

125-19.61

Santiago de Cali,

2024-06-18 08:21:00

CLASE CORRESP.: REMISIONES

NºFOLIO: 17

REMITENTE: LIGIAORTIZ

CREADO POR: VENTANILLA

AL CONTESTAR QTE ESTE No:

CONTRALORIA

ASUNTO: REMISION INFORME FINAL DENUNCIA CIUDADANA

DESTINATARIO: DILIAN FRANCISCA TORO TORRES

DEPENDENCIA: DESPACHO DEL CONTRALOR

2024001849

2024001849



ENVIADO

Doctora

DILIAN FRANCISCA TORO TORRES

Gobernadora

Departamento del Valle del Cauca

Email: contactenos@valledelcauca.gov.co

Asunto: Remisión Informe Final Denuncia Ciudadana DC-06-2024

Se remite para su conocimiento y fines pertinentes el Informe Final de la Denuncia Ciudadana identificada bajo el radicado DC-06-2024, dentro de la cual no se generaron hallazgos, tal y como se describe a continuación:

CUADRO DE RESUMEN DE HALLAZGOS DENUNCIA DC-06-2024						
No. Hallazgos	Administrativos	Disciplinarios	Penales	Fiscales	Sancionatorios	Daño Patrimonial (\$)
0	0	0	0	0	0	0

Cordialmente,

LIGIA STELLA CHAVES ORTÍZ

Contralora Departamental del Valle del Cauca

	Nombre	Cargo	Firma
Proyectó	Daniela Blandón Prado	Profesional Universitario	
Revisó	Cindi Yolima Ortiz Gordillo	Directora Operativa de Participación Ciudadana	
Aprobó	Cindi Yolima Ortiz Gordillo	Directora Operativa de Participación Ciudadana	

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigente y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.



125-19.61

**INFORME FINAL
DENUNCIA CIUDADANA DC-06-2024**

GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA

**CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL VALLE
Santiago de Cali, junio de 2024**

HOJA DE PRESENTACIÓN

Contralora Departamental del Valle del Cauca

Ligia Stella Cháves Ortiz

Director Operativo de Participación Ciudadana

Cindi Yolima Ortiz Gordillo

Gobernadora

Dilian Francisca Toro Torres

Auditora

Daniela Blandón Prado

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN	4
2. ALCANCE DE LA INFORMACIÓN	4
3. LABORES REALIZADAS.....	4
4. RESULTADO DE LA VISITA.....	5
5. CONCLUSIONES	15
6. ANEXOS.....	17
a. Cuadro Resumen de hallazgos	17

1. INTRODUCCIÓN

La Contraloría Departamental del Valle del Cauca, en uso de las facultades establecidas en la Ordenanza 122 de agosto 14 de 2001, modificada por la Ordenanza N°500 del 07 de diciembre de 2018, Manual de Funciones y de Requisitos de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, procede a emitir informe respecto de la denuncia con radicación interna SADE 2024000300 del 1 de febrero de 2024 DC-06-2024, en la cual se informa:

“La presente es para denunciar y pedirle que investigue el contrato 1.120-12.14-0210 donde el departamento de hacienda de la gobernación del valle pactó un contrato de prestación de servicios profesionales con comisión de éxito. Lo grave de este contrato es que se pagó completo, más el porcentaje de la comisión de éxito que es mucha plata, pero el contratista no cumplió con las obligaciones pactadas del contrato, lo que genera que hacienda pague por una comisión de éxito que no se cumplió y como esta plata es de todos los vallunos me duele que se pague por algo que no se hizo, es por eso que le pido señora contralora que investigue a fondo este contrato y los pagos y se dará cuenta que esa platica se perdió y como valluno me gustaría que se recupere para que pueda ser invertida en otros proyectos donde seamos beneficiados los ciudadanos menos favorecidos”.

En consecuencia, nos pronunciaremos sobre los temas relacionados con el alcance y competencia del Control Fiscal ejercido por éste Ente de control el cual está delimitado por la Constitución y Leyes que regulan la materia.

2. ALCANCE DE LA INFORMACIÓN

La Dirección Operativa de Participación Ciudadana recibió denuncia ciudadana, radicada SADE 2024000300 del 1 de febrero de 2024 DC-06-2024.

Es importante recalcar que, la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, se pronunciará sobre los temas relacionados con el alcance y competencia del Control Fiscal lo cual está delimitado por la Constitución y Leyes que regulan la materia. Por lo anterior, no nos pronunciaremos sobre los hechos generados por situaciones personales o particulares que no tengan que ver con la ejecución de los recursos públicos.

3. LABORES REALIZADAS

La Contraloría Departamental del Valle del Cauca, recibió petición mediante el aplicativo SIA ATC con número de radicado del sistema 262024000068 y SADE 2024000300, del 1 de febrero de 2024.

Conforme a lo anterior, se realizó la evaluación y análisis de todos los folios contenidos en las carpetas con el fin de avocar conocimiento, y concluir las gestiones realizadas, solicitando la siguiente información:

1. Certificar la fuente de financiación del contrato 1.120-12.14-0210.
2. Sírvasse aportar la carpeta contractual No. 1.120-12.14-0210. Cabe resaltar que deberá enviarse el contrato en todas sus etapas, incluyendo informes de actividades y de supervisión con todos sus soportes.
3. Remitir demanda arbitral reformada, presentada el 3 de agosto de 2021 y admitida por el Centro de Conciliación, Arbitraje y amigable composición, el 10 de agosto de 2021.
4. Informes de supervisión y de contratista.
5. Acta de pago y liquidación del contrato 1.120-12.14-0210

4. RESULTADO DE LA VISITA

De la información allegada por el sujeto de control y analizada previamente por esta dirección, se observa que:

- El Departamento del Valle del Cauca, desde el año 1.993, cuenta con una concesión a cargo del mantenimiento, operación y conservación de las vías de Buga–Tuluá–La Paila–La Victoria, en el centro y norte del Departamento.
- Mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria por causa del COVID-19. Así mismo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020 mediante el cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Así mismo, mediante Decreto No. 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio desde el 25 de marzo de 2020, hasta el 13 de abril de 2020. Esta medida fue prorrogada por diferentes actos administrativos y se mantuvo hasta las 00:00 horas del día 1 de septiembre de 2020.

Adicionalmente, mediante Decreto No. 482 del 26 de marzo de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, se estableció la exención en el cobro de peajes en favor de los usuarios exceptuados de la aplicación del aislamiento preventivo obligatorio a partir de las 14:00 horas del día 26 de marzo de 2020.

Por otro lado, la Gobernación del Valle del Cauca, mediante Decreto Departamental 1-3-691 del 18 de marzo de 2020, restringió la libre circulación en el Departamento ordenando un toque de queda desde las 22:00 horas del 20 de marzo, hasta las 4:00 horas del 24 de marzo de 2020. Igualmente, el Departamento del Valle del Cauca por medio de Resolución No. 1-68-0196 del 26 de marzo de 2020, le ordenó al Concesionario suspender el cobro de peajes desde

las 14:00 horas de la mencionada fecha. Finalmente, la suspensión de los peajes se levantó el 31 de mayo de 2020 por el Decreto No. 768 del 30 de mayo de 2020 del Gobierno Nacional y la Resolución No. 1-68-0255 del 1 de junio de 2020 expedida por el Departamento del Valle del Cauca.

- La Gobernación del Valle del Cauca, suscribió contrato 1.120-12.14-0210 de 2021, por el cual se convino los servicios profesionales especializados para desarrollar labores de representación judicial y acompañamiento en la presentación de demanda ante el Tribunal de Arbitramento o eventual conciliación que se presente con el concesionario, en aras de administrar los recursos financieros, recaudar estos ingresos y la aplicación de los mismos, garantizando la gestión adecuada del Departamento del Valle del Cauca.
- En virtud de lo anterior, se inició un proceso ante un tribunal de arbitramento, en el que el Departamento del Valle del Cauca, dividió sus pretensiones en cuatro grupos así: Primer grupo de pretensiones en relación con la propuesta del concesionario y el contrato de concesión No. GM 001-1993; Segundo grupo de pretensiones en relación con el acta modificatoria No.3 de 1.996; Tercer grupo de pretensiones relacionadas con el acta de modificación y adición de 7 de noviembre de 2.006; Cuarto grupo de pretensiones en relación con el cumplimiento de la tasa de recuperación del capital y la terminación del plazo; Quinto grupo de pretensiones en relación con los reconocimientos a favor del Departamento del Valle del Cauca. Cuyo juramento estimatorio fue por \$926.307.000.000.

Es de resaltar que en el juramento estimatorio se pretende que el demandante valore, bajo la gravedad de juramento, el monto al cual ascienden los perjuicios que reclaman en el proceso.

- Así mismo, el Concesionario formuló demanda de reconvención, en la que estimó que por las medidas señaladas sus ingresos se han visto afectados negativamente, a causa de la exención de los peajes y la inusual disminución del tránsito por las vías concesionadas, por ello solicitó al Departamento compensarlo por la disminución de sus ingresos con ocasión del Covid-19 y de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y Departamentales que ordenaron suspender el cobro de peajes en las carreteras nacionales y departamentales y el aislamiento preventivo obligatorio.

No obstante, se presentaron 8 pretensiones declarativas y 6 de condena, éstas últimas, según el juramento estimatorio, correspondían a:

Juramento Estimatorio Concesionario	
Pretensión	Valor a 31 de diciembre de 2020
Compensación, indemnización o reparación. Que se deberán actualizar a la fecha del laudo arbitral.	\$ 39.702.715.500
El valor anterior es la sumatoria de los siguientes ítems:	
Ingresos dejados de percibir por exención de cobro de peajes	\$ 22.800.963.300
Ingresos dejados de percibir por disminución de tráfico vehicular	\$ 16.901.752.200

- Es de resaltar que el juramento estimatorio no fue objetado por el Tribunal y el mismo no generó sanciones que consagra la Ley.
- De acuerdo a las pretensiones de ambas partes referentes de condena fueron improcedentes.
- Referente a la condena en costas, el Tribunal determinó que, al prosperar parcialmente algunas pretensiones declarativas de ambas partes, a pesar de no conceder las pretensiones de condena, se consideró que conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 265 del Código General del Proceso, no era procedente la condena en costas. Por lo cual, el Departamento no realizó pagos adicionales a los previstos.

Por otro lado, el Departamento del Valle del Cauca, suscribió el siguiente contrato:

Contrato 1.120-12.14-0210	
Objeto	Prestación de servicios profesionales especializados para desarrollar labores de representación y acompañamiento en la presentación de demanda ante el tribunal de arbitramento o eventual conciliación que se presente con el concesionario, en aras de administrar los recursos financieros, recaudar los ingresos y la aplicación de éstos garantizando la gestión adecuada del Departamento del Valle del Cauca
Suscripción	19 de enero de 2021
Honorarios fijos	\$ 34.212.500
Porcentaje de comisión	9%

De acuerdo al hecho denunciado, se responderá de la siguiente manera:

- *“La presente es para denunciar y pedirle que investigue el contrato 1.120-12.14-0210 donde el departamento de hacienda de la gobernación del valle pactó un contrato de prestación de servicios profesionales con comisión de éxito. Lo grave de este contrato es que se pagó completo, más el porcentaje de la comisión de*

éxito que es mucha plata, pero el contratista no cumplió con las obligaciones pactadas del contrato, lo que genera que hacienda pague por una comisión de éxito que no se cumplió (...)”.

Revisado el proceso 1.120-12.14-0210, mediante el cual se contrató la prestación de servicios profesionales especializados para desarrollar labores de representación y acompañamiento en la presentación de demanda ante el tribunal de arbitramento o eventual conciliación que se presente con el concesionario, en lo referente a las obligaciones específicas pactadas en el contrato.

En cuanto a las obligaciones específicas del contrato:

1. Ejercer la representación, asesoría y acompañamiento al Departamento del Valle del Cauca — DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE HACIENDA Y FINANZAS PUBLICAS -dentro del Tribunal de Arbitramento, en cada una de las etapas procesales que se surtan desde el momento que asumió la representación de los intereses de la entidad, y hasta su culminación, incluido el recurso de anulación y su trámite.
2. Adelantar las actuaciones judiciales necesarias para la defensa y representación de los intereses de la Entidad dentro del proceso asignado, entre ellos: eventual reforma de la demanda, actualización de demanda de reconvención en los caso que sea procedente, recibir notificaciones, interponer recursos, elaborar conceptos jurídicos sobre la procedencia de presentar o aceptar fórmulas de acuerdo, sustentar el (los) concepto (s) respecto a la procedencia ante el Comité de Conciliación de la Entidad, asistir a las audiencias fijadas por el Tribunal de Arbitramento, atender la etapa probatoria, alegaciones, notificación del laudo arbitral y aclaración y complementación del laudo, si a esto último hubiere lugar.
3. Preparar y/o determinar el material probatorio requerido para la presentación de la demanda y su contestación, o su reforma, o en la presentación de una eventual demanda de reconvención, y las demás necesarias para la efectiva defensa de los interese de la Entidad, para lo cual, la Entidad, suministrará oportunamente los documentos requeridos: informes, conceptos, y en general, todo aquel acervo probatorio que sea necesario que pueda servir como prueba y que se encuentre en su poder.
4. Ejercer de manera personal la representación judicial encomendada.
5. Asistir, participar y dar respuesta en las reuniones, mesas de trabajo y / o negociaciones y comités jurídicos donde se le requiera, a los interrogantes o inquietudes que se susciten con ocasión del proceso a su cargo.
6. Asistir a las audiencias y diligencias que sean programadas dentro del proceso.

7. Adelantar todas las actuaciones e interponer los recursos a que haya lugar durante el trámite arbitral.
8. Ejercer la vigilancia y atención permanente al proceso arbitral

Sobre el porcentaje de lo pactado y el cumplimiento de las obligaciones:

En virtud de la ejecución sobre las obligaciones contractuales, se pactó un valor por honorarios fijos de treinta y cuatro millones doscientos doce mil quinientos pesos (\$34.212.500 M/Cte).

En consecuencia, mediante la revisión de la trazabilidad, la documentación incluida en la carpeta contractual y el laudo arbitral en sus consideraciones, se evidencia que se cumplió a cabalidad el objeto y las actividades específicas contratadas, por lo cual, no es posible inferir una existencia de un presunto detrimento patrimonial, referente al pago de los honorarios fijos cancelados al contratista.

Adicional al valor predicho, se pactó un porcentaje del 9% de comisión, dada la premisa de su causación en el evento que el fallo sea favorable y se reconozca un valor a favor del Departamento del Valle del Cauca. Sobre el particular hay que mencionar que la concesión pretendía el pago por parte del Departamento del Valle del Cauca de los siguientes valores:

Juramento Estimatorio Concesionario	
Pretensión	Valor a 31 de diciembre de 2020
Compensación, indemnización o reparación.	\$ 39.702.715.500
Valor indexado	
Factor IPC enero 2021	105,91
Factor IPC mayo 2023 (fecha del laudo arbitral)	133,38
Valor indexación	\$ 10.297.739.541
Valor total actualizado a la fecha del laudo	\$ 50.000.455.041

Por otro lado, el Departamento del Valle del Cauca, mediante su apoderado (contratista) para el proceso arbitral que nos compete, en la contestación de la demanda de reconvención, presentó 11 excepciones para ser declaradas como probadas y mediante ellas, poner en juicio las pretensiones de condena del concesionario.

Así mismo, en la página 237 del laudo arbitral, el Tribunal reza: “Las excepciones de mérito serán abordadas en la Sección 3.5.3 al analizar la procedencia de las pretensiones del CONCESIONARIO”.

Respecto de la relación de las excepciones solicitadas dentro del proceso.

1. Improcedencia del pago solicitado como mecanismo de compensación (Sección 3.3.5): El Departamento concluye que el mismo concesionario “ha indicado en diferentes comunicaciones – así como en la Demanda de Reconvención Reformada – que el principal mecanismo de compensación en el marco de la relación contractual con el DEPARTAMENTO **es la ampliación del plazo**. El DEPARTAMENTO cita, como ejemplo, el Oficio Núm. P-028-2020 6 de abril de 2020 y el Derecho de Petición del 8 de enero de 2021414.

921. Con base en lo anterior, el DEPARTAMENTO concluye que “el Tribunal Arbitral ha de considerar que **el reconocimiento de [los COP \$39.702.715.500 que solicita el Concesionario] no es un mecanismo de compensación procedente, sino la prórroga [del plazo contractual]**”⁴¹⁵. Sin embargo, el DEPARTAMENTO indica que la prórroga del plazo contractual “no operaría en el asunto de marras comoquiera que el Concesionario ya ha sido remunerado y la ampliación en el plazo de operación haría más gravosa la lesión al patrimonio público y a los intereses de la Entidad Concedente” Negrilla y subrayado fuera del texto.

Sobre las excepciones presentadas, el Tribunal se pronunció en el momento de estudiar la procedencia de las pretensiones respecto de la obligación del Departamento de reparar, compensar o indemnizar, la lesión económica sufrida por el Concesionario al verse impedido a realizar el cobro de peaje a los vehículos que transitaban por la vía objeto del contrato de Concesión GM 001, sus modificaciones y adiciones, según como quede probado en el proceso, se determinó que el Concesionario no cumple con lo establecido en la cláusula trigésima quinta del contrato, dado que no cumple ninguno de los tres mecanismos posibles de compensación y en cualquier caso de darse alguno de los supuestos, no existe acuerdo de voluntades respecto a la modalidad a presentarse y de llegar a existir el pago de una suma de dinero no está previsto como mecanismo de compensación.

Por otro lado, el Tribunal considera que el Concesionario no probó que haya surgido la obligación de reparar, compensar o indemnizar la afectación económica causada por el Departamento.

- Se agrupan las siguientes excepciones:

F. Inexistencia de la garantía de ingreso mínimo esperado por peaje (**Sección 3.3.6**)

El DEPARTAMENTO considera que *“el ingreso máximo esperado, tiende a ser asemejado por el demandante en reconvención como una condición mínima y necesaria, es decir, aquellos sin cuya obtención se genera, indefectiblemente, una ‘afectación económica’ que el Departamento está obligado a compensar”*. Esta posición, según el DEPARTAMENTO, supone que el Ingreso Máximo Esperado constituiría el punto de equilibrio económico del Contrato. El DEPARTAMENTO sostiene que es al amparo de ese entendimiento que EL CONCESIONARIO solicita ser compensada por la diferencia entre el ingreso realmente percibido y dicho Ingreso Máximo.

925. No obstante, el DEPARTAMENTO considera que dicho entendimiento sería equivocado, *“pues parte de reconocer, para todos los casos, que EL CONCESIONARIO tiene derecho a la obtención de la suma correspondiente al ingreso máximo esperado (calculado anualmente) y que, de ser inferiores los ingresos recaudados, deba compensarse hasta ese punto como si tratase de imponer una suerte de ‘recaudo mínimo’ que, como vimos en extenso, no se erige como una garantía vigente en cabeza del Concesionario”*418.

h. Del error en los cálculos y la metodología empleada por el CONCESIONARIO para la estimación de la suma reclamada (**Sección 3.3.8**)

*El DEPARTAMENTO considera que “los cálculos y la metodología empleada por el demandante en reconvención carecen de asidero contractual y, desde una perspectiva económica y financiera resultan inaceptables”*429.

i. Inexistencia de daño antijurídico y ausencia de imputación a la entidad concedente (**Sección 3.3.9**)

937. El DEPARTAMENTO agrega que *“tampoco es compatible con la realidad del Contrato de Concesión que el Concesionario aluda a una reducción de los ingresos esperados en el marco de la etapa de operación cuando la condición para la vigencia de la misma ya acaeció, en el sentido que la remuneración pactada contractualmente se cumplió”, y EL CONCESIONARIO habría recibido un retorno a sus inversiones superior al pactado*436.

El tribunal consideró que se negarán las pretensiones 2.2. a 2.5 solicitadas por la Concesión. En esta medida encuentra el Tribunal que no hay lugar a pronunciarse sobre las excepciones de improcedencia del pago solicitado como mecanismo de compensación, error en los cálculos y la metodología empleada por el concesionario y compensación, formuladas por el DEPARTAMENTO.

Ahora bien, de acuerdo a las siguientes excepciones se concluye lo analizado por el tribunal así:

- **g.** Ausencia de una afectación grave y significativa (**Sección 3.3.7**)

El DEPARTAMENTO señala que, según EL CONCESIONARIO, las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y el DEPARTAMENTO que afectaron negativamente sus ingresos constituyen hechos externos y ajenos a su voluntad⁴¹⁹. Según el DEPARTAMENTO “dichas circunstancias fueron también externas y ajenas al control del Departamento, independientes a su voluntad, y que éste no pudo razonablemente prever”⁴²⁰ y, en consecuencia, se “aproximaría[n] a un evento cercano a la ‘teoría de la imprevisión’”⁴²¹.

928. El DEPARTAMENTO también resalta que, de acuerdo con la teoría de la imprevisión, cuando se reúnen los requisitos para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico a cuenta de la entidad contratante, la obligación de compensación de esta última consiste en “llevar [al contratante] a un punto de no pérdida y no de reparar integralmente los perjuicios”⁴²³.

El tribunal procede a indicar que cuando se rompe el equilibrio del contrato por eventos imprevisibles no imputables a ninguna de las partes, procedería el restablecimiento del equilibrio económico, hasta el punto de no pérdida, tal y como lo señala el artículo 5º de la ley 80 de 1993. Lo anterior, sólo cuando la ejecución del contrato se ve afectada por **actos expedidos por una autoridad distinta a la entidad contratante**.

En consecuencia, cita la sentencia del Consejo de Estado del 13 de agosto 2020 (radicación número: 05001-23-31-000-2006-03354-01(46057)), en la que indica el *ius variandi* y el hecho del príncipe, expresando:

“Cuando se presenta el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causas provenientes de la entidad contratante, como las vistas, el contratista afectado tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos y las utilidades dejadas de percibir, en el caso del ius variandi, o la indemnización integral de los perjuicios, en el evento del hecho del príncipe, pues este ha sido considerado como una modalidad de responsabilidad sin culpa de la entidad contratante (...)

Así mismo, en esta categoría se encuentra el hecho del príncipe, teoría que se funda en el rompimiento del equilibrio económico del contrato proveniente de la expedición, con posterioridad a la celebración del contrato, de una medida de carácter general, impersonal y abstracto por parte de la entidad contratante, en ejercicio de sus funciones y no como parte del contrato, que era imprevista e imprevisible, y que, de manera indirecta, afecta a su propio contratista, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la ecuación contractual, que se traduce en un detrimento grave de sus intereses económicos. Es decir que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato, pero que de todas maneras afecta la equivalencia de sus prestaciones.

Cuando se reúnen estas características y se presentan sobre costos exagerados para una de las partes en la ejecución de las prestaciones a su cargo, hay lugar a restablecer la ecuación contractual, mediante el reconocimiento de los mayores

costos en los que hubiere incurrido la parte afectada, es decir, como lo establece la ley, llevarlo a un punto de no pérdida -inciso 2, artículo 5, Ley 80 de 1993”.

Por lo tanto, se concluyó que la suspensión del cobro de peajes no se consideraba un hecho del príncipe, y por ello se debía examinar la aplicación de la teoría de la imprevisión. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, si se cumplen las condiciones para que la entidad estatal contratante deba restablecer “*el equilibrio de la ecuación económica del contrato*”, su obligación se limita a garantizar que el contratista no incurra en pérdidas. Es decir, aunque EL CONCESIONARIO hubiera demostrado la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, no tendría derecho a reclamar todos los ingresos perdidos debido a las circunstancias imprevisibles.

Si se analiza el caso actual a la luz de lo mencionado anteriormente, se observa que no se ha demostrado en el expediente que la decisión del DEPARTAMENTO haya causado un perjuicio grave y específico al Contratista. El Decreto emitido por la Gobernadora resultó en una reducción de ingresos del CONCESIONARIO durante cuatro días, en el contexto de una pandemia que ya estaba alterando la normalidad de los desplazamientos de los ciudadanos. Esto lleva a la conclusión de que no se aplican ni la teoría de la imprevisión ni la del hecho del príncipe. Por lo tanto, prosperó la excepción planteada por el DEPARTAMENTO, denominada ausencia de una afectación grave y significativa en relación con las medidas restrictivas de movilidad dictadas por el DEPARTAMENTO.

Dicho lo anterior, procedemos a relacionar cada condición para cumplir el porcentaje de comisión pactado en el contrato 1.120-12.14-0210, en el que se pactó un porcentaje del 9% de comisión, dada la premisa de su causación en el evento que el fallo sea favorable, es por ello que se debe indicar las dos premisas para la generación del pago, así:

Primera premisa: “A título de comisión de éxito, el contratista deberá percibir un porcentaje del nueve por ciento (9%) incluido IVA, todos los impuestos locales y nacionales a que haya lugar, todos los costos directos e indirectos que se deriven del contrato, así como cualquier obligación tributaria a que pudiera estar sujeto sobre el valor económico reconocido en el laudo arbitral a favor del Departamento del Valle del Cauca”

Ó

Segunda premisa: “El equivalente al 9% sobre el valor económico que se hubiere alcanzado mediante conciliación, transacción o cualquier otro acuerdo que por justicia autocompositiva hubiesen alcanzado las partes en cualquier etapa del proceso, efectivamente recaudado e incorporado al tesoro público del Departamento del Valle del Cauca, previa certificación de la Subdirección de Tesorería”

En virtud a lo predicho, éste Ente de Control procederá a desglosar mediante interpretación exegética la premisa que corresponda, así las cosas, se debe mencionar que la segunda condición no era concebible, ya que dentro del proceso no se presentó conciliación, transacción o cualquier otro acuerdo que por justicia autocompositiva

hubiesen alcanzado las partes en cualquier etapa del proceso, en consecuencia, al no ser viable, no nos referiremos a ella.

Por otro lado, la primera premisa indica que *“A título de comisión de éxito, el contratista deberá percibir un porcentaje del nueve por ciento (9%) sobre el valor económico reconocido en el laudo arbitral a favor del Departamento del Valle del Cauca.”*

Por lo que debemos indicar que la comisión de éxito, se refiere a un tipo de remuneración que el contratista recibe solamente si logra un resultado favorable. En este caso, la comisión se basa en el éxito del proceso arbitral.

- El contratista deberá percibir un porcentaje del nueve por ciento (9%): El contratista recibirá una compensación que equivale al 9% del valor económico mencionado. Esta comisión no es una cantidad fija sino que depende del monto total que se logre obtener a favor del Departamento del Valle del Cauca.
- Sobre el valor económico reconocido en el laudo arbitral: La remuneración del contratista está directamente vinculada al **"valor económico reconocido"** en la decisión del laudo arbitral. Esto implica que solo se paga la comisión si el laudo arbitral concede un valor económico a favor del Departamento del Valle del Cauca.
- El valor económico puede manifestarse de diversas maneras, incluyendo el ahorro obtenido al evitar un gasto innecesario. Cuando una persona o entidad se beneficia al no tener que pagar algún valor que no debía, se experimenta un aumento en su valor económico. Este aumento puede hacer parte de un ahorro directo: La cantidad de dinero que se ahorra al no realizar el pago indebido es un beneficio económico directo. Este ahorro puede ser utilizado para otros fines, mejorando la capacidad financiera del individuo o entidad.
- A favor del Departamento del Valle del Cauca: El beneficiario del laudo arbitral es el Departamento del Valle del Cauca. El laudo debe reconocer un valor económico a favor de este departamento para que el contratista tenga derecho a la comisión.

De acuerdo al laudo arbitral, se identificó que, si bien es cierto las pretensiones de condena hacia el Concesionario, solicitadas por el Departamento del Valle del Cauca no prosperaron, si lo hicieron las excepciones propuestas por éste último, en consecuencia, al ser viables, evitaron la condena hacia el Departamento, dado que lograron desvirtuar las pretensiones del Concesionario hacia la Gobernación del Valle del Cauca, por lo que generó a favor del sujeto de control un beneficio consistente en el no pago de una condena de \$50.000.455.041, indexado al 17 de mayo de 2023, producto de la defensa del contratista.

Del ahorro por no pago de unas pretensiones solicitadas:

- El hecho de que el departamento no haya tenido que desembolsar dinero por esas pretensiones se interpreta como un beneficio claro y tangible que contribuye a una mejor gestión y utilización de los recursos financieros disponibles.
- Implicaciones para la comisión de éxito: La interpretación del ahorro por no pago como parte del "valor económico reconocido" da lugar a que el contratista también tenga derecho a percibir su comisión del 9% sobre este monto ahorrado.

Así mismo, dentro del pago realizado del 9% derivado de la comisión de éxito se realizó el pago de todos los impuestos locales y nacionales a que hubo lugar, así como los costos directos e indirectos derivados del contrato, por lo cual, no es viable reconocer una presunta irregularidad en la situación presentada.

Finalmente, es de resaltar que, de acuerdo al artículo 2 del Decreto 403 de 2020 señala que *“el Control fiscal es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello”* **más adelante refiere que este control se ejerce de manera posterior y selectiva por los órganos de control fiscal**, sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establece la Constitución Política y la Ley.

Por lo anterior, la Contraloría Departamental del Valle, vigila el recurso que se ejecutó en forma posterior y selectiva, y de acuerdo a las peticiones que realiza el denunciante, a éste Ente de Control Fiscal, no se vislumbra mayores valores pagados o pagos realizados sin gestión dentro del proceso de arbitramento, frente a lo cual no se presentan los elementos de un presunto daño patrimonial en el marco del artículo 5 de la Ley 610 de 2000.

5. CONCLUSIONES

1. Mediante contrato 1.120-12.14-0210, se ejecutó la prestación de servicios profesionales especializados para desarrollar labores de representación y acompañamiento en la presentación de demanda ante el tribunal de arbitramento o eventual conciliación que se presentó con un concesionario, de acuerdo a hechos relacionados con menor tráfico y menor valor recaudado por éste último en virtud a las disposiciones nacionales y Departamentales impartidas desde la

vigencia 2020, derivadas de la emergencia sanitaria declarada por el virus Covid-19, en lo referente al toque de queda y posterior exención de cobro de peajes.

2. Las pretensiones de condena del Concesionario ascendieron a \$39.702.715.500 y las pretensiones del Departamento del Valle del Cauca, fueron \$926.307.000.000. Las cuales no fueron objetadas dentro del juramento estimatorio del proceso arbitral, y el mismo no generó sanciones a ninguna de las partes.
3. Cabe resaltar que algunas pretensiones declarativas de ambas partes, fueron procedentes dentro del proceso arbitral, sin embargo, éstas no son objeto del presente informe, ya que no generan valores a recibir.
4. Si bien es cierto, el Concesionario no debía cancelar al Departamento el valor pretendido, el Departamento generó a su vez un ahorro, derivado de la cantidad de dinero economizado al no realizar el pago de unas pretensiones que fueron desestimadas mediante excepciones presentadas dentro del proceso por el contratista, considerándolo un beneficio económico directo.
5. En virtud de lo anterior, el contratista tiene derecho a una comisión del 9% sobre cualquier valor económico que el laudo arbitral reconozca a favor del Departamento del Valle del Cauca. Considerando que el ahorro generado por no pagar ciertas pretensiones dentro del proceso arbitral es parte de ese valor económico reconocido, entonces el contratista también tendrá derecho a percibir su comisión sobre dicho ahorro.
6. Así mismo, dentro del pago realizado del 9% derivado de la comisión de éxito se realizó el pago de todos los impuestos locales y nacionales a que hubo lugar, así como los costos directos e indirectos derivados del contrato, por lo cual, no es viable reconocer una presunta irregularidad en la situación presentada.
7. Referente a la condena en costas, el Tribunal determinó que, al prosperar parcialmente algunas pretensiones declarativas de ambas partes, a pesar de no conceder las pretensiones de condena, se consideró que conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 265 del Código General del Proceso, no era procedente la condena en costas. Por lo cual, el Departamento no realizó pagos adicionales a los previstos.
8. En virtud de lo anterior, es importante tener en cuenta lo esgrimido por el Honorable Consejo de Estado en Sentencia con radicado N° 68001-23-31-000-2010-00706-01 del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017), consejera Ponente MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, que ha expresado:

“(...) RESPONSABILIDAD FISCAL - Daño patrimonial 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 (Subrayado fuera del texto original) 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. En el presente caso, no existe duda, ni siquiera por parte de la actora de que en efecto hubo un daño patrimonial al Estado [...]. (...)”

En consecuencia, no se evidenció daños patrimoniales a las arcas estatales, conforme a los hechos puestos en conocimiento de éste Ente de Control.

6. ANEXOS.

A. CUADRO RESUMEN DE HALLAZGOS

Cuadro No. 1. resumen de hallazgos:

Gobernación del Valle del Cauca								
Hallazgos	titulo	A	D	P	S	BC	F	detrimento
0		0	0	0	0	0	0	0

Elaboro Equipo Auditor

Convenciones:

- A. Administrativo
- D. Disciplinario
- P. Penal
- S. Sancionatorio
- BC: Beneficio de Control Fiscal
- F. Fiscal