores e impedían el acceso a la refinería. El paro además de causar traumatismos inmediatos a la obra, costo (sic) 621 millones de dólares".

• 3. Invierno: El Informe de Apoyo Técnico asegura que: "Las fuertes lluvias producto del fenómeno de la niña, ocasionaron inundaciones y daños en el suelo de trabajos, lo que ocasiono (sic) mayores cantidades de obra, y demoras en las actividades como el arroyo, rellenos, trabajos en el muelle y en especial los trabajos de pilotaje y cimentación de las unidades, además de demorar y retrasar las actividades para la tubería enterrada en la obra. El invierno incremento las cantidades de obra, demorando las mismas en un periodo de 6 meses".

4. Baja Productividad en las obras: El Informe de Apoyo Técnico asegura que: "El cronograma de construcción fue basado en rendimientos estándares de la industria (Zona del Golfo de México) afectados por un factor que en el argot de construcción

De lo anterior se deduce que la baja productividad se explica, además del paro laboral y el invierno, por deficiencias en la planeación y administración de los recursos humanos

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

requeridos responsabilidad del contratista que resultaron en desviaciones de Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho 365 tiempo y presupuesto.”

2.2 De lo afirmado en el dictamen pericial de parte rendido por SCI Investment & Merchant Bank de fecha 10 de agosto de 2018 sobre el Control de Cambios 2:

“Respecto de la "variación de VPN", este indicador es resultado de proyecciones subjetivas por lo que no puede ser insumo para la cuantificación de un daño cierto. Más aún cuando el criterio supone la vulneración de una supuesta "Promesa de Valor" como lo asegura la CGR en el Auto. En efecto, adelantar un proyecto de construcción de una refinería es un negocio no determinístico que comprende riesgos de construcción, de operación y de financiación inherentes a dicha actividad. Por lo anterior, parece contraintuitivo asumir que en el proyecto que nos ocupa exista una promesa de valor cuando en realidad se asimila a una inversión de renta variable caso en el cual, por definición, no existe promesa de valor alguna como su denominación bien lo indica. Lo anterior se evidencia, por ejemplo, en las declaraciones usuales de los prospectos de emisiones de acciones como se extrae a continuación del correspondiente a la emisión de acciones ordinarias de Ecopetrol en 2007: La rentabilidad que se puede generar de la tenencia de una acción, es producto del nivel de los dividendos que pague dicha acción, y de las ganancias o pérdidas que el precio de dicha acción experimente mientras se es titular de ella. En las inversiones de renta variable como en el caso de las acciones. la ganancia futura es incierta ya que puede verse afectada por los resultados de la empresa emisora, el sector en que se encuentra dicha empresa emisora, los factores de la economía y el comportamiento del mercado público de valores. A diferencia, las inversiones de renta fija, perciben un rendimiento fijo pactado de antemano, El inversionista en acciones puede superar las expectativas de ganancia, vía dividendos o vía la valonzación del precio de la acción, pero también puede que por diversas circunstancias no se devengue la utilidad calculada inicialmente y, eventualmente, se genere una pérdida. Es importante tener en cuenta que la inversión en acciones es considerada de mediano y largo plazo.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La variabilidad de todas las premisas que se consideran en el proceso de toma de decisiones y los riesgos de su volatilidad, a veces a favor, a veces en contra, en una industria cuya única constante son los cambios de tendencias y la ciclicidad, hacen que los retornos esperados de los proyectos varíen antes, durante y después de su construcción. CON BASE EN LO ANTERIOR, NO ES LÓGICO DESDE LA ÓPTICA FINANCIERA EVALUAR UN DAÑO CON BASE EN LA VARIACIÓN DE VPN POR CAUSA DE LA VARIACIÓN DEL CAPEX PUES EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES SE LLEVA A CABO BAJO INCERTIDUMBRE EN EL SENTIDO QUE NO SE CONOCE EL RESULTADO FUTURO DE SUPUESTOS Y VARIABLES Y UN DAÑO SE DEBE CALCULAR DE MANERA CIERTA SOBRE VARIABLES CIERTAS Y OBSERVADAS.”

De lo afirmado en el complemento de 14 de agosto de 2018 del dictamen pericial de parte de 10 de agosto de 2018 rendido por SCI Investment & Merchant Banksobre el Control de Cambios 2:

“1. PARÁMETROS DE EVALUACIÓN FINANCIERA DEL CC2 Al momento del CC2 el modelo financiero utilizado como soporte de la decisión sugiere que continuar con el proyecto y acometer las inversiones adicionales solicitadas resultaba en las siguientes métricas financieras: - TIR de 11,43% superior al costo del capital de 11,10% - VPN positivo de USD 185 mm Por lo anterior es evidente que la decisión correspondiente al CC2 fue acertada en el sentido que el proyecto creaba valor al tener un rendimiento superior al costo de los recursos invertidos. Cualquier manual de teoría financiera sugiere que la bondad financiera del proyecto se refleja en su VPN positivo y que por lo tanto es pertinente adelantar las inversiones.”

“5. DECISIONES POSIBLES Como se expone en el Dictamen, al momento de cada CC los miembros de JD tenían dos decisiones posibles: i) acometer las inversiones adicionales y continuar con el proyecto o ii) abandonarlo (totalmente o a través de una

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

venta del proyecto o sus activos). Así, al ser el CC2 constitutivo de daño según la CGR, esta sugiere que la decisión tomada fue errada. Procede entonces recordar como se expone en el mismo Dictamen que la decisión tomada fue acertada, pues abandonar el proyecto hubiera resultado en pérdidas materializadas e irrecuperables (más aun cuando la bondad financiera del proyecto se refleja en su VPN positivo y TIR de 11.43% al momento del CC2). Ahora bien, procede poner de presente que la CGR en el Auto no adelanta ningún cálculo que permita estimar los efectos de la decisión de no acometer las inversiones adicionales solicitadas lo que hubiera resultado en abandonar el proyecto y, en consecuencia, se desconoce cómo se pudo determinar si existió error en la decisión tomada por la JD en el CC2 con base en el mismo.”

De lo afirmado en las aclaraciones y complementaciones de 29 de mayo de 2019 al dictamen pericial de parte del 10 de agosto de 2018 rendido por SCI Investment & Merchant Bank:

- *Con base en el precedente que sienta la CGR sobre la estimación de un eventual daño causado por las adiciones de Capex al proyecto y cuyo resultado es la disminución del VPN (resulte este positivo o negativo tras el incremento al Capex), difícilmente podría un miembro de JD estar tranquilo al aprobar un Control de Cambios pues, aunque sea pertinente financieramente (y aunque el VPN del proyecto siga siendo positivo) es posible que le imputen cargos por esta conducta. Así, preferirá simplemente no aprobar las adiciones de Capex para protegerse a expensas del desarrollo de proyectos importante para el país pues en general todo Capex que no sea incremental acarrea una disminución del VPN.*

- *Esto abre la puerta a que las JD exijan presupuestos iniciales excesivamente elevados para aprobar proyectos que generan incentivos perversos en el proceso de desarrollo del proyecto a gastar en exceso. Así mismo, ante la inseguridad que se crearía para aprobar Capex adicional muchas obras podrían nunca terminarse convirtiéndose en los llamados "elefantes blancos" según la primera parte de la definición que la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República asigna*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

a este término: "Un Elefante Blanco" es una obra pública de construcción, mantenimiento o instalación de un bien inmueble, la cual tiene un impacto negativo para la comunidad debido a que ha sido abandonada o está inconclusa..."

• Para ilustrar este cometido, si por ejemplo los estudios de factibilidad de una carretera estiman el Capex en USD 2.000 mn y el VPN es positivo en USD 500mn pero 6 meses después de iniciada la construcción los estudios más detallados de suelo sugieren un aumento del Capex total en USD 250mn entonces, aunque el VPN siga siendo positivo y aunque el control de cambios le sea presentado como el último que se requeriría, el miembro de JD no va a aprobar el Control de Cambios. Lo anterior porque se encontraría en la misma situación que los miembros de JD que aprobaron el CC2 de Reficar. Aunque la decisión sea acertada financieramente, y el VPN sea positivo, como existe el riesgo de CC posteriores, entonces el miembro de JD sería responsable por el resultado final del proyecto, aunque no tenga nada que ver con decisiones posteriores a su aprobación de ese CC en particular.

De lo afirmado en el dictamen pericial de parte rendido por Capital Advisory Partners Ltda – CAP. “DICTAMEN DE CARÁCTER FINANCIERO SOBRE LA DETERMINACIÓN CUANTIFICACIÓN, Y DISTRIBUCIÓN DEL DAÑO CONTENIDA EN EL AUTO 773 DEL 5 DE JUNIO DE 2018 EMITIDO POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de 26 de septiembre de 2018

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Si alguna parte del mayor CAPEX eventualmente se malgastó por actos de mala fe, mala administración o uso inadecuado de recursos, esto debe investigarse de manera puntual y concreta por parte de las autoridades, demostrándose caso por caso por qué determinada transacción o determinado egreso constituye daño, pero es equivocado partir de la premisa de que una parte del mayor CAPEX es en efecto generador de daño fiscal porque comporta una declinación del VPN por debajo de cero. Debe resaltarse además, que en un proyecto de la magnitud y complejidad como el de Reficar, el manejo del detalle del CAPEX estuvo lógicamente en cabeza de los expertos técnicos contratados para la ejecución del proyecto, y los miembros de la Junta Directiva -que necesariamente no son expertos técnicos- cumplieron como es normal una función de dirección en donde prevaleció el principio de confianza frente al trabajo técnico que de ninguna manera fue superficial y cumplió con los protocolos establecidos en Ecopetrol para analizar y respaldar las decisiones de la administración y de las juntas de Ecopetrol y de Reficar.

Frente a este punto resulta también irracional que se establezca un daño y se hagan imputaciones a partir de la simple afirmación de que una parte del mayor CAPEX constituye daño porque lleva el VPN del proyecto a un valor menor a cero; si alguna parte

del mayor CAPEX fue indebidamente utilizado, esto tendrá que ser determinando y sustentado por una investigación puntual, seria y rigurosa por parte de las autoridades.

- **VPN <0:**

Se afirma que llegar a un VPN menor a cero equivale necesariamente a un daño fiscal, lo cual es absolutamente errado y denota un desconocimiento total del significado de este indicador. El mismo Auto dice que “El daño fiscal está vinculado con las afectaciones al valor presente neto del proyecto ocasionadas en su período de inversión y que, según la contribución proporcional de cada Control de Cambio, llevaron al citado valor presente, desde su cuantificación positiva en el hito de configuración adoptada (octubre 2009), a un valor inferior al monto de umbral VPN=0, lo que equivale a su vez a un rendimiento de la inversión menor a la tasa de descuento seleccionada para el proyecto (11.1% anual)”.³

En efecto, el VPN inferior a cero no significa que el proyecto genere pérdida. Lo que significa es que su rentabilidad estimada puede ser inferior a la rentabilidad inicialmente esperada, lo que se refleja en una menor TIR. El proyecto de la Refinería de Cartagena en ninguno de los Controles de Cambio llegó a registrar una TIR negativa, como puede verse en el cuadro a continuación, lo que sí hubiera significado que el proyecto generaba pérdida y por lo tanto hubiera sido inconveniente continuar con el mismo. Es importante resaltar que la TIR inicialmente esperada del proyecto no es una rentabilidad fija, sino por el contrario se ve afectada positiva o negativamente por cambios en condiciones de mercado, actualizaciones en monto de inversión, actualizaciones en variables de operación, y en general ajustes a las condiciones de operación del proyecto, lo cual es una situación común a todos los proyectos de inversión. La siguiente es la TIR total del proyecto en cada Control de Cambio (la cual considera incluso los costos incurridos o hundidos antes de cada uno de ellos).

	TIR Total del Proyecto
Línea Base	16.0%
Control de Cambio 1	15.2%
Control de Cambio 2	12.0%
Control de Cambio 3	7.4%
Control de Cambio 4	6.2%
Control de Cambio 5	4.6%

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De lo afirmado en el dictamen pericial de parte rendido por María Inés Agudelo y Mónica Ospina de 30 de septiembre de 2018.

“Así mismo, en la página 1399 la CGR dice "Ahora bien, ante la ausencia de referentes de costo unitario para todos y cada uno de los ítems incorporados al proyecto, ante el volumen y variedad de éstos, y ante las especificaciones técnicas particulares de la Refinería de Cartagena, diferentes a las de cualquier otra instalación dedicada a la misma actividad dentro del sector de hidrocarburos en el mundo, el elemento más próximo orientador de una medición de eficiencia es el valor económico (...)". Acá la CGR está reconociendo que no tiene la información suficiente o el conocimiento suficiente para hacer una valoración del daño. Y seguido argumenta que *"(...). Es decir, sobre el entendido de que el tipo de activo a proveer mantuvo su capacidad y funcionalidad desde la línea base hasta el Control de Cambio 5, la variación del valor presente permite distinguir qué parte de cada una de las adiciones al CAPEX mantuvo el retorno al aportante de capital en un nivel igual o superior al costo de oportunidad de los recursos, y qué parte constituyó una desviación de este propósito formulado para el Grupo Empresarial Ecopetrol"*. Con esto quiere decir que su único referente para calcular el daño emergente fue la variación en el CAPEX y por ende en el VPN y la TIR, pero nunca demostró, ni cuantificó el supuesto daño al patrimonio de la Nación. Así las cosas, la CGR reconoce que no analizó en detalle ninguno de los aspectos que impactaron el presupuesto original, los cuales están discriminados en los controles de cambio. En estos controles de cambio se presentaron modificaciones de muchos tipos, también imprevistos que no estaban bajo el control de los administradores del proyecto. Se esperaría entonces que un análisis juicioso hubiera por lo menos realizado este tipo de distinciones.”

De lo afirmado en el dictamen pericial de parte rendido por Guillermo Perry de 31 de julio de 2019.

Las únicas alternativas reales de decisión de los miembros de Junta Directiva de Reficar a quienes correspondió revisar la solicitud de incremento del CAPEX conocida como

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Control de Cambios No.2 para continuar con el desarrollo del Proyecto eran: (1)continuarlo; (2)abandonarlo; (3) intentar venderlo a un tercero. Con la información disponible al momento de esa decisión la mejor alternativa era, sin lugar a duda lade continuarlo, como se demostró en la sección 3 de este dictamen y como se ilustra a continuación. En efecto (ver Tabla 5), la nueva Tasa Interna de Retorno (en adelante TIR) estimada del proyecto con el CAPEX ajustado era de 11.43% (12% estimada por Capital Advisory Partners), la cual, si bien era inferiora la estimada al momento de la línea base (15.3%) o del Control de Cambios 1 (14.24%) era no solamente positiva (de manera que añadía valor patrimonial a REPICAR), sino aun superior al costo de oportunidad estimado de los recursos de Ecopetrol (11.1%), de modo que añadía valor patrimonial a Ecopetrol (el valor presente neto estimado a la tasa de descuento real del 11% era de \$185 millones de dólares), aun sin cuantificar los beneficios adicionales para el grupo Ecopetrol (menores costos por transporte, seguros y almacenamiento de petróleo crudo y productos refinados; ganancias adicionales en la operación de Propilco y la Refinería de Barrancabermeja) y para lo sciudadanos (menor contaminación ambiental). Más aún, como ya había a la fecha costos causados del CAPEX por \$2635 millones de dólares que debían ser considerados como costos hundidos (esencialmente irrecuperables) la TIR efectiva de continuar el proyecto era muy superior (20.9% estimada por Capital Advisory Partners), como también lo era el Valor Presente Neto (en adelante VPN), que ascendía a \$2898 millones de dólares, según la estimación de Capital Advisory Partners y SCI Investments & Merchant Bank, que considero correctas desde el punto de vista metodológico.”

De lo afirmado en el Informe de Apoyo Técnico de 30 de diciembre de 2020 elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en el PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017.

“(…)

En síntesis, dentro del contexto restringido de la evaluación financiera de proyectos de inversión, el perjuicio económico de tipo patrimonial solamente se alcanza cuando la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

tasa interna de retorno se hace negativa. El daño así caracterizado es actual, pero no reviste los atributos de certeza ni de irreversibilidad. Cuando el inversionista es el Estado, los mecanismos de protección adicionales instituidos sobre el patrimonio permiten explorar el contenido de las adiciones de CAPEX y eventualmente localizar infracciones a los estándares de razonabilidad de costos que se traducen en daños fiscales que, además de patrimoniales y actuales, por su origen transaccional poseen los atributos de certeza e irreversibilidad.”

“Siguiendo esta línea argumentativa, cabe deducir que dentro del marco estrecho de la dinámica entre generación y pérdida de valor, los acontecimientos ocurridos en el horizonte de inversión del PMD, y más específicamente los cinco controles de cambio, no condujeron a una pérdida de tipo patrimonial, al no haberse alcanzado en ningún hito una TIR negativa. En caso de haberse llegado a tal resultado, éste tendría también el atributo de ser actual, pero no los atributos de cierto ni de irreversible. No resulta cierto en el sentido de que su concreción estaría supeditada a la liquidación de la inversión, de modo similar a como una pérdida en inversiones financieras de portafolio sólo se materializa con la venta de los activos. Y no resulta irreversible en tanto que los eventos futuros en desarrollo de la operación de la refinería pueden exceder a las proyecciones modeladas y compensar el resultado negativo del cierre del período de inversión.

Sin embargo, al margen de las consideraciones financieras, es decir por fuera del marco analítico de la generación y pérdida de valor, sigue existiendo margen para que en desarrollo del ciclo de aprobación, ejecución y control del presupuesto de capital sean detectadas situaciones propias de la economía del proyecto que den lugar a pérdidas para los aportantes de capital, sobre el entendido de que entre un resultado esperado y un resultado efectivo o evidenciado, la condición de “esperado” recae sobre la calidad y diligencia ejercida en las actividades aplicadas sobre los recursos entregados al proyecto.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Un resultado financiero adverso no procede necesariamente de volatilidades de precios de mercado, de imprevistos o de las características inherentes a los megaproyectos en cuanto al perfeccionamiento del diseño y alcance de las obras a realizar para la construcción y puesta en marcha del activo. Puede provenir también de incurrir en costos de insumos excesivos frente a los alcanzables, de cantidades en exceso sobre las planificadas para un nivel de alcance o detalle dado, de contingencias no respondidas adecuadamente, de la descoordinación entre actividades, de fallas o desfases de productividad no contrarrestados, de controles precarios frente a tales situaciones o de otros factores.”

(...)

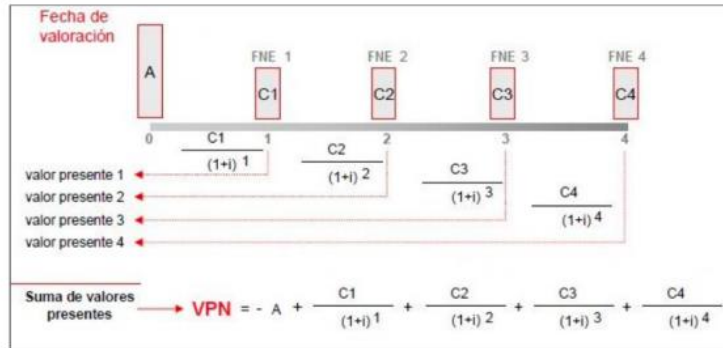
“En síntesis, dentro del contexto restringido de la evaluación financiera de proyectos de inversión, el perjuicio económico de tipo patrimonial solamente se alcanza cuando la tasa interna de retorno se hace negativa. El daño así caracterizado es actual, pero no reviste los atributos de certeza ni de irreversibilidad. Cuando el inversionista es el Estado, los mecanismos de protección adicionales instituidos sobre el patrimonio permiten explorar el contenido de las adiciones de CAPEX y eventualmente localizar infracciones a los estándares de razonabilidad de costos que se traducen en daños fiscales que, además de patrimoniales y actuales, por su origen transaccional poseen los atributos de certeza e irreversibilidad.”

(...)

Sobre la relación existente entre la regla de decisión de VPN marginal, por la cual se compara una expansión de CAPEX con un flujo de operación futuro, y el beneficio económico de los aportantes de capital a un proyecto de inversión, aplicado en el caso puntual del PMD.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Y una ilustración gráfica de tal formulación es la mostrada en la imagen siguiente:



La regla de decisión basada en esta metodología se resume como sigue:

“Consiste en determinar la equivalencia en el tiempo cero de los flujos de efectivo que genera un proyecto y comparar esta equivalencia con el desembolso inicial. Cuando dicha equivalencia es mayor que el desembolso inicial, entonces es recomendable que el proyecto sea aceptado”¹³

VPN			
		decisión	razón
VPN	>	0	aceptar crea valor
VPN	=	0	aceptar rinde lo esperado
VPN	<	0	rechazar destruye valor

TIR			
		decisión	razón
TIR	>	tas a de descuento	aceptar crea valor
TIR	=	tas a de descuento	aceptar rinde lo esperado
TIR	<	tas a de descuento	rechazar destruye valor

VPN Marginal:

Por su parte, para calcular las variaciones de un proyecto frente a alternativas relacionadas con ampliar su tamaño -en este caso la ampliación y modernización de la Refinería de

Cartagena- se calcula el VPN Marginal, que nos indica la diferencia de riqueza entre la situación base y la situación ampliada.

“El valor presente del incremento de la inversión, consiste cuando se analizan alternativas mutuamente exclusivas, son las diferencias entre ellas lo que sería más relevante al tomador de decisiones. El valor presente del incremento en la inversión precisamente determina si se justifican esos incrementos de inversión que demanda las alternativas de mayor inversión.

La mejor alternativa será la que maximiza el valor presente y proporciona un rendimiento mayor que la tasa de recuperación mínima atractiva.”¹⁴

“La regla de valor presente neto, (...) encuentra el criterio del método marginal o incremental del economista que dice: invierta hasta que el valor del ingreso marginal simplemente sea igual a su costo marginal. (...) los problemas radican en determinar el valor de una unidad incremental de capital y determinar su costo”.¹⁵

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Bajo este enfoque lo que se considera son las diferencias entre los flujos netos de efectivo de las dos alternativas estudiadas. Para el caso de la Refinería, la primera alternativa que se presentó en cada control de cambios, fue aprobar incrementos de inversiones en CAPEX, argumentando la necesidad de sus aprobaciones con el fin de terminar el proyecto; por su parte, la alternativa de comparación era ver las afectaciones en el VPN del proyecto en el estado actual, o abandono del proyecto, situación que nunca se presentó de manera objetiva como alternativa de comparación, ni se presentaron estudios o estimaciones en tiempo real, que permitieran comparar la situación en discusión frente al abandono del proyecto y la viabilidad o no de continuar con el proyecto, y por lo tanto, de incrementar los recursos en deterioro de los indicadores financieros de inversión, como se constata con los resultados finalmente presentados en la renuncia o pérdida de rentabilidad de los recursos invertidos.

En este caso, las comparaciones se deben realizar frente a las diferencias identificadas entre una y otra situación, es decir, con el proyecto original frente al proyecto con ampliación, teniendo en cuenta que cada costo marginal debe ir asociado al ingreso o recuperación de los recursos a futuro. En otras palabras, no adicionar recursos al proyecto sin dimensionar su impacto real sobre la capacidad de recuperación de los mismos, y no solo con el ánimo de culminar el proyecto.

Para el caso del Proyecto de Reficar, como es conocido, se realizaron cinco Controles de Cambio - CC¹⁶ que incorporaron modificaciones en términos de costos, alcance y fechas

de terminación del proyecto, justificadas principalmente en modificaciones a los cronogramas, cantidades de obra, e incrementos en la mano de obra, aprobados a través de las Juntas Directivas tanto de Ecopetrol como de Reficar, entre los años 2011 a 2015 para la culminación de la infraestructura para el proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena.

Los recursos aprobados e incorporados al proyecto vía CC se muestran a continuación:

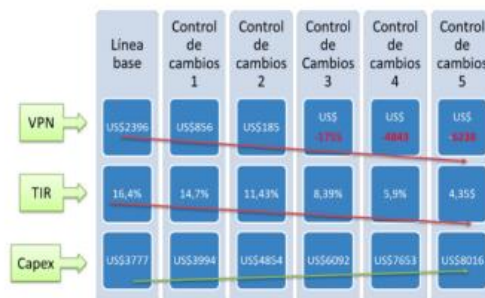
Inversiones efectuadas en el Proyecto de Modernización y Ampliación de la Refinería de Cartagena.2009-2015

Incremento del CAPEX 2009-2015

Acta JD Reficar	Fecha	Descripción	CAPEX APROBADO (MM USD)	Incremento aprobado (MM USD)
46	octubre de 2009	Línea Base	\$ 3.777	
69	mayo de 2011	Control de Cambios 1	\$ 3.994	\$ 217
87	mayo de 2012	Control de Cambios 2	\$ 4.854	\$ 860
113	mayo de 2013	Control de Cambios 3	\$ 6.902	\$ 2.048
150	enero de 2015	Control de Cambios 4	\$ 7.653	\$ 751
166	noviembre de 2015	Control de Cambios 5	\$ 8.016	\$ 363

Fuente: Acta Junta Directiva de Reficar S.A.
Elaboró: CGR.

Resumen Controles de Cambio e indicadores financieros:



Que en el caso puntual del PMD, hasta el estado presente del PRF a la fecha de presentación del presente informe, lo que cabe señalar es que desde la perspectiva patrimonial convencional, el resultado financiero de la secuencia de los cinco controles

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de cambio no permite identificar, por sí sola, la existencia de afectación fiscal, tal como se expuso en el numeral 1, lo cual remite a la evaluación de los eventos específicos causantes del declive en la tasa interna de retorno.

En síntesis, el significado de un VPN negativo junto con una TIR positiva es el de una expectativa de rentabilidad frustrada o malograda, que en principio, antes de considerar las fuentes de variación del valor de la inversión, no representa por sí sola la presencia de afectación patrimonial. No obstante, en el caso específico del Estado como inversionista, se hace necesaria la evaluación de la injerencia de los gestores del proyecto sobre esas fuentes de variación del resultado financiero para conceptuar sobre la existencia y cuantía de un eventual daño al patrimonio.”

(...)

En cuanto a la segmentación y distribución del CAPEX, realizada en el Auto de imputación, establecer si económicamente hablando tiene sentido segmentar una adición de CAPEX a un proyecto de inversión, para distinguir dentro de ella una parte constitutiva de perjuicio o afectación, y otra parte sin esa característica, esto en el caso particular del PMD.

Frente a lo anterior, señalar si puede distribuirse las variaciones de CAPEX -con daño y sin daño- entre los componentes presupuestales de costos hundidos, EPC y costos del dueño en proporción a la magnitud de éstos, o debe atenderse otro criterio.

Igualmente, establecer la coherencia, para la determinación de un daño económico a lo largo de un período de tiempo, y en el contexto de un proyecto de inversión, de inicialmente acumular la magnitud total de la afectación y luego basarse en ella para distribuir los efectos negativos por períodos o hitos, cuando en las etapas intermedias por definición no podía conocerse el resultado final de la inversión acometida, lo anterior frente al caso puntual del PMD

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Y finalmente, establecer si tiene sustento económico la segmentación de adiciones sucesivas de CAPEX en un proyecto de inversión, bajo un criterio geométrico de combinación de VPN negativo causado y CAPEX adicional, como el empleado en la Sección Segunda del Auto 773 de 2018. E indicar la implicación que lo anterior tiene respecto de la cuantificación de un perjuicio económico atribuido a mayores inversiones, como el formulado por la CGR para el PMD.

Como fue indicado en el Numeral 1, la segmentación de un CAPEX en porciones con y sin afectación patrimonial, debe responder a la detección de elementos de gestión ineficaz o ineficiente tanto en la identificación, análisis y monitoreo de las erogaciones monetarias sujetas a aprobación de la instancia competente (en el caso presente la Junta Directiva de Reficar y las demás instancias participantes del procedimiento de control de cambios), como en el proceso posterior de ejecución de recursos, desde los lineamientos de planeación y contratación hasta la instancia de pago al beneficiario final del gasto. Sobre esa base conceptual es identificable el perjuicio económico patrimonial experimentado por el aportante o dueño del capital involucrado.

Por lo que concierne a la distribución de las variaciones de CAPEX, cabe deducir que solamente por una situación de casualidad podría ocurrir que un daño patrimonial resultara repartido en proporción a las magnitudes de las distintas categorías de gasto, porque ello significaría que el impacto de precios excesivos frente a los alcanzables, cantidades en exceso sobre las planificadas, contingencias no respondidas adecuadamente, descoordinación entre actividades, desfases de productividad no contrarrestados u otros factores, al agruparse, afectara de igual forma a todos los componentes del CAPEX. Por tanto, asumir tal distribución introduce el supuesto de una situación cuya probabilidad de ocurrencia es casi nula y con ello se estaría incurriendo en una distorsión en la asignación de “cuotas de participación” sobre una afectación patrimonial.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En lo referente al algoritmo de acumulación y posterior distribución de la afectación económica patrimonial, en diversos documentos de descargo de los implicados en el PRF se hizo la precisión de que la atribución de daño sobre un control de cambio no podía depender de lo que ocurriera en los controles futuros, en el evento de que éstos fueran necesarios (lo cual tampoco podía preverse). Si un daño al patrimonio se entiende circunscrito a unos hechos, un espacio y un tiempo, cabe deducir que su cuantía no puede estar influenciada por eventos futuros.

Pero los cuestionamientos al algoritmo fueron más allá, puesto que ilustraron al Despacho sobre la manifestación de un fenómeno de “herencia” de un control de cambio hacia el siguiente, por el cual existía al corte temporal de cada control de cambio la necesidad de evacuar o completar el desarrollo de obligaciones contractuales que al momento de la adición presupuestal se encontraban en curso, algunas de las cuales serían objeto de reajuste en su cuantía respecto de los valores y alcances inicialmente pactados. Por tanto, dentro de la adición de cada control de cambio quedaba incluido un efecto de “inercia financiera adversa” que absorbía parte de la adición aprobada. En otras palabras, solamente una parte de cada adición de CAPEX se aplicaría sobre las actividades pendientes del cronograma. De este modo, quedó configurado un mecanismo de transmisión de cargas económicas de cada control de cambio sobre el(los) siguiente(s), lo cual distorsionó la correspondencia entre la distribución del daño y la realidad económica subyacente a cada control de cambio.

Sobre el criterio geométrico de combinación de VPN negativo causado y CAPEX adicional empleado en la Sección Segunda del Auto 773 de 2018, los dictámenes periciales examinados y los registros de grabación en las sesiones de contradicción e los mismos pusieron de relieve que este era un mecanismo particular de distribución “original” o “creativo”, pero que en sí mismo no se fundamentaba en las situaciones presentadas al interior del PMD, y por tanto no podía tomarse como una guía para la segmentación de la afectación fiscal. Se planteó también que así como fue tomado ese criterio en el Auto 773, han podido utilizarse otros, cada uno con un resultado distinto.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez más, a la luz de tales apreciaciones, cabe señalar que efectuar la segmentación del CAPEX por la variable mixta equivale a asumir condiciones de uniformidad entre uno y otro control de cambio en el sentido de que las porciones de daño atribuidas resultan proporcionales a la combinación de VPN declinado y CAPEX añadido, lo cual no necesariamente refleja las situaciones fácticas al interior de cada período entre hitos del horizonte de inversión del proyecto.

Conclusiones del dictamen pericial rendido por SCI Investment & Merchant Bank el 16 de marzo de 2018 sobre el Control de Cambios 2:

- (i) La disminución entre un VPN y otro si es positiva, no constituye destrucción de valor, sino menor creación de valor.
- (ii) El proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena – REFICAR hasta el Control de Cambios 2 generaba valor.
- (iii) El Control de Cambios 2 tiene como causas nuevas cantidades de obra producto de nuevas especificaciones resultado de un mayor porcentaje de ejecución de la ingeniería de detalle, baja productividad en la construcción y cambios en secuencias de construcción de tanques debido a las lluvias.
- (iv)) Resulta incomprensible que, si para el momento de la aprobación del Control de Cambios 2 -CC2- el VALOR PRESENTE NETO - VPN era positivo, se le asignara un supuesto daño, considerando que para ese momento no se podía ni anticipar los Controles de Cambios 3, 4 y 5, ni determinar las actuaciones de lo miembros futuros de la Junta Directiva de REFICAR asumiendo un poder de clarividencia.
- (v) De no haberse presentado la necesidad de aprobar los Controles de Cambios 3, 4 y 5 el VPN hubiera sido positivo y por lo tanto no habría lugar a considerar la existencia de un daño. El dictamen aclara que esta consideración no debe interpretarse como una crítica a las decisiones posteriores de la Junta Directiva de REFICAR, las que en concepto del perito fueron acertadas.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conclusiones del dictamen pericial rendido por SCI Investment & Merchant Bank de fecha 10 de agosto de 2018 sobre el Control de Cambios 2

- I. La variación del VPN es el resultado de proyecciones subjetivas por lo que no puede ser un insumo para la cuantificación de un daño cierto.
- II. La metodología que emplea la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para establecer un daño fiscal no es de común utilización en la práctica financiera.
- III. Los cálculos que hace la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA no tienen en cuenta la situación de cada Control de Cambios individual, por el contrario, le atribuye a cada miembro de la Junta Directiva de REFICAR el conocimiento sobre decisiones futuras respecto a los siguientes Controles de Cambios.

Conclusiones del dictamen rendido por SCI Investment & Merchant Bank el 14 de agosto de 2018

- (i) El Control de Cambios 2 cumplió con los parámetros de evaluación financiera de proyectos universalmente aceptados: TIR de 11.43% superior al costo de capital de 11,10% y VPN Positivo de 185 millones de dólares.
- (ii) Con la aprobación del Control de Cambios 2, el proyecto creaba valor al tener un rendimiento superior al costo de los recursos invertidos y un VPN positivo.
- (iii) Al aprobar el Control de Cambios 2, no se podían anticipar los Controles de Cambios 3, 4 y 5.
- (iv) La actuación de los miembros de la Junta Directiva de REFICAR antes durante y después de la aprobación del Control de Cambios 2 fue diligente al tomar medidas dirigidas a evitar o solucionar el fenómeno del escalamiento.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conclusiones de las aclaraciones y complementaciones de 29 de mayo de 2019 al dictamen pericial del 10 de agosto de 2018 rendido por SCI Investment & Merchant Bank

- i. Se precisó que al momento del Control de Cambios 2 -CC2- el Proyecto presentaba las siguientes métricas según las diferentes herramientas de evaluación de proyectos: TIR de 11,43% superior al costo del capital de 11,10%, y VPN positivo de USD 185 millones de dólares para todo el proyecto.
- ii. El precedente que establece la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA sobre la estimación de un eventual daño causado por las adiciones de CAPEX a un proyecto con disminución del VPN conducirá a que un miembro de Junta Directiva de una entidad que administre recursos públicos no apruebe las adiciones de CAPEX para protegerse de investigaciones fiscales.
- iii. Los miembros de la Junta Directiva que aprobaron el Control de Cambios 2 tomaron una decisión financieramente acertada, pero asumen responsabilidad por el resultado final del Proyecto aunque no tengan participación en la aprobación de los futuros Controles de Cambios.

Conclusiones del dictamen pericial rendido por Capital Advisory Partners Ltda – CAP “DICTAMEN DE CARÁCTER FINANCIERO SOBRE LA DETERMINACIÓN CUANTIFICACIÓN, Y DISTRIBUCIÓN DEL DAÑO CONTENIDA EN EL AUTO 773 DEL 5 DE JUNIO DE 2018 EMITIDO POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de 26 de septiembre de 2018.

- I. El Proyecto de la Refinería de Cartagena, en ninguno de los cinco (5) Controles de Cambios, llegó a registrar una TIR negativa, lo que si hubiera significado una pérdida para el Proyecto.
- II. La estimación de un daño y la imputación de responsabilidades a partir del pretendido daño en la forma en que se muestran en el Auto No. 773 de 2018, se

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

derivan de un análisis impreciso basado en supuestos arbitrarios y cuestionables porque parten de una premisa errónea, que con los US \$ 3.777 millones de dólares estimados en la línea de base se hubiera podido llevar a cabo el Proyecto, razón por la cual que esas estimaciones y las conclusiones son igualmente erróneas.

Conclusiones del dictamen pericial rendido por María Inés Agudelo y Mónica Ospina de 30 de septiembre de 2018

- (i) La CONTROLARÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA reconoce que no tiene la información y el conocimiento suficiente para hacer una valoración del daño
- (ii) El único referente de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para calcular el daño emergente fue la variación del CAPEX y por ende, la variación en el VPN y en la TIR, pero nunca demostró ni cuantificó el supuesto daño al patrimonio de la Nación.

Conclusiones del dictamen pericial rendido por Guillermo Perry de 31 de julio de 2019

- (i) La TIR en el Control de Cambios 2 era de 11,43%, porcentaje superior al costo de oportunidad estimado a los recursos de ECOPETROL de 11,10%, por lo que añadía valor patrimonial a ECOPETROL.
- (ii) El VPN del Control de Cambios 2 era de 185 millones de dólares sin incluir los beneficios adicionales para el grupo ECOPETROL como son: menores costos por transporte, seguros y almacenamiento de petróleo crudo y refinados, ganancias adicionales en la operación de PROPILCO y la Refinería de Barrancabermeja, y para los ciudadanos, menor contaminación ambiental.
- (iii) Respecto de la información dirigida a poner de presente los estimativos de incremento del presupuesto del Proyecto y de la extensión en el cronograma, previa a la Junta Directiva de REFICAR que aprobó el incremento del CAPEX en el Control de

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cambios 2 -CC2, así como la discusión registrada en cada una de esas sesiones; el perito llega a la conclusión de que las deliberaciones y decisiones que sobre dicha información se registraron en cada una de esas sesiones por parte de los miembros de la Junta Directiva de REFICAR que asistieron, se encuentran dentro del rango de la razonabilidad y diligencia con la que debe actuar una Junta para la evaluación y toma de decisión que en cada una de esas Juntas se adoptaron por parte de sus miembros.

Conclusiones de Informe de Apoyo Técnico rendido por la Contraloría General de la República de 30 de diciembre de 2020399 en el PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017

- (i) Los cinco (5) Controles de Cambio no condujeron a una pérdida de tipo patrimonial, al no haberse alcanzado en ningún hito una TIR negativa.
- (ii) El incremento del CAPEX se constituye en un perjuicio económico para los aportantes de capital, solamente cuando la TASA INTERNA DE RETORNO – TIR se hace negativa.
- (iii) Un VPN negativo 400 y una TIR positiva no representa una afectación patrimonial.
- (iv) El significado de un VPN negativo junto con una TIR positiva es el de una expectativa de rentabilidad frustrada o malograda, que no representa por sí sola la presencia de afectación patrimonial, y que en el caso específico del Estado como inversionista, se hace necesaria la evaluación de la injerencia de los gestores del Proyecto sobre esas fuentes de variación del resultado financiero para conceptuar sobre la existencia y cuantía de un eventual daño al patrimonio.
- (v) En el caso concreto del PMD -Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena REFICAR- el daño es actual, pero no reviste los atributos de certeza ni de irreversibilidad.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(vi) El procedimiento de acumulación y distribución del daño en el Auto de Imputación No. 773 de 2018 adolece de inconsistencias temporales frente a las situaciones efectivamente ocurridas a lo largo del periodo de inversión.

Conclusiones de las aclaraciones y complementaciones de 26 febrero de 2021 al Informe de Apoyo Técnico de 30 de diciembre de 2020 rendido por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en el PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017.

(i) Cuando el Estado es inversionista y se presentan distorsiones y desfases frente a estándares de manejo es posible mediante el ejercicio del control externo la detención de afectaciones patrimoniales.

(ii) El análisis del VPN es claro al mostrar el deterioro que destruía valor al Proyecto, VPN negativo, o lo que es lo mismo que los flujos de efectivo que generaba el Proyecto a partir de los Controles de Cambios 3, 4 y 5 eran menores respecto a la equivalencia de las inversiones realizadas.

Violación de la garantía del debido proceso y la defensa de nuestros poderdantes por no valorar las pruebas periciales y el Informe de Apoyo Técnico enlistados en este Cargo.

De la inexistente valoración y análisis de los dictámenes periciales aportados al proceso en oportunidad

Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan la garantía constitucional del debido proceso y de defensa de la que son titulares nuestros poderdantes, en tanto dejaron de valorar las pruebas periciales oportunamente aportadas al proceso y el Informe Técnico de fecha 30 de diciembre de 2020, con las

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

cuales se demuestra la inexistencia de los elementos para estructurar la Responsabilidad Fiscal, en particular daño fiscal.

Que los fallos con responsabilidad fiscal deben no solamente referirse a los argumentos de defensa presentados por los imputados y responsables fiscales, y analizar motivadamente su procedencia, sino que también, por mandato legal, se debe efectuar una valoración de aquellos medios probatorios que son aportados oportunamente y respecto de los cuales se cumplieron con los requisitos y ritualidades legalmente exigidos, pues esa es una de las formas como se tutela efectivamente el respeto al derecho de defensa.

El respeto al derecho de defensa no se satisface exclusivamente con otorgar a los interesados oportunidades probatorias, ni con incorporar las pruebas aportadas, ni con permitir el derecho de contradicción respecto de dichas pruebas. Adicionalmente se requiere que las decisiones se funden en las pruebas que sean oportuna y regularmente aportadas al proceso, y que y esas pruebas sean valoradas por bajo las reglas establecidas en la ley.

Que los dictámenes periciales mencionados se aportaron con la finalidad de demostrar los hechos en los cuales se fundamentaron las alegaciones de defensa dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005- 2017. Esos dictámenes periciales fueron elaborados por expertos idóneos, cumplieron con todos los requisitos exigidos por la ley, y adicionalmente, como se expuso en los numerales 2. y 3. de este Cargo, los peritos analizaron bajo una metodología procedente cada una de las razones técnicas, económicas y financieras en que se fundamentaban los argumentos de defensa de los demandantes, no obstante, los Autos demandados no consideraron relevante valorar cada uno de esos dictámenes periciales, como resulta de la lectura de los actos administrativos demandados. Por el contrario, de forma completamente omisiva el operador fiscal decidió obviar la valoración y análisis probatorio de los dictámenes periciales, reduciendo la motivación de los Autos acusados a hacer referencias de aquellas pruebas que en su sentir permitían sustentar la equivocada e ilegal decisión de dar por probada la existencia del daño fiscal.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que en los actos demandados la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA omitió por completo la valoración probatoria de los dictámenes periciales a los que se ha hecho referencia, es evidente la transgresión del artículo 29 superior que establece el derecho al debido proceso y al derecho de defensa como un derecho fundamental.

Cargo Decimo. Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan el principio de confianza legítima por modificar los criterios utilizados por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en el fenecimiento de las cuentas de la sociedad REFICAR de los años 2011, 2012 y 2013 Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Que la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA al expedir los actos demandados violó el principio de confianza legítima de los demandantes consagrado en el artículo 83 superior, al emplear un indicador de rentabilidad diferente en la Auditoría Especial de REFICAR del año 2016 al indicador utilizado por el mismo ente de control en las Auditorías realizadas en los años 2012 y 2013, y correspondientes a las vigencias 2011 y 2012, vigencias en las cuales se aprobaron los Controles de Cambios 1 y 2 -mayo de 2011 y mayo de 2012-, por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y por ECOPETROL y sus filiales en el documento “BASES DEL PORTAFOLIO 2011-2020” del 30 de abril de 2010, Versión 1.

Que en las Auditorías de la CONTRALORÍA sobre REFICAR correspondientes a las vigencias 2011 y 2012 no se utilizó el criterio de análisis marginal ni el de VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM, VPM que corresponde al de “Variación del VALOR PRESENTE NETO - VPN”. En el Cargo Quinto se expuso que el criterio VPM surgió en el año 2016 con el Informe del doctor Julio Villarreal N., y fue tomado por el operador

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

fiscal en la Auditoría del año 2016 y en el Auto de Apertura. En Auto imputación y en los Autos demandados, el concepto de VPM se denominó “Variación del VALOR PRESENTE NETO”, tal como se expuso en el Cargo Quinto, cuya argumentación se reitera en este aparte.

Que la entidad no podía modificar los parámetros bajo los cuales evaluó la gestión de los administrados en el Control de Cambios 2 -en el cual nuestros poderdantes aumentaron el CAPEX del Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena-, parámetros que estaban consagrados (i) en el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Versión Ajustada, Bogotá, D. C., 2004.

Que levantado el fenecimiento de la cuenta de REFICAR vigencia 2012 de REFICAR, se procedió a investigar la gestión fiscal de los demandantes a partir de un concepto VALOR PRESENTE MARGINAL – VPM o “variación del VALOR PRESENTE NETO – VPN”, concepto que no existe en los dos (2) documentos precitados y que es radicalmente diferente a los indicadores de rentabilidad y criterios de decisión en la formulación de proyectos en ellos consagrados. El cambio de los indicadores efectuados por el operador fiscal causó una desestabilización cierta y razonable en la relación entre administrado y administración.

Los Autos No. 749 del 26 de abril de 2021, No. 0949 del 3 de junio de 2021 y ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 declararon responsables fiscales a nuestros poderdantes utilizando para determinar y cuantificar el daño fiscal en cuantía de 1.329.555.296.567,27 un ejercicio financiero, un algoritmo⁴¹⁴ en el cual uno de los fundamentos era el VALOR PRESENTE MARGINAL -VPM o variación del VALOR PRESENTE NETO -VPN, criterio que no existía en el año 2012 cuando se aprobó el Control de Cambios 2, ni en las auditorías realizadas por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA sobre las vigencias 2011 y 2012, en las cuales se fenecieron las

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

cuentas de la sociedad REFICAR de los años 2011 y 2012, modificación o cambio en el procedimiento que configura una violación del principio de confianza legítima de los demandantes.

Que con base en los indicadores utilizados, ampliamente conocidos por nuestros poderdantes por sus profesiones y experiencia laboral, era claro que no tenían motivos para dudar de la aprobación del Control de Cambios 2, dado que cumplía con las exigencias de inversión vigentes para la fecha del aumento del CAPEX -7 de mayo de 2012-, que por demás obtuvo fenecimiento de cuenta por parte de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Ahora bien, que la confianza de los demandantes en el operador fiscal que profirió el Informe de Auditoría REFICAR, 2012, de fecha diciembre de 2013, en el cual se feneció la cuenta de REFICAR correspondiente a la vigencia 2012, vigencia en la que se aprobó el Control de Cambios 2; cambió de manera abrupta e imprevista con la expedición de los actos acusados, en los cuales se utilizó un nuevo criterio de inversión, el VALOR PRESENTE MARGINAL -VPM o “variación del VALOR PRESENTE NETO – VPN-“, criterio extraño a los previstos para evaluar la rentabilidad de las inversiones de REFICAR en el año 2012.

Que en síntesis, los actos demandados violaron el principio de confianza legítima de nuestros poderdantes consagrado en el artículo 83 superior al fallar su responsabilidad fiscal a partir de unos indicadores de rentabilidad radicalmente diferentes a los aplicables y vigentes en la fecha de aprobación del Control de Cambios 2.

Cargo Decimoprimer. Los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan la garantía del debido proceso y de defensa de nuestros poderdantes consagrada en el artículo 29 superior al no valorar a) las Actas 74 de 25 de octubre de 2011, 77 del 14 de diciembre de 2011, 79 del 24 de enero de 2012, 81 de 6 de febrero de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

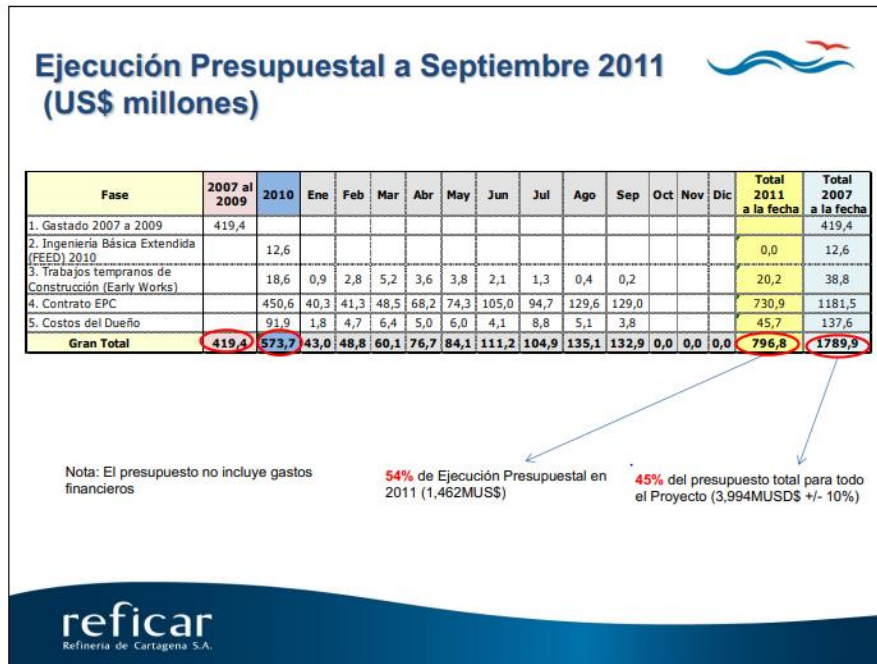
2012, 85 de 24 de abril del año 2012 y 87 de 7 de mayo de 2012, de la Junta Directiva de REFICAR, b) el Informe de Auditoría Especial de REFICAR 2016, elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en noviembre de 2016, c) dictamen pericial de parte rendido por Guillermo Perry de 31 de julio de 2019, y d) El Informe de Apoyo Técnico de 30 de diciembre de 2020 elaborado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en el PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017; pruebas que demuestran que la conducta de los señores HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, HENRY MEDINA GONZÁLEZ y ORLANDO CABRALES MARTÍNEZ en el trámite del Control de Cambios 2 no es culposa a ningún título Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De lo probado en las Actas 74 de 25 de octubre de 2011, 77 del 14 de diciembre de 2011, 79 del 24 de enero de 2012, 81 de 6 de febrero de 2012, 85 de 24 de abril del año 2012 y 87 de 7 de mayo de 2012, de la Junta Directiva de REFICAR

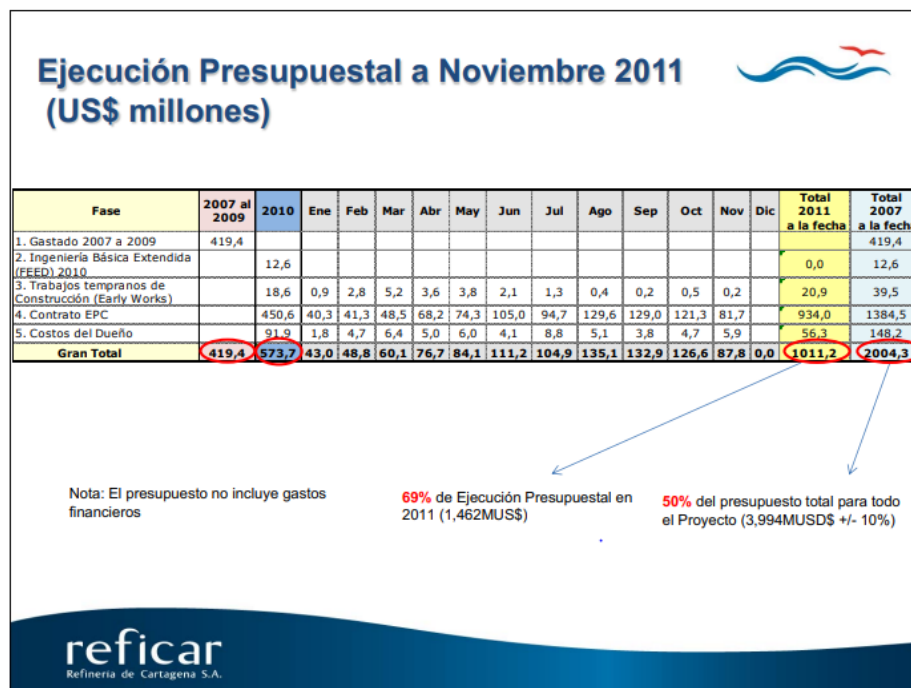
Que en el punto 4 del Acta 74 de 25 de octubre de 2011, consta que el avance de Proyecto no es satisfactorio por los incumplimientos de CB&I, que se informó sobre el avance del Proyecto en ingeniería, procura y construcción, que se informó que el avance total del Proyecto es de 44,5% versus 52.3% planeado, existiendo una desviación de 7.8%, que se informaron las causas del retraso y las acciones correctivas.

En la Diapositiva 27 del Anexo 7 “Desarrollo del Proyecto” del Acta 74 de 2011 se presenta la ejecución presupuestal del Proyecto de Modernización y Expansión de la REFICAR a septiembre del año 2011, la que informa el 54% de ejecución del presupuesto de 2011 y el 45% de ejecución del presupuesto total del Proyecto:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA



En la Diapositiva 27 del Anexo 9 “Desarrollo del Proyecto” del Acta 77 de 2011 se presenta la ejecución presupuestal del Proyecto de Modernización y Expansión de la REFICAR a noviembre del año 2011, la que informa el 69% de ejecución del presupuesto de 2011 y el 50% de ejecución del presupuesto total del Proyecto:



Acta 79 de 24 de enero de 2012:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“6.5 Avance Presupuestal Felipe Castilla presentó el avance presupuestal del Proyecto conforme lo señalado en la presentación adjunta a la presente Acta como Anexo No. 2. Informó que durante el 2011 se causó una suma de 1,160MUS\$ correspondiente al 79% de Ejecución Presupuestal en 2011 (1,462MUS\$). Continúo su presentación señalando que el nuevo presupuesto estimado para el Proyecto asciende a aproximadamente 4,785MUS\$ de acuerdo con el material que obra como Anexo No. 2 y con la siguiente tabla:

	Desviación	Presupuesto
Presupuesto Inicial		3.994
1) Subestimaciones del presupuesto Inicial	503	4.497
2) Variaciones de alcance	125	4.622
3) Incremento en cantidades	210	4.832
4) Cambio en estrategia de construcción	44	4.876
5) Administración de construcción e indirectos del EPC	113	4.989
6) Sobrecostos por mitigación de riesgos	46	5.035
7) Pérdida de productividad	108	5.143
8) Ahorros	(358)	4.785
Nuevo Estimado		4.785

La Junta manifestó que antes de continuar con el proceso de control de cambios que está cursando en Ecopetrol es necesario finalizar el análisis de costos y contingencia que se está adelantando con CB&I. En adición a lo anterior, la Junta solicitó que aprobado el control de cambios, deben generarse los mecanismos de control presupuestal que aseguren que el presupuesto no se sobre ejecute.”

En las Diapositivas 20 y 21 del Anexo 2 “Desarrollo del Proyecto” del Acta 79 de 2012 consta que aproximadamente el 60% de los atrasos de la construcción son por causa de la temporada invernal:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Causas y acciones de mitigación de atrasos, Construcción	
CONSTRUCCION: PLAN 4.9%, REAL 1.5% ACUMULADO PLAN 28.8%, REAL 13.5%	
CAUSAS PRINCIPALES	ACCIONES CORRECTIVAS
1. Atraso en actividades de Fundaciones • A la fecha 69.662 y3 fundidas vs 138.888 planeadas • El atraso es de 16-18 semanas, y aumentó respecto al mes anterior. • Aumento de las cantidades de concreto: 168.408 y3 (estimado original) vs 213.458 y3 (previsto actual) • La temporada invernal ha contribuido con aproximadamente el 60% del atraso	• CB&I asume con personal directo parte de las fundaciones. • Producción del mes: 13.962 y3 (plan) vs 6.009 y3 (real) • Baja producción durante el periodo de festividades de final de año. • Prevista reunión con Lithos con el objetivo de garantizar el compromiso de el aumento de personal y aumento de producción de concreto a 15.000 y3/mes a partir de Enero.
2. Demoras en el recibo de estructura metálica • Aumento de las cantidades de acero: 31.572 ton (estimado original) vs 44.518 ton (previsto actual)	• ASER finaliza la fabricación la tercera semana de Enero. 4.952 ton fabricadas de 5.241 ton previstas (94%) • USSL está entregando según el plan. 17.996 ton de 27.525 ton (65%). Previsto finalizar en junio/12 • Se asignaron 3250 Tons a SCHUFF e inició fabricación. 890 ton fabricadas (27.4%). Previsto finalizar en marzo/12 • Iniciado montaje en campo rendimiento promedio de 200 tons/sem. Previsto 450 tons/sem.
3. Trabajos de la especialidad eléctrica atrasados	• Se dio inicio a la instalación de las trincheras eléctricas de concreto pre moldeado "bajo tierra" en la unidad de crudo. En Enero se instalarán 600 Pies/Sem.

Estado, causas y acciones de mitigación de atrasos, Construcción	
CONSTRUCCION:	
CAUSAS PRINCIPALES	ACCIONES CORRECTIVAS
5. Montaje de tuberías bajo tierra. • Problemas con el suministro de fosas y cajas de captación. • Problemas con el suministro de conexiones y tuberías del sistema contra incendio • 12.798 pl instalados vs 54.899 pl planeados. Total 153.638 pl previstos • La temporada invernal ha contribuido con el retraso	• Envío de una persona a la fabrica de TITAN para garantizar el envío en secuencia de los fosos y cajas de captación. • Control semanal de instalación de tuberías bajo tierra e incluido como en el informe semanal de "areas of focus" con un responsable nombrado. • Meta de producción semanal de 1.500 pl/sem
6. Atraso en trabajos en la Unidad de FCC principalmente por deficiencias en la planeación de CB&I y en la gestión de los materiales y las interrupciones del sindicato que han impactado en aprox 117.120 HH a diciembre 30 de 2011 (97.360 de la FCC).	• Progreso 93% (actual) vs 100% (plan) • Acciones conjuntas con Ecopetrol para las acciones disciplinarias y legales para los miembros de la USO. • Aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones laborales de los subcontratistas con auditorías permanentes. • Aseguramiento de los temas de HSE en la FCC. • Disminución del alcance de la parada ocasionado por el impacto de las paralizaciones de trabajo por acción de la USO
7. Incremento en cantidades de obra por deficiencia en las estimaciones iniciales.	• Incremento de proveedores (Estructuras 6 proveedores, Fireproofing 2 proveedores, Prefabricación Tuberías 2 proveedores, Fundaciones 2 subcontratistas)

Acta 81 de 6 de febrero de 2012:426

“4. *PLANTEAMIENTOS Y ESTRATEGIA DE NEGOCIACIÓN CON CBI: CRONOGRAMA DEL PROYECTO (TERMINACIÓN MECÁNICA DE LAS UNIDADES), PRESUPUESTO (COSTO) DEL PROYECTO, ASPECTOS COMERCIALES Y LEGALES DEL EPC. Orlando Cabrales tomó la palabra para informar que el objetivo de la presente reunión consiste en presentar a la Junta los planteamientos y estrategias*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de negociación con CB&I, los cuales incluyen: 1. Cronograma: finalizar el Proyecto de acuerdo con unas fechas de terminación mecánica de las unidades alineadas con los requerimientos de Alistamiento y Arranque; 2. Presupuesto: terminar el Proyecto sin superar el valor definido entre las partes; 3. Aspectos contractuales: Hacer los cambios necesarios en el contrato para asegurar los acuerdos y compromisos anteriores; pactar mecanismos de incentivos y penalidades e introducir aspectos específicos en áreas deficientes del contratista.

Tomó la palabra Carlos Bustillo quien inició su presentación sobre la justificación técnicoeconómica de la Terminación Mecánica Secuencial por Unidades, de acuerdo con la presentación que obra en el Anexo No. 1 que hace parte integral de la presente Acta.

Continuó su presentación informando sobre el Cronograma del Proyecto que se negociará con CB&I, el cual incluye el alineamiento de terminación mecánica con las fechas de arranque de las plantas. Inició su presentación Felipe Castilla para indicar los costos del Proyecto de acuerdo con lo señalado en la siguiente tabla:

	ORIGINAL	ADICIÓN CASO 1.3.7	NUEVO PRESUPUESTO	ADICIONES	PRESUPUESTO ESTIMADO FEB/12
SUNK COSTS (2007 – 2009)	305		305	131	436
COSTOS DEL DUEÑO	367		367	386	753
EPC	3.044	102	3.146	462	3.608
MUELLE Y FACILIDADES DE COQUE	176		176	-99	77
POTENCIALES AHORROS				-190	-190
TOTAL	3.892	102	3.994	690	4.684

Informó que el presupuesto original de \$3,892 MUS, sufrió un incremento como consecuencia de la adición del caso 1.37 y de las adiciones señaladas en la tabla anterior (sunk costs, costos del dueño, EPC, muelle y facilidades de coque), para un presupuesto estimado de \$4,684 MUS, cifra que será la que cursará el trámite de control

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de cambios en la Junta de Ecopetrol. Presentó de manera particular cada una de las adiciones así como los potenciales ahorros.”

Acta 85 de 24 de abril de 2012:

En la Diapositiva 12 del Anexo 3 “Cálculo de Contingencia y Escalación” de Acta 85 de 2012:

Resultados Consolidados

Detalle de Presupuesto	Presupuesto Base (MUSD)
EPC	3700
Costos del dueño	838
Costos hundidos	375
Ahorros	-146
Caso Base	4767
Contingencia	315
Escalación	59
Total Presupuesto acreditando Ahorros	5141
Total Presupuesto sin acreditar ahorros	5287

Nota: La contingencia y escalación fueron calculados considerando un Caso Base descontando los ahorros (Caso Base 4.767 MUSD)



“

EPC: Etapa de Ingeniería, Procura y Construcción del Proyecto.⁴²⁸
 Contrato EPC celebrado en julio de 2010 entre ECOPETROL S.A. y la sociedad CB&I.

Conclusiones de lo probado en las Actas 74 de 25 de octubre de 2011, 77 del 14 de diciembre de 2011, 79 del 24 de enero de 2012, 81 de 6 de febrero de 2012, 85 de 24 de abril del año 2012 y 87 de 7 de mayo de 2012, de la Junta Directiva de REFICAR

Las Actas de la Junta Directiva relacionadas en este numeral demuestran que el proceso de trámite y aprobación del Control de Cambios 2 – CC2 inició en octubre de 2011 y terminó en mayo de 2012, periodo en el cual las personas que intervinieron en su trámite y aprobación estudiaron el presupuesto del Proyecto, de REFICAR, las causas de los atrasos en la construcción y las acciones para afrontarlas y mitigarlas, las

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

razones del incremento del CAPEX, el detalle de los conceptos de aumentos de la inversión y su respectivo valor.

Violación de la garantía del debido proceso y la defensa de los demandantes por no valorar las pruebas enlistadas en este Cargo o por su indebida valoración. Indebida valoración del Informe Técnico de 30 de diciembre de 2020.

Los Autos acusados realizaron un análisis equivocado del Informe Técnico rendido por funcionarios de la misma entidad de 30 de diciembre de 2020 y de su escrito de aclaraciones y complementaciones de 26 de febrero de 2021.

Este Informe Técnico fue insuficiente e indebidamente valorado, en tanto, se aparta de las conclusiones que resultaban claramente concordantes con los argumentos de defensa planteados por nuestros poderdantes en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, para por el contrario valorarlo extrayendo de forma parcial y descontextualizada exclusivamente aquellos apartes que le permitían al operador fiscal motivar el Auto para tomar la decisión de fallar con responsabilidad fiscal, como efectivamente se hizo.

Como quedo analizado en los numerales anteriores de este Cargo, el Informe Técnico de 30 de diciembre de 2020 y su documento de aclaraciones y complementaciones de 26 de febrero de 2021, demuestran que el aumento del CAPEX en el Control de Cambios 2 – CC2 cumplió con los indicadores financieros exigidos por (i) el “MANUAL METODOLOGICO (sic) GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS” del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Versión Ajustada, Bogotá, D. C., 2004.

La parcialidad manifiesta en la valoración probatoria se erige en una violación del artículo 29 superior que establece el derecho fundamental al debido proceso y al derecho de defensa.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cargo Decimosegundo. Los actos administrativos contenidos en los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 incurrieron en falsa motivación y en violación del artículo 13 superior al considerar que la ola invernal del año 2011 en la ciudad de Cartagena no afectó el Control de Cambios 2 Causal de nulidad: falsa motivación. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De la falsa motivación en que incurrieron los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021 -resuelve recursos de reposición-, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -resuelve recursos de apelación- sobre la ola invernal.

Que los actos administrativos cuestionados sobre la ola invernal presentan unos supuestos fácticos a los que se les atribuyen unas consecuencias jurídicas erradas y carentes de veracidad, al igual que desconocen la existencia de unos hechos, defectos configuran la causal de nulidad falsa motivación, como se expone a continuación:

El índice de precipitación (I%) en Cartagena certificado por el IDEAM,⁴⁵² según las tres estaciones meteorológicas más cercanas a la Refinería de Cartagena – REFICAR, (i) durante los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre del año 2010 fue > 170, convención que significa mes extremadamente lluvioso / lluvias por encima de lo normal; y (ii) durante los meses de febrero, marzo, abril, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2011 fue > 170; luego la ola invernal 2010 - 2011, como lo establecen los actos administrativos acusados, si tuvo efectos en el Control de Cambios 1, aprobado en mayo de 2011, porque el año 2010 y los meses de marzo, abril y mayo de 2011 fueron extremadamente lluviosos, pero la ola invernal del año 2011 también tuvo efectos en el Control de Cambios 2, aprobado en mayo de 2012, porque los meses que lo antecedieron y que son posteriores a la aprobación del Control de Cambios 1: junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011 fueron extremadamente lluviosos, efectos que

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

no fueron reconocidos ni cuantificados por los actos administrativos que se cuestionan en esta demanda.

Las lluvias causaron en el Proyecto de Modernización y Expansión de REFICAR inundaciones y daños en el suelo de trabajos, lo que ocasionó mayores cantidades de obra, y demoras en las actividades de construcción.

En las Actas de la Junta Directiva de REFICAR posteriores a la aprobación del Control de Cambios 1 -mayo de 2011 y anteriores a la aprobación del Control de Cambios 2 - mayo 2012- consta que la temporada invernal es una de las causas del retardo del Proyecto.

Consideran los actos administrativos acusados que la ola invernal de los años 2010 y 2011 ha debido ser cuantificada por las personas declaradas fiscalmente responsables y no por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, cuando el daño fiscal en toda su dimensión tiene que ser cuantificado por el operador fiscal. Error de derecho.

Que en el Cargo Primero se presentó el ejercicio financiero -algoritmo- utilizado por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para determinar y cuantificar el daño fiscal, y en él no se tiene en cuenta la ola invernal de los años 2010 y 2011, respecto de la cual el operador fiscal tuvo dudas sobre su afectación económica en el Control de Cambios 2, lo que motivó su constatación mediante la prueba de Informe Técnico455 que indicó: "Erogaciones asociadas a la ola invernal. De acuerdo a la información que reposa en el expediente no es posible determinar los recursos aplicados por concepto de ola invernal."

El Informe Técnico citado no presentó cuantificación alguna ni expuso argumentos para considerar que la ola invernal no tuvo efectos en el Control de Cambios 2, simplemente se limitó a expresar que con la información que reposa no es posible conocer los recursos del Proyecto imputados a la ola invernal de los años 2010 y 2011, con lo cual

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

se desconoció el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011,456 precepto en el cual se establece que la finalidad de los informes técnicos es ilustrar sobre hechos del proceso.

Que la insuficiencia del Informe Técnico es suplida por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA por el traslado de la carga probatoria de la determinación y cuantificación del daño fiscal que le corresponde al operador fiscal en el Proceso de Responsabilidad Fiscal ordinario o verbal -Ley 610 de 2000 y Ley 1474 de 2011- a los sujetos procesales, y para ello los actos administrativos cuestionados invocan el artículo 167 del Código General del Proceso y omiten cualquier referencia a los artículos 54, 22 y 23 de la Ley 610 de 2000 que son los pertinentes.

Consideran los actos administrativos acusados que no es clara la incidencia de la ola invernal del año 2010 y la primera parte del año 2011 en el Control de Cambios 2, cuando la ola invernal del año 2011 ocurrió en la primera y en la segunda parte del año de año 2011. Error de hecho por cercenamiento del fenómeno de la ola invernal en la segunda parte del año 2011.

El índice de precipitación (I%) en Cartagena certificado por el IDEAM, según las tres estaciones meteorológicas más cercanas a la Refinería de Cartagena – REFICAR demuestran que durante los meses de febrero, marzo, abril, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2011 fue > 170; luego la ola invernal del año 2011 no solo se presentó en los primeros meses del año 2011 sino en el segundo semestre del año 2011, semestre posterior a la aprobación del Control de Cambios 1 -mayo 2011-.

Se equivoca el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -segunda instancia-, páginas 1676 y 1677, al afirmar que la época más crítica de la ola invernal tuvo lugar a finales de 2010 y comienzos de 2011, casi un año de antelación del inicio de las deliberaciones del Control de Cambios 2, porque en los meses julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2011 el índice de precipitación (I%) en

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena corresponde a > 170 y en el Acta 79 del 24 de enero de 2012 de la Junta Directiva de REFICAR, constan las deliberaciones sobre el Control de Cambios 2, es decir que entre el fin de la ola invernal 2011 y las deliberaciones del Control de Cambios 2 no transcurrieron dos (2) meses.

Consideran los actos administrativos acusados que la lejanía en el tiempo entre la ola invernal 2010 y 2011 y la aprobación del Control de Cambios 2 -mayo 2011- debilita el nexo entre la decisión adoptada en el Control de Cambio 2 -aumento del CAPEX- y la temporada de lluvias, cuando el hecho de la ola invernal si se presentó en el segundo semestre del año 2011 y no existe lejanía en el tiempo. Error de hecho por cercenamiento del fenómeno de la ola invernal en la segunda parte del año 2011.

Los actos administrativos acusados desechan la incidencia de la ola invernal del año 2011 por la lejanía de esta con el Control de Cambios 2, y para ello exponen dos (2) argumentos que no son ciertos (i) determinan la ola invernal en la primera parte del año 2011 y no tienen en cuenta la ola invernal en el segundo semestre del año 2011, como se expuso en el numeral 3.3 anterior; y (ii) se parte de ola invernal en el primer semestre de 2011 y no en el segundo semestre de 2011, para establecer la lejanía entre la ola invernal del 2011 y el Control de Cambios 2 -mayo 2011- en casi un año.

El Control de Cambios 2 se aprobó el 7 de mayo de 2012 y durante el segundo semestre de 2011 se registraron lluvias con índice de precipitación (I%) $459 > 170$ -mes extremadamente lluvioso / lluvias por encima de lo normal-, luego entre diciembre de 2011 y el 7 de mayo de 2012 transcurrieron 4 meses y 7 días, pero los Autos demandados desechan la ola invernal en el segundo semestre de 2011, omisión que si no se hubiera presentado no determinaría lejanía, sino todo lo contrario, cercanía.

En los autos acusados no se declara responsabilidad fiscal para quienes intervinieron y aprobaron el Control de Cambios 4, el 10 de diciembre de 2014 -Acta 151 de la Junta

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Directiva de REFICAR-, por la ocurrencia del evento de la huelga que inició el 16 de julio de 2013 y terminó el 23 de septiembre de 2013, y la aprobación del Control de Cambios 4 aconteció catorce (14) meses después del cese de actividades de la Refinería de Cartagena.

Que lo anterior evidencia que para el análisis de los eventos que rompen el nexo causal no existe fundamento temporal alguno y por tal razón se viola el derecho a la igualdad de nuestros poderdantes al no considerar a la Ola invernal como eximente de responsabilidad para el Control de Cambios 2 y si calificar a la Anormalidad Laboral como eximente en el Control de Cambios 4, pese a que el tiempo transcurrido entre el cese de actividades y la aprobación del Control de Cambios 4 -14 meses- es considerablemente mayor al tiempo transcurrido entre la terminación de la Ola Invernal y la aprobación del Control de Cambios 2 -4 meses, el cual califica la huelga del 2013 como un hecho externo eximente de responsabilidad para quienes participaron, intervinieron o aprobaron el Control de Cambios 4 en enero de 2015.

Que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en el Proceso de Responsabilidad Fiscal por lucro cesante PRF-2018-00684_PRF-017- 2018 REFICAR consideró que la Ola Invernal 2011 era eximente de responsabilidad y en el Proceso de Responsabilidad Fiscal por daño emergente Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 REFICAR consideró que la Ola Invernal 2011 no era eximente de responsabilidad. Violación del artículo 13 superior.

La ocurrencia de un fenómeno natural como la Ola invernal del año 2011 en la ciudad de Cartagena, sede de la Refinería de Cartagena -REFICAR, Ola acreditada por el IDEAM en el año 2011, debe ser calificada jurídicamente respecto de un mismo sujeto por el operador fiscal -Contralora Delegada Intersectorial No. 15- de la misma forma, sin embargo (i) en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal por lucro cesante PRF-2018-00684_PRF017-2018 REFICAR -Autos 0167 del 3 de febrero de 2022 y

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ORD-801119- 029-2022 de 1 de marzo de 2022- se califica a la Ola Invernal y la Anormalidad Laboral como eximentes de responsabilidad, y (ii) en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal por daño emergente PRF-2017-00309_UCC-PRF-005- 2017 REFICAR -Autos 749 del 26 de abril de 2021 y ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021- se califica a la Ola Invernal 2011 como no eximente de responsabilidad y a la Anormalidad Laboral como eximente de responsabilidad.

Es de acotar que en los Autos 0167 del 3 de febrero de 2022 y ORD-801119- 029-2022 de 1 de marzo de 2022, Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal por lucro cesante PRF-2018-00684_PRF-017-2018 REFICAR, se expone que respecto al Control de Cambios 2 el hecho externo de la ola invernal no era aplicable al Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 porque en este se analizaba el daño emergente, y la afectación económica evaluada en este proceso corresponde a cuantías de CAPEX, lo cual guarda consonancia con la diferencia conceptual entre daño emergente y lucro cesante, consideración jurídica que constituye una antinomia al tener en cuenta que la Ola Invernal del 2010 -2011 es eximente en el Proceso de Responsabilidad Fiscal por lucro cesante -entidades afectadas REFICAR S.A. (hoy S.A.S.) y ECOPETROL S.A.- pero no lo es en el Proceso de Responsabilidad Fiscal por daño emergente -entidades afectadas REFICAR S.A. (hoy S.A.S.) y ECOPETROL S.A.- pero no lo es para el daño.

Trascendencia de los errores de hecho y de derecho.

Que los errores de derecho y el error de hecho expuestos, configuran la causal de nulidad de los actos administrativos de falsa motivación y determinaron la no configuración de la exoneración de responsabilidad fiscal fuerza mayor en punto de la Ola invernal del año de 2011, errores de motivación de los Autos que si no se hubieran presentado y por el contrario se hubiera considerado que la Ola Invernal afectó el Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena en cuanto a las decisiones del Control de Cambios 2, la decisión hubiera sido de fallo sin

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

responsabilidad fiscal para nuestros poderdantes en el trámite y aprobación del Control de Cambios 2 -mayo 7 de 2012.

Cargo Decimotercero. El acto administrativo contenido en el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 viola el debido proceso y la defensa de nuestros poderdantes al omitir pronunciarse frente la totalidad de los argumentos expuestos en los recursos de apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021, dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria Causal de nulidad: expedición en forma irregular. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Violación de la garantía del debido proceso y la defensa de los demandates consagrada en el artículo 29 superior por la falta de motivación del Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF005-2017.

Que para facilitar la claridad de la violación y de la falta de motivación se presenta en doble columna, en la columna de la derecha se enlistan los argumentos mas importantes del recurso de apelación interpuesto contra el Auto 749 de fecha 26 de abril de 2021 y en la columna de la derecha la mención de la consideración del Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -segunda instancia.

Violación de la garantía del debido proceso y la defensa del señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

<p>Principales argumentos del recurso de apelación presentado por el señor del Hernando José Gómez contra el Auto 749 de fecha 26 de abril de 2021 -primera instancia-, Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017. El recurso está contenido en 693 folios⁴⁶⁸</p>	<p>Análisis del Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -segunda instancia-, Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 de la Sala Fiscal y Sancionatoria El recurso se resuelve en las páginas 2131 a 2136 del Auto -6 folios-</p>
<p>1. “La investigación de la contraloría general de la república (en adelante “CGR”) giró en torno al incremento del presupuesto y la extensión del cronograma.” (Folio 1)</p>	<p>El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -segunda instancia- solo realizó consideraciones sobre los siguientes seis (6) asuntos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. “A. Afectación del debido proceso y al derecho de defensa.” (Folio 2131 a Folio 2132) 2. “B. Falsa motivación del Acto Administrativo contenido del Auto 749 del 26 de abril de 2021” (Folio 2132 a Folio 2133) 3. “C. Denegación de justicia.” (Folio 2133 a Folio 2134) 4. “D. Precedente administrativo.” (Folio 2134 a 2135) 5. “E. Anomalías dentro del PRF según los argumentos del recurrente” (Folio 2135 a Folio 2136) 6 “F. Revocatoria de vinculación de la póliza de seguro de Axa Colpatría” (Folio 2136)
<p>2. “Especificidades con relación al control de cambios 2 con referencia</p>	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

puntual a mi representado Hernando José Gómez Restrepo.” (Folio 4)	
3. “Síntesis con relación al auto objeto de impugnación.” (Folio 6)	
4. “Hernando José Gómez Restrepo fue declarado responsable fiscal únicamente por la aprobación del control de cambios 2, sin embargo, el fallo objeto de impugnación lo declaró “solidariamente” responsable por la aprobación del control de cambios 3.” (Folio 13)	
5. “El daño: Conclusiones previas.” (Folio 14)	
6. “Sobre el cambio del hecho generador” (Folio 17)	
7. “Sobre las incongruencias entre el deficientemente identificado nuevo hecho generador y el mantenimiento de los cálculos viejos” (Folio 22)	
8. “Sobre los cálculos” (Folio 31)	
9. “La delegada no definió en el curso de la investigación a través de prueba técnica idónea cuál era el monto de los incrementos que debía considerarse como injustificado y cuál la fecha de entrada en operación razonable o si estos conceptos debieron permanecer inalterables durante el curso del proyecto contrario a lo anterior, la instancia estructuró en el curso del proceso distintas configuraciones de daño patrimonial (uno en el auto de apertura de la investigación, otro en el auto de imputación y otro en el fallo)” (Folios 46 y 47)	
10. “La instancia fiscal violó el principio de congruencia que conlleva las decisiones administrativas, afectándose el debido proceso administrativo y el derecho a la defensa, al sustentar el fallo con responsabilidad fiscal en cargos que no fueron objeto de imputación, y en hechos y pruebas que no constituyeron el soporte del auto de imputación” (Folio 62)	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

<p>11. “El fallo desconoció totalmente los argumentos expuestos por la defensa en los descargos de mi representado. el acto administrativo incurrió en falta de motivación y falsa motivación” (Folio 66)</p>	
<p>12. “El fallo incurrió en violación indirecta de la ley sustancial al desestimar la valoración probatoria de los testimonios y errar en la valoración del único fragmento de testimonio que tuvo en consideración de los más de 30 que se allegaron al plenario. así mismo incurrió en violación indirecta de la ley sustancial al errar en la valoración probatoria de documentos, dictámenes periciales e informes técnicos que reposan en el expediente, cercenando el justo contexto de cada prueba y soslayando el principio de la unidad de la prueba” (Folio 70)</p>	
<p>13. “Bajo el entendido que la imputación fiscal se circunscribió única y exclusivamente a los hechos fácticos y jurídicos circunscritos en el auto de formulación de los cargos fiscales, al guardar silencio el despacho frente a los mencionados cargos en el fallo que es objeto de impugnación, se entiende que las razones que inicialmente tomó como fundamento para la imputación no encontraron prosperidad argumentativa y probatoria.” (Folio 73)</p>	
<p>14. “La CGR desnaturaliza el proceso de responsabilidad fiscal, al exigir del funcionario público deberes funcionales que no están regulados en normas específicas para él (tipicidad) y que son materias ajenas a su competencia” (Folio 74)</p>	
<p>15. “En el fallo de responsabilidad fiscal se soslayó el análisis del nexo causal como unos de los elementos del trípode sobre el cual descansa dicha responsabilidad. otra causal de falta de motivación de la decisión.” (Folio 75)</p>	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

<p>16. “Los miembros de la JD de Reficar no se comportaron como simples observadores pasivos de la gestión desarrollada por la alta dirección de Reficar tal como lo afirma el fallador de instancia. mucho menos se puede concluir que la decisión de inversión adoptada por mi representado estuvo precedida de un pobre proceso deliberativo y que no fue instrumento de salvaguarda de los intereses patrimoniales públicos” (Folio 76)</p>	
<p>17. “Los miembros de la JD de Reficar no pasaron por alto, como lo afirma el fallador de instancia, las facultades establecidas en el artículo 51 de los estatutos de la empresa” (Folio 81)</p>	
<p>18. “No es cierto, como lo señala el fallo objeto de impugnación, que no se haya hecho estimación alguna de la variación de la promesa de valor del proyecto en todo el proceso que conllevó el control de cambios 2 y mucho menos que con ello se haya desconocido el modelo de gestión del grupo empresarial de Ecopetrol y los lineamientos de las inversiones del grupo empresarial” (Folios 82 y 83)</p>	
<p>19. “No es cierto que la junta directiva de Reficar a la cual perteneció mi representado no haya hecho seguimiento a sus propias decisiones. no haber aprobado la contingencia en el control de cambios 2 no es un acto objeto de reproche, al contrario, su propósito, dadas las condiciones presentadas en ese momento, fue el de hacer un celoso y estricto seguimiento a esta partida” (Folio 140)</p>	
<p>20. “No es cierto que la junta directiva de Reficar haya aprobado el CC 2 a sabiendas de que había evidencias de no haberse presentado toda la información para haberlo aprobado” (Folio 149)</p>	
<p>21. “La instancia omitió valorar el documento “demanda arbitral” así como las argumentaciones que</p>	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

<p>alrededor de este documento hizo la defensa en los descargos en los que se presentan elementos valiosos para la defensa de mi representado” (Folio 152)</p>	
<p>22. “La instancia lanza proposiciones de alternativas distintas de decisión frente a la aprobación de los controles de cambio sin definir cuál de ellas era la mejor en cada caso, y sin probar técnicamente cuál era la decisión correcta. de esta manera terminó condenando a mi representado por no pensar como subjetivamente pensaría en el futuro la instancia de control” (Folio 159)</p>	
<p>23. “La instancia evadió la solicitud de la defensa de contemplar en su decisión el principio de confianza como bien supremo en la valoración de la conducta de mi representado” (Folio 161)</p>	
<p>24. “La instancia desconoció la prueba existente en el plenario con relación al impacto de la ola invernal de 2010 y 2011 en el cronograma y el presupuesto y que se reflejó en el control de cambios no 2 y con meras suposiciones las asoció al control de cambios no 1 para desvirtuar los descargos que sobre el particular se consignaron en la defensa de mi representado” (Folio 162)</p>	
<p>25. “El fallo tergiversó el testimonio de natalia rubiano grott, con el propósito de atribuir responsabilidades a mi representado con relación a la falta de seguimiento de las órdenes impartidas por la junta directiva” (Folios 168 y 169)</p>	
<p>26. “La instancia de manera irregular incurrió en falsa motivación del acto objeto de impugnación para afianzar argumentaciones dirigidas a declarar responsable a mi representado (dictamen de IPA)” (Folio 170)</p>	
<p>27. “Lo realmente acontecido ¿cuál fue el origen de los ajustes de capex que se tuvieron que aprobar a lo largo del proyecto y cuáles las causas que</p>	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

originaron dichos ajustes?" (Folio 175)	
28. "La prueba de los expertos (dictámenes periciales) que con impecable tino resolvieron todas las dudas que se generaron alrededor del carácter acertado y diligente de las decisiones que se tomaron durante el desarrollo del proyecto por parte de los decisores" (Folio 218)	
29. "La prueba técnica ordenada de oficio por la delegada y elaborada por el equipo de apoyo técnico de la propia cgr llegó a conclusiones que coinciden en lo fundamental con los dictámenes periciales aportados por las partes. a continuación, las principales conclusiones del informe técnico ("it") de la CGR" (Folio 387)	
30. "Las principales coincidencias entre el informe técnico ("IT") de la CGR y la experticia de SCI Investment & Merchant Bank" (Folio 411)	
31. "El documento técnico "Análisis ex-post de los controles de cambio del proyecto de ampliación y modernización de la refinería de cartagena – junio 2017" elaborado por Ecopetrol y remitido por varios de los vinculados a la presente actuación aportó una prueba fundamental con la que se demuestra que, en todos los casos en que la junta directiva de Ecopetrol tuvo que decidir sobre aprobar o improbar un control de cambios, el VPN que resultaba de aprobar el control de cambios y, consiguientemente, continuar con el proyecto, así fuese negativo, siempre resultaba una mejor alternativa financiera que abandonar el proyecto" (Folio 420)	
32. "Las conclusiones que se extractan de la copiosa prueba testimonial practicada en el curso del proceso corroboran todos los planteamientos consignados por mi representado en sus versiones libres y en sus respuestas al auto de	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

<p>imputación, así como confirman igualmente las conclusiones a las que llegaron los expertos en los múltiples dictámenes técnicos allegados al plenario” (Folio 423)</p>	
<p>33. “El Consorcio FPJVC (Foster Wheeler y Process Consultance) - PMC del proyecto – era el encargado de la revisión y análisis previo al pago de cada factura (universo de las proformas y soportes a través de los cuales se reembolsaron los costos del proyecto para lo cual adelantó entre muchas otras actividades, una serie de auditorías específicas a fin de determinar si procedían o no los pagos correspondientes” (Folio 561)</p>	
<p>34. “La Procuraduría General de la Nación, luego de investigar durante más de 8 años la conducta de los miembros de la junta directiva de Reficar y la de los funcionarios de la administración vinculados a estas investigaciones sobre el incremento en el presupuesto y la extensión del cronograma del proyecto, concluyó en la inexistencia de conductas dolosas o culposas, ni siquiera en los grados más leves, comprobó la debida diligencia de todos los investigados, destacó la actuación de los miembros de junta directiva de Reficar y de los funcionarios de la administración, descartó con firmeza la existencia de acto alguno de corrupción y puso de relieve la importancia para el país de haber logrado la terminación de esa refinería destacando la actuación de los decisores y las decisiones que se tomaron” (Folio 562)</p>	
<p>35. “La estructura de controles externos con la que contó el proyecto Reficar, entre la que se incluye las auditorías realizadas por la propia Contraloría General de la República entre los años 2008 y 2015, jamás identificó un solo acto de corrupción o malos manejos de los recursos públicos invertidos, ni actos atribuibles a la falta de debida</p>	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

diligencia, y en general, no encontró actuación alguna que pusiera en duda la conducta de los miembros de Junta Directiva de Reficar ni de los funcionarios de la sociedad” (Folio 587)	
36. “Resulta improcedente a la luz del principio de legalidad la coexistencia de un fallo con responsabilidad fiscal con el acervo probatorio existente en el plenario” (Folio 590)	
37. “Inexistencia del grado de certeza del daño patrimonial. fundamento jurídico, doctrinario y jurisprudencial aplicado al caso concreto” (Folio 592)	
38. “Ausencia de culpabilidad (subjetividad de la conducta) a la luz de los principios de la confianza legítima (buena fe) y los límites de la responsabilidad de los miembros de JD” (Folio 610)	
39. “Otras consideraciones jurídicas y fácticas sobre el principio de confianza (buena fe), el límite de la responsabilidad de los miembros de la JD de Reficar y la probada debida diligencia con la que actuaron” (Folio 626)	
40. “La instancia debe aplicar el precedente administrativo que ha sido generado en sus propias huestes, por otros órganos de control, por las altas cortes y misma doctrina, en la tesis que se ha sostenido frente al principio de confianza (buena fe) y la responsabilidad de los miembros de las juntas directivas frente a la toma de decisiones que aquí se dio, o por lo menos asistirse de los preceptos dogmáticos de los precedentes como argumentos vinculantes dada la solidez y claridad de estos” (Folio 644)	
41. “La regla de la discrecionalidad en las decisiones adoptadas por los miembros de la JD de Reficar constituye una teoría fundamental para desatar la presente actuación en favor de mi representado. Se trata además de una exención de	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

responsabilidad que debe ser aplicada” (Folio 646)	
42. “No existe prueba alguna que evidencie una exigibilidad de comportamiento distinta a la que asumió mi representado en cumplimiento de sus deberes funcionales cimentados bajo el objetivo finalístico de cumplir con los fines del estado” (Folio 657)	
43. “En materia de responsabilidad fiscal no puede hacer carrera la tesis automática de la existencia de un detrimento al erario simplemente constatando la diferencia entre el estimado inicial (línea base) y el final de un proyecto; como tampoco la tesis automática según la cual las mayores inversiones constituyen per se un detrimento patrimonial; y mucho menos la tesis automática según la cual la disminución de la expectativa de rentabilidad de un proyecto conlleva necesariamente a un detrimento” (Folios 661 y 662)	
44. “Solicitud de revocatoria de la decisión que se tomó en el Auto No. 749 de fecha 26 de abril de 2021 con referencia a la desvinculación como tercero civilmente responsable de la compañía de seguros Colpatria” (Folio 666)	
45. “Irregularidades procesales y sustanciales presentadas en el curso del proceso de responsabilidad fiscal - PRF- (afectación al debido proceso) (Folio 673)	

El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic) dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” no resolvió la totalidad de los argumentos expuestos por los poderdantes en sus escritos de apelación, como se registra en las tablas contenidas en los numerales 2.1, 2.2 y 2.3 del “Cargo Decimotercero”. El operador fiscal de segunda instanció solo despachó algunos de los argumentos expuestos en los escritos de apelación de los poderdantes, de la siguiente manera:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(i) De los cuarenta y cinco (45) argumentos principales y demás argumentos de defensa del escrito de apelación del doctor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ en seiscientos noventa y tres (693) folios, hubo pronunciamiento únicamente frente a seis (6) asuntos generales, en seis (6) folios

Que el operador fiscal de segunda instancia manifestó expresamente en su falló que no todos los argumentos presentados mediante el escrito de apelación serían resueltos en este Auto porque, a su criterio, estos ya habían sido objeto de pronunciamiento en otra decisión. Esto contrario a derecho por no decidir en el Auto de segunda instancia todos los argumentos de los recursos de apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021, consecuencia, la Sala Fiscal y Sancionatoria expidió de forma irregular el Auto ORD-801119- 158-021 del 6 de julio de 2021 por falta de motivación del mismo.

Que la garantía del derecho al debido proceso y la defensa en el marco de la segunda instancia no se agota con la oportunidad de presentación de argumentos de defensa por parte del apelante, sino que esta debe abarcar el escenario en que se analicen y resuelvan de fondo todas y cada una de las razones de hecho y derecho desarrolladas en los escritos de alzada para desvirtuar la atribución de responsabilidad fiscal.

En conclusión, que el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 fue expedido de manera irregular por falta de motivación y por ende, vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa de los demandantes al no resolver de fondo todas las razones de hecho y derecho expuestas en los escritos de apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021.

Cargo Decimocuarto. Los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 violan el derecho de defensa de nuestros poderdantes a) por ser proferidos en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCCPRF-005-2017 cuyo expediente administrativo está deficientemente organizado lo que dificulta su estudio, la búsqueda y el acceso de los documentos que reposan en más de 1.124.814 folios,

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

y b) por su dificultad de lectura, comprensión y refutación Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Deficiente organización del expediente administrativo:

El Expediente Administrativo correspondiente al Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017 tiene un tamaño de 528 GB, según consta (i) en el dictamen pericial “INFORME DE LABORATORIO – REVISIÓN DE CONTENIDO DE ALMACENAMIENTO – DISCO DURO MARCA TOSHIBA 1000 GB”, elaborado por ADALID, 27 diciembre 2021, prueba pericial aportada en el numeral 1. del aparte “Dictámenes periciales” de la sección “XI PRUEBAS” de la presente demanda, y (ii) en la respuesta de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA de fecha 11 de febrero de 2022 al derecho de petición presentado por los suscritos apoderados el 2 de febrero 2022, prueba aportada en el numeral 25. del aparte “Pruebas documentales” de la sección “XI PRUEBAS” de la presente demanda.

El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 tiene doscientas catorce (214) carpetas, de las cuales doscientas trece (213) corresponden a los Cuadernos Principales del 1 al 213, y una (1) carpeta que corresponde a los Hallazgos. 1.1.3

Los Cuadernos Principales contienen (i) o solo archivos como el caso del Cuaderno Principal 167 que tiene 72 archivos, (ii) o archivos y carpetas; y a su vez las carpetas pueden tener carpetas y archivos, carpetas que tienen carpetas y archivos, y carpetas que tienen archivos.

El expediente no utiliza ningún sistema de ordenación -numéricos, alfabéticos y mixtos a alfanuméricos- que materialice la secuencia de los documentos contenidos en cada uno de los 213 Cuadernos Principales y en la Carpeta Hallazgos, deficiencia que impide

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

encontrar los documentos de manera fácil, sin pérdida de tiempo y sin incurrir en equivocaciones. Las carpetas que se encuentran en los Cuadernos Principales se presentan en desorden, sin numeración alguna. La única numeración ordenada del Expediente es la de los 213 Cuadernos Principales, identificados del 1 al 213.


El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 tiene 1.124.814 folios, contenidos en archivos PDF y WORD, número que no incluye los folios de los otros archivos: RTF, CSV, MTS, XML, GNO, DLL, INI, MSG, ICO, EXE, SHX, DWG, AVI, JGP, RAR, NULL, JPEG, VSD, MP4, ZIP, THM, IFO, POWER POINT ANTIGUO, TIF, TXT, MP3 y GIF.

Que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en respuesta de 11 de febrero de 2022 a un derecho de petición presentado por los suscritos apoderados informa que el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 tiene 45.354 folios.

Que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en respuesta de 22 de febrero de 2022 a un derecho de petición presentado por los suscritos manifiesta (i) en cuanto a los soportes digitales -documentos en soportes distintos al papel como casetes, CD, DVD, USB- el Manual de Procedimiento Interno indica que cada soporte constituye un folio, el cual se debe foliar en el respectivo sobre o cubierta que contiene la información, y (ii) que no le es exigible a la entidad según la Ley General de Archivos y los procedimientos internos foliar cada uno de los archivos de soportes, sean estos ofimáticos o multimedia.

Todas los 213 Cuadernos Principales tienen un archivo titulado "IDENTIFICACIÓN" que registra el número del Cuaderno Principal. A título ilustrativo se presenta la Identificación del Cuaderno Principal 1:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO: LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN Y CONTROL DE CALIDAD (SIGCC)		CÓDIGO: GRE-81115-AX-03	
	MACROPROCESO: GESTIÓN DE RECURSOS DE LA ENTIDAD		VERSIÓN: 2.0	
	PROCESO: ADMINISTRAR DOCUMENTACIÓN		Fecha: 28/07/2011	
	ANEXO 3 – IDENTIFICACIÓN DE CARPETAS		Página: 1 de 1	
SECCIÓN	DESPACHO DEL CONTRALOR			
UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN	UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN			
Código	80011-266	Tipo de Archivo		
Nombre	PROCESOS			
Código	80011-266-03	Nombre		
Nombre	PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL			
Nombre	UCC/PRF/005/2017- REFCAR S.A. y ECOPETROL S.A.			
Nombre	CUADERNO PRINCIPAL N° 1			
Fecha	Inicial	17/01/2017	Final	10/03/2017
No. FOLIOS	del	1	al	215
No. CARPETA	No. Correlativo	1/	No. Consecutivo	1
DATOS DE TRANSPARENCIA (para folios de Archivos Controlados)				
No. Orden	No. de Caja	No. Transferencia	Signatura topográfica	
			B E * A	

Todos los Cuadernos Principales tienen un archivo titulado "INDICE". Se presenta a modo de ejemplo el Índice del Cuaderno Principal 1:

Sistema Integrado de Gestión y Control de Calidad (SIGCC)		Macroproceso: Gestión de Recursos de la Entidad		Proceso: Administrar Documentación	
Código: GRE-04-AX-0021		Fórmula de inventario de Carpetas		Manual de Procedimientos de Gestión Documental, Archivo y Correspondencia	
Versión: 1.0		Página 1 de 1			
No. Orden	No. Original	Fecha	Asunto	Folios	Observaciones
1	2017IE0002744	17/01/2017	Oficio de asignación 002- Asignación antecedente 45129 Reficar S.A.	1-3	Folio 3 con información al vuelto.
2	2017IE0001348	11/01/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de información Hallazgos fiscales ACES Reficar	4-6	Folios 5 y 6 corresponden a formato de referencia cruzada de un CD c/u.
3	2017IE0006859	27/01/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión papeles de trabajo de los hallazgos de la actuación especial a Reficar	7-8	Folio 8 corresponde a formato de referencia cruzada de un disco duro.
4	2017IE0007646	31/01/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión información adicional de los hallazgos de Reficar	9-11	Folio 11 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
5	2017IE0008529	01/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación de actuación especial Reficar 2016	12-17	Folios 13 a 17 corresponden a formato de referencia cruzada de un CD c/u.
6	2017IE0008968	01/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Documentos Capital AG-Ecopetrol	18-19	Folio 19 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
7	2017IE0009395	03/02/2017	Oficio de asignación 010- Asignación Hallazgos actuación especial Reficar S.A.	20-21	Folio 20 con información al vuelto.
8	2017IE0009739	06/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de Actuación especial Reficar 2016	22-23	Folio 23 corresponde a formato de referencia cruzada de un DVD.
9	2017IE0010958	08/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión información adicional de los hallazgos de Reficar	24-25	Folio 25 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
10	2017IE0013165	14/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de actuación especial Reficar 2016	26-27	Folio 27 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
11	2017IE0017009	24/02/2017	E-mail al Contralor Delegado del sector minas y energía- Solicitud remisión información anexa en CD antecedentes fiscales (08, 20, 23) REFCAR	28-29	
12	2017IE0016437	23/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Entrega CD hallazgo N° 08 Auditoría Reficar S.A vigencia 2014	30-31	Folio 31 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
13	2017IE0018208	28/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de Actuación Especial Reficar 2016	32-33	Folio 33 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
14	2017IE0018987	28/02/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión anexos en CD trasladados de hallazgos (20-23) fiscal Reficar 2016	34-37	Folios 35, 36, 37 corresponden a formato de referencia cruzada de un DVD c/u.
15	2017IE0019805	03/03/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de Actuación Especial Reficar 2016	38-39	Folio 39 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.
16	2017IE0020338	06/03/2017	Oficio del Contralor Delegado del sector minas y energía- Remisión de documentación complementaria de Actuación Especial Reficar 2016	40-41	Folio 41 corresponde a formato de referencia cruzada de un CD.

Que el índice de los Cuadernos Principales es insuficiente e incompleto, porque no relaciona los documentos que están contenidos en los CDs o en los DVDs de cada carpeta. El índice se limita a registrar CD o DVD de referencia cruzada, según se

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

observa en la columna sexta del índice presentado en el numeral anterior. Los CDs o DVDs tienen carpetas y archivos, los cuales no tienen identificación alguna en el índice, el cual ni siquiera menciona el número de carpetas o archivos contenidos en cada DVD o CD.

Que el Cuaderno Principal 1 al 136 no se numeran los archivos y del Cuaderno Principal 137 al 213 se numeran solo los archivos pero no se numeran las carpetas contenidas en cada Cuaderno Principal. En el Cuaderno Principal 7 se observa que la carpeta CD y los archivos no están numerados:

Nombre	Fecha de modificación	Tamaño	Clase
20170715_2017EE0088702 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1296.PDF	28/07/2017, 12:52 p. m.	28 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088702 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1296.PDF	28/07/2017, 12:53 p. m.	27 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088708 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1297.PDF	28/07/2017, 12:53 p. m.	28 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088710 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1298.PDF	28/07/2017, 12:54 p. m.	24 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088720 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1299.PDF	28/07/2017, 12:55 p. m.	26 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088726 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1300.PDF	28/07/2017, 12:55 p. m.	25 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088733 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1301.PDF	28/07/2017, 12:56 p. m.	24 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088730 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1302.PDF	28/07/2017, 12:56 p. m.	24 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088750 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1303.PDF	28/07/2017, 12:57 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088756 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1304.PDF	28/07/2017, 12:57 p. m.	22 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088770 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1305.PDF	28/07/2017, 12:58 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088760 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1306.PDF	28/07/2017, 12:58 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088778 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1307.PDF	28/07/2017, 12:59 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088776 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1308.PDF	28/07/2017, 1:00 p. m.	21 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088781 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1309.PDF	28/07/2017, 1:00 p. m.	22 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088796 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1310.PDF	28/07/2017, 1:00 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088790 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1311.PDF	28/07/2017, 1:01 p. m.	21 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088803 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1312.PDF	28/07/2017, 1:01 p. m.	24 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088825 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1313.PDF	28/07/2017, 1:02 p. m.	22 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088825 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1314.PDF	28/07/2017, 1:03 p. m.	22 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088832 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1315.PDF	28/07/2017, 1:03 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088847 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1316.PDF	28/07/2017, 1:04 p. m.	21 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088853 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1317.PDF	28/07/2017, 1:04 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170715_2017EE0088859 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1318.PDF	28/07/2017, 1:05 p. m.	23 KB	Documento PDF
20170719_Diligencia de exposición libre y espontánea_PRF 005-2017-FI 1214-1219.PDF	28/07/2017, 12:41 p. m.	1,3 MB	Documento PDF
20170719_E-mail 2017ER0070780 Solicitud notificación electrónica_PRF 005-2017-FI 1361-1362.PDF	1/08/2017, 11:09 a. m.	127 KB	Documento PDF
20170721_Acta de entrega de documento digital_PRF 005-2017-FI 1280.PDF	28/07/2017, 12:43 p. m.	16 KB	Documento PDF
20170721_E-mail 2017E0058413 Solicitud notificación auto 1222_PRF 005-2017-FI 1281.PDF	28/07/2017, 12:44 p. m.	35 KB	Documento PDF
20170721_Oficio 2017ER0071398 Solicitud aplazamiento versiones libres_PRF 005-2017-FI 1282-1283.PDF	28/07/2017, 12:45 p. m.	29 KB	Documento PDF
20170724_Verificación de expediente_PRF 005-2017-FI 1284.PDF	28/07/2017, 12:49 p. m.	29 KB	Documento PDF
20170725_Oficio 2017E0059006 Constancia de notificación auto 1222_PRF 005-2017-FI 1285-1294.PDF	28/07/2017, 12:50 p. m.	311 KB	Documento PDF
20170726_Verificación de expediente_PRF 005-2017-FI 1319.PDF	28/07/2017, 1:06 p. m.	27 KB	Documento PDF
20170726_Verificación de expediente_PRF 005-2017-FI 1320.PDF	28/07/2017, 1:06 p. m.	26 KB	Documento PDF
20170726_Verificación de expediente_PRF 005-2017-FI 1321.PDF	28/07/2017, 1:06 p. m.	33 KB	Documento PDF
20170727_Oficio 2017ER0073291 Solicitud reconocimiento de personería_PRF 005-2017-FI 1322.PDF	1/08/2017, 10:57 a. m.	47 KB	Documento PDF
20170728_Devolución de correspondencia_PRF 005-2017-FI 1323-1324.PDF	1/08/2017, 10:58 a. m.	50 KB	Documento PDF
20170728_Diligencia de exposición libre_PRF 005-2017-FI 1325-1353.PDF	1/08/2017, 11:02 a. m.	1,9 MB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090529 Solicitud información_PRF 005-2017-FI 1356.PDF	1/08/2017, 11:05 a. m.	28 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090530 Solicitud información_PRF 005-2017-FI 1357.PDF	1/08/2017, 11:06 a. m.	24 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090533 Solicitud información_PRF 005-2017-FI 1358.PDF	1/08/2017, 11:06 a. m.	24 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090536 Solicitud información_PRF 005-2017-FI 1359.PDF	1/08/2017, 11:07 a. m.	22 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017EE0090537 Solicitud información_PRF 005-2017-FI 1360.PDF	1/08/2017, 11:07 a. m.	23 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017ER0073474 Solicitud copias autos_PRF 005-2017-FI 1363-1364_3.PDF	1/08/2017, 11:10 a. m.	62 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017ER0073479 Solicitud copias digitales_PRF 005-2017-FI 1365.PDF	1/08/2017, 11:11 a. m.	43 KB	Documento PDF
20170728_Oficio 2017E0060279 Remisión documentos_PRF 005-2017-FI 1354.PDF	1/08/2017, 11:03 a. m.	20 KB	Documento PDF
20170728_Verificación de expediente_PRF 005-2017-FI 1355.PDF	1/08/2017, 11:04 a. m.	27 KB	Documento PDF
20170731_Diligencia de exposición libre_PRF 005-2017-FI 13...417.PDF EXPOSICION LIBRE DR. JUAN CARLOS ECHEVERRY	2/08/2018, 8:59 a. m.	1,3 MB	Documento PDF
20170731_Verificación de expediente_PRF 005-2017-FI 1366.PDF	1/08/2017, 11:12 a. m.	33 KB	Documento PDF
CD VERSIÓN LIBRE HERNANDO JOSE GÓMEZ CON SOPORTES FI 1279	1/08/2018, 9:44 a. m.	--	Carpeta
IDENTIFICACION.PDF	2/08/2017, 2:28 p. m.	286 KB	Documento PDF
INDICE.PDF	2/08/2017, 2:23 p. m.	119 KB	Documento PDF

El desorden y la falta de numeración ordenada del expediente digital, se observa en todos los Cuadernos Principales. A título de ejemplo:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- (i) En el Cuaderno Principal 38 obran cuarenta y tres (43) archivos y siete (7) Carpetas. Las siete (7) Carpetas se titulan “CD_FL 7496”, “CD_FL 7614”, “CD_FL 7623”, “DVD_FI 7621”, “DVD_FL 7622”, “DVD_FL 7624”, y “S370-17 Anexos _FI 7626”. La Carpeta “CD_FI 7496” contiene tres (3) Carpetas “14 de noviembre”, “15 de noviembre” y “16 de noviembre”. La Carpeta “14 de noviembre” tiene una Carpeta titulada “03”. La Carpeta “03” tiene un (1) archivo titulado “Section IV Pricing Appendix 1.”
- (ii) En el Cuaderno Principal 40 obran quince (15) archivos y dos (2) Carpetas. Las dos (2) Carpetas se titulan “CD_FL 8020” y “CD_FL 8021”. La Carpeta “CD_FI 8020” contiene trece (13) Carpetas: “01”, “02”, “03”, “04”, “05”, “07”, “08”, “09”, “10”, “12”, “14”, “15” y “16”. No existen archivos las Carpetas 6, 11 y 13. La Carpeta “01” contiene dos (2) carpetas: “Anormalidad” y “Lluvias” . La Carpeta “Lluvias” contiene tres (3) Carpetas: “2010”, “2011” y “2012” La Carpeta “2012” tiene dieciocho (18), algunos archivos en idioma inglés, sin traducción, titulados: “1-12.pdf” “2-12.pdf” “3-12.pdf” “4-12.pdf” “5-12.pdf” “6-12.pdf” “7-12.pdf” “8-12.pdf” “9-12.pdf” “Cartagena Refinery Expansión Project Rain Report 2012.xls” “Rain April 2012.pdf” “Rain August 2012.pdf” “Rain February 2012.pdf” “Rain January 2012.pdf” “Rain July 2012.pdf” “Rain June 2012.pdf” “Rain March 2012.pdf” “Rain May 2012.pdf”

Que el expediente no presenta las pruebas de manera ordenada y numerada. Se encuentran pruebas en los archivos y en las carpetas del expediente, sin utilizar un referente o indicador de las mismas. A título de ejemplo, en la Cuaderno Principal 14, obran cinco (5) archivos titulados:

- (i) “20170823_Continuación anexos diligencia exposición libre_PRF 005-2017_FI 2630-2757. PDF”
- (ii) “20170824_Diligencia de exposición libre_PRF 005-2017_FI 2758-2771. PDF”

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- (iii) “20170824_Diligencia de exposición libre_PRF 005-2017_FI 2772-2838. PDF”
- (iv) “IDENTIFICACION_1.PDF”
- (v) “INDICE_1.PDF”

Dificultad de lectura, comprensión y refutación de los Autos (i) No. 749 del 26 de abril de 2021, (ii) No. 0949 del 3 de junio de 2021, y (iii) ORD801119-158-021 del 6 de julio de 2021:

El demandante alega una engorrosa y agotadora lectura y dificultad para identificar los documentos, con implicación de un mayor tiempo buscando los documentos y un mayor esfuerzo en su lectura, como ejemplo señala los siguientes:

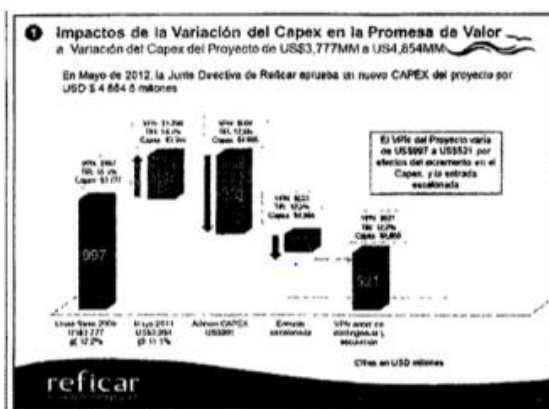
- (i) Los 16 archivos que integran el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 - primera instancia-, están ubicados 16 cuadernos principales -181 a 196-, cada cuaderno con 1 archivo, separación que hace engorrosa y agotadora su lectura, e implica un mayor tiempo de lectura por la necesidad de abrir y cerrar archivos.
- (ii) Los 6 archivos que integran el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 de la Sala Fiscal y Sancionatoria -segunda instancia-, 485 están ubicados en 6 cuadernos principales -207 a 212- cada cuaderno con un 1 archivo, separación que hace engorrosa y agotadora su lectura, e implica un mayor tiempo de lectura por la necesidad de abrir y cerrar archivos.
- (iii) No existe un criterio unificado respecto del número de folios de los archivos que integran los Autos proferidos en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017: 100 folios , 200 folios y 400 folios.
- (iv) El Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 -primera instancia-, 486 de 6243 folios, y el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 de la Sala Fiscal y Sancionatoria -segunda instancia, 487 de 2161 folios, no contienen ninguna guía para ubicar las secciones del mismo a pesar de su extensión.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- (v) En el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 -primera instancia- las marcas sintácticas y de redacción reflejan la tendencia a elaborar oraciones subordinadas complejas y densas, desordenadas y mal puntuadas que alteran los patrones de orden lineal. La providencia citada es excesivamente extensa -6.243 folios-, con cuadros y gráficas difusas, enumeraciones y nomencladores inexactos que hacen compleja su lectura, comprensión y refutación; y el Auto ORD-801119-158- 021 del 6 de julio de 2021 -segunda instancia- -2161 folios- presenta iguales vicios de redacción y de excesiva información mal estructurada y ordenada, con las consecuentes dificultades de comprensión o lectura densa que igualmente no facilitan su lectura, comprensión y refutación.
- (vi) Las cifras de muchos cuadros y gráficas de las providencias del expediente son ilegibles, lo cual hace imposible entender los cuadros y las gráficas. Ni siquiera la utilización de una lupa manual o ampliador del computador -zoom- permiten su comprensión. Lo anterior se puede observar, entre otras, en las páginas 2900, 2902, 2903, 3564, 3565, 3914, 3919, 3924 del Auto 749 del 26 de abril de 2021

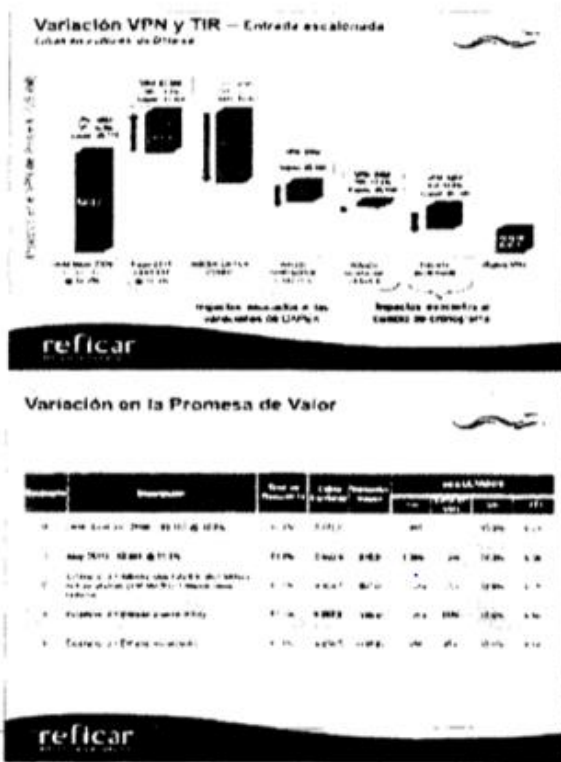
1 A título ilustrativo, la Gráfica de la página 3914 del Auto 749 del 26 de abril de 2021 -primera instancia-, proferido en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017", es ilegible:

El anexo 7 de dicha acta indica:



PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A título ilustrativo, la Gráfica y la Tabla de la página 1326 del Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -segunda instancia- de la Sala Fiscal y Sancionatoria, 488 es ilegible:



Violación de la garantía del debido proceso de nuestros poderdantes consagrada en el artículo 29 superior:

Que los actos administrativos demandados son complejos por su temática, por los hechos y por el número de responsables fiscales, razón por la cual para la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ha debido tener un especial cuidado en la organización del expediente administrativo del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, no como un mero capricho de los investigados, sino como una mínima garantía de su derecho a la defensa y acceso a la justicia.

Que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA falló en el deber mínimo de investigar y declarar responsables fiscales a nuestros poderdantes en el Proceso de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 con un expediente organizado y debido a esa omisión, para acceder a la justicia se tuvieron que realizar esfuerzos desproporcionados en la búsqueda de material probatorio mediante el uso de herramientas tecnológicas de ayuda y soporte, lo que significó invertir gran parte del tiempo que concede el ordenamiento jurídico para interponer recursos y ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la búsqueda y ubicación de los documentos pertinentes para ejercer el derecho de defensa en sede administrativa y para presentar esta demanda. La desorganización del expediente y la ausencia de un sistema de ordenación configura la violación del derecho de defensa de los demandantes.

Un contenido del derecho fundamental al debido proceso es el derecho a la defensa consagrado en el artículo 29 superior, tanto para actuaciones judiciales como administrativas, dimensión del derecho a la defensa, que implica, además de garantizar escenarios de contradicción adecuados, la posibilidad de que los administrados puedan conocer sin tropiezos ni dificultad todos los elementos probatorios de la actuación administrativa en su contra. Si un investigado en una actuación administrativa no ubica fácilmente todos los elementos probatorios, de suyo no puede ejercer su derecho a la defensa.

Que como se expuso, el expediente administrativo del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 es extenso, no está organizado, tiene más de un millón de folios, la labor para ubicar las pruebas es dispendiosa y toma mucho tiempo, y las providencias de primera y segunda instancia tienen graves falencias lingüísticas, que obstaculizaron el derecho de defensa y de acceso a la justicia de los poderdantes.

Cargo Decimoquinto. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA al proferir el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 -resuelve los recursos de apelación- violó el debido proceso de nuestros poderdantes al no tramitar la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

segunda instancia material. Violación del artículo 29 superior, violación de los artículos 56 y 57 de la Ley 610 de 2000 y del artículo 110 de la Ley 1474 de 2011 Causal de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse. Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO interpuso recurso de apelación contra el Auto 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República.

La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA pretermitió la segunda instancia material al proferir el Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria.

Que el Auto de segunda instancia ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017” de la Sala Fiscal y Sancionatoria, y el Auto de primera instancia 749 del 26 de abril de 2021 “POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República, 493 tienen la misma autoría, de acuerdo con el dictamen pericial Lingüístico Comparativo entre el fallo de la primera instancia -Auto No. 749 del 26 de abril del 2021- y el fallo de segunda instancia -Auto ORD-801119- 1582021 del 06 de julio de 2021-,

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, dictamen de fecha 11 de abril de 2022, rendido por la doctora CONSTANZA MOYA PARDO.

A título meramente ilustrativo se presenta uno de los aspectos analizados en el dictamen el dictamen pericial Lingüístico Comparativo entre el fallo de la primera instancia -Auto No. 749 del 26 de abril del 2021- y el fallo de segunda instancia -Auto ORD-801119-1582021 del 06 de julio de 2021- proferidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017, dictamen de fecha 11 de abril de 2022:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ERRORES DE PUNTUACIÓN: marcación de dobles comas innecesarias	
FALLO DE PRIMERA INSTANCIA	FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
La Constitución Política establece en su artículo 268, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, <u>que</u> , entre las funciones propias de la Contraloría, se encuentra la facultad complementaria del	Que como se explicó, este aumento del presupuesto estaba dentro del riesgo asumido por Reficar en el Contrato Onshore y bajo la cláusula TC58, CBI Colombiana tenía derecho a recibir el pago de: (i) la remuneración fija, <u>y</u> , ii) las sumas

control y vigilancia de la gestión fiscal, es decir... p. 341	incurridas con respecto a los costos reembolsables., p 1184.
Dicho concepto comprende entonces todas aquellas actividades ejecutadas por los servidores públicos o particulares, <u>que</u> , en orden a la administración de recursos o fondos públicos, ejercen conforme a sus funciones y atribuciones para cumplir con los objetivos del Estado en los distintos órdenes. p. 345.	(...) como consecuencia, entre otros, por las siguientes situaciones: i) baja productividad, ii) mayores cantidades de materiales y obra originados en defectos de la ingeniería de detalle, iii) fallas en la coordinación del personal directo y de los subcontratistas, <u>y</u> , iv) fallas en la logística. p.1278
El Auto de apertura del proceso, al examinar necesariamente la óptica de la Nación en calidad de accionista de Ecopetrol <u>y</u> , en consecuencia, de Reficar S.A., aborda el valor de la inversión como valor de mercado. p. 357	En efecto, para dilucidar este punto específico, esta Sala de Decisión hace claridad sobre el mencionado nexo de causalidad, <u>que</u> , como elemento estructural de la responsabilidad fiscal, permite atribuir la relación entre la conducta de una persona y el hecho dañoso, sea por acción o por omisión, ... p. 1297
De la misma manera, este Despacho verificó que había otras fuentes de información que podían conocer los miembros de la Junta Directiva de Reficar, además de las actas de la Junta Directiva, tales como el presupuesto del Proyecto y la contabilidad del mismo, <u>que</u> según lo informado en las diferentes diligencias ... p. 418	Para ello, tiene que acudir al daño como criterio orientador, a su razón de ser y su materialización o concreción, <u>que</u> , de la manera más abreviada posible, puede ser mencionado como la vulneración de la promesa de valor del proyecto de expansión de la refinería de Cartagena... p.1752
En este sentido se parte de la premisa, <u>que</u> , de acuerdo con el control de Cambios No. 5, aprobado en Acta de Junta Directiva de Reficar No. 165 ... p. 565	Al sustentarse en la teoría de la imputación objetiva, <u>que</u> , conforme a los criterios del Consejo de Estado, identificó los deberes jurídicos de los distintos agentes que le permiten considerar que un resultado dañoso le es atribuible. p. 1294
Los registros en estas efectuados y posteriormente trasladados al OPEX, han demostrado en el análisis realizado otras situaciones tales como; que los hechos económicos registrados o los terceros no guardan relación con los rotulo de la cuenta, <u>que</u> , manteniendo el mismo tercero, la descripción del registro es limitada para lograr definir porque uno u otro registro es susceptible de ser denominado posteriormente como OPEX. p.592	OBSERVACIONES. Este mismo error se reitera en otras páginas de este apartado. -1306-1307-1313-1336-1423-1510-1526-1527-1627-1733-1761-1814-1825-1873-1910-1962-2006-2027-2084-2103-2118-
OBSERVACIONES. Este mismo error se reitera en otras páginas de este apartado: 576-598.	

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Las múltiples similitudes léxicas, sintácticas, gramaticales, así como la presencia recurrente de los mismos “vicios de redacción” que se presentan en el Auto de primera instancia 749 del 26 de abril de 2021 de la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15495 y en el Auto de segunda instancia ORD801119-158-021 del 6 de julio de 2021 de la Sala Fiscal y Sancionatoria permiten identificar “retratos lingüísticos” con el mismo estilo lingüístico idiolectal.

El Auto de segunda instancia ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 de la Sala Fiscal y Sancionatoria y el Auto de primera instancia 749 del 26 de abril de 2021 proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 tienen la misma autoría.

El Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 fue proferido por la Sala Fiscal y Sancionatoria, 497 Sala integrada por tres (3) funcionarios, quienes recibieron el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 en el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206.

Los tres (3) funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria para expedir el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 tuvieron que leer el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206.

El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206 tiene los siguientes folios, contenidos en archivos PDF y WORD:

CONTEO DE FOLIOS (PÁGINAS) DE LA CARPETA DENOMINADA HALLAZGOS Y CUADERNOS PRINCIPALES 1 HASTA EL ARCHIVO 2 DEL CUADERNO PRINCIPAL	
206	
PDF	1.072.754 FOLIOS (PÁGINAS)
WORD (.DOCX Y .DOC)	47.081 FOLIOS (PÁGINAS)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017 hasta el Archivo 2. del Cuaderno Principal 206 tiene 1.119.835 folios -páginas-, contenidos en archivos PDF y WORD. Los 1.119.835 folios contenidos en archivos PDF y WORD no incluye los folios de los archivos Excel PowerPoint, RTF, CSV, TXT y MSG del expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005- 2017.

La lectura del número de folios registrados en el punto anterior dura más de 365 días sin interrupción alguna, lectura que no incluye los archivos Excel PowerPoint, RTF, CSV, TXT y MSG. Una persona que lee 300 palabras por minuto -ppm- para leer 1.119.835 folios -páginas- se tomaría sin descanso alguno 777 días y una persona que lee 600 palabras por minuto -ppm- para leer 1.119.835 folios -páginas- se tomaría sin descanso alguno 388.8 días.

El Metanálisis “Cuántas palabras leemos por minuto?” de la Universidad de Ghent, Bélgica, 499 con base en estudio 190 estudios sobre 12 idiomas,, en los cuales participaron 18.573 personas, determina que el idioma en el cual la tasa de lectura o velocidad de lectura es más alta en el italiano con 285 palabras por minuto – ppm.

El Auto que concede los recursos de apelación No. 0949 de la Contraloría Delegada Intersectorial 15 fue proferido el 3 de junio de 2021 y el Auto de segunda instancia ORD-801119-158-021 de la Sala Fiscal y Sancionatoria 501 fue proferido el 6 de julio de 2021. Para proferir el Auto de segunda instancia los tres (3) funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria se tomaron treinta y tres (33) días.

Los funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria firmaron el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 “Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017” sin haber leído todo el expediente recibido.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Violación de la garantía del debido proceso de nuestros poderdantes consagrada en el artículo 29 superior, violación de los artículos 56 y 57 de la Ley 610 de 2000 y del artículo 110 de la Ley 1474 de 2011.

El Auto de primera instancia Auto 749 del 26 de abril de 2021 proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República y el Auto de segunda instancia ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 de la Sala Fiscal y Sancionatoria⁵⁰⁹ tienen el mismo estilo lingüístico idiolectal, lo que significa que tienen la misma autoría, lo cual omite de suyo el trámite de la segunda instancia, omisión que vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 56 y 57 de la Ley 610 de 2000 y el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011.

La segunda instancia representa una garantía desde tres perspectivas: (i) un reexamen de la decisión para corregir errores, (ii) un reexamen por un funcionario diferente para asegurar la imparcialidad, y (iii) un reexamen realizado por un funcionario de mayor preparación y experiencia; aspectos todos que se incumplieron al proferir el Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 proferidos en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017- 00309_UCC-PRF-005-2017, porque dicho acto administrativo fue elaborado por quien elaboró el acto administrativo que contiene la primera instancia, luego se pretermitió totalmente la segunda instancia material y se vulneraron los artículos precitados

La doble instancia como garantía esencial del debido proceso cuando la ley la consagra, se satisface con la revisión que de manera autónoma e imparcial realiza una autoridad judicial o administrativa distinta a la que profirió la decisión de primer grado. Se trata de un derecho fundamental que no se agota con el establecimiento de una estructura procesal formal adicional, sino que exige el cumplimiento efectivo del principio de imparcialidad del superior jerárquico, pues de ello depende la legitimidad y la validez de

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

la decisión que se adopte. Sobre la participación de una autoridad distinta en el ámbito de la doble instancia.

A la luz de los precedentes judiciales si el proceso de responsabilidad fiscal en segunda instancia lo sustancia el mismo órgano que realiza la primera instancia, aunque formalmente sea adelantado en dependencias distintas, se prescinde de un examen material imparcial, independiente y distinto que viola la garantía constitucional del debido proceso en el ámbito de la doble instancia, situación que se presentó con la expedición del Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 de la Sala Fiscal y Sancionatoria.

1.2. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

De conformidad con el informe secretarial de paso al despacho fechado del 21 de noviembre de 2023, se certificó que el día 2 de noviembre venció el término para contestar la demanda con escrito allegado en oportunidad por parte de la apoderada judicial de la Contraloría General de la República.

En el mencionado escrito, la entidad inició contestando la demanda afirmando que la declaratoria de responsabilidad en contra del señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, está en el marco de la legalidad y fue suficientemente soportada a partir del material probatorio recaudado, en legal forma, por la Contralora Delegada Intersectorial No. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción de la Contraloría General de la República.

Que no existió vulneración alguna al debido proceso y siempre se permitió al vinculado, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017 (en adelante, PRF005-2017), el ejercicio de sus derechos en materia probatoria, como reflejo de respeto a sus derechos de defensa y de todas las garantías procesales.

Que como consta en el expediente respectivo, además de que se le notificó en debida forma de todas las decisiones que así lo requerían, el ahora demandante tuvo pleno

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

conocimiento de las diligencias realizadas y de todas las pruebas -favorables y desfavorables- practicadas, como lo establece la ley, durante la actuación administrativa.

Que las actuaciones surtidas dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 005-2017, que culminó con la declaratoria de responsabilidad en contra del señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, son el resultado de un cuidadoso y juicioso análisis del acervo probatorio arrimado al proceso. De allí que en el trámite surtido no se observa vicio alguno, pues obran los descargos y peticiones de pruebas del ahora demandante, así como la interposición de los recursos de reposición y apelación en contra del fallo de responsabilidad fiscal adverso a sus intereses, siendo debidamente atendidos y resueltos; es decir que se garantizó el debido proceso y, por consiguiente, el derecho de defensa.

Que en la contestación se demuestra cuál fue el presupuesto del inicio de la acción fiscal en el proceso ya citado, señalando al Despacho de conocimiento que, efectivamente, se comprobó la existencia de un daño patrimonial al Estado que derivó en el fallo con responsabilidad fiscal demandado y que, los elementos de la responsabilidad en cabeza de la parte actora fueron debidamente acreditados en los actos que ahora son objeto de reproche.

Posterior a esto, procedió a pronunciarse puntualmente sobre los cargos de nulidad planteados.

Sobre el **Cargo primero**: La parte demandada señala que el cargo formulado no está llamado a prosperar, toda vez que dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal No. PRF-005-2017, se profirió fallo con responsabilidad fiscal dando aplicación estricta al artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

Que el daño patrimonial objeto de la investigación fiscal se encuentra plenamente probado y determinado; siendo el resultado de la decisión de aumento del CAPEX del proyecto, como consecuencia del retraso en el cronograma y el aumento injustificado

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de los costos de la ejecución de expansión y modernización de la Refinería de Cartagena S.A., producto de las acciones y omisiones imputables tanto a la administración de la Refinería de Cartagena, a los miembros de la junta directiva, como a los contratistas del EPC de 2010.

De esta forma, el hecho generador del daño se ubica en la afectación a los intereses patrimoniales del Estado, derivado de las decisiones sobre el manejo de los recursos públicos que conllevaron a la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, por la aprobación de las adiciones de recursos CAPEX en exceso, sobre los niveles acordados con la remuneración del capital aportado al proyecto a su costo de oportunidad en los controles de cambio 2 y 3.

Que la Contraloría General de la República valoró el efecto fiscal de las decisiones de inversión en el proyecto, con fundamento en las estrategias formuladas en el CONPES 3312 de 2004 y CONPES 3336 de 2005; así como las premisas, parámetros y lineamientos de orden técnico, económico, presupuestal y financiero, definidos para evaluar las inversiones en cada negocio y proyecto del Grupo Empresarial ECOPETROL, las decisiones de inversión se adoptaron entre los años 2011 y 2015 hasta el agotamiento del CAPEX, para lo cual tomaron como fecha de corte el día 31 de diciembre de 2017, cuando REFICAR certificó el costo total corriente en cuantía de 7.795,8 MUSD.

Los fundamentos que tuvo en cuenta este órgano de control para determinar el daño fiscal, y para valorar las conductas y decisiones de inversión en el proyecto objeto de reproche fiscal, fueron los siguientes:

- CAPEX +/- 10% (margen de precisión del presupuesto de inversión en el proyecto previsto en CONPES 3312 de 2004, Acta 110 de octubre 9 de 2009 de Junta Directiva de ECOPETROL y Acta 46 de octubre 20 de 2009 de la Junta Directiva de REFICAR)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- VPN \geq 0
- Tasa de descuento: 11,1%
- Estructura de financiación: capitalizaciones (equity) 40%, crédito (apalancamiento) 60%
- Medidas preventivas y correctivas para evitar o solucionar el fenómeno de escalamiento y para mitigar riesgos del proyecto (control de costos, control de ejecución del EPC, control de gestión, control presupuestal, entre otros).

Aprobación de las mayores inversiones constituyentes de daño para el presente caso: control de cambio 2 y 3.

Que para el control de cambio 2 y 3 en el fallo de responsabilidad fiscal se concluyó que los miembros de la junta directiva de Reficar, se comportaron como simples observadores pasivos de la gestión desarrollada por la alta dirección de Reficar, al aprobar que, con recursos públicos, se aumentara el CAPEX del proyecto, con destino a financiar las inversiones que se consideraban necesarias para lograr el objetivo del PMD, esto es, una refinería ampliada y modernizada. Sin embargo, las actas de junta directiva daban cuenta que dichas aprobaciones no tenían como finalidad lograr mejoras adicionales en el proceso de ampliación y modernización, sino que se estaban diluyendo en pagos adicionales que se generaban y aumentaban cada día, como consecuencia, entre otros, por las siguientes situaciones:

- i) Baja productividad.
- ii) Mayores cantidades de materiales y obra originados en defectos de la ingeniería de detalle.
- iii) Fallas en la planeación en la ejecución del contrato EPC-2010, en la coordinación del personal directo y de los subcontratistas.
- iv) Fallas en la logística.

Que lo anterior, trajo como consecuencia que las inversiones resultaran ineficientes y antieconómicas al vulnerar la promesa de valor y la rentabilidad de los recursos

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

inyectados, teniendo como marco de referencia, las bases de portafolio del Grupo Empresarial, en donde es titular el Estado de las acciones en un 88.49%, y que llevaron a un detrimento patrimonial a los intereses del Estado de DOS BILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS Y CUARENTA Y TRES CENTAVOS (2.945.409.783.732,43), inversiones que no se hubiesen aprobado si se trataran de recursos de su propio peculio.

Que al respecto, es importante traer apartes del fallo con responsabilidad fiscal No. 749 de 2021, en donde, con claridad, se expone la segmentación del CAPEX en porciones constitutivas y no constitutivas de daño, y se explica por qué el detrimento, desde la perspectiva eminentemente técnica, no obedeció al componente específico de la modalidad de contratación:

“Planteamiento del daño fiscal en el auto de imputación

Con base en el Informe Técnico rendido por el consultor Julio Villarreal, así como las complementaciones y aclaraciones formuladas de acuerdo con las solicitudes de los apoderados de los implicados, y analizando otro conjunto de pruebas como los modelos financieros que soportan cada control de cambios, los informes de bases de portafolio, las actas de junta directiva de Reficar y las actas de Comité de Negocios de la Junta Directiva de ECOPETROL S.A., el Despacho determinó dentro del auto de imputación el daño fiscal como la suma de las porciones de cada adición al CAPEX del proyecto que vulneran la rentabilidad y la promesa de valor, vulneraciones que se concretan en la afectación que representan el valor presente neto (VPN) y la tasa interna de retorno (TIR) resultante de los análisis de los flujos de caja descontados, acotados al período de inversión o agotamiento del CAPEX.

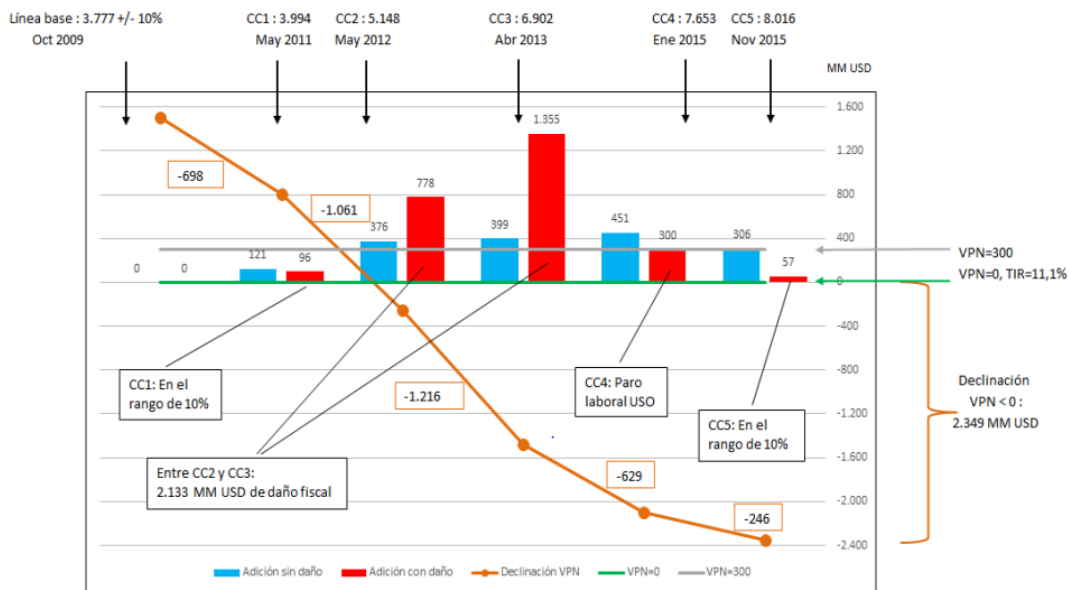
Con esta decisión metodológica el Despacho respondió las solicitudes de aclaración y las objeciones formuladas en su defensa por los implicados en las versiones libres, en

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

el sentido de que la referencia al VPN afectado no ofrecía certeza porque se trataba de un ejercicio de cálculo basado en unas estimaciones futuras de flujos de caja. Al acotar el horizonte de análisis al período de inversión, se obtiene certeza porque lo que se representa es una distribución del CAPEX total aprobado en la secuencia de los hitos del proyecto, y no incluye las estimaciones de flujos futuros de efectivo que generaría la nueva refinería, ni los generados por la antigua. La acumulación de CAPEX se encuentra debidamente soportada tanto en las certificaciones de ejecución presupuestal, así como en los compromisos registrados en la cuenta auxiliar 5897, que era la cuenta de construcciones en curso, en la que se registraban todos los costos y gastos del proyecto, incluyendo los intereses de deuda.

La gráfica siguiente presenta una síntesis de las declinaciones del VPN del proyecto a partir de su cuantificación en el hito de línea base (la secuencia de líneas diagonales) y su efecto sobre la distribución de cada adición de CAPEX en dos porciones: una constitutiva de daño y otra que permitía al proyecto mantener la viabilidad financiera y su rentabilidad, entendida como la obtención de una TIR superior o igual a la tasa de descuento adoptada (11,1%), o lo que es lo mismo, la generación de un VPN superior o igual a cero. Por eso en la gráfica la abscisa representa el cumplimiento de las condiciones $VPN=0$ y $TIR=11,1\%$. En razón a que todos los controles de cambio dieron lugar a declives en el VPN, cada uno de ellos, según la magnitud de la adición y el menor VPN causado participa en la composición del daño.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA



En la línea base, el VPN de todo el horizonte del proyecto desde 2009 hasta 2034 alcanza un monto de 1.501 MUSD (véase la escala del lado derecho). Cada control de cambio, al modificar el valor y la distribución interanual del CAPEX, causó por este único motivo (no por otros, como el cambio en el horizonte de operación), una disminución en el VPN representada en los números resaltados en rectángulos. En la parte derecha del gráfico se indica que el efecto agregado de estas modificaciones fue una declinación de 2.349 MUSD bajo el umbral VPN=0, la cual fue objeto de distribución en los cinco hitos posteriores a la línea base, según el detalle de cálculo expuesto en la sección segunda del auto de apertura.

Como resultado de los análisis documentales efectuados, el Despacho determinó de qué manera cada adición al CAPEX, al distanciarse de la línea base, evidencia un deterioro del VPN y la TIR que vulneran la rentabilidad y la promesa de valor que justificaron la aprobación y viabilización de la ejecución del proyecto, con la garantía ofrecida por ECOPETROL de proveer los avales y los recursos que hicieran falta para financiarlo. Las adiciones al CAPEX generan una pérdida de valor de la inversión representada en los menores valores de VPN y TIR, de modo que los flujos de caja futuros se muestran insuficientes para remunerar el capital invertido a su costo de oportunidad.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como criterio complementario utilizado en su análisis, el Despacho incorporó en el auto 773 como regla de valoración el margen de precisión de +/- 10% sobre el valor del CAPEX. Bajo esta regla, como se detalla en la gráfica anterior, se encuentra la porción del control de cambio 1, en cuantía de 96 MUSD que vulneran la promesa de valor, suma que resulta inferior al 10% de la adición aprobada e incluso bastante menor al valor del presupuesto de contingencia para esa adición, de 284 MUSD, con lo cual queda comprendida dentro de los parámetros de prudencia financiera con base en los cuales se valora el presente caso. Lo mismo ocurre con el control de cambio 5, en el que la porción en cuantía de 57 MUSD que vulnera la promesa de valor, resulta inferior al margen de precisión del CAPEX e inclusive al valor de la contingencia y la escalación aprobada en dicha adición por la suma de 65,8 MUSD.

De manera contraria, en los controles de cambio 2, 3 y 4 las adiciones al CAPEX excedieron el margen de precisión, es decir la propia desviación presupuestal admisible desde la planeación del proyecto. Ante tal circunstancia, el Despacho efectuó la segmentación de cada adición en dos tramos, distinguiendo la porción que conllevó a vulnerar la promesa de valor y la porción que permitía al proyecto mantener su rentabilidad financiera en una magnitud equivalente a la tasa de descuento de 11,1%. El control de cambio 2 implicó una adición de 1.154 MUSD, muy superior al 10% del CAPEX vigente hasta ese hito (399 MUSD); el control de cambio 3 incorporó al proyecto CAPEX adicional por 1.754 MUSD, también superiores al 10% recalculado sobre el CAPEX previo (515 MUSD); y el control de cambio 4 trajo consigo un incremento de 751 MUSD en el presupuesto de capital, superiores al margen de precisión de 690 MUSD sobre el CAPEX precedente.

Complementariamente a lo anterior, es necesario también hacer claridad sobre la identificación de daño fiscal sobre el control de cambio 2 a pesar de que, sobre la totalidad del horizonte del proyecto modelado financieramente antes de esa instancia de decisión, el VPN resulta positivo (185 MUSD) y la TIR (11,43%) excede a la tasa de descuento (11,1%). Tal situación procede del hecho de que, paralelamente con cada

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

expansión de CAPEX, en todos los hitos del proyecto posteriores a la línea base se desplazaron hacia el futuro los cronogramas para el desarrollo de determinadas actividades o componentes de la ejecución, de modo tal que la conversión a valor presente de las erogaciones monetarias respectivas se vio favorecida por un factor de descuento menos riguroso que el establecido en el hito previo. Esto quiere decir que, por efecto de las variaciones del VPN ocurridas entre el hito de línea base y cada uno de los controles de cambio, es decir antes del cálculo de la incidencia efectiva de éstos, representada en el gráfico, el VPN del período de inversión tuvo una variación al alza que no está asociada a las decisiones de inversión del hito sobre el que versa cada cuantificación del declive en el VPN. El período en el que cada hito causa un “legado” de valor al siguiente fue retirado del cálculo de daño de la misma manera en que fue retirado el período de operación. El Despacho evidenció también que el valor legado resulta compensado por un menor VPN en el período de operación en razón a que este último, dentro del modelo financiero, se inicia en una fecha posterior a la contemplada antes de cada hito del proyecto.

“La relación de las deficiencias de ejecución con las adiciones de CAPEX, sobre las cuales versa el daño fiscal, procede de la distinción de los tipos de erogaciones según las situaciones que les dieron origen. Algunas adiciones están ligadas a los factores convencionales de desviación respecto a condiciones iniciales (líneas base de alcance, cronograma y presupuesto) como lo expone el perito Edward Merrow en la etapa de contradicción del informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020, cuando señala que "gran parte del crecimiento de los costos y el retraso en el cronograma podrían explicarse por una definición inicial deficiente del proyecto"; otras fuentes de afectación presupuestal proceden de la materialización de contingencias por fuerza mayor o caso fortuito; y otras tienen lugar por la causal denominada por el propio perito Merrow "mala gestión del proyecto", "equipos de propietarios inadecuados" y "comportamientos de mala gestión de los propietarios”.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sobre la segmentación del CAPEX en porciones constitutiva y no constitutiva de daño, la partición efectuada sobre las adiciones de CAPEX, tal como fue refrendado en el informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020, no guarda relación explícita con causales de variación de CAPEX, dado que prima facie, el sostenimiento de la remuneración de oportunidad no depende de qué tipo de circunstancia lleva a aumentar una cuantía de CAPEX. No obstante, la revisión de los tramos para localizar dentro de ellos situaciones como las contingencias por caso fortuito o fuerza mayor o irresistibilidad, esta última por la cual fue retirada de la cuantificación de daño la adición del control de cambio 4, sí tiene una correspondencia con la forma de acumularse cada tipo de CAPEX. El que constituye daño comienza a suprimirse con el efecto de las contingencias, mientras que el que no constituye daño se comienza a acumular a partir de las condiciones convencionales de ampliación de CAPEX en un megaproyecto.”

El demandado indicó que no le asiste razón a la parte actora en tanto se comprobó la existencia de una daño patrimonial al Estado, siendo este, la suma de las porciones de cada adición al CAPEX del proyecto que vulneraron la rentabilidad y la promesa de valor vulneraciones que se concretaron en la afectación que representa el valor presente neto (VPN) y la tasa interna de retorno (TIR) resultante de los análisis de los flujos de caja descontados, acotados al período de inversión o agotamiento del CAPEX.

La decisión metodológica adoptada por la Contraloría General de la República tuvo por objetivo determinar con certeza la naturaleza y la magnitud de la lesión a los intereses patrimoniales del Estado, de manera que, la refiere a una porción determinable y determinada de cada adición presupuestal, siendo claro que lo que varió no fue el hecho generador del daño sino su cuantía, variación que fue producto del análisis probatorio y las solicitudes de aclaración y las objeciones formuladas por los implicados. Por lo anterior, solicitó, no acoger el cargo planteado.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sobre el **Cargo segundo**: la parte demandada alega que el cargo segundo no está llamado a prosperar, toda vez que en el caso en cuestión se comprobó la existencia de un daño patrimonial al estado, así mismo, los elementos de conducta y nexo de causalidad fueron debidamente acreditados en los actos demandados, en función del presupuesto de la responsabilidad fiscal y no de concepciones penales o disciplinarias. Es por estas razones que, en torno a los elementos de la responsabilidad fiscal de “daño”, “conducta” y “nexo de causalidad”, la actuación administrativa se reputa perfecta, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 5 y 6 de la Ley 610 de 2000.

Frente a la supuesta inexistencia del daño patrimonial la parte demandada puntualiza que la parte demandante recurre erróneamente a los postulados técnicos del Manual del DNP, para llevar el caso fiscal juzgado a la esfera de la valoración de proyectos, cuando, su fundamento radicó en la pérdida de valor de las inversiones adicionadas, en detrimento de la restabilidad equivalente a la tasa de descuento; inversiones sujetas, cada una en su ocasión, al criterio de aceptación del Grupo Empresarial Ecopetrol.

Que siendo un proyecto que en su formulación inicial mostrara indicadores como los del Control de Cambio 2, recibiría concepto favorable en cuanto a su aprobación, empero, en el caso en cuestión, la formulación inicial partió de un VPN y una TIR superiores, y las adiciones del CC2 no procedieron de factores externos o no susceptibles de control, de modo que, lo que tuvo lugar, fue una destrucción del valor financiero, cuyas inversiones asociadas fueron tomadas como daño, únicamente en la medida que, una vez concluido el proyecto, situaron la rentabilidad de la inversión por debajo del umbral de la tasa de descuento.

En otras palabras, la decisión presupuestal del CC2 materializó riesgos de declinación de la rentabilidad, y este reproche es válido para cada uno de los controles de cambio con independencia de los valores que alcanzaran el VPN y la TIR, siempre y cuando la secuencia de decisiones condujera a que el VPN final fuese negativo.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por lo anterior, los resultados del CC2, efectivamente se asocian a las directrices de bondad financiera de un proyecto valorado en su formulación inicial, así como las expone el DNP, pero, por su propia definición, el CC2 no es una formulación inicial sino un hito de estado intermedio del proyecto, en el que se verificó que se produjo un declive en los indicadores financieros respecto de la formulación inicial del proyecto, es decir, fue erosionado su beneficio.

Como se expresa en la explicación del daño en el auto de imputación y el auto de fallo del proceso de responsabilidad fiscal: *“(...) el daño patrimonial se distribuye en todos los controles de cambio, dado que en el primero de ellos se disponen acciones de adecuación orientadas hacia la configuración previamente adoptada²⁸ para la refinería (Caso 1.3.7 con revamping de FCC²⁹ orientada a la maximización de propileno), y en los siguientes (controles 2, 3, 4 y 5) ninguna modificación presupuestal tuvo origen en iniciativas de expansión de la capacidad de absorción de crudo o de algún otro atributo de desempeño de la refinería”*

Ademas el demandado alega que, las adiciones no respondieron a inversiones que reforzaran la capacidad del activo de refinación para proveer beneficios, pero aparte de ello, llevaron en su conjunto a que el valor financiero del proyecto se hiciera negativo.

Que en ese sentido, no es cierto que en el aumento del CAPEX del proyecto debido a la aprobación del control de cambios 2, se hubiesen acatado ni cumplido con todos los requerimientos del proyecto. Existe una notable diferencia cualitativa entre: i] aceptar un proyecto a partir de un conjunto de alternativas, como sucedió en el hito de línea base y, ii] aceptar una adición de capital sobre un proyecto que, previamente, ya fue pensado y elegido bajo unas precisas condiciones económicas y, que, por razón de la adición, sufrió una desmejora medida por el declive en el valor financiero. Así entonces, el “cumplimiento” de la regla no desconoce el hecho de que se haya materializado el riesgo de pérdida de rentabilidad que originó el daño investigado y declarado.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sobre el **Cargo tercero**: La parte demandada señala que el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad. Que no le asiste razón a la parte demandante al señalar que se incurrió en falsa motivación por utilizar el indicador de rentabilidad: Valor Presente Neto –VPN, para la determinación y cuantificación del daño patrimonial. Lo anterior, por cuanto aquel (el VPN), como un instrumento financiero y de registro contable que se utiliza para medir la inversión, no es una invención de la Contraloría General de la República, toda vez que se siguieron las directrices plasmadas en el CONPES 3312 de 200430 y la norma contable NIC 36, que señalan el deterioro en el valor de activos o unidades generadoras de valor, constituyéndose en una herramienta útil y eficiente para abordar la complejidad del asunto.

El valor presente neto -VPN, es una herramienta financiera para la valoración de inversiones, no es un instrumento de registro contable, y sí incorpora para su cálculo los flujos de caja a ser descontados.

El VPN es un método utilizado por el Departamento Nacional de Planeación para identificar, preparar y evaluar proyectos de inversión pública y, se ha definido tradicionalmente, como:

“El VPN representa el valor presente de los beneficios netos después de haber recuperado las sumas invertidas en el proyecto y sus correspondientes costos de oportunidad... representa la equivalencia presente de los ingresos netos futuros y presentes de un proyecto” (Mokate, 2003).

Ahora, en relación con los argumentos que invoca el demandante frente a la inaplicabilidad de la norma NIC, es pertinente traer a colación lo expuesto en el auto No. ORD-801119-158-2021 de 06 de julio de 2021 mediante el cual se resolvieron los recursos de apelación en contra del fallo con responsabilidad fiscal No. 749 de 2021 y se surtió el grado de consulta de segunda instancia; en el que se precisa que:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“La inexistencia del daño por el cual se profiere fallo con responsabilidad Fiscal, en el cual parte de afirmar que ‘lo expuesto en el fallo sobre el daño y su cuantía no solo se estructura sobre graves errores de lógica, financieros y jurídicos sino sobre afirmaciones y argumentaciones falsas y además que, para insistir en la existencia del daño, el fallo se aparta expresamente del informe técnico rendido por sus funcionarios’ se procede a resolver de la siguiente manera:

Para abordar lo señalado por el recurrente, sea lo primero precisar que en la presente causa fiscal tuvo origen en las situaciones descritas en lo hallazgos de auditoría recogidos en el auto de apertura 0382 de 2017, en el que por una parte fueron presentados hechos en los cuales se evidenciaba la afectación al interés patrimonial asociados a contratos o transacciones individuales, así como un hallazgo de naturaleza financiera y consolidada, por el cual la afectación fue presentada como un diferencial en el valor presente neto entre el escenario de línea base y el control de cambio 5. . Este fue soportado en el informe ‘Análisis Modelo Financiero - Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato — Estimación del Lucro Cesante’ del consultor Julio Villarreal Navarro, aportado al expediente. En el hallazgo financiero, la afectación fiscal fue diseccionada en porciones asociada al gasto de capital (CAPEX) y asociada a entrada tardía, y dentro de cada una de ellas se distinguió una porción histórica y una porción proyectada.

De suerte que el primer tipo de hallazgos referido a irregularidades detectadas a modo de muestra sobre un universo muy amplio de transacciones u operaciones contractuales, este fue englobado en el daño emergente que se formuló con base en la evaluación financiera

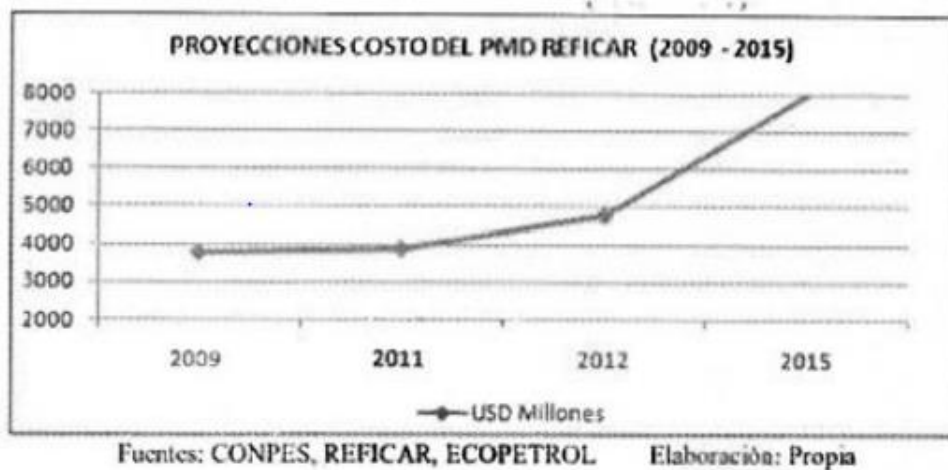
Por tanto desde el auto de apertura del proceso No. 0382 de 2017, los dos tipos de hallazgos presentados evidenciaron dos aspectos de una misma realidad desde perspectivas o enfoques diferenciados, que no fueron modificados ni en el auto de imputación No. 773 de 2018, ni en Auto 749 de 2021 pues el daño guarda relación con

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

las situaciones de deficiencia en la gestión de recursos que comprenden atrasos, retrabajos, reprocesos, fallos de coordinación, entre otros, pero vistos desde la óptica del efecto financiero adverso a la rentabilidad de la inversión. Esto está plenamente probado en el proceso lo que de plano desvirtúa la afirmación realizada por el apelante.

Los controles de cambios, son en realidad aumentos al presupuesto de un proyecto que presentó múltiples falencias en su desarrollo, falencias plasmadas en la revisión de las situaciones particulares descritas en los hallazgos producto de la Actuación Especial adelantada por la CGR al proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena, obras adelantadas por la empresa CB&I Chicago Bridge and Iron y gerenciada por Fooster Wheeler.

De entrada, puede verificarse las proyecciones del costo del PMD a lo largo del proyecto así



Como puede verse, el presupuesto ejecutado, desbordó lo inicialmente contemplado lo que demandó entonces mayor inversión.

El estudio del daño a partir de la metodología del VPN, es un instrumento financiero, de registro contable, para medir la inversión, el sistema no fue una invención de la primera instancia sino siguió las directrices plasmadas en el CONPES 3312 de 2004 y la norma contable NIC 36 que señalan el deterioro en el valor de activos o unidades generadoras de valor.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“Fue esta regla, la que permitió abordar la complejidad del proyecto, megaproyecto que está compuesto de múltiples transacciones que, de hacerse de forma individual, harían engorrosa y poco útil la función de la Contraloría General de la República. No es el usual proceso de responsabilidad fiscal adelantado en un contrato de obra, donde se verifica el monto de los recursos invertidos, el cumplimiento del objeto y la satisfacción de la necesidad evidenciada; ahora, que se haya adelantado bajo este planteamiento que se nutre a su vez de las pruebas legalmente recaudadas en el trámite del proceso, se establece como un método supletorio que indica que decisiones financieras se tomaron en el desarrollo del proyecto e indican si estas fueron eficientes, eficaces y se dirigían a cumplir los fines del Estado, en el ámbito de las inversiones realizadas en proyectos societarios en el cual el interés patrimonial es la rentabilidad y la promesa de valor, que para el presente caso corresponde al capital público societario de Ecopetrol. Para el A-quo, la rentabilidad es un atributo del capital, y en este caso del capital público, que es lo que le da la competencia a esta entidad de control para actuar en esta causa fiscal, por lo tanto, es este su parámetro.”

Finalmente, es de señalar que la jurisprudencia administrativa no ha objetado la utilización de la herramienta del VPN, para la determinación y cuantificación del daño fiscal. El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia proferida el 23 de agosto de 2018, si bien encontró que la cuantificación efectuada por la Contraloría Distrital de Bogotá, para efectos de determinar el daño fiscal, no justificó la utilización de unas variables dentro del método de flujo de caja libre descontado, tales como: las depreciaciones, amortizaciones, intereses y activos; no objetó ni reprochó, en parte alguna de esa providencia, la utilización del instrumento Valor Presente Neto –VPN aplicado en el ejercicio financiero, para, con base en las cifras obtenidas de esas variables cuestionadas, calcular los diferentes escenarios de bondad financiera mediante el VPN y la TIR

Así pues, como quiera que, se reitera, el VPN es una herramienta reconocida por la comunidad financiera y económica, que fue utilizada por la Contraloría General de la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

República bajo un contexto metodológico aplicable a la cuestión, aunado al hecho de que fue la medida escogida por parte de la Junta Directiva de Reficar para establecer sus variables financieras, y porque su utilización no ha sido objetada ni rechazada por los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa para efectos de determinar la cuantificación y existencia de un daño

Sobre el **Cargo cuarto**: El demandado señala que el cargo no está llamado a prosperar. En primer lugar, frente a la supuesta violación de normas superiores por aplicación indebida de los artículos 5, 6, y 53 de la Ley 610 de 2000 y por falta de aplicación del artículo 54 de la misma Ley, me remito, en su integridad, a lo expresado en la respuesta al “SEGUNDO CARGO”.

Que frente a la existencia y determinación del daño patrimonial, se evidencia que este elemento de la responsabilidad se encuentra debidamente acreditado en los actos administrativos demandados y, para el asunto que nos convoca, es el resultado de una serie de decisiones de aumento del CAPEX del proyecto, las cuales fueron consecuencia del retraso en el cronograma y el aumento injustificado de los costos de la ejecución de expansión y modernización de la Refinería de Cartagena S.A. Así pues, el hecho generador del daño se ubica en la afectación a los intereses patrimoniales del Estado, derivado de las decisiones sobre el manejo de los recursos públicos que conllevaron a la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, por la aprobación de las adiciones de recursos CAPEX en exceso, sobre los niveles acordes con la remuneración del capital aportado al proyecto a su costo de oportunidad en los controles de cambio 2 y 3.

Ahora bien, en lo que respecta a la supuesta *“insuficiencia de las razones para establecer algunos presupuestos del ejercicio financiero utilizado por la Contraloría General de la República”* para fijar el valor del daño; es preciso remitirme, para dar suficiente claridad, a lo señalado en el numeral “13.1.3.3.11 Consideraciones del

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Despacho respecto a los argumentos de defensas relacionados con el daño a los intereses patrimoniales del Estado”, del auto 749 de 26 de abril de 2021, que se desarrolla entre las páginas 624 a 673, y que expone lo siguiente:

“13.1.3.3.11 Consideraciones del Despacho respecto a los argumentos de defensa relacionados con el daño a los intereses patrimoniales del Estado.

(...)

El Daño determinado y su cuantificación está estructurado sobre hechos y datos reales por las siguientes razones:

El atributo de certidumbre conserva el planteamiento del auto de imputación en el sentido de que, de una parte, el CAPEX adicionado fue efectivamente aplicado como aporte de capital luego de la secuencia de eventos comprendida desde la aprobación en cada control de cambio hasta la ejecución evaluada por el despacho mediante el análisis contable y presupuestal; y de otra, el horizonte de años en el que se enmarca el hecho generador de daño es el período de inversión, una vez separadas las variaciones del indicador VPN ocasionadas por el cambio en las estimaciones del flujo de operación de la refinería una vez puesta en funcionamiento, aparte de que en la metodología de cálculo de la afectación fiscal se retiran también los flujos de caja generados por la refinería antigua.

QUE EL VPN HIPOTÉTICAMENTE PUDIERA SER MENOR QUE CERO COMPORTARÍA LA POSIBILIDAD DE UNA RENTABILIDAD MENOR A LA PREVISTA O ESPERADA DEL 11,1%, PERO NO SIGNIFICARÍA UNA PÉRDIDA DEL CAPITAL INVERTIDO. EL AUTO DE IMPUTACIÓN PLANTEA EL ABSURDO SEGÚN EL CUAL, SI UNA INVERSIÓN NO GENERA UNA RENTABILIDAD MÍNIMA, EL CAPITAL DEBE ENTENDERSE COMO PERDIDO.

En primer lugar, por la correspondencia matemática entre los indicadores VPN y TIR, un resultado de VPN negativo en el contexto de la formulación del PMD coincide

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

necesariamente con una rentabilidad TIR inferior a 11.1%; y segundo, en cuanto a la generación de una pérdida de capital en sentido económico, el despacho, una vez examinadas las consideraciones de doctrina económica sobre evaluación de proyectos referidas a la cualificación del tipo de daño formulado en el auto 773, se aparta de la conclusión emitida en el punto 1 del informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020.

La delimitación planteada sobre el carácter patrimonial del daño asociado a una tasa TIR negativa, dentro del citado informe, es abiertamente restrictiva frente a la concepción jurídica del daño fiscal dentro del artículo 6°. de la Ley 610 de 2000, por la cual la afectación fiscal lleva la esfera del interés patrimonial del Estado hasta el objeto funcional de las iniciativas de la gestión pública como los planes, programas y proyectos, éstos últimos caracterizados en su formulación y en sus criterios de aprobación y ajuste por los objetivos de rentabilidad, financiera o social según el caso, de la entidad que los emprende.

(...)

En el caso específico del PMD, la naturaleza societaria de Ecopetrol y de Reficar SAS se encuentra estrechamente vinculada con el objetivo de retribución financiera sobre el capital aportado a las iniciativas de inversión. En tal sentido, el interés de oportunidad contenido dentro de la tasa de descuento de 11.1% se establece en las bases de portafolio del Grupo Empresarial de Ecopetrol como mecanismo de calificación del desempeño financiero de los proyectos individualmente considerados (stand alone).

Por otro lado, de ninguna manera el despacho señala que 'la razón por la cual se decidió acometer el proyecto fue la obtención de una rentabilidad mínima esperada', puesto que la iniciativa del documento Conpes 3312 de 2004 ofrece el contexto de política pública dentro del cual se enmarcan los objetivos del PMD como iniciativa de desarrollo para el sector minero - energético. La rentabilidad es la variable económica de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

referencia para hacer compatible la realización del proyecto con la satisfacción del aportante de capital en cuanto a la retribución por la entrega y conservación, a lo largo del período de inversión, del aporte de recursos frente a opciones alternas disponibles de uso.

El atributo de certidumbre conserva el planteamiento del auto de imputación en el sentido de que, de una parte, el CAPEX adicionado fue efectivamente aplicado como aporte de capital luego de la secuencia de eventos comprendida desde la aprobación en cada control de cambio hasta la ejecución evaluada por el despacho mediante el análisis contable y presupuestal; y de otra, el horizonte de años en el que se enmarca el hecho generador de daño es el período de inversión, una vez separadas las variaciones del indicador VPN ocasionadas por el cambio en las estimaciones del flujo de operación de la refinería una vez puesta en funcionamiento, aparte de que en la metodología de cálculo de la afectación fiscal se retiran también los flujos de caja generados por la refinería antigua.

LA RENTABILIDAD DEL 11,1% ES UNA SIMPLE EXPECTATIVA.

(...)

La tasa del 11.1% es '(...) el criterio pasa / no pasa de todos los proyectos y negocios del Grupo Empresarial' y se convierte en la expectativa de rentabilidad mínima para el proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena considerada por el Grupo Empresarial en cabeza de Ecopetrol para estimar los Modelos financieros del Ecopetrol y la sociedad (Reficar S.A.S) con la cual se recuperarían sus inversiones. Esta tasa se mantuvo en los cálculos y ajustes en cada control de cambios. De acuerdo con lo anterior, las Bases del Portafolio de inversiones del Grupo empresarial para cada periodo, presenta esta tasa como la expectativa de rentabilidad mínima que se espera en sus casos de negocio. Como se observó en el desarrollo del proyecto, la rentabilidad

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

a medida que se incrementaban las adiciones al CAPEX iba disminuyendo hasta niveles por debajo del 11,1%.

Adicionalmente, en el proceso de selección, asignación y monitoreo de desempeño de los recursos invertidos dentro del portafolio empresarial, se espera que las condiciones planteadas u ofrecidas en el proyecto que compite por recursos sean adecuadas y ayuden a la optimización del portafolio, crecimiento del grupo y obtención de rentabilidad.

(...)

Así mismo, ‘asegurar que los proyectos y negocios cumplan con su promesa de valor’. Dicho en otras palabras, que cumplan los indicadores o criterios económicos de adición de valor y optimización del portafolio, como son: la maximización del VPN y la relación eficiente entre valor y riesgo que, por supuesto van directamente relacionadas, entre otros, con la tasa de rentabilidad mínima, que para efectos del proyecto fue del 11.1%.

LAS DECISIONES CONSISTENTES EN ADICIONAR EL CAPEX EN EL MARCO DE LOS CONTROLES DE CAMBIO, NO FUERON ANTIECONÓMICAS, INEFICIENTES E INOPORTUNAS Y MENOS AÚN PUEDE AFIRMARSE QUE LA GESTIÓN FISCAL NO SE APLICÓ AL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO PARTICULARIZADOS EN EL PROYECTO DE AMPLIACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA.

Se recalca que los fines del Estado han sido objeto de vulneración por cuanto la variable referente para el objetivo de un proyecto de inversión (objetivo sobre el cual se distingue la lesión al interés patrimonial del Estado, en línea con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000) es la rentabilidad en cuanto medida de satisfacción del interés financiero del aportante de recursos. La afectación no procede, en el caso bajo examen, de que la refinería no se haya construido, sino de las condiciones financieras

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

particulares adoptadas en el transcurso del período de inversión, sobre las que convergieron distintos fenómenos de anomalía (más otros como contingencias) desde la formulación hasta la ejecución, cuyo reflejo desde la óptica de la modelación financiera fue el declive del valor generado y expresado en términos del indicador VPN solamente en la medida que dicho indicador se situó por debajo de la tasa de descuento de 11.1% con las acotaciones descritas en el algoritmo de cálculo, es decir supresión del horizonte de operación, supresión de variables distintas al CAPEX, y los demás ajustes indicados sobre la cuantificación del auto 773, como la indexación, modificación del valor de perpetuidad en el hito de línea base y supresión del efecto de atrasos de ejecución en los controles de cambio.

INEXISTENCIA DEL DAÑO: LA ESTRUCTURACIÓN DEL DAÑO EN UN ERROR CRASO, INEXCUSABLE E INADMISIBLE: CONSIDERAR LA LÍNEA BASE DEL PRESUPUESTO DEL PROYECTO (MUSD \$3.777 +/- 10%) COMO EL ESTIMADO REAL DE LO QUE DEBIÓ INVERTIRSE PARA TERMINAR EL PROYECTO Y A PARTIR DEL MISMO CALCULAR LA SUPUESTA PÉRDIDA DEL VALOR DE LA INVERSIÓN CON OCASIÓN DE LOS INCREMENTOS DEL CAPEX QUE SE DIERON CON LOS CONTROLES DE CAMBIO.

Desde la óptica financiera las únicas decisiones posibles en cada CC, a saber, continuar o abandonar, pues no llevar a cabo el proyecto era una opción imposible, entonces no se puede determinar con base en el auto si las decisiones de inversión fueron acertadas o erradas y por lo tanto al no determinar que hubo un error en las decisiones éstas no pueden constituirse en hecho generador de un daño.

Atributos del daño: existencia, certeza, objetividad, actualidad, carácter patrimonial, irreversibilidad.

El atributo de existencia deriva del propio concepto de daño consignado en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, por el cual el interés patrimonial público se plasma en los

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

objetos de aplicabilidad propios de cada iniciativa de gestión de recursos estatales. Dado que, en el contexto de las empresas públicas, además de las consideraciones estratégicas por las que el Estado mantiene participaciones de capital, el móvil o propósito de la inversión es la rentabilidad, sobre ella, según su formulación explícita, no interpretada o estimada, o conjeturada, recae la identificación de la existencia o ausencia de daño.

Sobre al atributo de certeza, la evaluación del despacho condujo a concluir que la certidumbre nace en la decisión misma de inversión, en cuanto autorización para que las sumas añadidas al CAPEX sean recolectadas y utilizadas, en complemento con la verificación de que, como lo indica el informe técnico ordenado mediante el auto 1501 de 2020, las sumas autorizadas fueron efectivamente aplicadas a adquisiciones. Así pues, la información obtenida por la CGR en el curso del proceso verifica cada uno de estos fenómenos, es decir tanto la entrada de los recursos de ingreso como la aplicación de éstos a las distintas categorías de CAPEX.

Sobre el atributo de objetividad, el Despacho pone de relieve que precisamente por la exigencia de que el daño patrimonial sea de carácter objetivo es que se utiliza la categoría del valor económico, no como variable de cuantificación del daño, sino como espejo o reflejo de las consecuencias económicas de la aprobación de recursos presupuestales efectivamente aprobados, efectivamente traducidos en contrataciones y efectivamente ejecutados. De ninguna manera la metodología aplicada en el auto 773, sostenida conceptualmente en la presente providencia, transgrede los principios elementales de la valoración financiera; por el contrario, recurre a sus postulados centrales para descomponer la variación del presupuesto en tramos según su contribución al sostenimiento de la promesa de valor predeterminada también de manera objetiva y documentada.

El atributo de actualidad remite a la consideración de que, dentro del contexto de las decisiones presupuestales, el valor de la oportunidad de las inversiones adicionales

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

aprobadas es presente, no posterior a modo de una eventual liquidación de aportes o participaciones de capital, y tampoco bajo la forma de utilidad no percibida y susceptible de ser generada en el horizonte de operación de la refinería. Se trata de la capacidad de colocar los recursos en las opciones catalogadas como disponibles y alcanzables dentro del portafolio del Grupo Empresarial Ecopetrol, es decir aquellas cuyo desempeño financiero es catalogado como satisfactorio luego de la evaluación técnica correspondiente.

Metodología de cálculo del daño

Respecto de la selección de la metodología de cuantificación del daño dentro del auto 773, retomada con algunos cambios algorítmicos en la presente providencia, se reconoce que el procedimiento entendido integralmente no es efectivamente producto de una ‘práctica común’ o recurrente, de hecho es una elaboración ajustada a la necesidad de clarificar el papel de las inversiones CAPEX respecto de la defensa del valor de oportunidad de los recursos públicos involucrados, por tanto, no se refiere a la generación de valor como fenómeno financiero susceptible a la variabilidad de los flujos de operación. En modo alguno la condición de método ‘ad hoc’ deslegitima su pertinencia, en cuanto su secuencia de pasos fue descrita en detalle en el auto 773 y su elemento principal de soporte es el indicador VPN, cuyo empleo en materia de inversión financiera o real es casi universal.

Segmentación del CAPEX

La partición efectuada sobre las adiciones de CAPEX, tal como fue refrendado en el informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020, no guarda relación explícita con causales de variación de CAPEX, dado que prima facie, el sostenimiento de la remuneración de oportunidad no depende de qué tipo de circunstancia lleva a aumentar una cuantía de CAPEX. No obstante, la revisión de los tramos para localizar dentro de ellos situaciones como las contingencias

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

por caso fortuito, fuerza mayor o irresistibilidad, esta última, por la cual fue retirada de la cuantificación de daño la adición del control de cambio 4, sí tiene una correspondencia con la forma de acumularse cada tipo de CAPEX. El que constituye daño comienza a suprimirse con el efecto de las contingencias, mientras que el que no constituye daño se comienza a acumular a partir de las condiciones convencionales de ampliación de CAPEX en un megaproyecto, cuya naturaleza fue ilustrada por el perito Edward Merrow en la etapa de contradicción del referido informe técnico⁴¹ cuando señala que “gran parte del crecimiento de los costos y el retraso en el cronograma podrían explicarse por una definición inicial deficiente del proyecto”, lo cual abarca las adecuaciones sobre el escenario de línea base, antes de hacer alusión a causales como “cronogramas objetivos y objetivos de costos agresivos, proyectos que se basaron en el cronograma y proyectos con equipos de proyecto no integrados”. Obsérvese que estos son factores esencialmente de naturaleza técnica, que no se adentran en la calidad de la gestión de los recursos, la cual concierne más al grado de injerencia de los tomadores de decisiones presupuestales y de ejecución, y que el propio Merrow agrupa bajo los conceptos de ‘mala gestión del proyecto’, ‘equipos de propietarios inadecuados’ y ‘comportamientos de mala gestión de los propietarios’, y cuya repercusión conduce a vulnerar la rentabilidad del proyecto una vez descontadas las demás fuentes de influencia.

Comparación de escenarios.

En los dictámenes periciales de las firmas consultoras SCI y CAP se expone que la herramienta de mayor utilización y acogida para la evaluación financiera de decisiones de inversión es el valor presente neto circunscrito al horizonte posterior a la decisión, de modo que para calificar la razonabilidad o conveniencia de las decisiones tomadas en los controles de cambio se hace pertinente la comparación entre ‘el’ escenario de continuidad y ‘el’ escenario de abandono del proyecto. No obstante, el despacho reitera que tal tipo de evaluación no fue evidenciada explícitamente en el curso de las sesiones de la Junta Directiva de Reficar, aparte de que el informe técnico ordenado mediante

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020 indica que “pueden existir variantes de la continuidad y variantes del abandono”, y que “dentro de un ejercicio de comparación corriente, cada escenario es tomado como si tuviese un nivel de certidumbre elevado o completo”, condición que quedó desvirtuada con la ocurrencia de controles de cambio sucesivos en los cuales el escenario de continuidad se fue modificando, llegando la incertidumbre incluso sobre los períodos más próximos a la toma de decisión, como lo mostró la modelación financiera.

Uso del escenario de línea base y el benchmarking.

Por lo que concierne al empleo del CAPEX de la línea base como insumo de cuantificación del daño, el despacho señala que, en la medida que el escenario de línea base en tanto punto de partida para el examen de las variaciones de VPN fue objeto de revisión dentro del ajuste de la cuantificación del daño fiscal, y su cuantía se elevó frente al valor modelado y expuesto ante la junta directiva de Reficar (1.539 MUSD frente a 997 MUSD), se reafirma que el margen para el sostenimiento de la rentabilidad era elevado al inicio del período de inversión, de modo tal que incluso con las eventuales modificaciones posteriores en términos de alcance con su influjo en cantidades de materiales, horas de trabajo y otras variables relevantes para el proyecto, resultaba factible anticipar los efectos de afectación financiera y disponer correctivos, o en su defecto replantear la viabilidad del proyecto antes de que éste se viese vulnerado frente al objetivo de rentabilidad.

En cuanto a que la línea base fue subvalorada. El despacho expone lo consignado en el Informe Técnico aportado por los profesionales de apoyo técnico el 30 de diciembre 2020, que responde a estos argumentos así

Sobre la línea base fueron expuestas sus debilidades en cuanto al nivel de detalle de los costos por categoría o función de los recursos, y su carácter ‘agresivo’ en el sentido de optimista frente a las proyecciones de desempeño en aspectos como la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

productividad y el manejo de riesgos. Se indicó también que, en sentido estricto, cada control de cambio por norma hace las veces de una revisión de la línea base, es decir el estándar comparativo de desempeño para monitorear la programación de actividades sobre el cronograma junto con la aplicación de recursos presupuestales. Por ende, la sucesión de revisiones de la línea base es ilustrativa de las dificultades incurridas para contar con un esquema definido de programación y presupuestación que otorgara confianza a la Junta Directiva y a la Administración de entregarle a la sociedad Reficar un activo generador de valor. En razón a que múltiples aspectos del proyecto no fueron tenidos en cuenta, o su incorporación en la línea base original (2009) resultó deficiente o desacertada, entre ellos el impacto del caso 1.3.7 o la sobreposición parcial de tiempos entre actividades de ingeniería y de construcción, o la baja tasa de contingencia frente a los estándares (5% del valor del proyecto en vez de 12%) la consecuencia de ello es que el efecto monetario de esas fuentes de imprevisión es un presupuesto inferior al que habría sido obtenido mediante otras circunstancias.

Una ingeniería de detalle no perfeccionada o deficiente, al involucrar cantidades menores de CAPEX frente a una versión menos 'optimista' o más detallada en el alcance de las obras a realizar, forzosamente se reflejó en una valoración superior a la que tendría lugar en un escenario afín a la segunda situación aludida. Pero precisamente por ese rasgo es que el VPN mantuvo el margen de maniobra adicional, es decir, el espacio financiero para instituir las adecuaciones en el alcance, la escalación y las demás variables de naturaleza técnica que permitieran ajustar la dimensión de las actividades del proyecto y a la vez lograr el sostenimiento del interés de oportunidad sobre el capital.

En cuanto al empleo de los estudios de referenciamiento, resulta pertinente para dimensionar su relevancia específica algunos extractos del informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(...) su papel es simplemente orientador, al momento de realizar la evaluación financiera, la cual 'especifica desde el punto de vista del inversionista o participante del proyecto, los ingresos y egresos atribuibles a la realización del proyecto y como consecuencia, la rentabilidad generada por el mismo' 42 es decir, la valoración o evaluación financiera, si bien se centra en identificar la retribución al capital invertido en términos de su costo de oportunidad y el riesgo al continuar con la alternativa elegida, la contribución de un estudio de benchmarking y sus benchmark o indicadores de referencia utilizados para comparar una situación puntual en el desempeño o avance de un proyecto de inversión, solo es indicativo, plantea un panorama o un posible rango de comportamiento en ese indicador 'benchmark' seleccionado que se espera sea el que representa un logro óptimo en su clase, un estándar de excelencia, una mejor práctica que posiblemente mejoraría su desempeño.

(...) Si bien es cierto, el indicador de benchmarking o los estudios de referenciación internacional presentados a lo largo del desarrollo del proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena, presentaron escenarios de comparación entre Refinerías que guardan algunas características de homogeneidad respecto al proyecto de Reficar, también, observaron sesgos en las muestras incorporadas, y dado la naturaleza de la herramienta la cual busca optimizar costos, adoptar mejores prácticas y conocer un mejor panorama de las inversiones y proyectos tanto en construcción como en curso, estas comparaciones solo se pueden constituir en una herramienta parcial de análisis de inversiones que debe ser complementada con otros indicadores o técnicas que permitan orientar mejor la toma de decisiones, pero no es un mecanismo robusto que permita determinar daños de naturaleza económica como se ha expresado a lo largo de esta exposición, toda vez que simplemente es una herramienta de comparación, más no de cuantificación de daños.

Alternativas como abandono del proyecto

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Igualmente, si en realidad en las circunstancias de tiempo modo y lugar de la junta directiva se contemplaron alternativas como el abandono del proyecto, u otras que no fueran únicamente seguir o parar el proyecto además de análisis previos de benchmarking y otros. Ahora sostiene que se tenían 2 alternativas: seguir al costo que fuera, abandonar o vender a un tercero. Al respecto, el análisis de abandono consistió en elaboraciones técnicas ex post, es decir, no estuvieron contempladas como criterio dentro de las sesiones de Junta Directiva de Reficar, de suerte que asociar las adiciones de CAPEX con un “efecto marginal benéfico” no es indicativo de que la lógica subyacente para la toma de decisión haya sido la misma de la comparación marginal de escenarios.

De las externalidades.

El asunto de las externalidades, si estas fueron en realidad abordadas, medidas y fuente de decisión en el momento de la toma de la misma, se tiene que del análisis de las externalidades, complementado por las apreciaciones del informe técnico ordenado mediante el auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020, se concluye que éstas se constituyen en elementos contextuales respecto de las decisiones de inversión, pero en sí mismas, por no estar acotadas ni en número, ni en efectos, ni en temporalidad, no surten efectos sobre la valoración financiera propiamente dicha. En otros términos, si bien en las sesiones de Junta Directiva de Reficar podían resaltarse las externalidades asociadas a determinados tipos de erogaciones, ello no significaba que los montos de CAPEX se supeditaran al logro de objetivos complementarios al financiero en el sentido de canjear unos resultados posibles o alcanzables por otros.

LA ESTRUCTURACIÓN DEL SUPUESTO DAÑO PATRIMONIAL TOMANDO COMO PUNTO DE PARTIDA LA LÍNEA BASE DEL PRESUPUESTO DEL PROYECTO (MUSD \$3.777 +/- 10%) COMO EL ESTIMADO REAL DE LO QUE DEBIÓ INVERTIRSE PARA TERMINAR EL PROYECTO Y A PARTIR DEL MISMO CALCULAR LA SUPUESTA PÉRDIDA DEL VALOR DE LA INVERSIÓN CON OCASIÓN DE LOS INCREMENTOS DEL CAPEX QUE SE DIERON CON LOS CONTROLES DE CAMBIO, CONSTITUYE

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

UN ERROR CRASO, INEXCUSABLE E INADMISIBLE, EQUIVOCACIÓN TAN FLAGRANTE QUE CONDUCE A CONCLUSIONES IGUALMENTE EQUIVOCADAS.

Esta instancia no ha emitido la afirmación de que un presupuesto de 3.777 MUSD refleje el estándar, 'estimado real', 'lo que debió invertirse para terminar el Proyecto' o punto de partida para la determinación de 'sobrecosto'. El estándar utilizado es tal como se deduce de la exposición en la sección segunda del auto 773, la tasa de descuento de 11.1% protocolizada en las bases de portafolio del grupo Empresarial Ecopetrol.

El replanteamiento cuantitativo del escenario de línea base y su consecuencia para calcular a partir de él el efecto de variaciones de CAPEX (...).

El VPN marginal fue un elemento de análisis dentro de los dictámenes periciales aportados al expediente junto con los descargos, pero no fue un insumo cuya utilización se evidencia dentro del flujograma de los controles de cambio por parte de alguna instancia de Ecopetrol o de la propia Reficar. Técnicamente esta herramienta provee un resultado comparativo de escenarios, pero estos se hallan en extremo simplificados, aparte de que no contemplan la integralidad del horizonte del proyecto para interpretar el efecto agregado que tiene sobre el capital el valor presente pendiente de realización.

UN CAPEX PUEDE SER VARIABLE ATENDIENDO LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE UN PROYECTO, PERO ES POSIBLE SOSTENER QUE EL MISMO PUEDA SER COMPLETAMENTE ELÁSTICO, ¿ESTO ES SIN CONSIDERAR LA NATURALEZA, RAZONES O ALCANCE DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE VARIACIÓN O SI PARA ASEGURAR LA RENTABILIDAD DE UN PROYECTO SE DEBE TOMAR MEDIDAS PARA PREVENIR MODIFICACIONES AL MISMO DERIVADAS DE CIRCUNSTANCIAS AL MENOS MITIGABLES?

En el algoritmo de cálculo se expresa formalmente que la elasticidad del presupuesto de capital es limitada frente a la condición de sostenimiento de la rentabilidad acorde

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

con el valor de oportunidad de las inversiones acometidas. Así mismo, las circunstancias o causales de variación del presupuesto admiten al menos tres grandes categorías: contingencias ligadas a fuerza mayor o caso fortuito, desviaciones ligadas al perfeccionamiento del diseño y alcance, y desviaciones ligadas a la calidad del manejo de los recursos.

EVIDENTE INCONSISTENCIA CONCEPTUAL DEL AUTO DE IMPUTACIÓN CON RELACIÓN AL “DAÑO FISCAL” Y AL “HECHO GENERADOR DEL DAÑO” AL CONSIDERARSE QUE EL DAÑO FISCAL CORRESPONDE A LA PÉRDIDA DE VALOR DE LAS INVERSIONES ACAECIDA COMO CONSECUENCIA DE LAS MAYORES INVERSIONES, REPRESENTADAS EN LAS ADICIONES APROBADAS AL PRESUPUESTO DE CAPITAL CAPEX Y CAUSADAS POR DEFICIENCIAS EN LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO.

Las decisiones de inversión en los controles de cambio se enmarcaron en contextos en los que resultaba necesario el análisis de las situaciones específicas constitutivas de distorsión o desviación respecto al planteamiento base del proyecto en su resultado financiero, de modo que fuesen anticipadas las consecuencias de tales situaciones sobre la inversión pendiente de realizar, aparte de los correctivos sobre los eventos susceptibles de modificación. Por tanto, la capacidad / incapacidad de replantear el destino de las inversiones según la injerencia sobre las mismas es la variable alrededor de la que se configura el hecho generador, mientras que dentro de las adiciones propiamente dichas se materializa el daño, en el sentido de que las fuentes de afectación por manejo de los recursos se añadieron a la inercia de los factores puramente técnicos y a las contingencias documentadas para el proyecto.

El despacho no desconoce que en las adiciones hay porciones de CAPEX que, al ser aplicadas sobre las actividades pendientes de cumplimiento, se ajustan a la programación inicial y sus modificaciones de alcance, pero estas destinaciones no abarcan el total de erogaciones, puesto que muchas de ellas plasmaron el efecto de las

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

mismas situaciones documentadas en los hitos anteriores como deficiencias logísticas y de control en cada componente del EPC y los costos del dueño.

Por lo expresado anteriormente, la configuración y condiciones en que fue entregado y concluido el proyecto no significan en modo alguno que el monto de capital óptimo o razonable para esas realizaciones sea el de 8.016 MUSD llevados como CAPEX corriente en el modelo financiero. Se advierte que la CGR no tiene la función de coadministrar o recomendar determinadas alternativas, con la advertencia adicional de que la eventual determinación de un único valor alcanzable o razonable para cumplir con la condición de rentabilidad no agota la posibilidad de que otros escenarios con distintas asignaciones intertemporales de CAPEX también satisfagan ese criterio.

En cuanto a la TIR positiva para cada control de cambio, el despacho, una vez examinadas las consideraciones de doctrina económica relacionadas con la evaluación de proyectos referidas a la cualificación del tipo de daño formulado en el auto 773, se aparta de la conclusión emitida en el punto 1 del informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020.

En este orden de ideas, debe destacar el Despacho que la Ley 610 de 2000 acuña la noción de intereses patrimoniales públicos que comprende la gestión fiscal de inversiones capitalizables de empresas estatales y de la participación accionaria de la Nación en las sociedades de economía mixta, como ECOPETROL S.A. según el régimen jurídico establecido en la Ley 1118 de 2006. Explica la sentencia C-340 de 2007 que: (...) La delimitación planteada sobre el carácter patrimonial del daño asociado a una tasa TIR negativa, dentro del citado informe, es abiertamente restrictiva frente a la concepción jurídica del daño fiscal dentro del artículo 6°. De la ley 610 de 2000, por la cual la afectación fiscal lleva la esfera del interés patrimonial del Estado hasta el objeto funcional de las iniciativas de la gestión pública como los planes, programas y proyectos, éstos últimos caracterizados en su formulación y en sus criterios de aprobación y ajuste por los objetivos de rentabilidad, financiera o social según el caso,

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de la entidad que los emprende. En el caso específico del PMD, la naturaleza societaria de Ecopetrol y de Reficar SAS se encuentra estrechamente vinculada con el objetivo de retribución financiera sobre el capital aportado a las iniciativas de inversión. En tal sentido, el interés de oportunidad contenido dentro de la tasa de descuento de 11.1% se establece en las bases de portafolio del Grupo Empresarial de Ecopetrol como mecanismo de calificación del desempeño financiero de los proyectos individualmente considerados (stand alone).

“NO SE PUEDE CUANTIFICAR DE LA MANERA COMO LO HIZO EL ENTE DE CONTROL UN PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL SUMANDO INCREMENTOS DE CAPEX Y DEFINIENDO DISCRECIONAL Y SUBJETIVAMENTE, SIN NINGÚN SOPORTE, QUÉ CAPEX ES CONSTITUTIVO DE DAÑO Y CUÁL NO, O LO QUE ES LO MISMO, QUÉ CAPEX ES BUENO Y CUÁL ES MALO. (...)”

Sobre la segmentación del CAPEX en porciones constitutiva y no constitutiva de daño, la partición efectuada sobre las adiciones de CAPEX, tal como fue refrendado en el informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020, no guarda relación explícita con causales de variación de CAPEX, dado que prima facie, el sostenimiento de la remuneración de oportunidad no depende de qué tipo de circunstancia lleva a aumentar una cuantía de CAPEX.

No obstante, la revisión de los tramos para localizar dentro de ellos situaciones como las contingencias por caso fortuito o fuerza mayor o irresistibilidad, esta última por la cual fue retirada de la cuantificación de daño la adición del control de cambio 4, sí tiene una correspondencia con la forma de acumularse cada tipo de CAPEX. El que constituye daño comienza a suprimirse con el efecto de las contingencias, mientras que el que no constituye daño se comienza a acumular a partir de las condiciones convencionales de ampliación de CAPEX en un megaproyecto.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

SE DEBEN SEPARAR LAS ACCIONES DIRIGIDAS A LA ELABORACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE INVERSIÓN Y LAS DIRIGIDAS A SU APROBACIÓN, PUES CLARAMENTE CONSTITUYEN DOS ROLES PERFECTAMENTE DIFERENCIADOS.

La diferenciación de roles converge sobre la dinámica del presupuesto, de modo tal que la evaluación financiera recoge el efecto tanto de la inercia de los factores técnicos, logísticos y de la calidad de la gestión, como el efecto de tales eventos en el horizonte remanente de inversión, y esta diferenciación de efectos, junto con la probabilidad de contingencias, son objetos continuos de observación por parte de la junta directiva.

LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN POR GASTOS REEMBOLSABLES FUE EL MARCO CONTRACTUAL DENTRO DEL CUAL SE TOMARON LAS DECISIONES DE AJUSTE DEL CAPEX POR PARTE DE LOS MIEMBROS DE JD DE REFICAR.

Con esta modalidad de pago solo puede haber razonablemente un daño por variación entre el valor inicial de un presupuesto estimado y su valor final en dos eventos: i) El valor total del proyecto difiere significativamente del valor total de un proyecto de refinería similar en el mundo, medido en función de CAPEX por Barril de Capacidad Instalada, que no es el caso. ii) Las facturas que se reembolsaron no fueran razonables respecto de su cuantía y que los encargados de auditar estos costos no hubieran detectado estas faltas de razonabilidad, caso en el cual los responsables de un hipotético daño son aquellos encargados de auditar las facturas, pero de ninguna manera los miembros de la JD.

NO ES CONCLUYENTE NI DEFINITIVO EN EL PRESENTE CASO CONSIDERAR QUE UNA VARIACIÓN DE CAPEX EN UN PROYECTO SOLO RESULTA EFICIENTE SI CON ELLO SE INCREMENTA LA ESCALA DE OPERACIÓN O SE MEJORAN LAS FUNCIONALIDADES PREVIAMENTE DISEÑADAS DEL ACTIVO.

La afirmación retomada por el apoderado, si bien el despacho reafirma su validez dentro del contexto de la generación de eficiencia en el sentido de generar valor financiero adicional al estimado desde el hito anterior, no significa que solamente debiesen

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

aprobarse inversiones que mejoraran el activo o que el CAPEX adicionado vulnera por su mera existencia el criterio de mantener la remuneración de la inversión a su tasa de oportunidad. Precisamente por ello es que se diferencia entre la parte de la adición que se mantiene en el margen de cumplimiento de esa condición y la que trasgrede el criterio.

CALIFICÓ DE ANTITÉCNICO DIFERENCIAR ENTRE CAPEX BUENO Y CAPEX MALO PARA CUANTIFICAR UN SUPUESTO DAÑO A PARTIR DE LAS MAYORES INVERSIONES QUE SE DEBIERON APROBAR.

Para dar respuesta es importante hacer algunas claridades sobre el sentido de tal diferenciación. En complemento, para la depuración del daño en la presente providencia, se hace necesario señalar que el CAPEX que constituye daño comienza a suprimirse con el efecto de las contingencias, mientras que el que no constituye daño se comienza a acumular a partir de las condiciones convencionales de ampliación de CAPEX en un megaproyecto, cuya naturaleza fue ilustrada por el perito Edward Mellow en la etapa de contradicción del referido informe técnico cuando señala que 'gran parte del crecimiento de los costos y el retraso en el cronograma podrían explicarse por una definición inicial deficiente del proyecto', lo cual abarca las adecuaciones sobre el escenario de línea base, antes de hacer alusión a causales como 'cronogramas objetivos y objetivos de costos agresivos, proyectos que se basaron en el cronograma y proyectos con equipos de proyecto no integrados'. Obsérvese que estos son factores esencialmente de naturaleza técnica, que no se adentran en la calidad de la gestión de los recursos, la cual concierne más al grado de injerencia de los tomadores de decisiones presupuestales y de ejecución, y que el propio Mellow agrupa bajo los conceptos de 'mala gestión del proyecto', 'equipos de propietarios inadecuados' y 'comportamientos de mala gestión de los propietarios', y cuya repercusión conduce a vulnerar la rentabilidad del proyecto una vez descontadas las demás fuentes de influencia.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

EL VPN NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UN INDICADOR PARA CUANTIFICAR UN DAÑO CIERTO. LA VARIACIÓN DEL VPN ES EL RESULTADO DE PROYECCIONES SUBJETIVAS, POR ELLO NO ES LÓGICO DESDE LA ÓPTICA FINANCIERA EVALUAR UN DAÑO CON BASE EN LA VARIACIÓN DEL VPN POR CAUSA DE LA VARIACIÓN DEL CAPEX PUES EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES SE LLEVA A CABO BAJO INCERTIDUMBRE EN EL SENTIDO QUE NO SE CONOCE EL RESULTADO FUTURO DE SUPUESTOS Y VARIABLES Y UN DAÑO SE DEBE CALCULAR ÚNICAMENTE DE MANERA CIERTA SOBRE VARIABLES CIERTAS Y OBSERVADAS.

La valoración del despacho no se enfoca a forzar el cumplimiento de una expectativa de resultado sino a convalidar la posibilidad efectiva de consecución de éste a partir de la capacidad, por parte de los tomadores de decisiones, de reorientar la asignación del capital invertido dentro de los márgenes de variabilidad observados y depurados. Por tanto, no se desconocen las volatilidades financieras inherentes al desempeño futuro de las variables sobre las que se define una adición de CAPEX. Se reitera que el valor de oportunidad de la inversión es actual al corte de cada control de cambio, no proyectado, por lo que, el efecto de las proyecciones no repercute en el daño sino por vía del punto de partida (línea base), el cual una vez ajustado precisamente por observaciones aportadas en los descargos, se elevó de 997 MUSD a 1.539 MUSD, ampliando el margen financiero de maniobra para posibilitar adiciones.

Así mismo, el Despacho pone de relieve que precisamente por la exigencia de que el daño patrimonial sea de carácter objetivo es que se utiliza la categoría del valor económico, no como variable de cuantificación del daño, sino como espejo o reflejo de las consecuencias económicas de la aprobación de recursos presupuestales efectivamente aprobados, efectivamente traducidos en contrataciones y efectivamente ejecutados. De ninguna manera la metodología aplicada en el auto 773, sostenida conceptualmente en la presente providencia, transgrede los principios elementales de la valoración financiera; por el contrario, recurre a sus postulados centrales para

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

descomponer la variación del presupuesto en tramos según su contribución al sostenimiento de la promesa de valor predeterminada también de manera objetiva y documentada.

LA METODOLOGÍA QUE EMPLEA LA CGR NO ES DE COMÚN UTILIZACIÓN EN LA PRÁCTICA FINANCIERA, CARECE DE SUSTENTO TEÓRICO, ARROJA RESULTADOS CONTRAINTUITIVOS Y DESEQUILIBRADOS Y SENTARÍA UN PELIGROSO PRECEDENTE PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE GRAN ENVERGADURA PARA CUALQUIER TIPO DE INFRAESTRUCTURA EN EL PAÍS.

el sostenimiento de la rentabilidad en sí mismo no se traduce en una salvaguarda del interés patrimonial público, puesto que el punto de partida previo a la decisión del control de cambio contenía una rentabilidad superior, necesitándose en consecuencia una depuración del efecto de la adición de CAPEX en el sentido de que la consecuencia de cada control se aprecia luego de la observación del efecto acumulativo al cierre del período de inversión. Se añade que, como consecuencia de tal condición de valoración, así como pudo no causarse afectación, en el caso concreto del PMD la secuencia de decisiones llevó a que frente al escenario de línea base y tomando únicamente los efectos depurados de CAPEX adicional, se infringiera la conservación del valor de oportunidad para el capital incorporado al proyecto.

RESPECTO DE ‘...EL INCREMENTO EN CAPEX, AUMENTOS EN COSTOS, MODIFICACIONES DE ALCANCE Y RETRASOS EN EJECUCIÓN, SON LA NORMA Y NO LA EXCEPCIÓN EN MEGAPROYECTOS DE REFINACIÓN COMO ES EL CASO DE REFICAR...’

Al respecto la fuente de variación esencial que comienza a acumular las adiciones no constitutivas de daño es precisamente aquél relacionado con las condiciones convencionales de ampliación de CAPEX en un megaproyecto, cuya naturaleza fue ilustrada por el perito Edward Merrow en la etapa de contradicción del informe técnico

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020, al hacer alusión a desviaciones originadas en “cronogramas objetivos y objetivos de costos agresivos, proyectos que se basaron en el cronograma y proyectos con equipos de proyecto no integrados”. En otros términos, los factores por los que el escenario de línea base fue posteriormente calificado como optimista. En la pregunta sobre segmentación del CAPEX se efectuaron las aclaraciones sobre las variaciones del CAPEX catalogadas como convencionales dentro de un megaproyecto de ingeniería.

‘QUE EL HECHO GENERADOR DE LAS DECLINACIONES DEL VPN Y DE LA TIR NO FUERON LAS ADICIONES SUCESIVAS DE CAPEX (O AJUSTES AL PRESUPUESTO DEL PROYECTO COMO LO CATALOGA SCI Y LO DEMUESTRA EN SU DICTAMEN) SINO LA OPORTUNIDAD Y LA CUANTÍA EN QUE FUERON PRESENTADAS A LA JD POR PARTE DE LOS RESPONSABLES DE LA PREPARACIÓN Y REVISIÓN DE LOS PRESUPUESTOS COMO CONSECUENCIA DE UN PRESUPUESTO INICIAL SUBVALORADO Y CONSTRUIDO CON INGENIERÍA BÁSICA EXTENDIDA.

Por lo que concierne al empleo del CAPEX de la línea base como insumo de cuantificación del daño, el despacho señala que, en la medida que el escenario de línea base en tanto punto de partida para el examen de las variaciones de VPN fue objeto de revisión dentro del ajuste de la cuantificación del daño fiscal, y su cuantía se elevó frente al valor modelado y expuesto ante la junta directiva de Reficar (1.539 MUSD frente a 997 MUSD), se reafirma que el margen para el sostenimiento de la rentabilidad era elevado al inicio del período de inversión, de modo tal que incluso con las eventuales modificaciones posteriores en términos de alcance con su influjo en cantidades de materiales, horas de trabajo y otras variables relevantes para el proyecto, resultaba factible anticipar los efectos de afectación financiera y disponer correctivos, o en su defecto replantear la viabilidad del proyecto antes de que éste se viese vulnerado frente al objetivo de rentabilidad.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Una ingeniería de detalle no perfeccionada o deficiente, al involucrar cantidades menores de CAPEX frente a una versión menos “optimista” o más detallada en el alcance de las obras a realizar, forzosamente se reflejó en una valoración superior a la que tendría lugar en un escenario afín a la segunda situación aludida. Pero precisamente por ese rasgo es que el VPN mantuvo el margen de maniobra adicional, es decir, el espacio financiero para instituir las adecuaciones en el alcance, la escalación y las demás variables de naturaleza técnica que permitieran ajustar la dimensión de las actividades del proyecto y a la vez lograr el sostenimiento del interés de oportunidad sobre el capital.

DICTAMEN COMPLEMENTARIO QUE EVALÚA EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE REFINAR FRENTE A LAS INVERSIONES REALIZADAS EN LA REFINERÍA DE CARTAGENA EN EL DENOMINADO CONTROL DE CAMBIOS 2.

La creación de valor es una afirmación debatible frente al contenido de las inversiones pendientes dentro del hito precedente. Los avances precarios tampoco hacen las veces de una dispensa para añadir CAPEX sin la depuración o análisis de los tipos de causales de variación y en consecuencia, la elección sobre unas “únicas decisiones posibles” se desvirtúa por la posibilidad de matizar el contenido tanto de la posibilidad de continuar como de la de abandonar, cuyo análisis formal no fue identificado en el desarrollo de las sesiones de Junta Directiva.

Aunado a lo expuesto, en los dictámenes periciales de las firmas consultoras SCI y CAP se expone que la herramienta de mayor utilización y acogida para la evaluación financiera de decisiones de inversión es el valor presente neto circunscrito al horizonte posterior a la decisión, de modo que para calificar la razonabilidad o conveniencia de las decisiones tomadas en los controles de cambio se hace pertinente la comparación entre “el” escenario de continuidad y “el” escenario de abandono del proyecto. No obstante, el despacho reitera que tal tipo de evaluación no fue evidenciada

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

explícitamente en el curso de las sesiones de la junta directiva de Reficar, aparte de que el informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020 indica que “pueden existir variantes de la continuidad y variantes del abandono”, y que “dentro de un ejercicio de comparación corriente, cada escenario es tomado como si tuviese un nivel de certidumbre elevado o completo”, condición que quedó desvirtuada con la ocurrencia de controles de cambio sucesivos en los cuales el escenario de continuidad se fue modificando, llegando la incertidumbre incluso sobre los períodos más próximos a la toma de decisión, como lo mostró la modelación financiera. Adicionalmente, la inclusión dentro de los escenarios de variables permeadas por el efecto de deficiencias, sobrecostos, controles insuficientes u otra fuente de anomalía, no es corregida por el ejercicio de cotejo en sí mismo, por lo que esta técnica particular de VPN (distinta al procedimiento del auto 773, el cual también hace uso del indicador VPN) no permite la depuración o identificación de un daño, como menciona el citado informe técnico.

EL VALOR POSITIVO CREADO CON LOS RECURSOS ADICIONALES INCLUIDOS EN CADA CONTROL CC FUE LA DECISION FINANCIERA CORRECTA DE LA JD DE CONTINUAR CON EL PROYECTO DE LA REFINERIA.

La consideración de impactos del proyecto, es decir de influencias ajenas a su devenir económico propio, como eventuales formas de sustituir o canjear puntos negativos de rentabilidad, no hicieron parte del criterio de selección de inversiones de portafolio del Grupo Empresarial Ecopetrol. Indica al respecto en el informe técnico ordenado mediante auto 1273 de 2020 y complementado por el auto 1549 de 2020:

(...) los efectos de las contingencias positivas y de fenómenos afines a las mismas son múltiples, con efectos positivos o negativos, pero su caracterización específica no queda introducida dentro de la valoración financiera sino en términos del contexto sobre el cual se espera que opere una iniciativa de inversión. Por las dificultades o limitantes de cuantificación y delimitación temporal o sectorial, o porque por definición no hacen

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

parte de los costos privados de la organización empresarial que emprende el proyecto, las contingencias no presupuestadas dentro de un monto de CAPEX no tienen incidencia en la dinámica del valor económico generado. Y esto procede tanto para el PMD como para cualquier otro proyecto de inversión.”

FRENTE AL ‘...DICTAMEN COMPLEMENTARIO QUE EVALÚA EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE REFINAR FRENTE A LAS INVERSIONES REALIZADAS EN LA REFINERÍA DE CARTAGENA EN EL DENOMINADO CONTROL DE CAMBIOS 4 (“CC4”) ...’

Independientemente de la aplicación de argumentos similares a los expuestos respecto de los otros controles de cambio diferentes al cuarto (CC4), por la depuración del CAPEX constitutivo de daño para retirar de éste el efecto de las contingencias efectivamente cuantificadas por Reficar SAS, se encontró que en el cálculo de daño fiscal, por motivo de la anormalidad laboral cuya repercusión financiera fue cuantificada desde 2013 hasta 2014, debe retirarse el monto de CAPEX incorporado en el control de cambio 4.

FALTA DE CERTEZA DEL DAÑO Y SU DEBIDA CUANTIFICACIÓN: No obedece a juicios de valoración hipotéticos o a elucubraciones abstractas, sino que está plenamente acreditado por los dictámenes periciales rendidos por los doctores RUDOLF HOMMES Y CAROLINA SUÁREZ, SOCIOS FUNDADORES DE CAPITAL ADVISORY PARTNERS LTDA., así como el emitido por el doctor JUAN CARLOS QUINTERO, SOCIO DE LA FIRMA SCI INVESTMENT & MERCHANT BANK.

Sintetizó las consideraciones económicas y financieras de los dictámenes así: - Deficiente elaboración del presupuesto inicial del proyecto, lo que impide calcular un supuesto daño patrimonial a partir de la Línea Base. - El costo final de Reficar está dentro del promedio de una Refinería de su capacidad a nivel mundial (según estudios y ejercicios de referenciamiento), por lo que la diferencia entre la LB y la inversión final no puede constituir un daño patrimonial. - La aprobación de los Controles de Cambio,

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

sin reducir ostensiblemente el monto de las inversiones adicionales, no puede tenerse como daño patrimonial, pues el aumento de CAPEX tenía como propósito ejecutar obras interdependientes, necesarias para terminar la totalidad de la refinería sin afectar los flujos futuros.

EXISTE UNA 'CONTRADICCIÓN' EN EL TIPO DE PERJUICIO ADUCIDO POR EL DESPACHO, TODA VEZ QUE, SI ESTE ESTÁ REFERIDO A 'QUE UNA PARTE DE LAS ADICIONES NO PERMITE OBTENER LA RENTABILIDAD DEL 11,1%', ESTE SE REFIERE A UN PERJUICIO POR LUCRO CESANTE, EN CUENTO QUE SE ESTARÍA EN PRESENCIA DE 'UN NO INGRESO' Y NO DE UN DAÑO EMERGENTE POR 'UN EGRESO'.

De ninguna manera la afectación fiscal identificada corresponde a un lucro cesante, puesto que la oportunidad de las inversiones está siendo evaluada en los hitos de control de cambio y no como un hecho aplazado por los rezagos en la ejecución del proyecto. El lucro cesante de un activo productivo tendría que asociarse a una modelación o estimación del flujo de caja de la operación en un período específico. Tal modelación de "no ingreso" no guarda relación alguna con la cuantificación del auto 773 ni con su posterior ajuste, el cual está referido a porciones del CAPEX, no al rédito de éste como valor generado.

EL DESPACHO 'INCURRE EN UN ERROR JURÍDICO DEMAS DE FINANCIERO-ESTRUCTURAL Y DE LA MAYOR MAGNITUD Y RELEVANCIA, PUES USA EL VPN [...], PARA AFIRMAR LA PÉRDIDA DE CAPITAL [...] COMO REGLA Y MEDIDA PARA DETERMINAR Y CUANTIFICAR UN DAÑO EMERGENTE (UN EGRESO), LO QUE CLARAMENTE ES INCORRECTO E INSOSTENIBLE'

El VPN no es, dentro del algoritmo de cálculo de daño realizado por el despacho, la "regla y medida para determinar y cuantificar un daño emergente", sino una herramienta para reflejar, respecto de su evolución, la magnitud del CAPEX que vulnera la promesa

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de valor para el capital aportado. Y de hecho, ni siquiera se trata del VPN completo, en el sentido de todo el horizonte del proyecto y todas las partidas del flujo de caja, sino de una acotación al flujo de CAPEX.

SOSTIENE QUE EL DAÑO ESTRUCTURADO POR EL DESPACHO ASUME 'QUE LA RENTABILIDAD DEL PROYECTO EVENTUALMENTE PODRÍA SER MENOR QUE LA ESPERADA DEL 11.1%', MIENTRAS QUE 'EN EL AUTO DE IMPUTACIÓN SE CONFUNDE ESA EVENTUAL E HIPOTÉTICA MENOR RENTABILIDAD CON LA PÉRDIDA DE CAPITAL, ELEVÁNDOSE A DAÑO EMERGENTE LA PORCIÓN DE LAS ADICIONES AL CAPEX QUE SUPUESTAMENTE HACEN QUE NO SE OBTENGA ESA RENTABILIDAD MÍNIMA'.

El término 'podría' está asociado al desempeño probable del proyecto, y entiéndase por "proyecto" el agregado de los flujos de caja hasta el final de su horizonte. Sobre ese entendido, una rentabilidad que agregue los efectos de cambios en el CAPEX y cambios en la proyección de la operación puede ser menor al 11.1% sin que necesariamente se vulnere la promesa de valor. Al comparar la evolución del VPN total y del VPN respecto de la línea base reajustada por los factores identificados en los argumentos de descargo sobre el algoritmo de cuantificación del daño, se encuentra que este segundo ítem declina a menor ritmo que el primero, debido tanto al desempeño financiero adverso de la refinería antigua como a la proyección a la baja de los flujos de operación.

CUESTIÓN QUE CALIFICA COMO 'ERROR ESTRUCTURAL E INSALVABLE' EL CUAL EN SU OPINIÓN 'HACE INSOSTENIBLE COMPLETAMENTE EL PRETENDIDO DAÑO OBJETO DE IMPUTACIÓN', EN TANTO, QUE COMO LO VIENE ALEGADO DESDE LÍNEAS ARRIBA, DE UN LADO 'LA DISMINUCIÓN DEL VPN POR DEBAJO DE CERO NO DEMUESTRA DE NINGUNA MANERA LA PÉRDIDA DE UNA PARTE DEL CAPITAL' Y DE OTRA PARTE, DADO QUE 'LA TIR ESTIMADA DEL PROYECTO FUE POSITIVA' LO CUAL "CONSTITUYE UN INDICADOR DE QUE NO HABRÁ PÉRDIDA DE CAPITAL."

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

LA TASA DEL 11,1% ES UNA EXPECTATIVA DE RENTABILIDAD, QUE CONSIDERA EL RIESGO DE UN NEGOCIO; PERO NO UNA “TASA DE RENTABILIDAD GARANTIZADA” YA QUE “EN PARTE ALGUNA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO SE ENCUENTRA PREVISTO QUE LOS DIRECTORES Y ADMINISTRADORES DE REFICAR S.A. – Y EN GENERAL CUALQUIER EMPRESA DE SIMILAR NATURALEZA Y RÉGIMEN- GARANTICEN LA OBTENCIÓN DE LA RENTABILIDAD MÍNIMA ESPERADA POR SUS ACCIONISTAS Y QUE RESPONDAN POR ELLA CON SU PATRIMONIO EN CASO DE QUE NO LA CONSIGAN, POR LO CUAL, EXIGIR DICHO RESULTADO DE FORMA OBJETIVA SE CONSTITUYE EN UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO, LA CUAL, EN ESTE ASUNTO SE MUESTRA “MANIFIESTAMENTE Y OSTENSIBLEMENTE” CONTRARIA A LA “LEY”.

El despacho complementa a las consideraciones de la respuesta anterior, el argumento de que el efecto de las contingencias adversas efectivamente cuantificadas por Reficar SAS, las cuales fueron las de naturaleza laboral, fue retirado del daño, de suerte que la valoración depurada del proyecto contempló tanto las situaciones adversas conexas a la gestión convencional de un proyecto (cambios de alcance, escalación, productividad reducida) como las deficiencias logísticas o de manejo (materiales, retrabajos, reprocesos, descoordinación, trabajos fuera de secuencia, controles precarios, gastos discordantes de la generación de valor), cuyo influjo sobre el VPN consistió en una declinación tolerable desde la óptica del interés patrimonial público sólo hasta el punto de sostenimiento de la promesa de valor. Por tanto, el resultado en este caso, de resguardar el valor de oportunidad de las inversiones, estuvo al alcance de los tomadores de decisiones en sus distintos niveles.

LA CONTRALORÍA HABRÍA EMPLEADO SUPUESTOS EQUIVOCADOS E INSOSTENIBLES, Y QUE TALES MAYORES COSTOS NO SERÍAN RESPONSABILIDAD DEL FPJVC, MÁS SI SE TIENE EN CUENTA QUE UNO DE LOS

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

PROBLEMAS EVIDENCIADOS ES JUSTAMENTE LA INSUFICIENTE INGENIERÍA DE DETALLE, ASÍ MAL SE PUEDE CONSIDERAR QUE LA ESTIMACIÓN INICIAL DEL CAPEX NO SE PUEDE CONSIDERAR COMO REFERENTE PARA EL CÁLCULO DEL DAÑO FISCAL.

En lo que concierne al empleo del CAPEX de la línea base como insumo de cuantificación del daño, el despacho señala que, en la medida que el escenario de línea base en tanto punto de partida para el examen de las variaciones de VPN fue objeto de revisión dentro del ajuste de la cuantificación del daño fiscal, y su cuantía se elevó frente al valor modelado y expuesto ante la junta directiva de Reficar (1.539 MUSD frente a 997 MUSD), se reafirma que el margen para el sostenimiento de la rentabilidad era elevado al inicio del período de inversión, de modo tal que incluso con las eventuales modificaciones posteriores en términos de alcance con su influjo en cantidades de materiales, horas de trabajo y otras variables relevantes para el proyecto, resultaba factible anticipar los efectos de afectación financiera y disponer correctivos, o en su defecto replantear la viabilidad del proyecto antes de que éste se viese vulnerado frente al objetivo de rentabilidad.

(...)

CONCLUSIÓN

El proceso de responsabilidad fiscal objeto de fallo en la presente providencia respondió a una disyuntiva de tratamiento de las situaciones descritas en los hallazgos de auditoría recogidos en el auto de apertura 0382 de 2017.

De una parte, fueron presentados casos de vulneración al interés patrimonial asociados a contratos o transacciones individuales y reflejados en eventos afines a los términos utilizados en el informe técnico ordenado mediante el auto 1273, en su numeral 1, bajo el texto "costos de insumos excesivos frente a los alcanzables, de cantidades en exceso sobre las planificadas para un nivel de alcance o detalle dado, de contingencias no

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

respondidas adecuadamente, de la descoordinación entre actividades, de fallas o desfases de productividad no contrarrestados, de controles precarios frente a tales situaciones o de otros factores".

De otra, fue presentado un hallazgo de naturaleza financiera y consolidada, por el cual la afectación fue presentada como un diferencial en el valor presente neto entre el escenario de línea base y el control de cambio 5. Como resultado de los análisis presentados en el informe 'Análisis Modelo Financiero -Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato Estimación del Lucro Cesante' del consultor Julio Villarreal Navarro, aportado al expediente, la afectación fiscal así caracterizada fue diseccionada en porciones asociada al gasto de capital (CAPEX) y asociada a entrada tardía, y dentro de cada una de ellas se distinguió una porción histórica y una porción proyectada. En la medida que el primer tipo de hallazgos estaba referido a particularidades detectadas a modo de muestra sobre un universo muy amplio de transacciones u operaciones contractuales, y en consecuencia no abarcó desde una perspectiva integradora el desarrollo del proyecto, el despacho englobó dichos hallazgos individuales en el daño emergente que se formuló con base en la evaluación financiera.

(...)

Ahora bien, respecto a los descargos relativos al algoritmo de cálculo utilizado, sobre el que fue necesario efectuar ajustes de conversión a dólares constantes, eliminar el efecto de los recursos que en cada control de cambio llevaban la inercia o 'herencia' de atrasos de ejecución, corregir la tasa de descuento utilizada en el valor de perpetuidad en el hito de línea base del proyecto, la adición de efectos procedentes de la variable de escalación (no colocada directamente en el hito de línea base) y la adición de flujos de caja del modelo financiero correspondientes a las vigencias 2007 y 2008, variaron la cuantificación del daño. (...)

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por lo expuesto, no le asiste razón a la parte actora al argumentar la ausencia de detrimento fiscal, y es pertinente señalar nuevamente que el hecho generador del daño al patrimonio del Estado no sufrió ninguna variación a lo largo del trámite, es decir: la suma de las porciones de cada adición al CAPEX del proyecto que vulneraron la rentabilidad y la promesa de valor, vulneraciones que se concretaron en la afectación que representa el valor presente neto (VPN) y la tasa interna de retorno (TIR) resultante de los análisis de los flujos de caja descontados, acotados al período de inversión o agotamiento del CAPEX. Esta decisión metodológica tuvo por objetivo determinar con certeza la naturaleza y la magnitud de la lesión a los intereses patrimoniales del Estado, de manera que la refiere a una porción determinable y determinada de cada adición presupuestal. También quedó con suficiente claridad que lo que varió fue la cuantía del daño patrimonial, variación que fue producto de las complementaciones y aclaraciones formuladas de acuerdo con las solicitudes de los apoderados de los implicados; además, del análisis de otro conjunto de pruebas, como los modelos financieros que soportan cada control de cambios, los informes de bases de portafolio y las actas de Junta Directiva Reficar y las actas de Comité de Negocios de la Junta Directiva de ECOPETROL S.A

Sobre el **Cargo quinto**: El demandado señaló que el presente cargo no está llamado a prosperar, en el sentido en que se usa la expresión “Valor Presente Neto Marginal” dentro del “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”, de septiembre de 2016, elaborado por Julio Villarreal Navarro, corresponde a una extensión de uso del indicador VPN, para cuantificar los cambios en la valoración financiera del proyecto desde la línea base hasta el Control de Cambio 5.

Sobre el uso de la expresión “VPN Marginal”, se ha puesto de presente en este escrito de contestación de la demanda que, con independencia de cuán masificado sea el uso de la expresión; el hecho de que el VPN sea adoptado como indicador financiero hace de inmediato que la variación de éste, el “Valor presente marginal” que refiere el analista

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Julio Villarreal en el Informe de septiembre de 2016, se convierta también en un indicador financiero, de modo análogo a como en la disciplina de la microeconomía los conceptos de costo e ingreso, para su estudio, han conducido a la aplicación de los conceptos de costo marginal e ingreso marginal, de amplio uso en la citada área de teoría económica.

En cuanto al uso no frecuente, debe reconocerse que este término no se emplea en el campo específico de la valoración de empresas, porque, por su propia definición, el valor presente marginal no cuantifica la valoración en sí misma (para lo cual está la variable de origen, el VPN), sino su magnitud de cambio.

Más aún, debe admitirse que el término “valor presente marginal” no es tratado de forma consensuada en la literatura económica, y ello se demostró en el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 005-2017, cuando, en distintos argumentos de defensa, se hizo alusión al “valor presente no realizado” o “pendiente al corte de cada control de cambio”, el cual también posee por esa vía el atributo de “marginal”.

Obsérvese como ejemplo, el tratamiento dado al enfoque marginal de la valoración financiera en estas dos definiciones, ninguna de las cuales concuerda a plenitud con el uso dado por el investigador Villarreal:

“El valor presente del incremento de la inversión, consiste cuando se analizan alternativas mutuamente exclusivas, son las diferencias entre ellas lo que sería más relevante al tomador de decisiones. El valor presente del incremento en la inversión precisamente determina si se justifican esos incrementos de inversión que demanda las alternativas de mayor inversión. La mejor alternativa será la que maximiza el valor presente y proporciona un rendimiento mayor que la tasa de recuperación mínima atractiva.”

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

“La regla de valor presente neto, (...) encuentra el criterio del método marginal o incremental del economista que dice: invierta hasta que el valor del ingreso marginal simplemente sea igual a su costo marginal. (...) los problemas radican en determinar el valor de una unidad incremental de capital y determinar su costo”

En la primera definición, se hace referencia a alternativas mutuamente excluyentes, caso que no corresponde al cotejo entre línea base y controles de cambio de un mismo proyecto. Y, la segunda definición, remite a la posibilidad de añadir capital a una iniciativa hasta agotar su capacidad de generar beneficios, perspectiva que formalmente no se utilizó en el proyecto de Modernización y Optimización de la Refinería de Cartagena.

Al margen de la ausencia de consenso respecto del término “Valor presente marginal”, el ejercicio analítico del investigador Villarreal mantiene tanto el algoritmo como la interpretación del VPN; de modo que, no cabe ambigüedad en la afirmación de que sucesivamente, entre uno y otro hito del proceso de inversión, el proyecto perdió valor financiero.

Finalmente, respecto a que la expresión “Valor Presente Neto Marginal”, es utilizada inapropiadamente por algunos profesionales para sustentar sus teorías, un ejercicio de cálculo de variaciones del indicador VPN no introduce enfoque novedoso alguno de valoración, porque, como se indicó anteriormente, la medida de valoración en sí misma es el VPN, no su magnitud de cambio.

Que sobre el particular, en el fallo con responsabilidad fiscal demandado se señaló:

“El VPN marginal fue un elemento de análisis dentro de los dictámenes periciales aportados al expediente junto con los descargos, pero no fue un insumo cuya utilización se evidencia dentro del flujograma de los controles de cambio por parte de alguna instancia de Ecopetrol o de la propia Reficar. Técnicamente esta herramienta provee un

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

resultado comparativo de escenarios, pero estos se hallan en extremo simplificados, aparte de que no contemplan la integralidad del horizonte del proyecto para interpretar el efecto agregado que tiene sobre el capital el valor presente pendiente de realización.”

Sobre los **Cargos sexto y séptimo**: El demandado señaló que los cargos no están llamados a prosperar, ahora bien, para resolverlos es necesario diferenciar: 1- el daño patrimonial, que es uno solo y, para su determinación y cuantificación, este Órgano de Control acudió a un ejercicio financiero complejo que ya ha sido ampliamente expuesto en este escrito; 2- la participación de cada uno de los vinculados en el procedimiento administrativo, respecto de ese daño.

Sobre el daño patrimonial:

Que el daño investigado fue objeto de fallo con responsabilidad fiscal demandado, es el resultado de las decisiones de aumento del CAPEX del proyecto, que fueron consecuencia del retraso en el cronograma y el aumento injustificado de los costos de la ejecución del proyecto de expansión y modernización de la Refinería de Cartagena S.A., producto de las acciones y omisiones imputables a la administración de la Refinería de Cartagena, a los miembros de la Junta Directiva y a los contratistas del EPC de 2010. Para su determinación, la Contraloría General de la República valoró el efecto fiscal de las decisiones de inversión en el proyecto, con posterioridad a la línea base, con fundamento en las estrategias formuladas en el CONPES 3312 de 2004 y CONPES 3336 de 2005, así como en las premisas, parámetros y lineamientos de orden técnico, económico, presupuestal y financiero, definidos para evaluar las inversiones en cada negocio y proyecto del Grupo Empresarial ECOPETROL que constan en las actas de juntas directivas de ECOPETROL S.A. y REFICAR, en los instructivos y bases de portafolio, las guías corporativas, el procedimiento de control de cambios e instructivos de gestión de subordinadas. Estas decisiones de inversión posteriores, corresponden a los Controles de Cambio 1, 2, 3, 4 y 5 que se adoptaron entre los años 2011 y 2015, hasta el agotamiento del CAPEX, para lo cual, se tomó como fecha de corte el día 31

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de diciembre de 2017, fecha en la cual REFICAR certificó el costo total corriente del proyecto (actual cost) en cuantía de 7.795,8 MUSD.

Que la Contraloría General de la República para determinar dicho daño, y para valorar las conductas y decisiones de inversión en el proyecto objeto de reproche fiscal, fueron, se reitera, los siguientes:

- CAPEX +/- 10% (margen de precisión del presupuesto de inversión en el proyecto previsto en CONPES 3312 de 2004, Acta 110 de octubre 9 de 2009 de Junta Directiva de ECOPETROL y Acta 46 de octubre 20 de 2009 de la Junta Directiva de REFICAR)
- VPN >= 0
- Tasa de descuento 11,1%
- Estructura de financiación: capitalizaciones (equity) 40%, crédito (apalancamiento) 60%
- Medidas preventivas y correctivas para evitar o solucionar el fenómeno de escalamiento y para mitigar riesgos del proyecto (control de costos, control de ejecución del EPC, control de gestión, control presupuestal, entre otros).

Así pues, del análisis realizado por este Órgano de Control, se logró constatar que las mayores inversiones constituyentes de daño correspondían a las realizadas en virtud de los controles de cambio 2 y 3; pues, las actas de junta directiva, entre otras pruebas, daban cuenta que dichas aprobaciones no tenían como finalidad lograr mejoras adicionales en el proceso de ampliación y modernización de la Refinería, sino que se estaban diluyendo en pagos adicionales que se generaban y aumentaban cada día, como consecuencia, entre otros, por las siguientes situaciones: i] baja productividad; ii] mayores cantidades de materiales y obra originados en defectos de la ingeniería de detalle; iii] fallas en la planeación y en la ejecución del contrato EPC-2010, en la coordinación del personal directo y de los subcontratistas, y, iv] fallas en la logística.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lo anterior, trajo como consecuencia que las inversiones resultaran ineficientes y antieconómicas al vulnerar la promesa de valor y la rentabilidad de los recursos inyectados, teniendo como marco de referencia, las bases de Portafolio del Grupo Empresarial, en donde es titular el Estado de las acciones en un 88.49%, y que llevaron a un detrimento patrimonial a los intereses del Estado de DOS BILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS Y CUARENTA Y TRES CENTAVOS (2.945.409.783.732,43).

De la participación en el daño patrimonial. Delimitado lo anterior, es menester señalar que no le asiste la razón a la señora apoderada del demandante cuando señala que existió una vulneración al derecho del debido proceso de su mandante.

El fallo con responsabilidad fiscal No. 749 del 26 de abril de 2021, solo declaró la responsabilidad fiscal respecto de quienes intervinieron en la aprobación de los controles de cambio 2 y 3.

El artículo segundo del resuelve del citado fallo con responsabilidad fiscal, fue claro al señalar que las personas mencionadas en el mismo, dentro de las cuales se encuentra el señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, solo responden por detrimento producido mediante el control de cambios 2, el cual tiene una cuantificación independiente al control de cambios 3.

“SEGUNDO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, de acuerdo con las consideraciones de este proveído en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la ley 610 de 2000 y el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, por el daño producido a los intereses patrimoniales del Estado derivado de las decisiones sobre el manejo de los recursos públicos que conllevaron a la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, al aprobarse las adiciones de recursos CAPEX en exceso sobre los niveles acordados con la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

remuneración del capital aportado al proyecto a su costo de oportunidad en el control de cambio 2, en cuantía indexada de UN BILLÓN TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS Y VEINTISIETE CENTAVOS (\$1.329.555.296.567,27), en forma solidaria y a título de CULPA GRAVE en contra de las siguientes personas naturales y jurídicas:

FUNCIONARIOS DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. – REFICAR

(...)

• ORLANDO JOSÉ CABRALES MARTÍNEZ. Identificado con la C.C. No. 3.789.316 de Cartagena, en calidad de presidente de REFICAR DE CARTAGENA S.A. –REFICAR y representante legal de la misma para la época de los hechos.

(...)

MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA REFICAR S.A.

(...)

• HENRY MEDINA GONZÁLEZ, identificado con la C.C. 79.778.026, en su calidad de Miembro de la Junta Directiva de la REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. REFICAR y de ECOPETROL S.A.

• HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, identificado con la C.C. No. 79.140.549, en su calidad de Miembro de la Junta directiva de REFICAR S.A. para la época de los hechos.

(...)"

Que por su parte. el artículo tercero de la parte resolutive del citado acto administrativo, indica que se fallará con responsabilidad fiscal solo respecto de las personas naturales y jurídicas que participaron en el control de cambios 3, dentro de las cuales NO se encuentra el ahora demandante, señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ahora bien, respecto al control de cambios 4, se consideró que el mismo no era constitutivo de daño; razón por la cual, en el artículo quinto del mismo auto No. 749 de 26 de abril de 2021, se ordenó fallar sin responsabilidad fiscal a las personas naturales y jurídicas que participaron en el mismo

Que por lo anterior, no puede predicarse la existencia de conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del ahora demandante, señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, respecto de los controles de cambiós 1, 3, 4 y 5, debido a que, se reitera, los controles de cambios 1, 4 y 5 no son constitutivos de daño dentro del PRF-005-2017 y, respecto al control de cambios 3, porque el ahora demandante no participó en su aprobación.

Ahora, con relación a “solidaridad”, como bien lo indica la apoderada de la parte actora, se estableció en el artículo cuarto del mismo Fallo No. 749 de 2021 que los responsables fiscales responderían de forma solidaria; ahora bien, esto no quiere decir que la solidaridad se predique sobre el daño en general, sino que, como lo señala el mencionado artículo, los responsables fiscales responderán por cada uno de los hechos constituyentes del daño y su cuantificación independiente, es decir, para el caso que nos ocupa, respecto del control de cambios 2 deberán responder las personas citadas en el artículo segundo de dicha providencia y, respecto del control de cambios 3, las personas señaladas en el artículo tercero del mismo proveído.

Sobre el Cargo octavo: Sostiene que lo afirmado por la parte demandante no puede ser considerado como un cargo de la demanda, en tanto se edifica bajo supuestos de su entender privado y particular de una norma; lo cual, de manera alguna, tiene la entidad jurídica suficiente para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados.

En gracia de discusión, se tiene que el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, faculta a los órganos de vigilancia y control fiscal para comisionar a sus funcionarios con el fin de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

que rindan informes técnicos; de igual manera, determina que aquellos (los órganos de vigilancia y control fiscal) podrán requerir a entidades públicas o particulares, para que, en forma gratuita, rindan dichos informes. Bajo los anteriores postulados, no se desprende que la “gratuidad” sea un requisito sine qua non de la existencia y validez de dicha prueba; más bien se traduce en una facultad (poder requerir para que en forma gratuita) otorgada a la Entidad.

En cuanto a la gratuidad indicada en el citado artículo, debe indicarse que, se itera, esta no se constituye como un requisito de validez o de existencia de dicha prueba, más, si se tiene en cuenta que tal criterio no afecta el ejercicio de las garantías constitucionales de defensa o contradicción de los sujetos procesales, cuestión que, dicho sea de paso, fue garantizada a todos los vinculados dentro del PRF No. 005-2017, quienes, en el término de traslado otorgado, tuvieron la oportunidad de conocer y controvertir el contenido del mentado informe.

En ese orden de ideas, puede señalarse que la gratuidad establecida para el requerimiento de los informes técnicos a otras entidades o a particulares, tiene que ver más con una imposición a quienes deben rendir dicho informe, que, en una obligación para la Contraloría General de la República, máxime, si como en el presente caso, dicha práctica ya había sido adelantada en la fase de auditoría. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 610 de 2000, que dispone:

“Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de ley”.

En materia probatoria, la Ley 610 de 2000 establece en sus artículos 25 y 26, un principio de libertad probatoria, esto es, “que el daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”; y un deber, por parte del Órgano de Control, de

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

apreciación integral de las pruebas legalmente recaudadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional. En ese sentido, la valoración probatoria del informe técnico habrá de consultar los parámetros de: claridad, precisión, exhaustividad y detallade; que explique los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. Luego, tendrá que apreciarse en su conjunto con los demás medios probatorios allegados al proceso, conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

El informe técnico en mención fue relevante para el modelo financiero utilizado por la Entidad, sin embargo, la Contraloría General de la República no lo adoptó en su literalidad. Ello, en virtud de las solicitudes de aclaración y complementación de los vinculados al procedimiento, así como de su análisis en conjunto con otras pruebas. Respecto de la valoración que realizó este órgano de Control sobre dicha prueba, me remito a lo expuesto y desarrollado en el acápite del daño del fallo con responsabilidad fiscal No. 749 de 26 de abril de 202152 , la cual puede ser consultada por el Despacho de conocimiento en sus páginas 358 a 362: *“Contribución del informe de análisis del modelo financiero.”*

Sobre el Cargo noveno: La demandada señala que el cargo formulado no está llamado a prosperar. Lo anterior, porque no es cierto que, como lo afirma la señora apoderada del demandante a lo largo del escrito de la demanda, la Contraloría General de la República haya desatendido “sin justificación”, o ignorado, u omitido la valoración de los dictámenes periciales a que hace referencia, junto con sus aclaraciones.

Es menester señalar que aquellos fueron apreciados, en conjunto con las demás pruebas recaudadas en legal forma, de conformidad con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional, dándoles el valor que correspondía; cosa diferente es que la parte actora no esté de acuerdo con la valoración realizada por el operador fiscal, y/o se encuentre inconforme porque aquellas no lograron la finalidad por ella perseguida,

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

esto es, demostrar la inexistencia del daño patrimonial y de la responsabilidad fiscal de su mandante.

Frente al pronunciamiento y valoración de las pruebas mencionadas por la parte actora, me remito, en su integridad, a:

La motivación del fallo con responsabilidad fiscal No. 749 del 26 de abril de 2021, El operador fiscal de la primera instancia precisó, dentro del citado fallo, el trámite de cada uno de los dictámenes aportados:

“Con respecto al Dictamen presentado por la defensa y elaborado por la AGUDELOOSPINA, el Despacho considera que el mismo no logra desvirtuar las afirmaciones conceptuales y la fundamentación de cálculo de daño en el auto 773, si bien tuvo lugar un reajuste en la cuantía producto de las observaciones en otras fuentes de descargo en las que se efectuaron precisiones sobre el algoritmo utilizado, estas no cambian las afirmaciones conceptuales y la fundamentación para calcular el daño, por cuanto ellas abordaron una concepción diferente del daño en la que tiene lugar una afectación al proceso constructivo sobre la cual el concepto de daño emergente sugeriría una reparación a esa vulneración particular de procesos y subprocesos de la obra, no tiene relación con la generación o destrucción de valor económico, por vía de los indicadores financieros, tal como fue abordado en el auto 773.

En cuanto al informe de MARK DAVIES, se reitera que, si bien resulta deseable desde la perspectiva del análisis de ingeniería (el campo profesional del perito Davies) conocer el detalle de “los factores que impactaron el cronograma y el costo final del proyecto”, la evaluación versa específicamente sobre el efecto financiero de las distintas fuentes de afectación presupuestal y el reflejo de tal efecto en las asignaciones de capital adicional, no versa sobre el detalle de todos los acontecimientos de gestión o manejo deficiente a modo de “valoración exhaustiva”.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El apoderado WILLIAM PEREZ YUNES, presentó mediante oficio con radicado 20210125_ER0007226, dictamen pericial financiero, económico y contable que responde los cuatro (4) interrogantes planteados por la CGR en el Auto No. 1501 del 4 de diciembre de 2020 y evalúa el contenido del informe técnico suscrito por Miguel Ángel Ramos Montaña y su equipo. El Dictamen pericial financiero, económico y contable rendido por Juan Carlos Quintero Puerta, de la Firma SCI Inyestment & Merchant Bank, de fecha 23 de enero de 2021 en 5 folios, junto con sus anexos, en 15 folios, presentado por el abogado William Pérez (folios 32226-32255 - CP 161) fue considerado dentro del documento con el cual se atendieron las aclaraciones y complementaciones que estaban relacionadas con el objeto del informe técnico en los términos del Auto N°1501 de 2020. A través de este medio se resolvieron aspectos solicitados por el apoderado Pérez, principalmente sobre los análisis contables que se expusieron y que se aclararon (folio 32689). Otros argumentos allí presentados no estaban asociados al alcance del mismo pues se exponen con relación al informe y son aspectos desde el punto de vista de los miembros de junta directiva.

Mediante oficio 20210125_ER0007482, allega Dictamen pericial financiero, económico y contable que responde los quince (15) interrogantes planteados por la CGR tanto en el Auto No. 1273 del 29 de octubre de 2020 como en el Auto No. 1549 del 15 de diciembre de 2020. Al respecto se considera que, con la aclaraciones y complementaciones entregadas en informe del 26 de febrero de 2021, por parte de los integrantes del grupo para este informe, fue abordado desde el área técnica las inquietudes planteadas en este informe técnico.

Mediante oficio con radicado 20210125_ER0007793, el abogado Uriel Albero Amaya anexa dictamen de DASCOT A&T S.A.S. Relacionado con Conceptos a ser capitalizados y Normas NCIF.

El anterior dictamen pericial presentado por el abogado Uriel Alberto Amaya y elaborado por la representante legal de Capital Advisory Partners Ltda consultan sobre

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

capitalización de partidas en el desarrollo de un proyecto de inversión, ¿Qué partidas de gastos incurridos son sujetas de capitalización durante el período de construcción y hasta la entrada en operación del proyecto? ¿Cómo cambiaron estos criterios de capitalización de gastos con las NIIF? con lo cual se expone de manera teórica y conceptual los referidos temas desde los nuevos marcos normativos. Incluyendo definiciones de los aspectos contable tratados en el informe pero que no conllevaron a cálculos o estimaciones contables.

De igual manera mediante oficio con radicado 20210125_ER0007793_Uriel Albero Amaya, allega dictamen pericial sobre el informe de apoyo técnico ordenado mediante el auto no 1501 del 4 de diciembre de 2020 emitido por la Contraloría General de la Republica dentro del proceso de responsabilidad fiscal prf-2017- 00309ucc-prf-005-2017.

El dictamen pericial presentado por el abogado Uriel Alberto Amaya y elaborado por la representante legal de Capital Advisory Partners Ltda hace apreciaciones y presenta dictamen de carácter financiero sobre el informe de apoyo técnico ordenado mediante el auto No. 1501 del 4 de diciembre de 2020, emitido por la Contraloría General de la Republica dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005- 2017, en el cual desarrolla un análisis paralelo al informe de apoyo técnico con una presentación más resumida en cuanto a la financiación , ejecución y traslados al OPEX.

Mediante oficio con radicado 20210125_ER0007795, Uriel Alberto Amaya, allega capeta que contiene dictamen pericial de CAP con sus respectivos anexos y dictamen pericial de IPA con sus anexos. Este documento argumentó algunas de las 15 preguntas del Informe Técnico del Auto 1273 de octubre de 2020, por lo que, se considera que, con la aclaraciones y complementaciones entregadas en informe del 26 de febrero de 2021, por parte de los integrantes del grupo para este informe, se da por atendido, e interpretado desde el área técnica las inquietudes planteadas en este informe.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante oficio con radicado 20210125_ER0007795, el abogado Uriel Alberto Amaya, adjunta dictamen pericial de CAP con sus respectivos anexos. Este documento argumentó algunas de las 15 preguntas del Informe Técnico del Auto 1273 de octubre de 2020, por lo que, se considera que, con la aclaraciones y complementaciones entregadas en informe del 26 de febrero de 2021, por parte de los integrantes del grupo para este informe, se da por atendido, e interpretado desde el área técnica las inquietudes planteadas en este informe.

Mediante oficio 20210125_ER0007796, el abogado Uriel Alberto Amaya, allega pronunciamiento frente a los numerales 5, 11 y 7 del informe técnico. Este pronunciamiento hace apreciaciones respecto a las preguntas 5, 11 y 7 del informe técnico entregado el 30 de diciembre de 2020, decretado por Auto 1273 de octubre de 2020. Se da por aclarado e interpretado desde el área técnica correspondiente por al Informe de Aclaraciones y complementaciones al Informe en mención, entregado el 26 de febrero de 2021.

Mediante oficio con radicado 20210125_ER0007769 el abogado Alberto Zuleta, presente escrito de contradicción del Informe Técnico practicado por el despacho. Este documento argumentó algunas de las 15 preguntas del Informe Técnico del Auto 1273 de octubre de 2020, por lo que se considera que, con la aclaraciones y complementaciones entregadas en informe del 26 de febrero de 2021, por parte de los integrantes del grupo de apoyo técnico para este informe, se da por atendido, e interpretado desde el área técnica las inquietudes planteadas en este informe”.

La motivación del auto No. 949 de 03 de junio de 2021(ver páginas 260- 269), mediante el cual se resolvieron los recursos de reposición en contra del fallo demandado; en donde se señala lo siguiente:

“(…)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De la lectura de los dictámenes se concluye, como se hizo efectivamente en los anexos a las solicitudes de aclaración y complementación al informe técnico del Auto 1273, que, en cuanto a los postulados convencionales de la doctrina de la evaluación financiera de proyectos, existe concordancia entre lo que mencionan los dictámenes y lo que expone el informe técnico, con algunas salvedades, especialmente en lo concerniente al criterio auxiliar para la defensa del interés patrimonial público. Este criterio, como ya fue indicado, termina convirtiéndose en un punto central de la argumentación por la cual el Despacho diverge de la conclusión del numeral 1 del informe técnico, complementada por la conclusión del numeral 6. Mientras que el informe técnico supedita el menoscabo patrimonial a la vulneración del objetivo de preservación o conservación del capital invertido, el Despacho con base en lo dispuesto en la Ley 610 supedita el menoscabo a la vulneración del objeto funcional de sostener la rentabilidad del proyecto en un nivel equivalente a la tasa de oportunidad. Y para ello, como se deduce del procedimiento de cálculo de daño, no resulta necesario que se cumpla el período de operación, puesto que éste es abstraído o separado de la cuantificación del VPN perdido a partir del hito de línea base.

Los extractos tomados del dictamen de María Inés Agudelo y Mónica Ospina se centran en que la CGR 'debió demostrar que la aprobación de los fondos para los controles de cambios no era necesaria para culminar el proyecto'. De la exposición en el Auto 749 referida a los usos deficientes del CAPEX por las reiteradas situaciones de control precario de costos, retrabajos, reprocesos, descoordinación, ausencia de vínculo causal con el equipamiento del activo, entre otras, se confirma que los 8.016 MUSD no se constituían en "necesarios" para concluir el proyecto, independientemente de que la ruta de análisis previo para la cuantificación del daño se haya orientado por el objetivo de rentabilidad.

(...)"

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, el auto No. ORD-801119-158-2021 del 06 de julio de 2021 (páginas 1631-1642), mediante el cual se resuelven los recursos de apelación en contra del fallo con responsabilidad fiscal y se surte el grado de consulta, realizó un recuento de la valoración de los dictámenes periciales y los informes técnicos que reposan en el expediente del PRF-005-2017. En dicho acto administrativos, entre otras cosas, el operador fiscal señaló que "...los dictámenes aportados fueron tenidos en cuenta e impactaron de tal suerte que se produjo una revisión de lo dicho en el Informe técnico de Villareal...". Así, señaló que:

"(...)

No existe arbitrariedad en el fallo en cuestión. La arbitrariedad de acuerdo con lo definido por la Corte Constitucional: 'En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley'.. Y esta decisión dista de ser resultado de un capricho individual. Los argumentos presentados por el apelante no concuerdan con el contenido de la decisión recurrida, por cuanto encuentra esta Sala de decisión que en relación con los dictámenes periciales, en la página 224 del fallo se encuentran relacionados los dictámenes periciales aportados al proceso, y el trámite procesal que ellos surtieron. Así mismo en diferentes partes del fallo se aprecian en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional. Del mismo modo en las páginas 668 y siguientes se citan las actuaciones procesales, así como su ubicación dentro del expediente, en el que ellos fueron analizados por el despacho.

(...)

Se advierte que en el fallo en cuestión, en las páginas 519 y siguientes, se realiza un análisis de los cuestionamientos realizados por el apelante los cuales son contestados en dicha decisión, precisando qué de los dictámenes aportados fueron tenidos en cuenta e impactaron de tal suerte que se produjo una revisión de lo dicho en el Informe técnico de Villareal, y que condujo a 'acotar el horizonte de análisis al período de inversión, se obtiene certeza porque la afectación fiscal procede de la segmentación del CAPEX total aprobado en la secuencia de los hitos del proyecto, y no incluyó las

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

estimaciones de flujos futuros de efectivo que generaría la nueva refinería, ni los generados por la antigua’.

Esta Sala de decisión considera que frente a las afirmaciones realizadas, es importante su citación textual, puesto que en es claro que en el proceso se tuvieron en cuenta estas pruebas y que adicionalmente fueron analizadas para efectos de la decisión final.

(...)”

Que por consiguiente, no resulta cierto el planteamiento del cargo de la demandante.

Sobre el **Cargo décimo**: La entidad demandada señala que el cargo propuesto en la demanda desborda el objeto del litigio del medio de control que se interpuso; el cual va dirigido a estudiar la legalidad de los actos administrativos definitivos (fallo de responsabilidad fiscal No.749 del 26 de abril de 2021 y, sus confirmatorios de reposición y apelación, respectivamente, autos No. 0949 del 03 de junio y No. ORD-801119-158-2021 del 06 de julio -corregido por medio del auto No. ORD801119-162-2021 del 09 de julio, todos del 2021), proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-005-2017.

Que en ese sentido, se tiene que:

- El proceso de responsabilidad inicia, solo y exclusivamente, a partir de que se profiere el respectivo auto de apertura. Las actuaciones surtidas en trámite de la auditoría y la indagación preliminar, si las hubiere, no son demandables ante la jurisdicción administrativa. En ese orden de ideas los informes de auditoría -REFICAR, vigencias 2011, 2012, 2016, a los que alude la señora apoderada demandante, pueden llegar a considerarse como antecedentes del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-005-2017, empero, no pueden ser objeto del estudio de legalidad que aquí se pretende.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- El informe de auditoría no es un acto administrativo. De acuerdo con las normas internacionales ISSAIS, el informe de auditoría es el documento que sintetiza el resultado del cumplimiento de los objetivos definidos en la asignación de actividades de auditoría, en el plan de trabajo y el resultado de las pruebas adelantadas en la fase de ejecución. En ese orden de ideas, es un documento eminentemente técnico, mediante el cual el ente de control fiscal ejerce sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias y, como tal, no tiene la connotación de acto administrativo, como tampoco de un proceso jurídico propiamente dicho. Dicho informe no constituye una manifestación unilateral de la voluntad de la administración tendiente a producir efectos jurídicos concretos, por cuanto, solo contiene un conjunto de conceptos y de opiniones técnicas sobre la gestión fiscal de la entidad auditada, que por lo tanto no tiene efectos frente a los administrados, pues "...es una información que proviene de una actuación de control fiscal puramente preventiva y correctiva..."
- En el mismo sentido, los fenecimientos decretados por la Contraloría no son manifestaciones de la voluntad de este órgano de control destinados a causar efectos jurídicos, ni mucho menos causan cosa juzgada sobre lo manifestado; lo anterior, habida cuenta de que el control efectuado no se realiza por la totalidad de las cuestiones ofrecidas en la vigilancia realizada, sino por los casos que selectivamente son escogidos por la Entidad, los cuales no postulan la universalidad de las operaciones o contratos del sujeto de control.
- En gracia de discusión, es menester señalar que el interés público, concretado en la protección al patrimonio público del cual está encargado competencialmente la Contraloría General de la República, debe prevalecer sobre la buena fe y la confianza legítima. En ese sentido, frente a los fenecimientos de cuenta de los años 2010 y siguientes, no puede pretender la parte actora que, existiendo un daño cierto, causado por culpa grave o dolo de una persona que ejerció gestión fiscal, sin que hubiese operado la caducidad o la prescripción de la responsabilidad; este Órgano de Control no pudiera

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

reclamar su resarcimiento, sólo por el prurito de que estos no fueron descubiertos en la oportunidad en que se hizo la auditoria respectiva.

- Finalmente, es de mencionar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 610 de 2000, el proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana. Así pues, podrá darse inicio al proceso de responsabilidad fiscal con base en, entre otros, los hallazgos con incidencia fiscal obtenidos como consecuencia de los sistemas de control de las propias Contralorías.
- Lo anterior, para señalar que, si el hallazgo fiscal tiene el carácter de informe especializado y este constituye el insumo sobre el cual se funda la actuación que se va a ventilar (se incorporó como prueba en el expediente administrativo), el ejercicio del derecho de contradicción que se haga de dicho hallazgo debe materializarse en curso de la actuación, esto es, dentro proceso de responsabilidad fiscal, en las etapas dispuestas para ello; es en ese escenario procesal donde la parte actora cuenta con los mecanismos de defensa necesarios para reprochar la veracidad y legalidad de tales hallazgos; como ocurrió debidamente dentro del PRF-005-2017 (informe especial 2016) y de eso dan cuenta los actos administrativos demandados.

Sobre el **Cargo décimoprimer**: La demandada señala que el cargo no está llamado a prosperar, por que La declaratoria de responsabilidad en contra del señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, está en el marco de la legalidad y fue suficientemente soportada a partir del material probatorio recaudado, en legal forma, por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción de la Contraloría General de la República. No existió vulneración alguna al debido proceso y siempre se permitió al vinculado, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-005-2017, el ejercicio de sus derechos en

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

materia probatoria, como reflejo de respeto a sus derechos de defensa y de todas las garantías procesales.

Del abundante recaudo probatorio y, específicamente, de las actas de Junta Directiva de Reficar y sus anexos, la Contraloría General de la República evidenció que, pese a que las determinaciones adoptadas no se traducían en mejoras ni en medidas concretas y contundentes para mitigar las deficiencias presentadas en el curso del proyecto de modernización de la refinería de Cartagena, los miembros de la Junta Directiva de Reficar no tomaron medidas que evitaran la pérdida de valor de los recursos públicos invertidos en el mismo, así como tampoco adecuaron su actuar al estándar del buen hombre de negocios, en los términos indicados en el artículo 63 del Código Civil, esto es, no demostraron el cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, pese a que tenían pleno conocimiento de las condiciones en las que había sido celebrado el contrato EPC 2010 razón por la cual, debieron realizar mayor control y seguimiento, y no limitar su actuar a efectuar simples recomendaciones de las que tampoco se efectuó una vigilancia efectiva.

Este órgano de Control evidenció la negligencia de los miembros de la Junta Directiva de Reficar, por cuanto, contrario a lo afirmado en la demanda, la debida diligencia en el manejo de los recursos públicos hubiese implicado: 1) una adecuada administración de riesgos; 2) un efectivo control de costos, tanto en la determinación de las desviaciones en costos y cronograma, como en el reembolso de costos no razonables, entre ellos: horas hombre adicionales por i) baja productividad. ii). reprocesos, iii). Retrabajos, iv). Demoras en la procura, y, v). Demoras en la construcción por errores en el diseño y la ingeniería básica y detallada; 3) menos problemas de coordinación, programación y logística del contratista EPC, tanto con proveedores, subcontratistas, operadores y trabajadores directos en la obra.

Se probó que las medidas adoptadas de los miembros de la junta directiva fueron ineficaces, no de otra forma se explica que se hubiera pretendido cambiar al contratista EPC ya avanzada la ejecución, así como intentar vanamente que este accediera a

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

modificar el contrato para aumentar la cláusula penal pecuniaria de multas y garantías, entre otras medidas que resultaron ineficientes frente al desbordamiento de los costos, el cronograma del proyecto y la baja productividad que fue un fenómeno inmanejable para el contratista EPC, y el equipo del PMC integrado por el Joint Venture de Foster Wheeler y Process Consultants Inc y la Administración de REFICAR, con la participación del Director Corporativo de proyecto de ECOPETROL, razones que evidencian que la negligencia en la administración de los recursos y manejo del proyecto fueron causa eficiente en el daño probado.

En lo que respecta al señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la Refinería de Cartagena S.A. -Reficar, en representación de ECOPETROL S.A., participó en la aprobación del Control de Cambios número 2 del 7 de mayo de 2012 (Acta 87). El operador fiscal advirtió que, al ahora demandante, le era exigible advertir desde su formación y experticia en el sector de petróleos y específicamente en la refinación, el efecto negativo que dicha decisión tenía para la empresa, denotando que sus conocimientos no fueron utilizados en beneficio de los intereses de Reficar y Ecopetrol, pues, al aprobar el control de cambios 2, tal como consta en el acta 87 de la Junta Directiva de Reficar S.A, no cumplió con su deber funcional de manera eficiente, pues si lo hubiera hecho, le hubiera permitido establecer y advertir de manera determinante el impacto que la aprobación de adiciones al capex y la variación de la promesa le generaban al proyecto.

En ese sentido, por su experiencia y conocimiento en el sector, para tomar la mejor decisión respecto del proyecto debió solicitar, tanto a la Junta como a la Administración, reevaluar, posponer o cancelar dicha decisión; por lo tanto, lo que se reprochó en la conducta desplegada por el ahora demandante es no haber exigido a la Administración de Reficar que se tomaran medidas preventivas y correctivas oportunas, eficientes y eficaces, lo que pone en evidencia una deficiente administración de riesgos en un meqaproyecto de la importancia estratégica y costos como la modernización de la refinería de Cartagena.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que es pertinente traer a colación lo expuesto en el fallo con responsabilidad fiscal, acápite del daño:

“Advertencias adicionales consignadas en las actas de Junta Directiva: Falta de diligencia de los miembros de la Junta Directiva

Adicional a lo anterior y en relación con las deficiencias en el proyecto, el Despacho a continuación trae algunas referencias adicionales consignadas en las citadas actas relacionadas con las recomendaciones que daban los miembros de Junta Directiva en el desarrollo del Proyecto, que ante las deficiencias evidenciadas, así como los riesgos cristalizados, dan cuenta de la falta de diligencia de dichos miembros, ya que analizadas las mismas se encuentra que si bien quedaron plasmadas en el papel, en la práctica no reflejan la diligencia con que debieron actuar los miembros de la Junta Directiva de Reficar.

(...)

De todo lo expuesto en este acápite y del abundante recaudo probatorio y específicamente en las actas de Junta Directiva de Reficar y sus anexos, se evidencia las graves deficiencias identificadas en el Proyecto por los diferentes actores que intervinieron en ellas. En consecuencia, esta instancia consideró traer a modo de ejemplo, para la presente decisión algunas de las recomendaciones consignadas en las actas antes referidas, de las cuales se extractan apartes que permiten concluir que las instrucciones no cumplieron con su finalidad, aunque fueron reiteradas en el periodo comprendido dentro de los controles de cambio 2 y 3.

(...)

Así mismo, pone en evidencia la negligencia de los miembros de la Junta Directiva de Reficar, por cuanto, contrario a lo afirmado, la debida diligencia en el manejo de los recursos públicos hubiera implicado: 1) una adecuada administración de riesgos, 2) un efectivo control de costos, tanto en la determinación de las desviaciones en costos y cronograma, como en el reembolso de costos no razonables: entre ellos: horas hombre

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

adicionales por i) baja productividad. ii). reprocesos, iii). Retrabajos, iv). Demoras en la procura, y, v). Demoras en la construcción por errores en el diseño y la ingeniería básica y detallada, 3) menos problemas de coordinación, programación y logística del contratista EPC, tanto con proveedores, subcontratistas, operadores y trabajadores directos en la obra.

(...)

El mismo fallo de responsabilidad fiscal, en el acápite denominado “14.1. MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA REFICAR S.A.”, define la esfera de gestión fiscal de la Junta Directiva de REFICAR, y desarrolla el análisis que se efectuó en el auto de imputación para calificar las conductas y determinar la responsabilidad fiscal frente a cada vinculado en su calidad de miembros de la Junta Directiva de Reficar, con fundamento en los medios de prueba allegados válidamente al expediente.

Que los miembros de la Junta Directiva de REFICAR, debían hacer un examen detallado de los objetivos concretos que se perseguían en cada período del proyecto y las actividades que se implementarían para obtener resultados concretos, para lo cual se les exigía la debida aplicación de habilidades y competencias profesionales en la proyección e implementación de acciones para la optimización de los resultados anuales.

Esta atribución, compromete a los miembros de Junta, como administradores de la Sociedad, en el deber funcional personal e intransferible de revisar los soportes de los planes elaborados por la administración para su aprobación, en todos sus componentes y soportes; y a valorar con carácter prospectivo real los alcances y resultados del respectivo plan anual. Una función que no podía delegarse, ni formal ni materialmente, es decir, irrenunciable, por lo que no es de recibo excusar su cumplimiento en las atribuciones, decisiones o acciones de otros estamentos de la Sociedad, sobre lo que, en todo caso, la Junta tenía bajo su dirección y control.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sobre el **Cargo décimosegundo**: Que de conformidad con la jurisprudencia del máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, la “falsa motivación” se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad.

Así las cosas, este vicio de nulidad se configura cuando se expresan los motivos de la decisión, total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

Sobre este entendido, me permito señalar que, contrario a lo manifestado por la señora apodera demandante, las decisiones adoptadas por la Contraloría General de la República en curso del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF005-2017, estuvieron fundamentadas tanto en los hechos debidamente demostrados dentro del plenario, como en la normatividad sustantiva aplicable. De esa manera se tiene que, las calificaciones que se hicieron respecto al tema de la ola invernal en el fallo con responsabilidad fiscal No. 749 de 26 de abril de 2021 y sus confirmatorios de reposición y apelación, se fundamentaron en pruebas legalmente recaudadas, entre otras, el informe técnico decretado mediante auto No. 1501 de 04 de diciembre de 2020.

Precisado lo anterior, respecto de los argumentos que sustentan el cargo propuesto en la demanda, se tiene que:

1. FRENTE A LA OLA INVERNAL:

Que en el análisis del control de cambios 2 se indicó que la temporada de lluvias de los años 2010 y 2011 tuvo consecuencias en el estimado de costos del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena, dichos costos tuvieron más

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

relación con el incremento del control de cambios 1 (excluido como hecho de afectación), en cuanto al tiempo que se sucedieron.

De otra parte, se advirtió que, dado que los sujetos procesales que alegaron dicha situación no probaron la cuantía de la afectación de ésta (que en todo caso les correspondía de conformidad con el principio del onus probandi, dispuesto en el artículo 167 del CGP, norma aplicable al proceso de responsabilidad fiscal por expresa remisión del artículo 66 de la Ley 610 de 2000), la CGR solicitó, por medio de la prueba de informe técnico, la constatación de la afectación económica que se hubiera podido ocasionar por cuenta de la ola invernal. A través de esta prueba se pudo determinar que:

- No era clara la incidencia de la ola invernal ocurrida entre los años 2010 y la primera parte del año 2011, en relación con el control de cambios 2 (el cual se aprobó por la Junta Directiva de Reficar mediante el acta No. 87 del 07 de mayo de 2021); en tanto que la lejanía en el tiempo debilita el nexo de las decisiones adoptadas en esa oportunidad con el acaecimiento de la temporada de lluvias.

- No fue posible establecer la magnitud económica de esta cuestión frente al control de cambios 2, pues, como se indicó el informe técnico: “no se podría manifestar de manera definitiva que los eventos de contingencia se acrecentaron por la forma en que fueron afrontados, pues la doctrina da pautas sobre el tema que no pueden ser evaluados de manera absoluta, ya que dependen de las estrategias que se implementen y de las particularidades de cada proyecto, razón por la cual no puede tomarse este hecho como una causal de rompimiento del nexo causal por causa extraña de la cual se deba descontar el monto de esta afectación”.

2. FRENTE A LA HUELGA:

Que es preciso resaltar que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la huelga no es un hecho en sí mismo irresistible; sin embargo, para poder argumentar la fuerza mayor, lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias. Bajo ese escenario, al analizar la huelga ocurrida durante la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ejecución del proyecto de la ampliación y modernización de la refinería de Cartagena, la CGR encontró que esta tuvo un impacto de elevada anormalidad, ya que llevó a la parálisis de la actividad laboral, la cual afectó de forma severa la productividad en la ejecución del proyecto, el cual nunca pudo restablecerse de sus efectos. El paro de actividades no solo afectó las 14 semanas de las obras como tal, sino que se presentaron inconvenientes, pues los huelguistas impedían el paso de los trabajadores e impedían el acceso a la refinería. El paro además de causar traumatismos inmediatos a la obra, costó 621 millones de dólares, y el índice de productividad tuvo una baja que no se recuperó a lo largo de los meses que le siguieron hasta terminar parcialmente el proyecto.

Se consideró que, si bien, dentro del curso normal de la ejecución de una obra pueden llegarse a dar conflictos laborales que deriven en huelgas y paros, los mismos se tornan imprevisibles por sus efectos y su impacto, cuando trascienden la gravedad de lo normalmente aceptable tal como aquí aconteció, ya que dicha anormalidad laboral tuvo unos efectos:

- i) En el tiempo improductivo previo y durante el paro laboral;
- ii) En el periodo de recuperación requerido para restablecer el avance físico del proyecto;
- iii) En los costos de stand by y mayor permanencia de equipos y personal;
- iv) En el costo de la convención colectiva suscrita entre CB&I y la USO;
- v) En el Impacto de 14 semanas de parálisis laboral o baja intensidad de la misma;
- vi) En la caída en la productividad desde 0,76 hasta 0,49;
- vii) En la reducción del avance físico semanal desde valores mayores al 1% hasta inferior a 0,5%. Dichas cuestiones, demuestran que las consecuencias de la anormalidad laboral fueron claramente imprevisibles tanto para la administración de Reficar, como para la Junta Directiva de la refinería, pues superaron las expectativas más negativas que sobre tal hecho se hubieran podido esperar, tornando esa cuestión en una anormalidad superior a la que cualquiera de los actores relacionados con el proyecto hubiera podido prever

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Dichas cuestiones, demuestran que las consecuencias de la anormalidad laboral fueron claramente imprevisibles tanto para la administración de Reficar, como para la Junta Directiva de la refinería, pues superaron las expectativas más negativas que sobre tal hecho se hubieran podido esperar, tornando esa cuestión en una anormalidad superior a la que cualquiera de los actores relacionados con el proyecto hubiera podido prever.

Este tema fue desarrollado, en su totalidad, en el fallo con responsabilidad fiscal No. 749 del 26 de abril de 2021, frente a cada uno de los vinculados que controvertió este argumento, dentro de los cuales no se encuentra el ahora demandante, señor GÓMEZ RESTREPO.

Ahora, de manera respetuosa le solicito a la Honorable Sala, que las afirmaciones propuestas en este acápite y que tienen relación con el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2018-00684_PRF-017-2018, no sean tenidas en cuenta, porque desbordan el objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que aquí nos convoca; NO SON HECHOS que incumban con el estudio de legalidad de los actos administrativos demandados, pues, como bien lo menciona la señora apoderada demandante, se trata de actuaciones proferidas dentro de otro procedimiento administrativo. El lucro cesante no es objeto del fallo con responsabilidad fiscal demandado.

Lo anterior, en razón a que la señora apoderada demandante refiere un Informe de Apoyo Técnico de 8 de octubre de 2021, el cual fue ordenado mediante auto No. 1107 del 14 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal lucro cesante PRF-2018-00684_PRF-017-2018; documento que, claramente, no hizo parte del PRF-005-2017 -daño emergente-. En este punto, es importante resaltar que los dos procesos de responsabilidad fiscal citados tienen objetos diferentes: en uno se buscó determinar el daño derivado del daño emergente (pérdida del valor de la inversión) y, en el otro, por el lucro cesante (ganancias dejadas de percibir)

Sobre el **Cargo décimotercero**: Que se aprecia que la parte actora, sustenta el concepto de violación de este cargo, en una serie de manifestaciones privadas y

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

particulares que no gozan de ningún tipo de sustento y que, por demás, no tienen la entidad jurídica suficiente para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos atacados.

Tal como se puede observar en la materialidad de la decisión de segunda instancia, los recursos de apelación que se sometieron a consideración de la Sala Fiscal y Sancionatoria, particularmente, el del aquí demandante, señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, fue analizado al detalle, con profundidad y congruencia frente a lo solicitado, haciendo estudios punto a punto respecto de las argumentaciones que fundamentaban la alzada. En algunos casos, por tratarse de temas comunes o similares, los reproches acerca del fallo fueron agrupados y resueltos de manera conjunta, pero sin dejar de hacer los pronunciamientos correspondientes a cada tópico.

Que muchos de los argumentos que hacían parte de los recursos enunciados eran repetitivos e insistentes sobre los mismos temas centrales, incluso, desde diferentes títulos; aun así, siempre se respondió cada requerimiento y, en caso de reiteración extrema, el operador fiscal optó por hacer remisiones hasta el numeral o la página donde ya se había desatado de manera más profunda aquel punto.

Que no puede sostenerse que no hubo un análisis de fondo de los recursos por que tienen semejanzas y/o similitudes con la decisión de primera instancia, pues es apenas obvio que si se encuentra acierto en la providencia revisada y se verifica la validez de las postulaciones atacadas, la Sala va compartir posiciones y, en algunos casos, citar los fundamentos y/o los señalamientos del a quo que considera pertinentes, sin que por ello se pueda descartar el análisis juicioso del caso sometido a consideración del cuerpo colegiado.

En efecto, en el fallo proferido por la segunda instancia, se encontrarán varias citas, así como algunos parafraseos de las conclusiones del operador jurídico de primera instancia, debidamente identificadas como tal; los cuales, de ninguna manera pueden ser indicativos de la omisión o falta de análisis frente a lo pedido; sino que, contrario a lo manifestado por la señora apoderada demandante, cuando una de estas citas o

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

parafraseos aparece, lo que a continuación se puede evidenciar es una explicación de por qué se está compartiendo una u otra deducción, o se profundiza en el motivo por el que se encuentra acierto en aquella posición.

Que aseverar que el fallo con responsabilidad fiscal, y el auto que resolvió el grado de consulta y los recursos de apelación, vulnera los derechos de defensa material y del debido proceso del aquí demandante, supuestamente, por tener una misma autoría, no es más que una afirmación, manifestación, suposición y conclusión temeraria y sin fundamento de la parte demandante, que riñe con el principio constitucional de buena fe. Como se puede verificar en los respectivos actos administrativos, el auto de primera instancia fue proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción y, el auto de segunda instancia, fue proferido por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República.

Frente a las manifestaciones respecto al tiempo en que se profirió el auto No. ORD-801119-158-2021 del 06 de julio de 2021; los demandantes desconocen que: i] la celeridad es una garantía procesal de los implicados y; ii] que la sala Fiscal y sancionatoria cuenta con varios funcionarios sustanciadores para resolver los recursos y las consultas, tal y como sucede en los despachos judiciales administrativos y de las Altas Cortes en nuestro país.

Sobre el **Cargo décimocuarto**: La entidad demandada señala que el cargo no tiene vocación de prosperidad y para efectos de dar respuesta a la contabilización del número de páginas que presenta el demandante, me permito señalar a la Sala de Decisión que este Órgano de Control no cuenta con una herramienta que permita discriminar la información de la manera en la que la presentan los abogados, empero, una vez consultado el asunto con el área de sistemas, se puede explicar cómo es el manejo de los expedientes en la Entidad. En ese sentido, sobre la administración de archivos y la conformación de los expedientes en la Contraloría General de la República se tiene que:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De acuerdo con el artículo 6° del Decreto 267 de 2000, la Contraloría General de la República, en ejercicio de su autonomía administrativa, debe definir todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de sus funciones en armonía con los principios consagrados en la Constitución Política, para lo cual, los numerales 1 y 4 del artículo 35 del mismo decreto, facultan al Contralor General de la República para *“fijar las políticas, planes, programas y estrategias para el desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal, del control fiscal del Estado y de las demás funciones asignadas a la Contraloría General de la República de conformidad con la Constitución y la ley”* y *“dirigir como autoridad superior las labores administrativas y de vigilancia fiscal de las diferentes dependencias de la Contraloría General de la República, de acuerdo con la ley”*.

Respecto al expediente del proceso ordinario de responsabilidad fiscal No. PRF-005-2017, se tiene que el índice no es insuficiente ni incompleto, pues, como bien lo señala el “Manual de Procedimientos de Gestión Documental, Archivo y Correspondencia” de la Contraloría General de la República:

“Plantilla de referencia cruzada: Facilita la descripción, ubicación y control de los documentos que hacen parte de un expediente, pero que por su soporte o su forma de almacenamiento no se pueden ubicar dentro de la carpeta.”, la cual se utiliza “para establecer un control de los documentos que se encuentran en diferentes soportes, pero que hacen parte de un mismo expediente [...] pero que físicamente se va a separar, independientemente del soporte en que se encuentre.”

En cuanto a los soportes digitales y la referencia cruzada, el manual de procedimientos citado, indica que:

“Para los documentos en soportes distintos al papel, como casetes, CD, DVD, USB, entre otros, se debe dejar en los instrumentos de control o consulta (inventarios) constancia de su existencia y de la unidad documental a la que pertenecen. Al separar este material de la carpeta, se hará la correspondiente referencia cruzada. Cada uno de los soportes constituye un folio el cual se deberá marcar o foliar en el respectivo sobre o cubierta adecuada que contiene la información.”

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que es de imperativo cumplimiento para los funcionarios y contratistas de la Contraloría General de la República, es claro que, los documentos que por su soporte o su forma de almacenamiento no se puedan incluir al expediente físico, deben ser separados materialmente mediante la respectiva anotación en la referencia cruzada, es decir, que los mismos sí hacen parte del expediente, y como señala el manual, debe dejarse la anotación de que dicha referencia cruzada hace parte del folio al que pertenecen; así las cosas, que no exista una descripción del contenido de los mismos no hace que sea insuficiente o incompleto el índice.

Que el Manual de Procedimiento de Gestión Documental, Archivo y Correspondencia de esta entidad, señala que la referencia cruzada *“facilita la descripción, ubicación y control de los documentos que hacen parte de un expediente, pero que por su soporte o su forma de almacenamiento no se pueden ubicar dentro de la carpeta.”*

Además, es de aclarar que, si bien las referencias cruzadas se encuentran en una carpeta aparte del expediente físico, lo cierto es que estos soportes hacen parte en su totalidad del expediente digital, por lo que son de conocimiento de los apoderados, además están relacionados con un folio obrante en el expediente físico, por lo que siempre, sean CD's, DVD's o USB's, los mismos tienen el nombre de la información que contienen o el número del radicado y el folio al que corresponden, como se ve en la siguiente imagen:

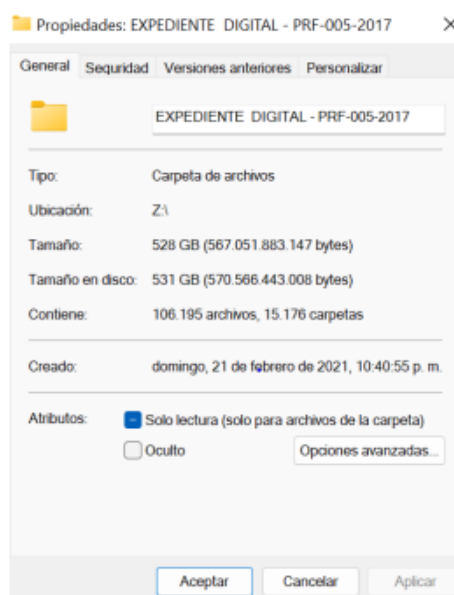
Este equipo > CDI15 (\\172.20.30.29\UIECQ) (Z:) > PRF 005-2017 REFICAR y ECOPEPETROL > EXPEDIENTE DIGITAL - PRF-005-2017 > PRINCIPAL 7

Nombre	Fecha de modificación
CD VERSIÓN LIBRE HERNANDO JOSÉ GÓMEZ CON SOPORTES FI 1279	1/03/2018 9:44 a. m.
 20170715_2017EE0088702 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1295	28/07/2017 12:52 p. m.
 20170715_2017EE0088707 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1296	28/07/2017 12:53 p. m.
 20170715_2017EE0088709 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1297	28/07/2017 12:53 p. m.
 20170715_2017EE0088716 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1298	28/07/2017 12:54 p. m.
 20170715_2017EE0088720 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1299	28/07/2017 12:54 p. m.
 20170715_2017EE0088726 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1300	28/07/2017 12:55 p. m.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ahora, para el caso en concreto se deben hacer las siguientes precisiones:

- El Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017 tiene un tamaño de 528 GB.
- El mismo está conformado por doscientas catorce (214) carpetas principales y una (1) de hallazgos para un total de doscientas quince (215) carpetas.
- Las carpetas se conforman de forma cronológica con las actuaciones que se surtan en el proceso, alguna de la información que se allega al proceso puede contener carpetas y a su vez estas pueden contener subcarpetas o archivos.
- Respecto a la distinción de tipos de archivo que realiza el demandante, se tiene que la Entidad no cuenta con una herramienta que permita discriminar la información de la manera en la que la presentan la apoderada. Al consultar las propiedades del expediente se tiene lo siguiente:



- Todas las carpetas principales tienen un archivo de identificación.
- Todas las carpetas principales tienen un índice del contenido.
- El índice indica los folios que tienen referencias cruzadas.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Respecto a las afirmaciones de la parte actora según las cuales, dice, el expediente no utiliza una numeración ordenada que indique la secuencia de los documentos en las carpetas que conforman el mismo, y que dicho “desorden y falta de numeración” dificultan la consulta del mismo, se tiene lo siguiente:

Si bien, del cuaderno principal 1 al 136, no existe numeración inicial de los archivos contenidos, lo cierto es que, todos y cada uno de ellos (los archivos), se encuentran con la debida foliación según el orden de llegada al expediente; así mismo, tienen fecha de radicación, número de radicado y descripción del contenido, tal como se evidencia en la siguiente imagen:

Nombre	Fecha de modificación
CD VERSIÓN LIBRE HERNANDO JOSÉ GÓMEZ CON SOPORTES FI 1279	1/03/2018 9:44 a. m.
20170715_2017EE0088702 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1295	28/07/2017 12:52 p. m.
20170715_2017EE0088707 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1296	28/07/2017 12:53 p. m.
20170715_2017EE0088709 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1297	28/07/2017 12:53 p. m.
20170715_2017EE0088716 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1298	28/07/2017 12:54 p. m.
20170715_2017EE0088720 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1299	28/07/2017 12:54 p. m.
20170715_2017EE0088726 Citación diligencia exposición libre y espontánea_PRF 005-2017_FI 1300	28/07/2017 12:55 p. m.

Lo anterior aplica para todos los archivos contenidos en el expediente, incluso, como se evidenció anteriormente, las referencias cruzadas tienen un folio de identificación, folios que permiten tener un orden cronológico del contenido del sumario, por lo cual, si se verifica la foliación, el mismo es de fácil consulta.

Además de lo anterior, desde la carpeta principal 137 y hasta la carpeta principal 214, el expediente cuenta con una numeración inicial para más fácil ubicación, sin embargo, sigue conservando la foliación, fecha de radicación, número de radicado y descripción del contenido de los mismos de igual manera, las referencias cruzadas mantienen el número de folio al que corresponden, como se evidencia a continuación:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Este equipo > CDI15 (\172.20.30.29\UIECC) (Z:) > PRF 005-2017 REFINAR y ECOPEPETROL > EXPEDIENTE DIGITAL - PRF-005-2017 > PRINCIPAL 137

Nombre	Fecha de modificación	Tipo
Testimonio Juan Carlos Echeverry_DVD 1 FI 27321	16/09/2019 8:48 a. m.	Carpeta c
Testimonio Juan Carlos Echeverry_DVD 2 FI 27322	16/09/2019 8:57 a. m.	Carpeta c
Testimonio Rafael Jose Pio Pittaluga_DVD 1_FI 27382	1/10/2019 10:03 a. m.	Carpeta c
Testimonio Rafael Jose Pio Pittaluga_DVD 2_FI 27383	1/10/2019 10:18 a. m.	Carpeta c
Tetsimonio de Juan Anibal de Leon Caro_DVD_FI 27380	1/10/2019 9:48 a. m.	Carpeta c
1. 20190912_Acta constancia diligencia de testimonio Juan C. Echeverry_FI 27313-27315_1_1	18/09/2019 8:41 a. m.	Documer
2. 20190911_ER0098569 Solicitud revisión grabación testimonio_FI 27316-27317_1	14/09/2019 7:18 a. m.	Documer
3. 20190911_JE0080734 Testimonio de Edwin José García Villamizar_FI 27318-27319_1	16/09/2019 7:39 a. m.	Documer
4. 20190912_JE0081323 Testimonio de Juan Carlos Echeverry_FI 27320-27322_1	16/09/2019 7:51 a. m.	Documer
5. 20190913_Formato verificación de expediente_FI 27323_1	16/09/2019 7:55 a. m.	Documer
6. 20190913_Constancia de entrega de documento digital_FI 27324_1	16/09/2019 7:57 a. m.	Documer

Lo anterior no es desconocido por la apoderada de la parte actora, pues la misma, en su escrito de demanda, pone de ejemplo algunos archivos, los cuales identifica por carpetas y número de folio al final del nombre.

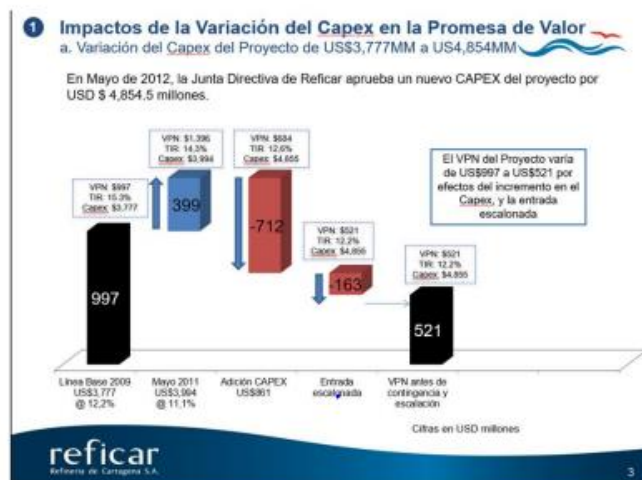
Ahora, respecto a lo que señala la señora apoderada demandante, según lo cual: “1.1.5 En el Cuaderno Principal 177 se ubica un recurso de apelación interpuesto contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 -primera instancia- y en los Cuadernos Principales 181 a 196 se ubica el Auto 749 de 2021, lo que demuestra que no existe secuencia”; me permito indicarle al Despacho que los autos que se profieren, se incluyen en el expediente solo al terminar el proceso de notificación.

Ahora bien, respecto del aparte en el que la abogada de la parte actora expresa que algunos cuadros y graficas de las providencias de primera y segunda instancia son ilegibles; es menester señalar que la impresión puede hacer perder la calidad de algunas ilustraciones como las que aquella menciona dentro de los hechos y el cargo formulado, no obstante, antes de cada uno de los cuadros, se describe el origen de los mismos, siendo en su mayoría, como bien se señala, anexos de las actas de reuniones de la Junta Directiva de la Refinería de Cartagena las cuales reposan en el expediente.

Como ejemplo, se tiene que la gráfica de la página 3914 del auto No. 749 del 26 de abril de 2021, como bien se indica en el mismo acto administrativo, corresponde al anexo 7 del acta 93 de la Junta Directiva de Reficar, realizada el día 15 de agosto de 2012, dicha acta y sus anexos pueden ser consultados en la siguiente ruta:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

EXPEDIENTE DIGITAL - PRF-005-2017> PRINCIPAL 1> Actas Junta Directiva Reficar 078 a 131CD_FI 14> Acta No. 93 - Reunión Extraordinaria - 15 de agosto de 2012
 Consultada la ruta, en el documento denominado "Anexo No. 7 - Resumen del Caso de Negocio" se puede evidenciar la diapositiva citada (3) y se ve de forma clara como se para a mostrar:

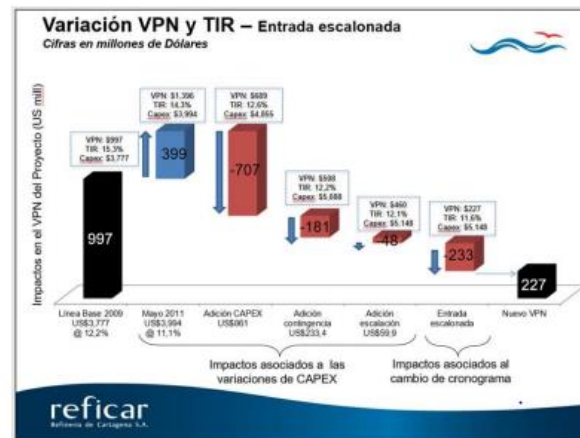


De igual manera, las gráficas de la página 1326 del Auto ORD-801119-158-021 0949 del 3 de junio de 2021, como bien se indica en el mismo auto, corresponden al anexo 1 del acta 88 de la Junta Directiva de Reficar, realizada el día 18 de mayo de 2012, dicha acta y su anexo pueden ser consultados en la siguiente ruta: EXPEDIENTE DIGITAL - PRF-005-2017> PRINCIPAL 1> Actas Junta Directiva Reficar 078 a 131CD_FI 14> Acta No. 88 - Reunión Extraordinaria - 18 de mayo de 2012.

Variación en la Promesa de Valor

Escenario	Descripción	Tasa de Descuento	Capex Corriente	Variación Capex	RESULTADOS			
					VPN	Variación VPN	TR	EFI
0	Línea Base (Oct 2009) - \$3,777 @ 12,2%	12,2%	3,777,0		997		15,3%	0,21
1	(May 2011) - \$3,994 @ 11,1%	11,1%	3,993,5	216,5	1,396	399	14,3%	0,35
2	Escenario 2 + Adición meta CAPEX (881 MUSD) incluye ahorros (108 MUSD) + Nueva tarifa logística	11,1%	4,854,5	861,0	689	(707)	12,6%	0,15
3	Escenario 2 + Entrada (marzo 2014)	11,1%	4,962,5	108,0	253	(436)	11,6%	0,50
4	Escenario 3 + Entrada escalonada	11,1%	4,854,5	(108,0)	456	203	12,1%	0,10

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA



Finalmente, respecto a los dichos que señalan que los medios probatorios descritos en el auto de primera instancia no tienen una relación organizada, y que los autos de las dos instancias no tienen índice, se tiene que, si bien no existe el índice o tabla de contenido, porque el mismo no se coloca en ninguna providencia de la entidad, lo cierto es que cada acápite se encuentra debidamente enumerado y titulado en dichas providencias, para su diferenciación y consulta.

Ahora bien, respecto a que la relación del material probatorio no está organizada, se evidencia en los acápites 6 y 7 del auto No. 749 de 26 de abril de 202172 denominados “6. DE LOS MEDIOS PROBATORIOS” 73 y “7. PRUEBAS PRACTICADAS O APORTADAS A SOLICITUD DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES Y GARANTES”, que los mismos contienen una relación cronológica, lo cual se evidencia al final del nombre de cada archivo en el que se puede verificar la ubicación por su folio y carpeta, además, dicha relación distingue los tipos de prueba que se relacionan, esto es, documentales, testimoniales, visitas especiales e informes técnicos, a continuación, unas imágenes para evidenciar lo anterior:

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

6. DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

DOCUMENTALES:

- Oficio 2017IE0001348 del 11 de enero de 2017, firmado por RICARDO RODRIGUEZ YEE, Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía, mediante el cual remite en medio magnético la siguiente información (Folio 6, Cuaderno 40):
 - Contrato PCB FW Foster Wheeler.
 - Actas de junta directiva de Ecopetrol S.A. y Reficar S.A.
 - Contrato EPC. Firmado entre Refinería de Cartagena S.A. y CBI- Chicago Bridge & Iron (CB&I) Americas Ltd. del 6 de noviembre de 2007.
 - Contrato suscrito el día 15 de junio de 2010 entre REFICAR S.A. y CB&I UK Limited. Sociedad inglesa con sede principal en 40 eastbourne terrace, London, W2 6LG, England.
 - Reportes preparados por Jacobs Consultancy Inc., para Ecopetrol S.A.
 - Certificado de existencia y representación de CBI Colombiana S.A.

 CONTRALORÍA <small>GENERAL DE LA REPÚBLICA</small>	CONTRALORÍA DELEGADA INTERSECTORIAL No.15
	FECHA: 26 DE ABRIL DE 2021
	AUTO No. 749
	PÁGINA 154
POR EL CUAL SE PROFIERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DENTRO DEL PRF-2017-00309_UCC-PRF-005-2017 Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES	

- Oficio 2018ER0028780 del 21 de marzo de 2018. Oficio de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Alcance respuesta a solicitud de información (Folios 10485-10486, Carpeta 53)
- Oficio 2018ER0030288 del 23 de marzo de 2018. Oficio Reficar S.A. Respuesta al Radicado 2018EE0032881 (Folios 10529-10533, Carpeta 53)
- Oficio 2018ER00310601 del 2 de abril de 201802/04/2018 Oficio de ECOPETROL S.A. Respuesta solicitud de información copias actas de Junta Directiva de Ecopetrol de diciembre-2017 a enero de 2018 (Folios 10581-10582, Carpeta 53)
- Oficio 2018EE0036502 ECOPETROL Respuesta solicitud información (Folios 10786-10789, Carpeta 54)
- Oficio 2018ER0028327 del 20 de marzo de 2018, RUTH STELLA CORREA PALACIO, apoderada de MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA y JOAQUÍN MORENO URIBE, aporta documentos entre ellos: Dictamen financiero rendido por SCI Investment & Merchant Bank (Folios 10429-10479, Carpeta 52)

INFORMES TÉCNICOS.

- Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato —Estimación del Lucro Cesante. Elaborado por Julio E. Villarreal N. (Fl. 10-96 cuaderno 39)
- Oficio 2017IE0092812 del día 14 de noviembre de 2017 por el cual hacen entrega de Informe Técnico. Vía E-mail (FL.6962-7022 carpeta 35)
- Oficio 2018ER0004680 del día 19 de enero de 2018 firmado por Julio Villarreal Entrega aclaraciones y complementaciones del informe técnico del modelo financiero del proyecto de modernización de REFICAR (fl. 8847-9060 carpetas 44 a 45).

7. PRUEBAS PRACTICADAS O APORTADAS A SOLICITUD DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES Y GARANTES.

DOCUMENTALES.

ACTAS DE JUNTAS DIRECTIVAS

En CD anexo a la presente providencia se anexan los resúmenes hechos por el despacho de las actas de juntas directivas de Reficar S.A. y Ecopetrol S.A., incluyendo las actas del Comité de Negocios de la Junta Directiva de Ecopetrol S.A. correspondientes a los años 2007 a 2017.

DICTAMENES PERICIALES.

- Oficio 2020ER0096505 mediante la cual el doctor Héctor Eduardo Patiño Domínguez, apoderado de Process Consultants Inc y Foster Wheeler Usa Corporation aporta dictamen pericial dando cumplimiento a lo ordenado en el Auto 958 del 10 de septiembre de 2020.
- Diligencia de contradicción de dictamen pericial – Mark Davis del 03 de diciembre de 2020 (Folio 29306, Carpeta 146)

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por lo anterior la parte demandada, solicitó no acoger el cargo planteado.

De esta manera, la entidad demandada solicitó desestimar todos los cargos de nulidad planteados y planteó como excepciones de merito las siguientes:

1. *Inexistencia del derecho pretendido.*
2. *Improcedencia de la causal de nulidad del acto administrativo y por inexistencia de derecho a restablecer. Legalidad plena de la actuación de la administración.*

1.3 SENTENCIA ANTICIPADA

Mediante Auto del 4 de diciembre de 2023 el Despacho Sustanciador resolvió que al tratarse de un asunto de puro derecho, en cual se aportaron los medios de prueba necesarios y suficientes para proferir la decisión, se proferiría sentencia anticipada en virtud de los literales a), b), c) y d) del numeral 1° del artículo 182A.

Así mismo, dispuso fijar el litigio de la siguiente manera:

“El Despacho pone de presente que se pronunciará sobre la legalidad de los siguientes actos administrativos, proferidos por la Contraloría General de la República:

1° La nulidad del Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 mediante el cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal dentro del PRF-201700309_UCC-PRF-005-2017 proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial 15.

2° La nulidad del Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021 mediante el cual se deciden los recursos de reposición contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido mediante Auto 0749 del 6 de abril de 2021 y se concede el recurso de apelación dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal. 3°. La nulidad del Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 mediante del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 proferido por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4°. La nulidad del Auto ORD-801119-162-2021 del 9 de julio de 2021 mediante el cual se hace una corrección del Auto 80119-158-021 proferido por la Sala Fiscal Sancionatoria.

Corresponderá entonces a este Tribunal determinar, con fundamento en el principio de justicia rogada al que se encuentra sometido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho determinar si los actos administrativos demandados fueron expedidos con violación de normas superiores, infracción de las normas en que debían fundarse, falsa motivación, violación al debido proceso, expedición en forma irregular expuestas en los quince (15) cargos de la demanda.”

1.4. DE LOS ALEGATOS.

Igualmente, dentro del referido Auto proferido el 4 de diciembre de 2023 se declaró innecesaria la práctica de la audiencia de alegaciones y juzgamiento. En su lugar, se ordenó que por Secretaría se corriera traslado a las partes para presentar escrito de alegatos de conclusión por el término de diez (10) días hábiles. Se concedió el mismo término al señor agente del Ministerio Público para que presentara concepto de considerarlo necesario.

Contra el mencionado Auto, la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Mediante Auto del 22 de enero de 2024 el Despacho resolvió no reponer el Auto recurrido y conceder el recurso de apelación ante el H.Consejo de Estado en el efecto devolutivo.

La apoderada de la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión en los cuales reiteró la posición jurídica esgrimida en la contestación de la demanda, tema que se retomará por la Sala al momento de desarrollar los cargos de nulidad.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante mediante memorial suscrito el 8 de febrero de 2024 solicitó al Despacho Sustanciador, ordenar a la Secretaría de la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sección Primera, correr traslado para alegar de conclusión en cumplimiento del Auto del 4 de diciembre de 2023, teniendo en cuenta que desde la Secretaría subiendo el proceso al despacho el 31 de enero de 2024 conforme al informe secretarial que obra en el expediente digital.

Visto lo anterior, el Despacho sustanciador mediante Auto del 22 de agosto de 2024, constató que, en efecto, la Secretaría de la Sección Primera subió el expediente al Despacho sin tener en cuenta el término de traslado para alegar de conclusión ordenado mediante el Auto del 4 de diciembre de 2023. Por lo anterior, dispuso reanudar el término de traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión.

En cumplimiento de lo anterior, la apoderada del demandante presentó escrito de alegatos de conclusión reiterando las pretensiones de la demanda junto con los argumentos de nulidad.

Por su parte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentó sustitución de poder y posterior a esto, radicó escrito de alegatos de conclusión en cumplimiento de lo ordenado en el citado Auto del 22 de agosto de 2024 en donde solicitó se despacharan desfavorablemente las pretensiones de nulidad de la demanda.

1.4.1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público adscrito al Despacho del Magistrado Ponente no presentó concepto.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA.

En atención a que en ese caso se ejerce la acción ordinaria contencioso administrativa en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

controvierte un acto administrativo cuya cuantía excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda, de conformidad con el numeral 2º del artículo 28 que modificó el artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal es competente para conocer y decidir en primera instancia del proceso de la referencia, teniendo en cuenta que sobre la cuantía, el demandante estableció que: *La cuantía es de \$1.329.555.296.567,27, cifra que corresponde la pretensión de restablecimiento del derecho de no tener que responder fiscalmente por la suma.*

2.2. TRÁMITE PROCESAL.

No encontrándose causal de nulidad que pueda afectar la validez del proceso que deba declararse de oficio en los términos del artículo 133 del Código General del Proceso y ss., determinada la competencia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y establecida la relación jurídica procesal en legal forma, procede la Sala a proferir la sentencia que en derecho corresponde, conforme al principio de la justicia rogada, estudiando los cargos formulados por el actor, atendiendo la posición de la parte demandada, y otorgándole el valor probatorio que corresponde a los medios de prueba, en la forma señalada en la presente providencia.

2.3. FIJACIÓN DEL LITIGIO.

Conforme quedó señalado en Auto del 4 de diciembre de 2023 el Despacho Sustanciador dispuso fijar el litigio de la siguiente manera:

“El Despacho pone de presente que se pronunciará sobre la legalidad de los siguientes actos administrativos, proferidos por la Contraloría General de la República:

1º La nulidad del Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 mediante el cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal dentro del PRF-201700309_UCC-PRF-005-2017 proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial 15.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2º La nulidad del Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021 mediante el cual se deciden los recursos de reposición contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido mediante Auto 0749 del 6 de abril de 2021 y se concede el recurso de apelación dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal. 3º. La nulidad del Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 mediante del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 proferido por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República.

4º. La nulidad del Auto ORD-801119-162-2021 del 9 de julio de 2021 mediante el cual se hace una corrección del Auto 801119-158-021 proferido por la Sala Fiscal Sancionatoria.”

Corresponderá entonces a este Tribunal determinar, con fundamento en el principio de justicia rogada al que se encuentra sometido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho determinar si los actos administrativos demandados fueron expedidos con violación de normas superiores, infracción de las normas en que debían fundarse, falsa motivación, violación al debido proceso, expedición en forma irregular expuestas en los quince (15) cargos de la demanda.

Para el mismo propósito, se atenderá lo señalado en el escrito de contestación de la demanda y los medios de prueba, aportados al proceso.

2.4. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico a resolver por la Sala, consiste en determinar si los actos administrativos demandados por medio de los cuales se declara en forma exclusiva, la responsabilidad fiscal del demandante HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, quien se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de REFICAR S.A. desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 22 de abril de 2013, por la aprobación del Control de Cambio 2 para la ejecución del proyecto REFICAR, se encuentran viciados de nulidad al haber sido expedidos de forma irregular, con violación de normas superiores, violación al

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

debido proceso o falsa motivación; lo anterior de conformidad con los cargos de nulidad planteados en la demanda.

RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO:

La Sala considera que algunos de los argumentos en contra los actos administrativos demandados y señalados por la parte demandante, tienen vocación de prosperidad y, en consecuencia, así se resolverá el caso en concreto.

La decisión se soporta en los argumentos que se relacionan a continuación:

CUESTIÓN PREVIA

LENGUAJE CLARO:

Reclama el demandante que los actos administrativos demandados, conforme a la pericia forense, no están revestidos de un lenguaje claro que les hubiese permitido ejercer en debida forma su defensa, indicando de antemano que cuando concurrieron a la CGR ya estaba predeterminada la responsabilidad de los investigados, originados en el escándalo mediático.

Así mismo, ha estado preocupado en la redacción y aprobación de los proyectos en tanto que estima que su contenido no pudo haberse expedido en los tiempos de discusión y debate necesarios, que permita determinar que quien suscribe la decisión, tomó conocimiento del expediente y de la misma.

La Sala considera entonces que estos argumentos de la demanda no constituyen causal de nulidad de los actos administrativos, , en tanto que los mismos se han expedido por autoridad competente, dentro de las formalidades y plazos señalados por la ley, para el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, por lo que la Sala no hará alusión a los hechos descritos en la demanda, relacionados con la expedición de los mismos.

El lenguaje claro de la decisión, tanto administrativa como judicial, ha permitido, conforme a la demanda, fijar el litigio para determinar si están o no probados los

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

supuestos de hechos y de derecho reclamados por el actor, al participar en un hecho único y claro, como se ha indicado en la presente providencia, a partir del cual se pueda o no, declarar su responsabilidad fiscal como miembro de una Junta Directiva, en un período de tiempo previamente determinado.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL

EFFECTOS FRENTE AL PRF

En cuanto a laudo arbitral aportado por la parte demandante, encuentra la Sala que el mismo tiene como finalidad resolver una controversia contractual, absolutamente ajena al propósito del Proceso de Responsabilidad Fiscal, que tiene como finalidad determinar si la intervención del demandante en la aprobación del Control de Cambios 2, en el período que obró como miembro de la Junta Directiva de Reficar, generó o no daño patrimonial al Estado.

DEFINICIONES

En aras de garantizar igualmente una oportuna lectura de esta providencia, se definirán algunos de los conceptos financieros y técnicos relevantes dentro del presente proceso y que se mencionan de manera reiterada.

CAPEX: Capital Expenditure o Gasto en Capital.

Valor Presente Neto VPN: es la diferencia entre costos y beneficios medido en valores actuales, es el equivalente en pesos actuales de todos los ingresos y egresos, presentes y futuros que constituyen el proyecto. El criterio del VPN se fundamenta en el principio que una inversión es recomendable si los ingresos superan o igualan a los costos. Estos ingresos y costos deben incorporar el valor del dinero en el tiempo.¹

¹ MANUAL METODOLOGICO GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tasa Interna de Retorno-TIR: tasa de interés que produce un valor presente neto igual a cero.²

2.5. CALIFICACIÓN DE LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

De conformidad con lo establecido en la parte inicial de esta providencia, se estableció por parte de esta Sala de Decisión que se accederá a las pretensiones de nulidad de la presente demanda. Es así como, se anuncia que algunos cargos de la demanda prosperan.

Por economía procesal y teniendo en cuenta el volumen del expediente, la metodología de estudio de esta Sala de Decisión será, en principio, la de resolver los cargos de nulidad de manera individual o también agrupando el estudio de los cargos cuando los temas así lo permitan.

Así mismo, los cargos de la demanda que prosperan se relacionarán en un primer acápite y los cargos que no prosperan, posteriormente en un segundo acápite.

Por otro lado, se tiene que a lo largo de la demanda, el actor se refiere a los actos administrativos que fueron proferidos durante el curso del proceso de responsabilidad fiscal llevado por la Contraloría General de la República; al respecto, se reitera que el objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala de Decisión, se centrará en los actos administrativos definitivos y sobre los cuales se realizó la fijación del litigio previamente referenciada.

Por otro lado, se resalta por parte de la Sala, que de conformidad con el Auto que ordenó escindir la demanda, así los hechos se refieran a más de un responsable fiscal, la presente sentencia solamente se refiere a la situación particular como demandante del señor Hernando José Gómez Restrepo.

² MANUAL METODOLOGICO GENERAL, PARA LA IDENTIFICACIÓN, PREPARACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS del DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2004

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.5.1. CARGOS QUE PROSPERAN.

Cargo Primero, Segundo y Cuarto Inexistencia de daño patrimonial como elemento de la responsabilidad fiscal

Para la Sala está acreditada la inexistencia de daño patrimonial, tal como se explica a continuación:

1º. Inexistencia del daño patrimonial:

El daño patrimonial se define por la ley en la siguiente forma

***Artículo 6º Ley 610 del 2000. 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 culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007*

Los elementos objetivos del daño patrimonial al Estado son:

Conducta	Bien Jurídico Tutelado	Acción u Omisión probada en el caso concreto
gestión fiscal antieconómica,	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	La adopción de una decisión técnica de aprobar una mayor inversión económica para salvaguardar la existente y optimizar el proyecto, para la Sala cumple a satisfacción el cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado de Derecho, pues de no hacerlo, la omisión implicaba la pérdida de la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

	organizacional, programa o proyecto	inversión y la imposibilidad de la recuperación de la misma.
ineficaz,		La eficacia, como principio fundamental de la función administrativa, comprende la adopción de decisiones que permitan que la inversión cumpla los fines para los cuales fueron propuestos. En este caso, lo que denomina como proyecto finalmente alcanzó la condición de obra pública, por lo que no se vulnera el principio de eficacia, cuando el Control de Cambios 2, por su costo e importancia, permitió que hoy exista la Refinería de Cartagena.
ineficiente,		El control de cambio 2, como autorización de una mayor inversión técnica, por sí mismo, no constituye una forma de administración ineficiente de los recursos del Estado. Por el contrario, razones de orden técnico derivan en la conclusión de que la decisión del Control de Cambios 2 demuestran, al final un comportamiento absolutamente eficiente en el manejo de la empresa y en la construcción de la mega obra, sin lo cual, apenas estaría en proyecto.
inequitativa		El Control de Cambios 2 es una decisión ajena al concepto de igualdad o de equidad, que impone siempre escoger entre dos opciones válidas. En este caso, sin el Control de Cambios 2, la refinería no existiría, pues era no solo razonable, sino obvia y necesaria la aprobación de la inversión para la ejecución definitiva.
e inoportuna,		El control de cambios 2 fue oportuno. Es importante señalar que las megaobras, están supeditadas a cronogramas. Sin embargo, en no pocas ocasiones, existen factores internos o

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

		<p>externos, que hacen que lo que en un momento tenía un valor, al día siguiente simplemente tiene otro.</p> <p>Ejemplo, en tecnología, lo que quiera.</p> <p>Las tecnologías de la información y comunicaciones por ejemplo, acabaron con negocios lícitos, legítimos y centenarios, como la impresión de periódicos, o la radio, o la televisión, o las programadoras de televisión, o el cableado de telefonía o de internet, enmarañado en los postes, que nadie toca, por el costo de la remoción, aunque sin uso.</p> <p>En el caso del Control de Cambios 2 se adoptó en la oportunidad que correspondía, esto es, cuando se hizo necesario, por razones técnicas, razonables, coherentes, y oportunas.</p> <p>El incumplimiento de cronogramas no se imputa a los miembros de Juntas, que solo ven el problema y procuran solucionarlo. Las moras en la ejecución de una obra dependen de factores externos, como se relata en la larga historia de la construcción del proyecto.</p> <p>Se suma a ellos factores naturales. Las inunicaciones fueron ciertas y probadas.</p> <p>Pero el control de cambios 2 no pretende solucionar temas de mora en la ejecución de la obra, sino la ejecución misma de la obra, sin cuya decisión, hubiese quedado abandonada, como un elefante blanco.</p>
<p>de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías</p>		<p>Por último, el actor, en el presente caso estuvo en la oportunidad que correspondía aprobar el Contro de Cambios 2. Ni antes, ni después. Era allí, en ese momento. Su participación estaba justificada en el mandato legal, y su intervención no fue otra distinta que la de obrar, como lo hace cualquier padre de familia,</p>

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

		pensando en el bienestar de la empresa, para lograr que el proyecto se concrete.
--	--	--

La conducta reprochable al demandado, por lo tanto, no generó daño patrimonial, como elemento sustancial para adoptar la decisión demandada.

2º. El CAPEX, como elemento material de protección para determinar la responsabilidad fiscal:

El demandante considera que en estos dos cargos se configura la causal de nulidad al haberse proferido los actos administrativos con infracción de las normas en que debían fundarse al existir inexistencia de prueba que demuestre la ocurrencia del daño patrimonial, igualmente considera que no existió daño patrimonial por haberse aumentado el CAPEX del proyecto.

Sostiene el demandante que los actos administrativos demandados están viciados al considerar que fueron proferidos con infracción de norma superior manifestando que no existe determinación y cuantificación del daño fiscal por la insuficiencia de las razones para establecer algunos presupuestos del ejercicio financiero realizado por la Contraloría General de la República para señalar su valor.

En estos tres cargos se discute de manera principal el daño patrimonial. La entidad demandada sostiene que el objeto de la investigación fiscal está plenamente acreditado y cuantificado.

Que dicho daño se deriva de la decisión de incrementar el CAPEX del proyecto, como consecuencia del retraso en el cronograma y el aumento injustificado de los costos en la ejecución de las obras de expansión y modernización de la Refinería de Cartagena S.A. y que este resultado es atribuible a las acciones y omisiones de la administración de la Refinería de Cartagena, así como a la participación del señor Hernando José Gómez Restrepo, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de ECOPETROL S.A.,

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Director del Departamento Nacional de Planeación y miembro de la Junta Directiva de Reficar S.A.

Sostiene la demandada que el daño se produjo por decisiones inadecuadas en la gestión de los recursos públicos que causaron una pérdida de valor en las inversiones realizadas en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena. En particular, se aprobaron aumentos excesivos en el presupuesto de inversión (CAPEX), por encima de los niveles adecuados para justificar el capital invertido en el proyecto. Estos aumentos no consideraron el costo de oportunidad de ese capital en los controles de cambio 2 y 3, lo que sugiere que se perdieron oportunidades de obtener mejores retornos sobre la inversión.

La Contraloría General de la República evaluó el daño patrimonial causado por las decisiones de inversión en el proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena. Para ello, utilizó como referencia las estrategias establecidas en los documentos CONPES 3312 de 2004 y 3336 de 2005, junto con directrices técnicas y financieras de ECOPETROL y REFICAR, extraídas de actas de juntas directivas, guías corporativas y procedimientos de control de cambios. La evaluación cubrió las decisiones de inversión tomadas entre 2011 y 2015 (controles de cambio 1 a 5), que agotaron el presupuesto del proyecto (CAPEX). El análisis se extendió hasta el 31 de diciembre de 2017, cuando REFICAR certificó que el costo total del proyecto ascendió a 7.795,8 millones de dólares.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el órgano de control para determinar el daño fiscal, y para valorar las conductas y decisiones de inversión en el proyecto objeto de reproche fiscal, fueron los siguientes:

- CAPEX +/- 10% (margen de precisión del presupuesto de inversión en el proyecto previsto en CONPES 3312 de 2004, Acta 110 de octubre 9 de 2009 de Junta Directiva de ECOPETROL y Acta 46 de octubre 20 de 2009 de la Junta Directiva de REFICAR). Margen de precisión del 10% en el presupuesto de inversión (CAPEX) del proyecto de

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

modernización de la Refinería de Cartagena. Esto significa que el presupuesto podía variar, en más o en menos, hasta un 10% respecto al monto inicialmente estimado. Este margen de tolerancia estaba previsto en el documento CONPES 3312 de 2004 y fue ratificado en decisiones tomadas por la Junta Directiva de ECOPETROL, según el Acta 110 del 9 de octubre de 2009, y por la Junta Directiva de REFICAR, según el Acta 46 del 20 de octubre de 2009. Estas actas reflejan el acuerdo sobre el margen permitido para las variaciones en el presupuesto.

- VPN \geq 0
- Tasa de descuento: 11,1%
- Estructura de financiación: capitalizaciones (equity) 40%, crédito (apalancamiento) 60%
- Medidas preventivas y correctivas para evitar o solucionar el fenómeno de escalamiento y para mitigar riesgos del proyecto (control de costos, control de ejecución del EPC, control de gestión, control presupuestal, entre otros).

Producto del análisis realizado, en el fallo con responsabilidad fiscal se concluyó, con respecto a las mayores inversiones constituyentes de daño, esto es, Control de Cambios 2 y 3, que los miembros de la junta directiva de Reficar cometieron un error al aprobar el aumento de la inversión (CAPEX) en los Controles de Cambio 2 y 3, lo que resultó en un daño patrimonial. Que a pesar de que su rol era tomar decisiones y gestionar adecuadamente los recursos del proyecto, actuaron de manera pasiva, aprobando sin un análisis riguroso el uso de fondos públicos para aumentar la inversión, supuestamente con el objetivo de modernizar la refinería.

Que lo anterior resultó en que las inversiones fueran ineficientes y antieconómicas, al comprometer tanto la promesa de valor como la rentabilidad de los recursos asignados. Esto, considerando el marco de referencia de las bases de portafolio del Grupo Empresarial, del cual el Estado posee el 88.49% de las acciones, provocó un detrimento patrimonial para los intereses del Estado por un valor de DOS BILLONES

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS (\$2.945.409.783.732,43). La entidad concluyó además que dichas inversiones no habrían sido aprobadas si se hubieran tratado de recursos propios.

La entidad demandada sostuvo que se comprobó la existencia de un daño patrimonial al Estado que dio lugar al fallo con responsabilidad fiscal impugnado. Este daño corresponde a la suma de las porciones de cada adición al CAPEX del proyecto, las cuales afectaron la rentabilidad y la promesa de valor. Estas afectaciones se evidenciaron en la disminución del valor presente neto (VPN) y la tasa interna de retorno (TIR) resultante de los análisis de flujos de caja descontados, ajustados al periodo de inversión o agotamiento del CAPEX.

Por su lado, en relación con el Cargo segundo, el demandante señala que no hubo daño patrimonial porque el aumento del CAPEX aprobado en el Control de Cambios 2 cumplió con los indicadores de rentabilidad del Proyecto: VPN positivo -USD185 millones de dólares- y TIR de 11.43% superior a la tasa de descuento de 11.1%"; en ese sentido, considera, que la entidad debió dar aplicación al artículo 54 de la Ley 610 de 2000 y proferir fallo sin responsabilidad fiscal.

Frente a la prosperidad de estos cargos, esta Sala de Decisión afirma que el daño patrimonial fue cuantificado pero determinado de manera exclusiva para el actor, por lo que al mismo no se le puede imputar la responsabilidad patrimonial por hechos ajenos a su voluntad, y en los que ni siquiera participó.

En otras oportunidades, esta Sala de Decisión ha modificado la cuantía de la responsabilidad fiscal, cuando está probada y cuantificada de manera específica la cuantificación del daño patrimonial.

En nuestro caso, no podemos llegar a la misma conclusión, pues el fallo con responsabilidad fiscal, debió indicar, de manera precisa y puntual la responsabilidad

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

fiscal del demandante, frente a quien debió irrogarse su participación exclusiva en la adopción del Control de Cambios 2, y señalar cuál es el daño patrimonial que generó el demandante de manera concreta y específica, aunado al comportamiento de dolo o culpa grave como elemento fundante de la responsabilidad fiscal. Para la Sala, la inversión del proyecto no queda amarrada al Capex, pues como se ve, la determinación del precio en los cinco controles de cambio, obedecen a razones técnicas, originadas en la necesidad de construir la obra y en la necesidad de preservar la inversión realizada hasta el momento. La autorización para la ejecución del proyecto por un valor superior al Capex demuestra que es el Capex el que falló y no la decisión de la autoridad, quienes en el marco de sus competencias, le apuestan por continuar la obra, son dejarla al olvido o en el abandono, como suceden con las megaobras públicas sometidas a un presupuesto determinado cuyo agotamiento paralizan las inversiones. En el caso de Ecopetrol, la inversión depende de su capacidad económica y así se asumió en el caso de Reficar, con resultados que no se pueden ocultar.

Existió daño patrimonial. Para la Sala, la respuesta es contundente. No hubo daño patrimonial, por cuanto el mismo no fue comprobado. La decisión de la inversión autorizada en el Control de Cambios 2, no constituye fuente de daño patrimonial, pues no debió ser comparado con una fórmula matemática, sino con la inversión física del proyecto, que no fue cuantificada.

Conocemos el valor final de la inversión, pero no se probó: que el proyecto inicial nunca se modificó, que el precio era más o menos e, diez por ciento de precio inicial y que por el mismo proyecto se pagó una excesiva suma de dinero, desconociendo que el proyecto inicial se modificó en su ejecución, que el mayor costo fue justificado y que la Junta Directiva de Reficar, adoptó la decisión de continuar el proyecto, como una megaobra de gran valor económico para el país.

En este punto, se debate el daño como elemento fundamental para la configuración de la responsabilidad fiscal. Contrario a lo manifestado por la entidad demandada, en el

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

presente caso no puede afirmarse la existencia de daño patrimonial y debe por su parte señalarse que el demandante tenía conocimiento de lo que estaba aprobando al momento del aumento del CAPEX y que, en el caso en donde dichas adiciones no se hubieran efectuado, probablemente el proyecto de la Refinería se hubiera detenido e incluso, podía no haber entrado en operación, situación que no aconteció y por el contrario, se tiene que la Refinería de Cartagena es actualmente una de las empresas con mayor valor en nuestro país.

Resulta oportuno referenciar en este punto, algunos de los antecedentes al proyecto de la Refinería de Cartagena.

De conformidad con la información oficial contenida en el sitio web de la Refinería de Cartagena, el origen de esta se remonta al año 1957, cuando fue construida por la empresa Exxon, como un complejo de refinación de combustibles para suplir la demanda de la costa Caribe.

Posterior a esto, luego, en 1974 fue adquirida por la empresa Ecopetrol S.A.; es en este momento en donde el proyecto de modernización y ampliación de la Refinería comienza a forjarse

Desde el año de 1996, Ecopetrol inició el proyecto de mejoramiento y modernización de la Refinería de Cartagena (Plan Maestro de Desarrollo de la Refinería de Cartagena - PMD), cuya complejidad técnica y financiera demandó de muchos años de discusiones y revisiones con la finalidad de atender la conveniencia del país frente a un proyecto de este nivel fiscal y operativo.

Algunos años después, se expide la Ley 812 de 2003, *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”*. En el Artículo 8° de dicha Ley, se contempló la realización del Plan Maestro de Cartagena; pero para minimizar los impactos fiscales, se estipularon dos condiciones básicas:

- *Se avanzará en la implementación del Plan Maestro de Cartagena con la mayor participación privada posible,*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- *Con financiación parcial proveniente de la enajenación de inversiones no estratégicas de Ecopetrol.*

Para efectos de entrar en marcha el proyecto, se expidieron unos documentos CONPES, que previo a entrar a relacionarlos de manera puntual, se deberán hacer algunas precisiones sobre estos instrumentos.

CONPES	Creación	Miembros
<p>Por sus siglas, el CONPES es el Consejo Nacional de Política Económica y Social.</p> <p>Se encarga de expedir documentos de política pública que establecen los lineamientos y orientaciones para el desarrollo del país.</p> <p>Coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión.</p>	<p>Fue creado mediante la Ley 19 de 1958 como máxima autoridad nacional en planeación y asesora del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.</p>	<p>El CONPES es dirigido por el Presidente de la República, y lo componen como miembros permanentes con derecho a voz y voto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Vicepresidente de la República, • Todos los Ministros, • El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, • El Director del Departamento Nacional de Planeación, • El Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias. <p>Los miembros del CONPES están establecidos en el Decreto 2148 de 2009.³</p>
<p>Normatividad Ley 152 de 1994 Decreto 627 de 1974 Decreto 2132 de 1992 Decreto 2500 de 2005 Decreto 2148 de 2009 Decreto 3517 de 2009</p>		<p>El Departamento Nacional de Planeación funge como la Secretaría Técnica del Consejo.</p>

³ Departamento Nacional de Planeación.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Decreto 4487 de 2009		
----------------------	--	--

Por su parte, la Corte Constitucional⁴ ha definido que:

“No puede perderse de vista que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 340 de la Constitución Política, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES es un órgano consultivo, y por lo tanto, sus decisiones no son jurídicamente vinculantes para el Gobierno Nacional, quien está facultado para realizar modificaciones al proyecto, incluso en la fase del trámite legislativo.”

Por lo anterior, los documentos proferidos por este Consejo, no constituyen actos administrativos, ya que los mismos establecen recomendaciones, sugerencias que no tendrían la capacidad de generar efectos jurídicos por sí solas. La expedición de los mismos puede considerarse como un antecedente de la Administración para una ejecución posterior, dependiendo del objeto que persiga el mismo. Es así como, al no ser catalogados como actos administrativos no son sujetos de control jurisdiccional. No obstante, actualmente se encuentra abierta la discusión sobre si el CONPES ha dejado de ser un órgano simplemente consultivo y ha empezado a ejercer funciones administrativas, pero actualmente la tendencia jurisprudencial mayoritaria⁵ ha establecido que no son objeto de control.

Es así como, respecto de la obligatoriedad de los documentos expedidos por el CONPES, se reitera que los mismos son herramientas y por tanto, las recomendaciones en principio no son obligatorias así como tampoco demandables ante esta jurisdicción.

Establecido lo anterior y descendiendo al presente proceso, se tiene que, en el proceso de modernización de la Refinería, se expedieron dos documentos CONPES a saber.

El Documento CONPES 3312 De 2004. Proyecto del Plan Maestro de la Refinería de Cartagena – PMD en el cual se declaró: *“(…) como de importancia estratégica para el país”*

⁴ Sentencia C-105 de 2016

⁵ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Los documentos CONPES y su control jurisdiccional, Revista jurídica Edición 2, 6 de junio de 2022.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En dicho documento, se estableció la siguiente estrategia:

“El proyecto del Plan Maestro de la Refinería de Cartagena continuará su proceso de ejecución de acuerdo al cronograma aprobado por la Junta Directiva de Ecopetrol, teniendo en cuenta la configuración definida en la ingeniería básica, con un valor máximo de US\$ 736 millones 6 ± 10 %. El proceso de consecución de una firma para la ingeniería de detalle y la construcción, debe ser realizada por medio de un contrato “llave en mano” a fin de eliminar el riesgo de los posibles sobre costos en la construcción.”

Posterior a esto, se expidió otro Documento CONPES, este es el 3336 de 2005 que realizó una modificación a la Estrategia Definida en el CONPES 3312 para la Ejecución del Plan Maestro de la Refinería de Cartagena – PMD.

Se dijo que, el CONPES 3312 de 2004 definió que la estrategia de desarrollo del proyecto de la Refinería de Cartagena se realizara conforme al cronograma de ejecución y la configuración, previstas por Ecopetrol. Además, estableció una serie de acciones para ejecutar el proceso de construcción de manera simultánea con la promoción del inversionista estratégico, con el propósito de conseguir los recursos financieros que minimizaran el impacto fiscal del proyecto.

Con lo anterior, Ecopetrol procedió a realizar la promoción del proyecto a inversionistas y dar inicio a la contratación de la firma que se encargaría de ejecutar la ingeniería, compras y construcción (Engineering, Procurement and Construction– EPC).

En el mes de noviembre de 2007 se celebró el contrato del proceso de modernización de la Refinería de Cartagena.

Dicho contrato fue suscrito bajo la modalidad de costos reembolsables, lo que implicó la estimación de un presupuesto inicial y la realización de anticipos y pagos a medida que avanzaba la ingeniería, las compras y la construcción, es decir, el pago de los costos reales incurridos durante el proyecto cada vez que se causaban.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
 DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lo anterior explica lo sucedido durante la ejecución del contrato, y es que la Junta Directiva de la Refinería como autoridad competente para hacerlo y de la cual hacía parte el demandante, iba modificando el presupuesto con la finalidad de que la obra no se viera interrumpida o incluso llegara a suspenderse.

No obstante el cronograma establecido, la construcción del proyecto finalizó en el año 2015, entrando en operación en ese mismo año y reportando un costo final de aproximadamente 8000 MUSD pero generando desde el momento de su entrada en operación unos activos superiores que indican que el daño patrimonial no solamente no se causó sino que el proyecto con su entrada en operación, empezó a reportar ingresos que cubrirían ese costo final que resultó ser superior a lo presupuestado y que por lo anterior, no se demostró por parte de la Contraloría General de la República el daño causado frente a la inversión final del mega proyecto.

COMPARACIÓN POR COSTO/CAPACIDAD Y FACTOR DE COMPLEJIDAD (1/2)

Refinería	País	Cap. (KBPD)	Costo (MUSD) 2015	Factor Complejidad	Costo/Cap.	Año Puesta en Marcha
Premium I	Brasil	600	25.970	5,18	43	2018
Abreu Lima	Brasil	230	18.965	8,82	82	2015
Refinería del Pacífico	Ecuador	300	15.275	5,28	51	2020
Motiva Port Arthur	USA	325	15.275	5,17	47	2012
Comprj	Brasil	165	13.840	PC	84	2016
Premium II	Brasil	300	12.331	4,92	41	2020
Tula	México	250	11.277	4,98	45	2020
Takreer (Ruwais)	Abu Dahbi	417	10.826	3,29	26	2015
Saudi Refinery NN	Arabia Saudita	400	10.785	3,59	27	2009
Reficar	Colombia	165	7.965*	6,00	48	2015*
SEZ Jamangar	India	580	7.330	2,86	13	2005
Cartagena	España	175	6.743	4,64	39	2021

* **Costo de Reficar:** El costo utilizado para Reficar es de 7.653 MUSD en dólares corrientes, el valor corresponde a 7.965 MUSD en dólares constantes 2015. Valores estimados en el control de cambios # 4.

Reiterándose con lo anterior, que el daño patrimonial alegado por la Contraloría General de la República no se causó y que no puede endilgarse por parte del órgano de control, que existe daño con fundamento únicamente en la mora del proyecto, ya que, en este

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

caso bajo estudio, si bien es cierto existió mora y aumento de la inversión, lo anterior no constituye responsabilidad fiscal por sí sola.

La pregunta para la Sala es, si el CAPEX constituye un factor inmodificable, en tanto que el monto de la inversión constituye la base de retorno, esto es, si la obra supera el CAPEX se hizo a pérdida y si la obra es inferior al CAPEX no existirá una tasa de retorno de recuperación de la inversión.

Para la Sala, el concepto de inversión no es absoluto en mega obras, como la Refinería de Cartagena. Las decisiones de la Junta Directiva de implementar la obra y llegar a una obra con gran reconocimiento económico, es precisamente la labor de la buena gestión. Si el CAPEX fuese inmodificable, ¿cómo es posible que en menos de dos años el valor de un Conpes se duplique?. Ello lo que demuestra es que la ciencia en materia económica siempre queda al vaivén de factores de externos, que constituyen riesgos no previstos, como los que sucedieron en el presente caso, como para mantener la inversión.

Por esa razón, la prudencia y razonabilidad comportan afirmar que los Controles de Cambio se adoptaron conforme a derecho y que la participación del demandante en la Junta Directiva donde se aprobó el reajuste del precio de inversión en el Control de Cambios 2, es no solo razonable, necesario sino justificable a la hora de la entrega del proyecto y su puesta en funcionamiento; el aumento del CAPEX contenido en el referido Control de Cambios 2 se constituyó como el querer explícito de la Junta Directiva que evaluó la necesidad de aumentar el presupuesto con la finalidad de continuar la ejecución del proyecto.

Le asiste razón al demandante para determinar que los Controles de Cambios por sí mismos, no generan daño patrimonial. Por el contrario, pretenden preservar la inversión pasada, como sucedió en el presente caso.

La Contraloría bien pudo haber adelantado el proceso en la presente época, y se encontraría con una empresa que genera gran rentabilidad para el país.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Los anteriores cargos prosperan.

Cargo Décimoprimer.

El demandante afirma que existe nulidad constitutiva de infracción de las normas en que debían fundarse los actos administrativos al no existir conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al señor Hernando José Gómez.

Por su parte, sostiene la demandada que del extenso acervo probatorio, en particular de las actas de la Junta Directiva de Reficar y sus anexos, la Contraloría General de la República evidenció que, a pesar de que las decisiones adoptadas no se tradujeron en mejoras ni en acciones concretas y efectivas para mitigar las deficiencias del proyecto de modernización de la refinería de Cartagena, los miembros de dicha Junta no implementaron medidas que evitaran la pérdida de valor de los recursos públicos invertidos.

Que la actuación del demandante no se ajustó al estándar del "*buen hombre de negocios*", según lo establecido en el artículo 63 del Código Civil. Es decir, no demostraron el cuidado que incluso las personas negligentes o imprudentes suelen emplear en sus propios asuntos. En consecuencia, debió haber ejercido un control y seguimiento más riguroso en lugar de limitarse a emitir simples recomendaciones, las cuales no fueron objeto de una vigilancia efectiva.

En lo que respecta al señor Hernando José Gómez Restrepo, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la Refinería de Cartagena S.A. (Reficar), en representación de Ecopetrol S.A., se destacó su participación en la aprobación del Control de Cambios número 2 del 7 de mayo de 2012 (Acta 87). El órgano fiscal señaló que, dada su formación y experiencia en el sector de petróleos, y particularmente en el ámbito de la refinación, al demandante le era exigible prever el impacto negativo que esta decisión tendría para la empresa. Se referenció igualmente la hoja de vida del demandante en donde se evidencia su formación profesional y especialmente su trayectoria profesional,

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

lo que le exigía un actuar distinto y en donde de acuerdo a su nivel de preparación y experticia le permitía evidenciar los errores de los cuales adolecería el proyecto.

En la resolución de este cargo, debe reiterarse lo señalado de manera precedente y es que no puede endilgarse dolo ni culpa grave al demandante cuando niquiera se logra saber de manera precisa y puntual la responsabilidad fiscal del demandante, frente a quien debió irrogarse su participación exclusiva en la adopción del Control de Cambios 2, y señalar cuál es el daño patrimonial que generó el demandante de manera concreta y específica, aunado al comportamiento de dolo o culpa grave como elemento fundante de la responsabilidad fiscal.

Por lo anterior, al no haberse demostrado por parte de la entidad demandada de manera concreta cuál fue la actuación del demandante que generó el presunto daño, no puede existir el estudio de si esa actuación fue a título de dolo o culpa grave, lo anterior, se reitera, porque no se conoce cuál sería la conducta específica a evaluar.

El cargo prospera.

2.5.2. CARGOS QUE NO PROSPERAN

Cargo Tercero y Quinto.

Estos dos cargos tienen relación al afirmar que existe falsa motivación en los actos demandados al tomarse como referente el Valor Presente Neto (VPN) como instrumento de registro contable y al violar el Manual Metodológico General para la Identificación, Preparación y Evaluación de Proyectos del DNP” al utilizar el VPN como criterio.

La entidad demandada destaca que la jurisprudencia administrativa no ha cuestionado el uso del Valor Presente Neto (VPN) como herramienta para determinar y cuantificar el daño fiscal. Que el Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de agosto de 2018, señaló que, aunque la Contraloría Distrital de Bogotá no justificó adecuadamente ciertas variables utilizadas en el método de flujo de caja descontado, como depreciaciones,

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

amortizaciones, intereses y activos, en ningún momento reprochó el uso del VPN. Este instrumento fue empleado para evaluar escenarios financieros y calcular la bondad económica a través del VPN y la Tasa Interna de Retorno (TIR).

En ese sentido, el VPN es una herramienta ampliamente reconocida en la comunidad financiera y económica, y fue utilizada por la Contraloría General de la República en un contexto metodológico aplicable al caso. Además, la Junta Directiva de Reficar también adoptó el VPN para evaluar sus variables financieras. Dado que los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa no han objetado su uso para determinar la cuantificación y existencia de un daño. Que no es cierto que los actos administrativos impugnados carezcan de motivación por haber empleado el VPN en la cuantificación del daño investigado y declarado en el PRF-005-2017.

El análisis del daño mediante la metodología del Valor Presente Neto (VPN) es una herramienta financiera y contable utilizada para medir el rendimiento de una inversión. Este sistema no fue una creación de la demandada, sino que siguió las directrices establecidas en el CONPES 3312 de 2004 y la norma contable NIC 36, las cuales abordan el deterioro en el valor de los activos o unidades generadoras de valor.

Que el Valor Presente Neto Marginal (VPN Marginal) es una extensión del concepto de Valor Presente Neto (VPN), que mide la rentabilidad o el valor actual de un proyecto o inversión. Mientras el VPN tradicional calcula la diferencia entre los flujos de caja futuros descontados al presente y la inversión inicial, el VPN Marginal se utiliza para evaluar cómo cambia la rentabilidad de un proyecto cuando se realizan ajustes o cambios adicionales, como una inversión extra o una modificación en las condiciones del proyecto.

En esencia, el VPN Marginal cuantifica el impacto financiero de estos cambios marginales (adicionales) al proyecto original, como pueden ser modificaciones en el presupuesto o ajustes en las condiciones del proyecto, y muestra cómo afectan al valor

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

actual del proyecto. Si el VPN Marginal es positivo, significa que la modificación agrega valor; si es negativo, la disminuye.

La expresión "Valor Presente Neto Marginal" utilizada en el "Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante", elaborado por Julio Villarreal Navarro en septiembre de 2016, hace referencia a una extensión del uso del indicador de Valor Presente Neto (VPN). Este concepto se emplea para cuantificar las variaciones en la valoración financiera del proyecto desde su línea base hasta el Control de Cambio 5.

Considera por su parte el demandante que el ejercicio financiero realizado por la Contraloría General partió del documento "Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante". No obstante, la entidad demandada ha sido clara en establecer que resolvió las aclaraciones y objeciones formuladas en contra del citado informe.

De modo distinto, que en el documento CONPES 3312, se recogen los resultados de estimaciones de VPN para apoyar la toma de decisión de inversión sobre el proyecto de la Modernización de la Refinería de Cartagena. Cada estimación corresponde a un momento fijo o año cero (momento del inicio de la inversión), de modo que, el alcance de los ejercicios cuantitativos referidos, consistía solamente en proveer un monto de VPN, no en examinar variaciones en el indicador, para las que el investigador Villarreal utilizó la noción de VALOR PRESENTE NETO MARGINAL, buscando determinar la diferencia de valor financiero entre la situación base (inicio de proyecto) y la situación modificada (controles de cambio).

Sobre el uso de la expresión "VPN Marginal", se puso de presente en la contestación de la demanda que, con independencia de cuán masificado sea el uso de la expresión; el hecho de que el VPN sea adoptado como indicador financiero hace de inmediato que la variación de éste, el "Valor presente marginal" que refiere el analista Julio Villarreal en el Informe de septiembre de 2016, se convierta también en un indicador financiero.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En la primera definición, se hace referencia a alternativas mutuamente excluyentes, caso que no corresponde al cotejo entre línea base y controles de cambio de un mismo proyecto. Y, la segunda definición, remite a la posibilidad de añadir capital a una iniciativa hasta agotar su capacidad de generar beneficios, perspectiva que formalmente no se utilizó en el proyecto de Modernización y Optimización de la Refinería de Cartagena.

En atención a los argumentos presentados, este despacho concluye que no le asiste razón a la parte demandante al cuestionar el uso del concepto de Valor Presente Neto Marginal (VPN Marginal) en el análisis financiero del proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena. Como se ha explicado, este concepto fue empleado de manera adecuada por el investigador Julio Villarreal para calcular las variaciones en la valoración financiera del proyecto entre la línea base y los controles de cambio, lo cual es coherente con el uso extendido del indicador financiero. Además, el cálculo de dichas variaciones no introduce un enfoque novedoso en la valoración del proyecto, ya que la medida de valoración sigue siendo el VPN, no su magnitud de cambio.

La falta de consenso en la literatura económica sobre el término no invalida el análisis, pues el algoritmo y la interpretación del VPN se mantuvieron intactos a lo largo del proceso. En consecuencia, se confirma que el proyecto experimentó una pérdida de valor financiero en los distintos hitos de inversión, y los argumentos de la demandante no desvirtúan la correcta aplicación de esta metodología.

Cargo Sexto y Séptimo.

En estos cargos de nulidad, el demandante señala que existió infracción de normas superiores al considerar que existió vulneración al debido proceso durante el desarrollo del procedimiento administrativo al considerar que los ejercicios financieros utilizados para la declaratoria de responsabilidad fiscal se fundamentaron en información contable y financiera de la Línea de Base y de los Controles de Cambios 1, 2, 3, 4 y 5, pese a que los Controles de Cambios 3, 4 y 5 fueron aprobados por la Junta Directiva de la

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

sociedad REFICAR con posterioridad a la desvinculación del demandante de la sociedad.

De conformidad con el fallo de responsabilidad fiscal y como ya se ha expuesto de manera previa, el daño investigado y declarado con responsabilidad fiscal fue consecuencia de las decisiones relacionadas con el aumento del CAPEX del proyecto. Este aumento se originó por retrasos en el cronograma y un incremento injustificado en los costos del proyecto de expansión y modernización de la Refinería de Cartagena S.A., atribuible a acciones y omisiones de la administración de la Refinería de Cartagena, sus miembros de la Junta Directiva y los contratistas.

Los fundamentos de la Contraloría General de la República para determinar y valorar el daño en el referido proceso, así como para evaluar las conductas y decisiones de inversión en el proyecto objeto de reproche fiscal, fueron los siguientes:

- CAPEX +/- 10% (margen de precisión del presupuesto de inversión en el proyecto previsto en CONPES 3312 de 2004, Acta 110 de octubre 9 de 2009 de Junta Directiva de ECOPETROL y Acta 46 de octubre 20 de 2009 de la Junta Directiva de REFICAR)
 - VPN \geq 0
 - Tasa de descuento 11,1%
 - Estructura de financiación: capitalizaciones (equity) 40%, crédito (apalancamiento) 60%
 - Medidas preventivas y correctivas para evitar o solucionar el fenómeno de escalamiento y para mitigar riesgos del proyecto (control de costos, control de ejecución del EPC, control de gestión, control presupuestal, entre otros).

Las principales inversiones que constituyeron daño según la Contraloría se realizaron en el marco de los Controles de Cambio 2 y 3. Como ya se ha reiterado varias veces, las actas de la junta directiva y otras pruebas indicaron que estas aprobaciones no

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

estaban destinadas a mejorar el proceso de ampliación y modernización de la Refinería, sino que se disolvían en pagos adicionales generados por diversas causas.

El fallo con responsabilidad fiscal No. 749 del 26 de abril de 2021, solo declaró la responsabilidad fiscal respecto de quienes intervinieron en la aprobación de los controles de cambio 2 y 3.

El artículo segundo de la resolución del fallo de responsabilidad fiscal dejó claramente establecido que las personas mencionadas, incluido el señor Hernando José Gómez Restrepo, solo son responsables por el detrimento causado a través del control de cambios 2. Este detrimento se cuantifica de manera independiente al del control de cambios 3, como se detalla a continuación:

“SEGUNDO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, de acuerdo con las consideraciones de este proveído en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la ley 610 de 2000 y el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, por el daño producido a los intereses patrimoniales del Estado derivado de las decisiones sobre el manejo de los recursos públicos que conllevaron a la pérdida de valor de las mayores inversiones en el Proyecto de Ampliación y Modernización de la Refinería de Cartagena, al aprobarse las adiciones de recursos CAPEX en exceso sobre los niveles acordes con la remuneración del capital aportado al proyecto a su costo de oportunidad en el **control de cambio 2**, en cuantía indexada de UN BILLÓN TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS Y VEINTISIETE CENTAVOS (**\$1.329.555.296.567,27**), en forma solidaria y a título de CULPA GRAVE en contra de las siguientes personas naturales y jurídicas:

MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA REFCAR S.A.

(...)

- *HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO, identificado con la C.C. No. 79.140.549, en su calidad de Miembro de la Junta directiva de REFCAR S.A. para la época de los hechos.*

(...)”

Por su parte, el artículo tercero de la parte resolutive del mencionado acto administrativo establece que se impondrá responsabilidad fiscal únicamente a las personas naturales y jurídicas involucradas en el control de cambios 3. Entre estas personas no se incluye al actual demandante, el señor Hernando José Gómez Restrepo.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la "solidaridad", el artículo cuarto del fallo No. 749 de 2021 establece que los responsables fiscales responderán de forma solidaria. Sin embargo, esto no implica que la solidaridad se aplique al daño en general. Más bien, como indica el artículo mencionado, la responsabilidad solidaria se refiere a los hechos específicos que constituyen el daño y su cuantificación independiente. Por lo tanto, conforme lo que ya se expuso previamente, el demandante, señor Hernando José Gómez Restrepo solo estaba llamado a responder por el Control de Cambios 2.

Cargo Octavo.

Sostiene el demandante en este cargo, que los actos administrativos infringen el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 por valorar la prueba "Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante", de septiembre 2016", prueba que no cumple con el requisito de gratuidad exigido. Situación que se reitera ya fue analizada en el desarrollo del cargo tercero y quinto donde se estableció que la celebración del contrato del señor Villarreal con la Contraloría General, no genera ningún tipo de irregularidad en la suscripción del mencionado informe.

Sobre la valoración de dicha prueba durante el procedimiento administrativo, la entidad demandada sostuvo que el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 otorga a los órganos de vigilancia y control fiscal la autoridad para comisionar a sus funcionarios para la elaboración de informes técnicos. Asimismo, establece que estos órganos pueden solicitar a entidades públicas o privadas que proporcionen dichos informes de manera gratuita. Sin embargo, esta "gratuidad" no es un requisito esencial para la existencia y validez de la prueba; más bien, representa una facultad que permite a la entidad requerir informes sin costo alguno.

En cuanto a la gratuidad mencionada en el artículo citado, es importante reiterar que esta no constituye un requisito indispensable para la validez o existencia de la prueba en cuestión. Además, este criterio no vulnera las garantías constitucionales de defensa

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

y contradicción de los sujetos procesales, las cuales fueron plenamente garantizadas a todos los involucrados en el PRF No. 005-2017. Estos tuvieron la oportunidad, dentro del plazo otorgado, de conocer y cuestionar el contenido del mencionado informe.

Que en lo que respecta a la prueba, la Ley 610 de 2000 establece en sus artículos 25 y 26 el principio de libertad probatoria, permitiendo que el daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado puedan demostrarse mediante cualquier medio de prueba legalmente aceptado. Además, impone al Órgano de Control el deber de apreciar integralmente las pruebas recopiladas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional. En este contexto, la valoración del informe técnico se basó en criterios de claridad, precisión, exhaustividad y detalle, explicando los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones realizados, así como los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. Este informe debe ser considerado en conjunto con los demás medios probatorios presentados en el proceso, siguiendo las mismas reglas de sana crítica y persuasión racional.

Que el informe técnico en cuestión fue relevante para el modelo financiero utilizado por la entidad, aunque la Contraloría General de la República no lo adoptó en su totalidad. Esto se debió a las solicitudes de aclaración y complementación de los involucrados en el procedimiento, así como al análisis conjunto con otras pruebas.

Que la valoración de dicho informe se realizó conforme a los principios de claridad, precisión, y sana crítica, tal como se detalla en el fallo No. 749 de 26 de abril de 2021. Por lo tanto, el argumento presentado por la parte demandante no tiene fundamento suficiente para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos en cuestión. En consecuencia, se evidencia que no existe vulneración alguna para haber valorado durante el procedimiento administrativo, el “Informe Análisis Modelo Financiero – Informe de investigación de los modelos financieros de la ejecución del contrato – Estimación del Lucro Cesante”.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Así mismo, tampoco son de recibo los argumentos tendientes a descalificar la labor del señor Villarreal teniendo en cuenta lo manifestado por el demandante, que el señor Villarreal fue coautor del libro “Finanzas Corporativas” edición 2003, en donde hay un capítulo titulado “Valor presente neto VPN, una herramienta que se va quedando corta”, ya que, lo establecido en dicho libro constituye doctrina y las presuntas contrariedades referidas por el demandante respecto de dicho capítulo del libro y el informe suscrito por el señor Villarreal no son argumentos tendientes a demostrar algún tipo de irregularidad en el informe del señor Villarreal.

De la misma manera, tampoco es de recibo el argumento del demandante en el sentido de afirmar que el referido informe fue suscrito por el señor Villarreal quien además fungió como contratista de la entidad demandada y en donde el objeto del contrato fue:

“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA EL APOYO A LA GESTIÓN EN LA ELABORACIÓN DE UN INFORME DE INVESTIGACIÓN EN EL CONTEXTO DEL SEGUIMIENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS Y SOBRE LA APLICACIÓN DE MODELOS DE SEGUIMIENTO DE CONTROL FISCAL ENFOCADA EN LA EJECUCIÓN DE LA ACTUACIÓN ESPECIAL REALIZADA A REFICAR MEDIANTE EL ANÁLISIS FINANCIERO QUE VERIFIQUE SI DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO Y FINANCIERO RESULTAN FINANCIERAMENTE RAZONABLES LAS JUSTIFICACIONES ESGRIMIDAS POR LA ALTA DIRECCIÓN DE ECOPEPETROL Y DEMÁS EMPRESAS VINCULADAS AL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA REFICAR, PARA LOS COSTOS FINALES QUE TUVO TAL PROYECTO FRENTE A LOS INICIALMENTE PRESUPUESTADOS, Y CUANTIFICAR EL COSTO DE OPORTUNIDAD EN EL QUE SE INCURRIÓ POR EL HECHO DE NO PODER PONER EN FUNCIONAMIENTO LA REFINERÍA DE CARTAGENA CUANDO INICIALMENTE SE HABÍA PREVISTO. EN PARTICULAR, EN RELACIÓN A POTENCIALES BENEFICIOS QUE SE DEJARON DE PERCIBIR DURANTE LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO EN PLAZOS POSTERIORES A LOS INICIALMENTE PRESUPUESTADOS.”

Es decir, que el informe suscrito por el señor Villarreal surgió como consecuencia de la celebración de dicho contrato, situación que tampoco configura ningún tipo de irregularidad, más aún, cuando dicho conocimiento técnico era requerido por la entidad demandada para desarrollar el proceso de responsabilidad fiscal.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por tanto, las manifestaciones del demandante que atacan el informe suscrito por el señor Villarreal, no tienen la vocación de prosperar, como quiera que, a lo largo del proceso no se logró probar que el referido informe presentara alguna anomalía, en especial por la calidad de la persona que lo suscribió.

Cargo Noveno.

El demandante considera en este cargo que se configuró la causal de nulidad de infracción de las normas en que deberían fundarse los actos administrativos al violarse el debido proceso del demandante pero esta vez con fundamento en la no valoración de las pruebas allegadas al proceso, según su dicho.

La entidad demandada manifestó que los dictámenes referidos por el demandante fueron valorados durante el fallo de responsabilidad fiscal No 749 de 2021, referencia además las páginas y la transcripción de algunos apartes de fallo que ratifican su dicho, igualmente, referencia que la entidad demandada también valoró estas pruebas en el auto No. 949 de 2021 mediante el cual resolvió los recursos de apelación contra el fallo demandado así como también en el auto No. ORD-801119-158-2021 que resolvió los recursos de apelación. El hecho de que la valoración de dichos documentos no haya sido en el sentido favorable al demandante, no traduce que no se hayan tenido en cuenta en debida forma.

Cargo Décimo.

Sostiene el demandante que los actos demandados infringen las normas en que debían fundarse al considerar que se violó el principio de confianza legítima por modificar los criterios utilizados por la Contraloría General De La República en el fenecimiento de las cuentas de la sociedad Reficar de los años 2011, 2012 y 2013.

Afirma la entidad demandada que el proceso de responsabilidad fiscal comienza únicamente con la emisión del auto de apertura correspondiente. Las actuaciones realizadas durante la auditoría y la indagación preliminar, si las hubiera, no son

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

susceptibles de ser impugnadas ante la jurisdicción administrativa. En este contexto, los informes de auditoría de Reficar para los años 2011, 2012 y 2016, mencionados pueden considerarse antecedentes del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-005-2017. Sin embargo, no pueden ser objeto del análisis de legalidad.

El informe de auditoría no se considera un acto administrativo, es un documento técnico que refleja cómo el ente de control fiscal ejerce sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias.. En lugar de representar una manifestación unilateral de la voluntad administrativa destinada a producir efectos jurídicos específicos, el informe ofrece conceptos y opiniones técnicas sobre la gestión fiscal de la entidad auditada, sin tener efectos directos sobre los administrados.

En cuanto a los fenecimientos decretados por la Contraloría, es importante aclarar que estos no representan manifestaciones de la voluntad de dicho órgano destinadas a producir efectos jurídicos ni establecen cosa juzgada. Esto se debe a que el control realizado no abarca todas las cuestiones examinadas durante la vigilancia, sino que se centra en casos seleccionados por la Contraloría General, sin pretender la universalidad de las operaciones o contratos del sujeto de control.

En cuanto al interés público, que se enfoca en la protección del patrimonio estatal, este debe prevalecer sobre la buena fe y la confianza legítima. Por lo tanto, que frente a los fenecimientos de cuenta de los años 2010 y posteriores, no puede la parte actora argumentar que, en presencia de un daño real causado por culpa grave o dolo de una persona que gestionó fiscalmente, el órgano de control no podría reclamar su resarcimiento simplemente porque el daño no fue descubierto durante la auditoría correspondiente, siempre y cuando no haya operado la caducidad o prescripción de la responsabilidad.

Le asiste razón igualmente a la demandada cuando afirma que conforme al artículo 8° de la Ley 610 de 2000, el proceso de responsabilidad fiscal puede iniciarse de oficio, como resultado de los sistemas de control fiscal implementados por las contralorías, a solicitud de las entidades vigiladas o por denuncias o quejas presentadas por cualquier

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

persona u organización ciudadana. De esta forma, el proceso puede comenzar con base en hallazgos de incidencia fiscal obtenidos a partir de dichos controles.

Que además, si un hallazgo fiscal tiene la naturaleza de un informe especializado y constituye el fundamento sobre el cual se inicia el proceso, su contradicción debe ejercerse dentro del curso del proceso de responsabilidad fiscal, en las etapas dispuestas para ello.

Cargo Décimosegundo.

El demandante sostiene que existe falsa motivación al no haber considerado la entidad demandada, que la ola invernal del año 2011 afectó el Control de Cambios 2.

Sostiene la entidad demandada que no existe falsa motivación ya que no se cumplen con los elementos para que se configure dicha causal de nulidad.

Que el vicio de nulidad se configura cuando se presentan los motivos de una decisión, ya sea en su totalidad o en parte, pero estos argumentos no coinciden con la realidad fáctica y probatoria. Esto puede ocurrir en dos situaciones: primero, cuando la decisión administrativa se basa en hechos que no están debidamente acreditados; o segundo, cuando, a pesar de que se han probado ciertos hechos, estos no se toman en cuenta y podrían haber llevado a una decisión diferente.

Que en este contexto, cabe señalar que, en contra de lo alegado por el demandante, las decisiones adoptadas por la Contraloría General de la República durante el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-005-2017 se fundamentaron tanto en los hechos comprobados dentro del expediente como en la normativa aplicable.

Así, las calificaciones hechas respecto a la ola invernal en el fallo con responsabilidad fiscal No. 749 del 26 de abril de 2021, y sus confirmaciones por reposición y apelación, se basaron en pruebas legalmente recabadas, incluyendo el informe técnico decretado mediante el Auto No. 1501 del 4 de diciembre de 2020.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que dentro de ese informe se pudo concluir respecto a la ola invernal, lo siguiente:

Frente a la ola invernal, aunque el análisis del control de cambios 2 mencionó que la temporada de lluvias en 2010 y 2011 impactó el estimado de costos del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena, dichos costos estaban más relacionados con el incremento del control de cambios 1 (excluido como hecho de afectación) en cuanto a su cronología.

Por otro lado, se observó que los sujetos que alegaron esta situación no demostraron la magnitud de la afectación, lo cual, de acuerdo con el principio del *onus probandi* establecido en el artículo 167 del CGP les correspondía demostrar. Que la Contraloría General solicitó mediante la prueba de informe técnico la verificación de la posible afectación económica causada por la ola invernal. Con esta prueba se pudo determinar dentro del procedimiento administrativo que:

- (i) La incidencia de la ola invernal que ocurrió entre 2010 y la primera parte de 2011 en relación con el control de cambios 2, aprobado por la Junta Directiva de Reficar mediante el acta No. 87 del 7 de mayo de 2021, no fue clara. La distancia temporal entre estos eventos debilita el vínculo entre las decisiones tomadas en ese momento y el impacto de la temporada de lluvias.
- (ii) No se pudo determinar con precisión la magnitud económica de la afectación relacionada con el Control de Cambios 2. Según el informe técnico, "no se puede afirmar de manera definitiva que los eventos de contingencia aumentaron debido a la forma en que se gestionaron

El demandante también alega que la huelga que se presentó en la empresa también afectó el desarrollo del proyecto. Al respecto, le asiste razón a la demandada cuando afirma que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la huelga en sí misma no se considera un hecho irresistible. Para que se pueda argumentar la fuerza mayor, lo que debe ser imprevisible e irresistible son sus consecuencias, no el fenómeno en sí.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Que al analizar la huelga que ocurrió durante la ejecución del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena, la Contraloría General de la República (CGR) determinó que esta tuvo un impacto severo e inusualmente alto. La huelga provocó una parálisis total de la actividad laboral, afectando gravemente la productividad del proyecto, que no pudo recuperarse de los efectos. El paro no solo detuvo las obras durante 14 semanas, sino que también impidió el acceso de los trabajadores a la refinería y generó una serie de inconvenientes adicionales. Este paro resultó en una pérdida de 621 millones de dólares y una caída en el índice de productividad, que no se recuperó durante los meses posteriores hasta la finalización parcial del proyecto.

El tema de la huelga junto con sus efectos, se abordó en su totalidad en el fallo de responsabilidad fiscal No. 749 del 26 de abril de 2021, en relación con cada uno de los vinculados que cuestionaron este argumento. Entre estos, no se incluye el demandante actual, el señor Gómez Restrepo.

Cargo Decimotercero.

Manifiesta el demandante que el Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 fue expedido de manera irregular por falta de motivación y por ende, vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa del demandante al no resolver de fondo todas las razones de hecho y derecho expuestas en el escrito de apelación.

Al respecto, la entidad demandada manifestó que durante el procedimiento administrativo y en especial, con la expedición del mencionado Auto que resolvió el grado de consulta y los recursos de apelación contra el fallo de responsabilidad fiscal, los argumentos del demandante se analizaron de forma conjunta.

Dentro del citado Auto se pudo establecer en relación con los argumentos elevados por el señor Hernando José Gómez que: *“Frente a los anteriores argumentos, el Despacho encuentra que los mismos ya han sido expuestos y respondidos a lo largo de esta*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

providencia, por lo tanto, como quiera que se trata de la reiteración de argumentos ya sostenidos en fase de descargos o relacionados al daño, el Despacho debe contraerse a lo ya expuesto de manera amplia, al abordar la conducta de cada uno de los representados del Dr. PÉREZ YUNES, la existencia del daño, y los elementos planteados, que a la Luz de la Ley 610 de 2000 en su artículo 53, permiten dictar fallo CON RESPONSABILIDAD FISCAL, como se ha desarrollado con amplitud en la presente decisión.”

Así mismo, desde la página 987 del mencionado Auto, se evidencia que se referenciaron los argumentos del recurso presentado por el demandante: “5.15. *Recurso de apelación presentado por HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO.*”. Así mismo, a partir de la página 2131 se dio respuesta a los argumentos del recurso del mencionado demandante, evidenciándose que fueron resueltos.

Cargo Decimocuarto.

El actor sostiene que existe nulidad de los actos administrativos demandados ya que el expediente llevado por la entidad accionada estuvo deficientemente organizado, dificultando el estudio, búsqueda y acceso de los documentos que reposan; que además presenta dificultades para la lectura, comprensión y refutación.

Sobre el particular, la entidad accionada referenció algunos de los procedimientos que se encuentran establecidos en la Contraloría y que fijan los parámetros en el manejo de los expedientes, que para el proceso de responsabilidad fiscal PRF-2017-0039_UCC-PRF-005-2017 se tiene que el mismo tiene un tamaño de 528 GB, conformado por 215 carpetas que se organizan de manera cronológica con las actuaciones que se vayan surtiendo en el proceso.

Al respecto, el cargo de nulidad referido no tiene vocación de prosperidad en la medida en que, cualquier tipo de deficiencia documental que afecte el procedimiento administrativo debe tener la capacidad de incidir, por ejemplo, en el ejercicio del derecho de defensa de los investigados o en algún tipo de deficiencia probatoria que tuviera la

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

relevancia de incidir de manera grave en el estudio del caso, y se reitera, en el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa de los investigados.

En este caso, las presuntas inconsistencias referidas, no impidieron en ningún momento el ejercicio del derecho de contradicción y defensa del actor, así mismo las referidas irregularidades tampoco tendrían la magnitud requerida para hacer prosperar la nulidad de los actos administrativos mencionados y más aún cuando la entidad demandada referenció que cumplió con los lineamientos que para el manejo de los expedientes tiene la Contraloría, indicando además que en los actos administrativos proferidos por dicha entidad, no existe la obligación de insertar tabla de contenido o algún tipo de índice, que si bien es cierto, ayudarían a analizar los actos de manera más eficiente, la ausencia de estos no invalida la actuación.

No desconoce esta Sala de Decisión, que debido al volumen de los archivos del presente proceso, su búsqueda y lectura se tornara más dispendiosa, pero también es cierto que lo mismo obedece precisamente a la cantidad de documentos, investigados y hechos que rodearon el nacimiento de este proceso de responsabilidad fiscal, por lo que sería imposible organizar en un solo archivo algunos de los documentos, como ejemplo claro de esto, se tiene que el Auto 749 de 2021 consta de 6243 folios, los cuales para ser cargados a cualquier plataforma de expediente digital, deben ser divididos y no existe irregularidad alguna que como manifiesta el actor, no hay uniformidad en el número de folios que por archivo PDF se guarda, siendo en últimas lo importante, que el archivo se encuentre completo.

Cargo Decimoquinto.

Sostiene el actor, que la Contraloría General de la República violó el debido proceso al no tramitar la segunda instancia material al proferir el Auto ORD-801119-158-021 0949 del 6 de julio de 2021 *“Por medio del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de Apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 (sic), dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal PRF2017-00309_UCC-PRF-005-2017”* de la Sala Fiscal y Sancionatoria.

PROCESO N°:	25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO :	LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Considera que el Auto de primera instancia como el de segunda instancia tienen la misma autoría de acuerdo con el dictamen pericial lingüístico comparativo entre ambos documentos que demostró las múltiples similitudes léxicas, sintácticas y gramaticales, así como la presencia de lo que denomina “vicios de redacción”; teniendo ambos documentos el mismo estilo lingüístico idiolectal concluyendo entonces que tienen la misma autoría.

Así mismo, considera que el tiempo que se tomó la segunda instancia en proferir el referido Auto, fue un tiempo muy corto teniendo en cuenta los números de folios que tiene el expediente. Para probar lo anterior allegó el Metaanálisis: “Cuántas palabras leemos por minuto? *de la Universidad de Ghent, Bélgica*”.

Respecto a la similitud que alega el demandante, le asiste razón a la entidad demandada al afirmar que lo señalado comprenden suposiciones y conclusiones a las que no les asiste razón alguna.

Está probado durante la actuación administrativa que la primera instancia fue surtida por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, y la segunda instancia la suscribe la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República. Más allá del dictamen en donde el demandante afirma que los dos actos administrativos fueron suscritos por las mismas personas, no hay prueba adicional que corrobore lo dicho; además, no puede pasarse por alto que por las razones propias del proceso, las similitudes entre ambos actos administrativos iban a ser obvias, más aún, si se tiene en cuenta que durante la segunda instancia se confirmaron los argumentos del Auto que profirió fallo con responsabilidad fiscal, no constituye tampoco ninguna irregularidad que en el acto administrativo de segunda instancia se encontraran algunas citas o parafraseos del acto administrativo principal, ya que, se reitera, los mismos versan sobre los mismos temas y tópicos.

Por otro lado, respecto del tiempo en que se expidió el Auto de segunda instancia, tampoco son de recibo los argumentos del demandante que afirma que por los pocos

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

días que se tomaron los funcionarios de la Sala Fiscal y Sancionatoria, existió vulneración de la segunda instancia, al respecto y teniendo en cuenta el volumen del presente proceso, es dable afirmar que el análisis seguramente no lo hicieron las tres personas que firman el acto administrativo, sino que, como en cualquier entidad, existen grupos de trabajo que permiten que el estudio de los procesos recaiga en un conjunto de colaboradores, optimizando así el trabajo y garantizando que los procesos se resuelven en la menor cantidad de tiempo posible.

CONCLUSIÓN

Conforme a lo estudiado en precedencia y con fundamento en los cargos de nulidad que prosperaron, así como los argumentos expuestos por esta Corporación, la Sala procederá a declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos expedidos por la Contraloría General de la República, en relación únicamente con el señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO.

- *Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 mediante el cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal dentro del PRF-201700309_UCC-PRF-005-2017 proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial 15.*
- *Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021 mediante el cual se deciden los recursos de reposición contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido mediante Auto 749 de 2021 y se concede el recurso de apelación dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal.*
- *Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 mediante del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012 proferido por la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría General de la República.*
- *Auto ORD-801119-162-2021 del 9 de julio de 2021 mediante el cual se hace una corrección del Auto 80119-158-021 proferido por la Sala Fiscal Sancionatoria.*

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.6. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** la Sala dispone:

Que el señor **HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO** no se encuentra en la obligación de realizar pago alguno derivado de los actos administrativos anulados, señalando que los procesos de cobro deberán ser terminados y las medidas cautelares levantadas.

En caso de que se hubiese realizado algún pago por parte de Hernando José Gómez Restrepo, el mismo deberá ser devuelto, indexado, desde la fecha de pago hasta la fecha de reintegro. El demandado deberá ser excluido del Boletín de Responsables Fiscales.

3. COSTAS PROCESALES

Por último, este Tribunal de acuerdo a lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, condenará en costas a la parte vencida en esta instancia.

En razón y mérito de lo todo lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad de los actos administrativos demandados: **i)** Auto No. 749 del 26 de abril de 2021 mediante el cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal dentro del PRF-201700309_UCC-PRF-005-2017; **ii)** Auto No. 0949 del 3 de junio de 2021 mediante el cual se deciden los recursos de reposición

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido mediante Auto 749 de 2021 y se concede el recurso de apelación dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal; **iii)** Auto ORD-801119-158-021 del 6 de julio de 2021 mediante del cual se resuelve el grado de consulta y los recursos de apelación interpuestos contra el Auto No. 749 del 26 de abril de 2012; **iv)** Auto ORD-801119-162-2021 del 9 de julio de 2021 mediante el cual se hace una corrección del Auto 80119-158-021 proferidos por la Sala Fiscal Sancionatoria, expedidos por la Contraloría General de la República, en lo que tiene que ver con el demandante, señor HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, a título de restablecimiento del derecho se ordena:

1º. Que el señor **HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO** no se encuentra en la obligación de realizar pago alguno derivado de los actos administrativos anulados, señalando que los procesos de cobro deberán ser terminados y las medidas cautelares levantadas. En caso de que se hubiese realizado algún pago por parte de Hernando José Gómez Restrepo, el mismo deberá ser devuelto, indexado, desde la fecha de pago hasta la fecha de reintegro.

2º. ORDÉNASE a la Contraloría General de la República excluir al demandante del Boletín de Responsables Fiscales y levantar cualquier tipo de medida cautelar que repose sobre el mismo con ocasión del proceso de responsabilidad analizado en esta providencia.

TERCERO.- CONDÉNASE en costas a la parte demandada.

CUARTO.- Por Secretaría **DEVUÉLVASE** a la parte actora el remanente de los gastos del proceso, previa liquidación.

QUINTO.- ARCHÍVESE previa ejecutoria.

PROCESO N°: 25000234100020220045100
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HERNANDO JOSÉ GÓMEZ RESTREPO
DEMANDADO : LA NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente

FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

Salva voto

Firmado electrónicamente

CLAUDIA ELÍZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

Firmado electrónicamente

LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI por la magistrada Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, el magistrado Luis Manuel Lasso Lozano y el Magistrado Felipe Alirio Solarte Maya. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011.