

LAUDO ARBITRAL

Referencia: Tribunal de Arbitraje de STL versus UAESP

Bogotá D.C., primero (1º) de noviembre de dos mil once (2011).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros Juan Pablo Cárdenas Mejía, Presidente, María Elena Giraldo Gómez, Manuel Santiago Urueta Ayola, con la Secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **S.T.L. S.A. E.S.P.**, parte Convocante (en lo sucesivo, la Convocante o S.T.L.) y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – UAESP**, parte Convocada (en lo sucesivo, la Convocada o UAESP).

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los integrantes del Tribunal.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES – SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE

I. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL Y TRÁMITE PRELIMINAR

- 1.** El 13 de diciembre de 2003 el DISTRITO CAPITAL (Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos “UESP”) y el Consorcio HERA HOLDING – VELZEA LTDA. – NAM LTDA (hoy UAESP y STL. S.A E.S.P. respectivamente), celebraron el Contrato de Concesión No. C-4035, cuya copia obra en el expediente.

2. En la cláusula número cuarenta y seis (46) del referido Contrato, las partes acordaron pacto arbitral, en virtud del cual este proceso se tramita por la vía arbitral. El texto de dicha cláusula es el siguiente:

«Las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Si las partes no pudieren llegar a un acuerdo, someterán sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. También se someterá al Tribunal de Arbitramento, las controversias que las partes quieran someter y que se susciten a propósito de la ejecución del contrato. El Tribunal de Arbitramento se conformará por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. El arbitramento se someterá a las leyes de la República de Colombia y el idioma oficial será el Español. El Tribunal fallará en derecho y funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá. La Constitución, funcionamiento y los demás aspectos del tribunal de arbitramento se regirán por las disposiciones legales que regulen la materia. En caso de que nuevas leyes o disposiciones legales impidan la integración del Tribunal en la forma prevista en la presente Cláusula, el Tribunal se integrará y actuará conforme a las normas vigentes en aquel momento.»

3. El 18 de diciembre de 2009, con fundamento en la cláusula transcrita, la Convocante, mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitraje pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.
4. El 22 de enero de 2010, tuvo lugar la reunión de nombramiento de árbitros en la que las partes, en forma conjunta, designaron a los integrantes del Tribunal, a saber: los doctores Manuel Santiago Urueta Ayola, Juan Pablo Cárdenas Mejía y María Elena Giraldo Gómez (Vd. Acta que obra a folios 53 y 54 del Cuaderno Principal 1).
5. Mediante escritos que obran a folios 75, 76 y 79 los árbitros aceptaron la designación que les fue hecha por las partes.
6. El 24 de febrero de 2010, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente al doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía y como Secretario al doctor

- 7.** En la misma audiencia, el Tribunal inadmitió la solicitud de convocatoria o demanda arbitral presentada por la parte Convocante y concedió un plazo de cinco (5) días para subsanarla.
- 8.** Mediante escrito presentado el 2 de marzo de 2010, el apoderado de la Convocante subsanó la demanda.
- 9.** En consecuencia, mediante auto de 9 de marzo de 2010, el Tribunal admitió la demanda y dispuso dar traslado de la misma a la parte Convocada.
- 10.** La Convocada fue notificada del auto admisorio de la demanda, mediante su apoderada judicial, el 18 de marzo de 2010.
- 11.** El 29 de marzo de 2010, la UAESP, por conducto de su apoderada especial, contestó la solicitud de convocatoria, se pronunció sobre las pretensiones y los hechos de la misma y pidió pruebas en abono de su posición. En la misma oportunidad, la Convocada presentó demanda de reconversión contra la Convocante.
- 12.** Mediante auto de 22 de abril de 2010, el Tribunal admitió la demanda de reconversión presentada por la Convocada y dispuso dar traslado de la misma, en los términos de ley.
- 13.** El 14 de mayo de 2010, la parte Convocante presentó escrito de contestación de la demanda de reconversión, en el que se pronunció sobre los hechos y las pretensiones de la demanda de reconversión y pidió pruebas en su favor.
- 14.** El 19 de mayo de 2010, se puso a disposición de la parte Convocante, por el término legal de tres (3) días y para los efectos del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil el escrito de

y para los mismos fines, se puso a disposición de la Convocada el escrito de contestación de la demanda de reconvención.

- 15.** El 24 de mayo de 2010, esto es dentro del término de traslado al que se refiere el punto anterior, la parte Convocada presentó escrito y aportó pruebas documentales.
- 16.** El 17 de junio de 2010, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, sin que las partes hubieran llegado a arreglo conciliatorio alguno. En la misma audiencia, el Tribunal señaló el monto correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal. La parte demandante entregó oportunamente un cheque por el valor correspondiente a su participación en los honorarios y gastos de este Tribunal y manifestó que cedía a la parte Convocada su derecho a realizar el pago de los honorarios y gastos que no fueron inicialmente cancelados. En desarrollo de lo anterior, la parte Convocada entregó un cheque dentro del término previsto por la ley.
- 17.** El 15 de julio de 2010, se celebró la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal decidió sobre su propia competencia y decretó las pruebas del proceso.

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE LA CONTROVERSIA.

A. Hechos en que se fundamenta la demanda.

Los hechos que invoca la Convocante en su demanda se sintetizan a continuación:

- 1.** El Contrato de Concesión se suscribió el 13 octubre de 1999, y el acta de entrega de los terrenos para la construcción de la planta del sistema de lixiviados y de referencias básicas se suscribió el 15 de

Lixiviados del Relleno Sanitario de Doña Juana, inició su etapa de estudio, diseño y construcción, en diciembre de 1999.

- 2.** El 11 de junio de 2000, se hizo entrega al Concesionario, de los Términos de Referencia del Plan de Manejo Ambiental que exigía la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca- CAR, del cual formaba parte lo relacionado con la construcción de la Celda de Lodos.
- 3.** El 3 de agosto del mismo año, STL radicó el estudio del Plan de Manejo Ambiental del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, que preparó el Concesionario, con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la CAR mediante Auto No. 00421 del 24 de mayo de 2000.
- 4.** El 12 de septiembre de 2000, el Concesionario expresó sus reservas respecto del sitio asignado para la Celda de Lodos, y anunció que según acuerdo, se estaba elaborando una matriz de estudio de otros sitios probables, que se someterían a consideración de la UESP.
- 5.** El 23 de febrero de 2002, se suscribió el acta de terminación de la Etapa I del contrato para la construcción del sistema de lixiviados, y las partes dieron por terminada a satisfacción la misma, dejando la salvedad sobre algunos trabajos que quedaron pendientes de culminar.
- 6.** El 15 de mayo de 2002, el Concesionario entregó el Informe No. 2 de la Etapa II, donde explicó las razones por las cuales no se habían comenzado los trabajos relacionados con la Celda de Lodos.
- 7.** Mediante comunicación STL 4035-INT-0043 del 7 de junio de 2002, se hizo entrega del Informe No. 3 de la etapa II, y en él se indicó que para la Celda de Lodos se tenía previsto la disposición por la parte

actividad ya contratada no se había podido iniciar por el invierno de la época.

- 8.** En agosto del 2003 tanto la UESP como la firma UTCC, que fungía como interventora, aprobaron los diseños presentados por el Concesionario, con base en los cuales se hizo la construcción de la actual Celda de Lodos.
- 9.** Con posterioridad a la construcción de la Celda de Lodos, el Concesionario presentó una propuesta de ampliación de la misma, a partir de la operación real que presentaba el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. Dicha propuesta no fue aceptada por la Interventoría.
- 10.** Respecto de la forma de financiación del mayor volumen de Celda de Lodos, que a juicio de la interventoría se debió construir, la firma interventora consideró que el Concesionario debe completar la Celda de Lodos a su costa, pues en su criterio, se le entregó un anticipo de \$487.500.000 para la construcción de la primera fase de la celda y que las demás fases se debían construir con el pago por concepto del costo de deshidratación, transporte y disposición de lodos producidos, durante los siete años de Concesión, el cual se fijó en \$39.000 de 1999, como consta en el Documento Técnico.
- 11.** La Unidad y el Concesionario suscribieron el Contrato de Concesión No. C-4035, "el 29 de diciembre de 2003", con vigencia hasta el 23 de febrero de 2009 (el Tribunal aclara que la fecha correcta es 13 de octubre de 1999). Dicho contrato fue objeto de tres prórrogas y de tres adiciones.
- 12.** Inicialmente el contrato se suscribió entre el Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos y el Consorcio Hera Holding-NAM LTDA.- VELZEA LTDA. Posteriormente, el Concesionario, en cumplimiento de lo ordenado por

contrato a la misma, cesión que aprobó la UESP, el 7 de julio de 2004.

13. Desde el inicio del contrato, el Concesionario manifestó a la UESP, la dificultad para la construcción de la Celda en el sitio que se entregó, dadas las condiciones de relieve del área. Igualmente, durante el transcurso de la Etapa I, el Concesionario fue reiterativo respecto de la necesidad de analizar otras opciones del sitio de localización de la Celda de Lodos, debido a las condiciones topográficas del terreno que se adjudicó inicialmente.

14. Señala la demanda que la controversia central entre las partes radica en el Documento Técnico y en la interpretación que del mismo hacen la UAESP y la interventoría, toda vez que a juicio de la Convocante, la UAESP desconoce, sin ningún fundamento jurídico sólido, que en el capítulo 9 del Documento Técnico, no se incluyen valores, ni se definió un volumen definitivo del tamaño de la Celda de Lodos, como tampoco se estableció un número exacto de fases por desarrollar, pues todos estos aspectos dependían para su concreción de la forma de operación real del STL, de ahí que el documento en mención solo hiciera alusión a cifras estimadas.

B. Las pretensiones de la demanda principal

De conformidad con la demanda, la Convocante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas, que el Tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones:

"PRIMERA: Que se declare que en el Contrato de Concesión C-4035 de 1999, la obligación de construcción de una Celda de Lodos, a cargo del Concesionario, se estipuló en valores estimados, tanto respecto del número de celdas, volumen, elementos que contendría, excepto lo acordado en el Documento Técnico, sobre la construcción de la primera fase de la Celda, de acuerdo con el verdadero sentido de las cláusulas que regulan esta problemática.

SEGUNDA Que en consecuencia se declare que la obligación de construcción de

del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

TERCERA. Que de acuerdo con lo anterior, se declare que el volumen de la Celda de Lodos, que se estimó en 187.362 metros cúbicos, a que se refiere el Documento Técnico, era un valor aproximado, del volumen que podría tener la Celda para los siete años de operación del sistema de tratamiento de Lixiviados, cuya concreción dependía de las condiciones reales de operación del STL.

CUARTA. Que se declare que el Concesionario cumplió con su obligación de construcción y operación de la Celda de Lodos, y que ésta cumplió la finalidad de disposición de los lodos por los siete años de operación de la Planta, acorde con lo estipulado en los documentos que integran el Contrato de Concesión C-4035 de 1999.

QUINTA. Que de acuerdo con el verdadero sentido y alcance del Documento Técnico, y del Contrato de Concesión, se declare que la construcción de otras fases de la Celda de Lodos, estaba sujeta para su concreción, a la verificación de las condiciones reales de operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, como condición para determinar si se requerían o no más fases, de qué tamaño.

SEXTA. Que de acuerdo con el verdadero sentido y alcance del Documento Técnico, declare cómo se debe financiar la construcción de nuevas fases de la Celda de Lodos, de ser necesario, es decir si compete al Concesionario o si corresponde a la UNIDAD destinar nuevos recursos para su construcción.”

C. La contestación de la demanda

El 29 de marzo de 2010, la Convocada se pronunció sobre los hechos de la misma, se opuso a las pretensiones y solicitó la práctica de pruebas.

En dicho escrito manifestó ser ciertos los hechos¹ 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3., 2.1.5., 2.1.8., 2.1.9., 2.1.10., 2.1.11., 2.1.12., 2.1.13., 2.1.18., 2.2.6., 2.2.8., 2.2.9., 2.2.18., 2.2.19., 2.2.27., 2.2.28., 2.2.29., 2.2.30., 2.2.31., 2.2.32., 2.2.37, 3.2., 3.8., 3.10. y 3.11.

Señaló como parcialmente ciertos los hechos 2.1.4., 2.1.14., 2.2.1. y 2.2.4.

Expresó atenerse a lo que resulte probado o al contenido de documentos respecto de los hechos 2.1.6., 2.1.17., 2.2.2., 2.2.3., 2.2.5., 2.2.7., 2.2.10., 2.2.11., 2.2.12., 2.2.13., 2.2.14., 2.2.15., 2.2.16., 2.2.17., 2.2.20., 2.2.24., 2.2.25., 2.2.26., 2.2.38., 2.2.39., 2.2.40., 2.2.41., 2.2.42., 3.7. y 3.9.

Manifestó no ser ciertos los hechos: 2.1.16, 2.2.35. y 3.1.

D. La demanda de reconvención

El 29 de marzo de 2010, la apoderada de la Convocada presentó demanda de reconvención contra la parte Convocante, cuyo contenido se sintetiza de la siguiente manera:

1. Hechos

Los hechos de la demanda de reconvención se resumen en los siguientes términos:

- 1.1.** De acuerdo con las previsiones de la cláusulas 2 y 44.3 del contrato celebrado entre las partes, el Concesionario S.T.L S.A. E.S.P se obligó a construir las obras necesarias para el adecuado tratamiento de los lixiviados producidos en el Relleno Sanitario Doña Juana, que se detallan en el Documento Técnico que hace parte integrante del contrato, entre las cuales está la Celda de Disposición Final de Lodos.
- 1.2.** El 15 de diciembre de 1.999, la UESP le entregó al Concesionario un lote de terreno para la construcción de la Planta del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, con dos zonas claramente determinadas y una de ellas destinada a la construcción de la Celda de Disposición Final de Lodos, con un volumen de 187.362 m³, conforme a las especificaciones contractuales.
- 1.3.** El Concesionario recibió un anticipo para la construcción de la Celda de Disposición Final de Lodos, equivalente a \$ 487.500.000, tal como aparece estipulado en las cláusulas 13.1 y 14 del Contrato C-4035 1999, en armonía con lo previsto en la página 67 del Documento Técnico.

- 1.4.** Conforme a los cuadros Nos. 14 y 16 numeral II, 2.1, visibles a los folios 68 y 73 respectivamente del Documento Técnico, con el valor entregado por la UESP al Concesionario como anticipo, esto es la suma de \$ 487.500.000, se pagó la totalidad de la construcción de la Celda de Lodos con un volumen igual a 187.362 m³.
- 1.5.** El día 23 de febrero de 2002 se dio por terminada la Etapa I del Contrato para la construcción del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del Relleno Sanitario de Doña Juana y en esa oportunidad se suscribió una acta denominada "*OBRAS Y TRABAJOS PENDIENTES DE LA ETAPA I*", en la cual se señala que la celda aún no se ha terminado; así mismo se acordó terminar esta obra en tres meses contados a partir de la fecha en la que se suscribió el documento.
- 1.6.** A partir de algunas observaciones hechas por la Interventoría, la Convocada señala que para julio de 2002 aún no se había dado cumplimiento a la obligación que contrajo el Concesionario, estipulada en el Documento Técnico, en cuanto a la Celda de Disposición Final de Lodos.
- 1.7.** Para mayo de 2003, esto es, cuando habían transcurrido tres años y medio desde la firma del contrato C-4035 de 1999, el Concesionario no había iniciado la construcción de la Celda de Lodos.
- 1.8.** El Concesionario S.T.L. acorde con la interpretación unilateral que hizo del contrato, construyó una Celda de Lodos con un volumen de 36.900 m³, que corresponde al 19% del total del volumen de la obra contratada.
- 1.9.** Durante la ejecución del Contrato de Concesión C-4035 de 1.999, el Concesionario S.T.L., ha producido lodos con una sequedad mayor a la contratada.

1.10. El 22 de noviembre de 2006, la Interventoría del Contrato C-4035 de 1999, le envió al Concesionario la comunicación HMV-CONCOL-0415-06, en la que indica las inconsistencias suministradas por S.T.L., en relación con la capacidad disponible de la Celda de Lodos e insta al contratista a construir el volumen faltante de dicha obra, señalando que la ampliación no puede generar reconocimiento económico adicional.

1.11. Agrega la demandante en reconvención, que el contratista no cumplió una de las obligaciones adquiridas en el contrato referida a la construcción de una celda para la disposición final de lodos con un volumen de 187.362 m³.

2. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de reconvención se transcriben a continuación, en forma literal:

«1..1 Que se declare que el Consorcio HERA HOLDING -NAMLTDA -VELZEA LTDA hoy Sociedad Anónima S.T.L S.A E.S.P, al suscribir el Contrato de Concesión C-4035 de 1999, el 13 de octubre de 1999, se obligó a construir una celda de disposición final de lodos con un volumen igual a ciento ochenta y siete mil trescientos sesenta y dos metros cúbicos -187.362 m³, en el predio que para tal efecto le entregó la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, hoy Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP , en el Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad e Bogotá D.C.

1.2. Que se declare que el Concesionario S.T.L S.A E.S.P no cumplió la totalidad de la obligación que adquirió, al suscribir el Contrato de Concesión C-4035 de 1999, de construir una celda de disposición final de lodos, con un volumen igual a 187.362 m³ y que solamente construyó una celda con capacidad de 36.900m³, que equivale al 19% de la obra contratada.

1.3. Que en atención a que el Concesionario recibió para la construcción de la celda de disposición final de lodos pactada, un ANTICIPO equivalente a CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE-\$487.500.000- y solamente construyó el 19% de la obra pactada , se declare LA RESOLUCION PARCIAL DEL CONTRATO C-4035 de 1999 en cuanto tiene que ver con las cláusulas 2^a, 3^a ,4^a, 6.3, 6.7 , 44.3 y el aparte del Documento Técnico que hace parte integral del contrato, únicamente en los aspectos que se refieren a la obligación a cargo del Concesionario de construir una Celda de Lodos con capacidad de 187.362 m³ - ciento ochenta y siete mil trescientos sesenta y dos metros cúbicos-, en el Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C.

momento en que se cancele la obligación .

1.5. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de la obligación del Concesionario relativa a la construcción de la Celda de Lodos, y la resolución parcial del contrato, se condene a la Sociedad Anónima S. T. L. S.A. E. S. P al pago del 81% de la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión C-4435 de 1999.

1.6. Que se condene en costas al aquí demandado Sociedad Anónima S. T. L S.A. E. S. P.»

E. La contestación de la demanda de reconvención

El 14 de mayo de 2010, el apoderado de la parte Convocante y Demandada en reconvención presentó escrito de contestación de la demanda de reconvención, en el que se pronunció sobre los hechos de la misma, se opuso a todas las pretensiones y pidió la práctica de pruebas.

Manifestó ser cierto el hecho 2.5.

Expresó ser parcialmente ciertos los hechos 2.3., 2.8., 2.9., 2.16., 2.20. y 2.21.

Manifestó no ser ciertos los hechos 2.4., 2.6., 2.11., 2.15., 2.17., 2.18., 2.19., 2.22. y 2.24.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

A. Pruebas

Mediante providencia de 15 de julio de 2010, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se reseña a continuación.

1. El 30 de agosto de 2010, tomó posesión del cargo de perito, el ingeniero Fernando Silva Gómez.

2. El 20 de diciembre de 2010, se dio traslado a las partes del peritaje

- 3.** El 7 de febrero de 2011, se decretaron las solicitudes de aclaraciones y complementaciones al peritaje.
- 4.** El 1º de marzo de 2011, se dio traslado del escrito contentivo de las aclaraciones y complementaciones rendidas por el perito técnico.
- 5.** El 11 de marzo de 2011, se dio traslado a la Convocante del escrito de objeción por error grave al peritaje técnico, formulada por la Convocada.
- 6.** El 11 de abril de 2011, se decretaron, en su mayoría, las pruebas solicitadas por la Convocada en el escrito de objeción por error grave al peritaje, pero se aplazó la decisión sobre la petición del dictamen para establecer error grave.
- 7.** El 14 de abril de 2011, se recibió el testimonio de Pedro Pablo Almanza Ocampo.
- 8.** El 5 de mayo de 2011, se decretó el peritaje técnico solicitado por la Convocada con ocasión de la objeción por error grave al primer dictamen y se designó como perito al ingeniero Mario Andrés Gandini, quien tomó posesión del cargo el 16 de mayo de 2011.
- 9.** El 16 de mayo de 2011, se aceptó el desistimiento del testimonio de Yenny Alexandra Rodríguez.
- 10.** El 17 de junio de 2011, se dio traslado a las partes del peritaje técnico rendido por el experto Mario Andrés Gandini.
- 11.** El 23 de junio de 2011, se decretaron las aclaraciones y complementaciones al segundo peritaje técnico.

razón al contenido de los peritajes practicados y a la documentación incorporada al expediente, se negó la práctica de la inspección judicial con intervención de perito solicitada por la Convocada, toda vez que el objeto de dicha inspección se encontraba satisfecho con los demás medios probatorios que obran en los autos.

13. Se recibieron las respuestas a los oficios librados por el Tribunal, documentos que se incorporaron al expediente.

14. El 25 de julio de 2011, teniendo en cuenta que todas las pruebas decretadas en el trámite arbitral se encontraban practicadas y que a la fecha ninguna estaba pendiente de decreto o práctica, se declaró concluido el período probatorio y se citó a las partes a audiencia de alegaciones finales.

B. Alegaciones finales

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 17 de agosto de 2011 se llevó a cabo audiencia en la que las partes presentaron sus alegaciones finales y entregaron los correspondientes resúmenes escritos que obran en los autos.

C. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público solicita que se denieguen las pretensiones de la parte Convocante y que se acceda a las de la demanda de reconvención de la UAESP, salvo la del numeral 1.4., y que en su lugar se disponga que se recalcule el costo variable pagado por tonelada tratada, eliminando el factor correspondiente al pago del saldo de la construcción de la celda del lodos, y hacer la liquidación de tal manera que del valor pagado se descuente la nueva suma y se ordene devolver la diferencia, porque se cubrió o pagó el valor de la celda total y solo se construyó el

Considera el Agente del Ministerio Público que, de conformidad con el Documento Técnico, el texto del contrato, las comunicaciones cruzadas entre las partes y con la interventoría, durante la primera Etapa de ejecución del contrato y durante los primeros meses de la Etapa II, puede afirmar que la voluntad de las partes estaba clara en el sentido de que se debía construir una Celda de Lodos con un volumen de **187.362 m³**, con fundamento en los argumentos siguientes:

- Efectivamente para determinar el volumen de la celda se contó o se partió de datos estimados, pero aproximados, ya que se tuvieron en cuenta diferentes variables y elementos de juicio técnicos para ello. Tan es así que en ese Documento se dice que **el volumen total necesario de la celda será de 187.362 m³**.
- Un volumen aproximado a 187.362 m³, es 175.000 o 178.500 o 190.000 o 194.000 m³, pero jamás se podrá aceptar que **36.900 m³, es aproximado a 187.362 m³**.
- Solamente a partir de mediados del año 2003, el Concesionario empieza a hablar de que la celda debe ser de 36.900 m³.
- La celda de 36.900 m³, no fue suficiente para la disposición de los lodos, ya que se realizaron dos adiciones.
- Para la época precontractual, y para el momento de celebrar el contrato, sí existía suficiente literatura e información técnica sobre el tratamiento de lixiviados, tratamiento y disposición de lodos, y de manera concreta, sí existía información sobre los lixiviados que se venían produciendo en el relleno sanitario de Doña Juana, con base en las cuales, para el momento del diseño era posible establecer, no las cantidades exacta de lodos, pero si una estimación aproximada. Y aproximada, entendida como un valor próximo o cercano. esto con un pequeño margen de error.

- Es necesario señalar, que luego de analizar lo ocurrido en las diferentes etapas del contrato, y las pruebas a las que acaba de referirse, no es admisible que el terreno, o su topografía se constituyan en un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de construir la celda en la forma pactada y entendida.

Adicionalmente, el Agente del Ministerio Público dejó constancia de circunstancias observadas durante el proceso y que constan en las pruebas documentales y testimoniales, las cuales en su opinión podrían constituir falta de gestión, gestión deficiente, descuido y negligencia de algunos de los funcionarios de la UAESP, que tuvieron que ver con la ejecución del contrato, con la liquidación y con la no iniciación de las acciones judiciales para reclamar las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron representadas en este trámite arbitral por abogados inscritos, amén de que la demanda cumple con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, resultando que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Se estima necesario plantear la ruta de abordaje del caso en el siguiente orden:

I. Régimen jurídico del contrato.

- A. Parte Convocante
- B. Parte Convocada.
- C. El Tribunal.

II. Pretensiones.

- A. De la demanda
- B. De la contrademanda.
- C. Fundamento de las pretensiones de las partes.

II. Consideraciones generales sobre los temas macros de la controversia.

- A. Reglas sobre Interpretación del negocio jurídico.
- B. Resolución del contrato.

IV. Alcance de la obligación de la construcción de la Celda de Lodos.

- A. Construcción de la Celda de Lodos.
- B. Valor del contrato.
- C. Tamaño y número de celdas.
- D. Finalidad de la Celda de Lodos.

V. Objeción por error grave del dictamen pericial.

VI. Costas.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

El Contrato de Concesión C- 4035 se celebró el día 13 de octubre de 1999; y respecto de éste las partes tienen posición diversa sobre cuál es el régimen jurídico aplicable.

A. La posición de la parte Convocante

Considera que el Contrato de Concesión C 4035, celebrado el día 13 de octubre de 1999, contrato está sometido al régimen jurídico previsto por las leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y a los códigos civil y de comercio, quedando de esa manera excluida la aplicación de la Ley 80 de 1993. Y al respecto dice:

"8. Régimen LEGAL DEL CONTRATO respecto del cual se pide la interpretación.

El contrato al que esta demanda se refiere no estaba sujeto a las normas de general aplicación de la Ley 80 de 1993, sino a la Ley 142 de 1994, la Ley 689 de 2001 y a los Códigos Civil y de Comercio.

Paso a sustentar esta afirmación:

*El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en la forma como se modificó por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, determinó la exclusión de la aplicación del Estatuto General de Contratación Estatal, a los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios públicos, como lo es la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, **UAESP**.*

Por su parte el artículo 32 de la Ley 142 precisa, que salvo lo que la Constitución y la Ley dispongan en contrario, los actos de dichas empresas se sujetan al derecho privado.

*Es claro, pues, que el régimen legal aplicable al **Contrato de Concesión C-4035 de 1999**, en su ejecución, no es el de la Ley 80 de 1993, sino el de Derecho Privado, con excepción de los aspectos que en él mismo texto del contrato se estipula, que se rigen por la citada Ley y demás normas de derecho público, verbi gracia la aplicación de las cláusulas exorbitantes.*

*En concordancia con el anterior marco legal, la UAESP del DISTRITO CAPITAL DE **BOGOTÁ**, estableció en la Cláusula 42 del Contrato de Concesión, que: 'Para todos los efectos legales, la formación, la ejecución, los efectos, la liquidación y las controversias que se deriven de este contrato se someten a la Constitución y a la ley de la República de Colombia'.*

B. La posición de la parte Convocada

Considera, en la contestación de la demanda, que al Contrato C 4035 celebrado el 13 de octubre de 1999 se aplican las normas contenidas en la Ley 80 de 1993, por lo siguiente:

"5 REGIMEN LEGAL DEL CONTRATO RESPECTO DEL CUAL SE PIDE LA INTERPRETACION

Con relación al régimen legal aplicable al Contrato de Concesión C 4035 de 1999, nos apartamos de las apreciaciones que se hacen en el escrito de demanda, en el cual se señala que en este caso no se aplican las normas de la Contratación Estatal, contenidas en la Ley 80 de 1993, sino las previsiones contenidas en las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, por las siguientes razones:

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001 dispone que: 'Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa'.

Y el PARAGRAFO de esa misma disposición señala que: 'Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública , de conformidad con la Ley 80 de 1993'.

Al revisar la naturaleza jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, se tiene que el Concejo de Bogotá mediante Acuerdo No 257 de noviembre 30 de 2006, artículo 113 transformó la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, en Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, organizada como una Unidad Administrativa Especial del Orden Distrital, del Sector Descentralizado por servicios, de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital del Hábitat.

Conforme lo dispone el artículo 116 del mismo Acuerdo No 257, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación supervisión y control de los servicios de recolección, transporte, disposición final, reciclaje y aprovechamiento de residuos sólidos, la limpieza de vías y áreas públicas, los servicios funerarios en la infraestructura del Distrito y en el servicio de alumbrado público.

En el mismo artículo se señalan como funciones básicas:

Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral de

los servicios funerarios.

Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios propios del manejo integral de residuos sólidos, alumbrado público y servicios funerarios.

Promover la participación democrática de los usuarios de los servicios a su cargo.

De acuerdo a lo expuesto, se advierte que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAES AESP hace parte de un ente territorial como lo es la Secretaría Distrital del Hábitat de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. pero no está encargada de la prestación de ningún servicio público y en esa medida no le es aplicable la disposición contenida en el inciso 1º del artículo 3 de la Ley 689 de 2001, sino el párrafo de dicha disposición que señala que contratos como el que aquí nos ocupa, que es un Contrato de Concesión celebrado con una empresa de servicios públicos como es S.T.L. S.A. E.P.S se rigen para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993)."

C. El Tribunal

Sea lo primero observar que el Contrato de Concesión No. C-4035 fue celebrado el 13 de octubre de 1999, entre el Distrito Capital (Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos²) y el Consorcio HERA HOLDING – VELZEA LTDA. – NAM LTDA³.

En la cláusula segunda se pactó:

*"El presente contrato tiene por objeto, de acuerdo con las cláusulas del mismo, **el tratamiento de los lixiviados producidos** y que se produzcan en el RSDJ de Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, por el sistema de concesión bajo la entera responsabilidad y riesgo del CONCESIONARIO" (Se destaca)*

Para tal efecto, el CONCESIONARIO, realizará los estudios, el diseño, construcción, suministro, instalación, puesta en marcha, operación, mantenimiento y administración del STL y efectuará el tratamiento y la

² La Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos "UESP" fue creada por el Concejo Distrital de Bogotá, mediante el Acuerdo 41 de 1993, y por Decreto del Alcalde, No. Decreto 782 de 30 de noviembre de 1994, fue adscrita a su despacho (Ver Contrato 4035, folio 58 del cuaderno 1). **Posteriormente**, en el año 2006 el Concejo Distrital de Bogotá, mediante Acuerdo No. 257 de 30 de noviembre, creó la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos "UAESP", dotada de personería jurídica propia -arts.113 y 116- (Fols. 33 a 54 c.1).

³ El Concesionario, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, constituyó la Sociedad denominada STL S.A. ESP, mediante la Escritura Pública

disposición de lodos, de conformidad con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en este contrato y en el Documento Técnico para cada una de las etapas. El CONCESIONARIO se obliga a desarrollar todas las actividades comprendidas en la Etapa I a precio global fijo, sin que sea dable que por parte de la UESP haya reconocimientos de mayores cantidades de obra.

"PARÁGRAFO: Todos los estudios, diseños, obras, suministros, instalaciones y demás actividades inherentes al objeto contratado que sean necesarios para el efectivo funcionamiento del STL propuesto que se construya y, especialmente, que garanticen que los vertimientos finales cumplan con la norma de la CAR, que no hayan sido expresamente excluidos por el CONCESIONARIO en el Documento Técnico, se entienden incluidos y correrán por su cuenta".⁴

Por lo tanto, para el Tribunal deben tenerse en cuenta, en el estudio, los sujetos que celebraron el negocio jurídico, el objeto del mismo y la fecha de su celebración para determinar el régimen jurídico aplicable. Además el Tribunal quiere destacar que no hace mención, en materia de servicios públicos domiciliarios, a leyes posteriores a la celebración del contrato C 4035 de **13 de octubre de 1999**, como son las Nos. 632 de **2000** y Ley 689 de **2001**, porque sobrevinieron a su celebración y por consiguiente no le son aplicables.

La Ley 142 de julio 11 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones" fija el ámbito de su aplicación en el artículo 1o. De acuerdo con su texto, se aplica a los servicios públicos domiciliarios, entre otros, a los de aseo; "*a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15..., y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley*".

De su parte, el artículo 15.2 establece:

Pueden prestar los servicios públicos:

"15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos"

Y en cuanto a las actividades complementarias, el artículo 14 prescribe:

"Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)

*14.2. **Actividad complementaria de un servicio público.** Son las actividades a las que también se aplica esta ley, según la precisión que se hace adelante, al definir cada servicio público. Cuando en esta Ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades.*

(...)

*14.24 **Servicio público domiciliario de aseo.** Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos."*

Conforme a los textos legales transcritos, el tratamiento de lixiviados y la disposición final de los residuos sólidos, debidamente tratados, tal como fue previsto en el objeto del Contrato de Concesión enjuiciado, son actividades complementarias que se rigen por la Ley 142 de 1994.

De otra parte, el artículo 31 de la misma Ley 142 señala:

*"ARTÍCULO 31. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por **el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993** y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.*

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

Y el **parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993**, dispone:

"ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título

PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades". (Negrilla agregada).

Por lo tanto si por su contenido, de una parte, el parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública", dice de la inaplicación de ésta, en los casos que se acaban de transcribir, y si además, por otra, la Ley 142 de 1994, **en el artículo 31**, hace extensiva esa inaplicación de la Ley 80 de 1993 a "*Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios ..*", salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa, surge evidente, por contera, la aplicación de la Ley 142 de 1994 al Contrato de Concesión enjuiciado, salvo en lo que corresponde a las cláusulas exorbitantes, asunto éste que por lo demás no es objeto de controversia, ni de la cláusula compromisoria y mucho menos de competencia legal arbitral.

La lectura concordante de las normas precitadas indica:

- Que el régimen jurídico general de contratación de las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios, regulados por la Ley 142 de 1994, está sustraído del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo cuando se incluyan "cláusulas exorbitantes" o "cláusulas excepcionales al derecho común", las cuales se regirán en lo pertinente por la Ley 80 de 1993. Y;
- Que los contratos que en la materia propia de su objeto social celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 32 de la

En consecuencia, queda claro que la Ley 80 de 1993 no es aplicable al Contrato de Concesión C 4035 de 13 de octubre de 1999, salvo en lo que concierne con las cláusulas exorbitantes, tema que por lo demás, se reitera, no es ni puede ser objeto procesal de este juicio arbitral.

La jurisprudencia del Consejo de Estado no deja ninguna duda sobre las normas aplicables a los contratos que celebran las entidades estatales que presten los servicios públicos a que se refiere la Ley 142 de 1994. Así, la Sección Tercera en auto de agosto 12 de 1999, dictado tres meses antes de la celebración del contrato enjuiciado, ya señalaba:

"1. Servicios públicos en la Constitución Nacional. Algunos aspectos:

Dispone que los servicios públicos:

*. **son inherentes a la finalidad social del Estado** y es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*. **estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley,***

*. **podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente,** por comunidades organizadas, o por particulares.*

Precisa, que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (poder de policía administrativa).

Agrega:

'Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita' (arts. 365).

Igualmente la Carta Política dispone que a la ley están atribuidas las siguientes materias:

*. **fijar** las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*

*. **determinar** las entidades competentes para fijar las tarifas (art. 367).*

*. **determinar** los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las*

entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369).

Además recalca que al Congreso le corresponde, por medio de la ley, 'Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos' (num. 3o art. 150 Constitución Política).

Asimismo la mencionada Carta señala que al Presidente de la República le corresponde, en relación con los servicios públicos domiciliarios:

. **señalar**, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten (arts. 370 y 189, num. 22 ibídem).

2. Los contratos estatales, respecto del órgano público.

La Ley 80 de 1993, 'Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración pública', señala para sus efectos, **entre otros**, que se denominan Entidades Estatales las siguientes personas jurídicas:

La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, 'las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles' (art. 2).

(...)

4. Naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y régimen aplicable en la Ley 489 de 1998.

El artículo 68 establece que son entidades descentralizadas del orden nacional:

'(...) los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas, y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, aun cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos' (incs. 1 y 2).

territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades a las entidades del orden territorial’.

Ahora, respecto de las disposiciones aplicables, en especial, a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y a las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos, establece el artículo 84 que **‘se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquella y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen’**.⁵ (Se subraya)

Y por último, la misma Ley 142 de 1994⁶ autoriza, en el Título II “Régimen de actos y contratos de las Empresas” Capítulo II “Contratos especiales para la gestión de los servicios públicos”, la celebración de contratos especiales en el artículo 39, a saber:

- 39.1 Contratos de Concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente.
- 39.2 Contratos de administración profesional de acciones.
- 39.3 Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; **o concesiones o similares**; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.
- 39.4. Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores

⁵ Referencia: Expediente N° 16.446. Actor: CHAMAT Ingenieros Ltda. Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S. A. E.S. P

o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable.

- 39.5 Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas conforme al proyecto aprobado por la empresa;

En el caso que se estudia el contrato enjuiciado corresponde a una de las clases previstas en el numeral 39.3 citado, esto es de "**concesiones o similares**" delimitación necesaria para colegir qué normas les son aplicables, por lo siguiente: El párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, vigente a la fecha de celebración del Contrato de Concesión⁷, disponía:

*"PARÁGRAFO. Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a que **a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado.** Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte. (Se destaca).*

Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permita al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría".

Se colige, de lo expuesto, que el régimen jurídico aplicable al Contrato de Concesión enjuiciado, C 4035 de 13 de octubre de 1999, es el de derecho privado. Se da así respuesta judicial a los criterios distintos aducidos por los señores Apoderados de la Convocante y de la Convocada y por el señor Agente del Ministerio Público.

II. PRETENSIONES DE LAS PARTES

A. En la demanda

Se solicitó se declarara "que en el Contrato de Concesión C-4035 de 1999, la obligación de construcción de una Celda de Lodos, a cargo del Concesionario, se estipuló en valores estimados, tanto respecto del número de celdas, volumen, elementos que contendría, excepto lo acordado en el Documento Técnico, sobre la construcción de la primera fase de la Celda, de acuerdo con el verdadero sentido de las cláusulas que regulan esta problemática". Por lo anterior pretendió se declarara "que la obligación de construcción de la Celda de Lodos, tanto su diseño y dimensión final, dependía del volumen real de generación de lodos, de las características del mismo, del tipo de residuo estructurante que se utilizara, en suma de las condiciones reales de operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados." Así mismo solicitó se declarara que el volumen "que se estimó en 187.362 metros cúbicos, a que se refiere el Documento Técnico, era un valor aproximado, del volumen que podría tener la Celda para los siete años de operación del sistema de tratamiento de Lixiviados, cuya concreción dependía de las condiciones reales de operación del STL".

Igualmente deprecó se declarara "que el Concesionario cumplió con su obligación de construcción y operación de la Celda de Lodos, y que ésta cumplió la finalidad de disposición de los lodos por los siete años de operación de la Planta, acorde con lo estipulado en los documentos que integran el Contrato de Concesión C-4035 de 1999". También solicitó se declarara "que la construcción de otras fases de la Celda de Lodos, estaba sujeta para su concreción, a la verificación de las condiciones reales de operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, como condición para determinar si se requerían o no más fases, de qué tamaño". Finalmente pidió "Que de acuerdo con el verdadero sentido y alcance del Documento Técnico, declare cómo se debe financiar la

nuevos recursos para su construcción”.

B. En la contrademanda

Por su parte, la Convocada en la demanda de reconvención solicitó que se declarara *“que el Consorcio HERA HOLDING –NAMLTDA –VELZEA LTDA hoy Sociedad Anónima S.T.L S. A E.S.P, al suscribir el Contrato de Concesión C-4035 de 1999, el 13 de octubre de 1999, se obligó a construir una celda de disposición final de lodos con un volumen igual a ciento ochenta y siete mil trescientos sesenta y dos metros cúbicos - 187.362 m³, en el predio que para tal efecto le entregó la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, hoy Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, en el Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad e Bogotá D. C.”* Igualmente pidió se declarara *“que el Concesionario S.T.L. S. A E.S.P no cumplió la totalidad de la obligación que adquirió, al suscribir el Contrato de Concesión C-4035 de 1999, de construir una celda de disposición final de lodos, con un volumen igual a 187.362 m³ y que solamente construyó una celda con capacidad de 36.900m³, que equivale al 19% de la obra contratada”.* Así mismo deprecó que como *“el Concesionario recibió para la construcción de la celda de disposición final de lodos pactada, un ANTICIPO equivalente a CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE- \$487.500.000- y solamente construyó el 19% de la obra pactada , se declare LA RESOLUCION PARCIAL DEL CONTRATO C-4035 de 1999 en cuanto tiene que ver con las cláusulas 2^a, 3^a ,4^a, 6.3, 6.7 , 44.3 y el aparte del Documento Técnico que hace parte integral del contrato, únicamente en los aspectos que se refieren a la obligación a cargo del Concesionario de construir una Celda de Lodos con capacidad de 187.362 m³ – ciento ochenta y siete mil trescientos sesenta y dos metros cúbicos-, en el Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C.”.* Como consecuencia de lo anterior pretende *“se condene a la Sociedad Anónima S.T.L. S. A. E.S.P a cancelar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP el 81% del valor del*

el momento en que se cancele la obligación.” Así mismo reclama que “como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de la obligación del Concesionario relativa a la construcción de la Celda de Lodos, y la resolución parcial del contrato, se condene a la Sociedad Anónima S.T.L. S. A. E.S.P al pago del 81% de la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión C-4435 de 1999”.

C. Fundamentos de las pretensiones de las partes

Sobre el punto, el demandante sostuvo que el diseño y dimensión final de la Celda de Lodos, no se estableció en forma definitiva en el Contrato de Concesión C-4035 de 1999, ni en el Documento Técnico que forma parte integral del mencionado contrato, por cuanto el tamaño de la celda y su número, dependía para su configuración final, del volumen real de generación de lodos, de las características del mismo, del tipo de residuo estructurante que se utilizará, en síntesis, de las condiciones reales de operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana. Por lo anterior concluyó que el Concesionario cumplió la obligación de construir una celda para la disposición de los lodos que se produjeron en el Relleno Sanitario de Doña Juana “RSDJ”, por los siete años de operación de la planta, en desarrollo de su autonomía técnica, administrativa y financiera.

A tal efecto señaló que el Documento Técnico anexo al Contrato fue el resultado del proceso de negociación con la entidad pública y que la oferta no contemplaba la Celda de Lodos a la que posteriormente hizo referencia el Documento Técnico. Igualmente expresó que el Documento Técnico no fue el resultado de un proceso que permitiera hacer mediciones exactas. Igualmente se refirió al proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría de Bogotá en el cual se concluyó que el Concesionario había cumplido el contrato y no había existido detrimento patrimonial. Así mismo se refirió al texto del contrato para

tampoco su volumen final, o el volumen que debía tener cada una, pues la cláusula contractual precisaba que podían ser una o varias celdas, las que se requieran. Igualmente se refirió al Documento Técnico, el cual en todo momento hace referencia a valores estimados. Agregó que no eran valores definitivos, pues en el mismo Documento Técnico se expresó que era necesario hacer los estudios y las mediciones correspondientes. Advirtió que si bien el perito Gandini señaló que era viable establecer el volumen de la Celda de Lodos en forma definitiva, con un margen de error aceptable, dicho perito olvidó tener en cuenta, e incluir como parte del dictamen, el análisis acerca de las circunstancias reales en que se desarrolló el proceso de contratación para el tratamiento de los lixiviados producidos en el Relleno Sanitario Doña Juana- en adelante "RSDJ", en particular los antecedentes de dicho proceso, lo cual le habría permitido verificar cuál fue la información que la UESP, en ese entonces, entregó a los proponentes, y el corto tiempo disponible. Agregó que la información disponible al momento del proceso precontractual no era suficiente para establecer una caracterización actual y confiable, ni predecible respecto de la composición del lixiviado en un futuro. Manifestó que de conformidad con el Documento Técnico la suma entregada como anticipo era para la construcción de la primera fase correspondiente al primer año de operación y por ello no se puede sostener que el valor del mismo era para la construcción de la Celda de Lodos. Expresó que el precio pactado es precio global y no por unidades de obra.

Por su parte, la Demandada manifestó que el Concesionario también conocía a plenitud las características del lixiviado que debía tratar y las soluciones que debía implementar. Por ello en el Documento Técnico que él mismo elaboró y que hace parte integral del contrato, se hace una caracterización de los lixiviados del RSDJ. Agregó, respecto de las obras señaladas en el Documento Técnico, que todas respondieron a las exigencias de la solución requerida, excepto la celda de disposición final de lodos que resultó sobredimensionada en grado superlativo. Advirtió

las cantidades de lodos generadas o su estimación aproximada. Adujo que el cálculo absolutamente desfasado del volumen de la celda de disposición final de lodos, estuvo atado a factores diferentes al volumen, a la caracterización cuantitativa y cualitativa de los lodos a tratar y a los demás factores que podrían y debían incidir para dicho cálculo. Dicha cifra fue un dato arbitrario sobre el cual se edificaron unas proyecciones de carácter económico, favorables para el Concesionario. Se refirió al Contrato de Concesión y al Documento Técnico y señaló que la Celda de Lodos no se construyó durante la primera etapa, por lo cual se suscribió una acta denominada "OBRAS Y TRABAJOS PENDIENTES DE LA ETAPA I", en la cual se acordó terminar esta obra en tres meses contados a partir de la fecha en que se suscribe el documento. De lo anterior concluyó que la celda de disposición final de lodos del Relleno Sanitario Doña Juana, debía construirse en su integridad, a precio global fijo, en la primera etapa de ejecución del contrato y que no estuvo atada o condicionada al desarrollo de la operación de los lixiviados, durante el tiempo de vigencia de la concesión. Aludió así mismo a la Memoria inicial de la Celda de Lodos en la cual se establece que la misma tendrá una capacidad total de 183.331 m³ y una capacidad útil de 154.350 m³. Agregó que la correspondencia da fe del incumplimiento del Concesionario en la construcción de la Celda de Lodos, y que en la Memoria de la Celda de Lodos de 2003, en la que se plantea otra capacidad de la misma, se acordó con la interventoría hacer algunas modificaciones para enfatizar que el volumen allí expresado de 36.900m³ no corresponde al total de la obra contratada, sino a una primera fase. Indicó que en comunicación de la interventoría sobre esta memoria se solicitó al Concesionario los diseños para el volumen faltante. Expresó que en desarrollo de su autonomía el Concesionario produjo menor volumen de lodos lo que incidió de manera significativa en el volumen de la celda que los debía contener. Por otra parte, en cuanto a que el terreno no cumplía las condiciones técnicas para la Celda de Lodos señaló que por Acta de fecha 15 de diciembre de 1999 fue entregado al Concesionario el terreno para el desarrollo del STL.

del 2009. Finalmente, afirmó que a lo largo de la ejecución del contrato se advierte el empleo de numerosos artificios, por parte del Concesionario, para eludir el cumplimiento de su obligación; en ocasiones acudió a la topografía del terreno, en otros a producir lodos con una mayor sequedad a la contratada buscando derivar mayor beneficio económico y siempre, como lo puso de presente el testigo Pedro Pablo Almanza, omitiendo hacerle a los fangos la aplicación de la sustancia cementante que había pactado contractualmente y que significaba mayor volumen de los fangos a disponer en la celda.

De su parte, como se vio, el Agente del Ministerio Público es partidario de que se denieguen las pretensiones de la demanda de la Convocante y que, por el contrario, se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvenición, modificándolas.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS TEMAS MACROS DE LA CONTROVERSIA

A. Reglas generales sobre la interpretación del negocio jurídico

Como quiera que, de acuerdo con el mandamiento legal contenido en el artículo 1.602 del Código Civil Colombiano, el contrato legalmente celebrado constituye una ley para las partes del mismo, es importante para el juzgador, en su caso y momento, el conocer el verdadero sentido y alcance de lo que se ha pactado por aquellos.

La interpretación de los contratos tiene su campo de aplicación, ya en el caso de oscuridad total o parcial del texto contractual o bien en el de desacuerdo entre las partes sobre su sentido, significado o alcance, puesto que, si las cláusulas contenidas en el contrato son claras y no se presentan desacuerdos sobre la intención de los contratantes, pues lo adecuado será simplemente acogerse al tenor literal de dichas cláusulas.

La mayoría de las normas aplicables a dicho propósito en la legislación

"TÍTULO XIII

De la interpretación de los contratos

ARTÍCULO 1.618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

ARTÍCULO 1.619. Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

ARTÍCULO 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

ARTÍCULO 1.621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

ARTÍCULO 1.622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

ARTÍCULO 1623. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

ARTÍCULO 1.624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella."

Así mismo, en el Código de Comercio se encuentra contenida la siguiente norma relativa a las costumbres mercantiles, que resulta aplicable a este mismo tema:

"ARTÍCULO 5. Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles".

De acuerdo con lo anterior, puede verse cómo, en el sistema de interpretación de los contratos acogido por el Derecho Civil Colombiano,

primacía a la real intención de los contratantes, cuando ésta se conozca, o resulte posible acercarse al entendimiento de la misma en la forma que se indicará más adelante, y no a la voluntad declarada en el texto del contrato.

Lo anteriormente expresado resulta más sencillo de enunciar que de realizar en la práctica pues, no es una labor simple, por no decir que casi imposible para el juez, el llegar a desentrañar la intención real de las partes que existió al momento de contratar.

Por ello, lo que el juzgador realmente efectúa es una labor de investigación tendiente a deducir, con la mayor cercanía que le resulte posible, cuál pudiera haber sido la intención de los contratantes, tomando para ello, según sea necesario siguiendo las particularidades de cada caso, todos los elementos aplicables a tal fin.

Así las cosas, dependiendo del grado de oscuridad que revistan las cláusulas contractuales que se van a interpretar, se estarán revisando incluso los antecedentes, propuestas y demás elementos de juicio que se hayan producido en la etapa precontractual, entre otros, puesto que en la labor de interpretación, también resultan valiosas, entre otras, la revisión del resto del texto del contrato considerado como un todo, así como también la evaluación de las conductas desarrolladas y aplicaciones que las partes han dado a lo pactado, en el marco de la ejecución del contrato cuyo pleno entendimiento se persigue como veremos más adelante.

En estos eventos, la labor del intérprete tendrá como finalidad la de encontrar el que parezca ser un verdadero alcance y significado de las normas acordadas por los contratantes para reconocerle a las mismas la eficacia que deben tener, sin llegar a modificar ni desconocer la voluntad en ellas plasmada, puesto que la finalidad última de la interpretación es el recto entendimiento de lo que las partes han querido acordar,

no resulta aceptable el introducir modificaciones a los acuerdos de las partes contenidos en el contrato que se interpreta.

En algunas labores de interpretación de los contratos, como sucede en este caso en particular, resulta de suma importancia el tener en cuenta los hechos y circunstancias que rodearon la formación de los respectivos cuerpos contractuales y, por ello mismo, de las declaraciones de voluntad efectuadas por los contratantes, como pasa en el caso que nos ocupa, en relación con toda la situación de emergencia sanitaria que se vivía en Bogotá D. C. alrededor del Relleno Sanitario de Doña Juana en esos años, situación que desembocó en todo el largo proceso de estudio y decisión, por más de dos años, que finalmente resultó en la celebración del contrato que acá se estudia.

En efecto, si bien el Código Civil no incluye entre los criterios de interpretación del contrato las circunstancias que dan lugar a la celebración del mismo, es claro que ellas deben tomarse en cuenta en la medida en que pueden revelar la intención común de las partes. Así lo establece el artículo 8º de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por la ley 518 de 1998, y lo ha reconocido la jurisprudencia.⁸

La consideración y evaluación de la situación fáctica por la cual se atravesaba en esos instantes, permitirá efectuar una valoración más cercana a la realidad, acerca del significado de las palabras que están expresadas en el contrato pactado, permitiéndole así mismo al juzgador, llegar a la definición del fin práctico que se perseguía con la celebración del mismo contrato, lo cual es también de la mayor importancia para dilucidar el verdadero sentido de las cláusulas del mismo.

⁸ En tal sentido la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia del 28 de junio de 1989: "...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario,

No son, las anteriormente consideradas, las únicas reglas que al respecto de la materia de la interpretación de los contratos contiene la ley colombiana, como puede verse en la transcripción que se hizo de las mismas, no obstante lo cual, no las revisaremos todas en detalle por cuanto resulta innecesario para los efectos aquí perseguidos.

Una de las normas relativas al punto de la interpretación de los contratos, que resulta particularmente adecuada para la dilucidación del tema que nos ocupa, es la que indica que debe indagarse por la finalidad del contrato, o sea por el propósito perseguido con la celebración del mismo, búsqueda que se efectuará mediante el estudio y revisión de la aplicación práctica que las partes le han dado a lo pactado en el mismo. Dicha norma se encuentra contenida en el inciso final del art 1.622 del Código Civil Colombiano, ya transcrito al inicio de este breve aparte.

En dicho artículo, la ley reconoce, como es lógico, que el contrato debe tomarse como una estructura completa, con unidad de sentido y vocación. Esto resulta ser de la mayor importancia ya que, si sus estipulaciones llegaran a analizarse aisladamente, se podría llegar a conclusiones que aunque pudieran considerarse como lógicamente sólidas, serían contrarias a la realidad de lo pactado por las partes.

Al respecto, en la doctrina, puede verse, en palabras de Francesco Messineo, precisamente lo que sigue:

"... cada cláusula, arrancada del conjunto y tomada en sí misma, puede adquirir un significado inexacto y solamente de la correlación armónica de cada una con las otras y de la luz que se proyectan recíprocamente, surge el significado efectivo de cada una y de todas, tomadas en el conjunto. El contrato, en efecto, no es una suma de cláusulas sino un conjunto orgánico".⁹

Sobre el particular ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 8 de febrero de 2008) *"la actividad hermenéutica del juzgador no es*

estática, el ordenamiento jurídico le impone ex autoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su «contenido sustancial, utilidad práctica, esencial, "real" y funcional (Massimo BIANCA, Diritto Civile, Tomo 3, II Contrato, Dott. A. Giuffré Editore, S.p.A. Míla, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379)»

De igual manera, se considera que el estudio de la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, de las cláusulas del contrato, como señala la ley, es de capital importancia en la tarea interpretativa del juez.

Esto, por cuanto dichas conductas de las partes, siendo posteriores a la celebración del contrato mismo y realizadas en desarrollo de lo acordado en él, van revelando cuál es el alcance pretendido por ellas, toda vez que dicha práctica se convierte en muestra de lo que los mismos contratantes han perseguido con la celebración del negocio jurídico.

Es así, y por ello, que resulta inaceptable el admitir para cualquiera de las partes el que trate de acogerse a una cláusula o término de interpretación dudosa, con el objeto de desviarse de lo que los contratantes, con su actuación, han demostrado querer.

3.2. De las generalidades sobre la resolución del contrato

No obstante estar incluida en el Contrato de Concesión C - 4035 de 1999, en su cláusula vigésimo octava, la posibilidad para el Concedente, contratante público, de declarar la caducidad del mismo Contrato por incumplimientos graves de parte del Concesionario, que cumplieran con las características allí señaladas, no se hizo uso de la mencionada potestad por parte de la entidad pública durante la vigencia del contrato.

entre otras, que declarara la resolución parcial del Contrato de Concesión y aplicara la cláusula penal pecuniaria, pactada en la cláusula vigésimo sexta del mismo negocio jurídico, de acuerdo con lo expresado en los apartes de la misma demanda de reconvención, ya transcritos en el cuerpo de este laudo.

En relación con dicha petición, es necesario considerar brevemente al respecto del tema de la resolución de los contratos, lo siguiente:

La ley colombiana consagra tanto en la legislación civil, como en la comercial, las normas generales, que regulan dicha materia (existen otras varias de carácter especial que no viene al caso mencionar en este momento).

Así es como el Código Civil enseña:

"ARTÍCULO 1.546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

A su vez, el Código de Comercio indica:

"ARTÍCULO 870. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios".

La doctrina destaca algunas diferencias entre los términos terminación y resolución, en materia de contratos.

Se considera, por una parte, que existe terminación del contrato cuando los efectos del contrato se acaban hacia el futuro (*ex nunc*), quedando en firme los hechos y actos ya cumplidos en desarrollo del mismo. O

vigencia del contrato hacia el futuro, con la consecuencia de que los efectos del contrato que se han ya producido quedarán incólumes.

A su vez, se acepta que existe resolución del contrato cuando el mismo, además y adicionalmente, queda sin efectos retroactivamente (*ex tunc*), de modo tal que se tomará como si éste nunca hubiera existido, debiendo retrotraerse todos sus efectos al momento previo al de la celebración del pacto contractual. Por ello puede decirse, a su vez, que la resolución del contrato, por su parte, tiene un doble efecto, al sumarle al de terminar la vigencia del contrato, el cual opera hacia el futuro, la consecuencia adicional de que se tendrá, la convención objeto de resolución, como si no hubiese sido celebrada jamás, efecto que es retroactivo, al abarcar todas las consecuencias pasadas del mismo.

Las características de lo anteriormente descrito no pueden tomarse de forma absoluta en cuanto se refiere a los contratos de ejecución periódica o sucesiva que ya han sido ejecutados, como lo es el de concesión C - 4035 de 1999, que ocupa a este Tribunal, por la simple razón de que, en el hipotético evento de poder considerarse como probado el incumplimiento alegado, lo que haría que fuera menester declarar la resolución parcial deprecada, no existiría la posibilidad real de volver atrás lo que ya fue ejecutado en desarrollo del mismo.

Por ello es que en casos similares al presente, ante la opción de resultar procedente la petición respectiva de resolución del contrato, ella solamente produciría el efecto de que, en realidad, el mismo no pudiera ser declarado como resuelto en el sentido preciso del término, sino con el alcance de los efectos de haberse declarado como terminado.

Ahora, una vez dicho lo anterior, es necesario abordar el tema de la entidad o importancia que debe tener el incumplimiento alegado como base para que pueda haber lugar a una declaración de resolución o terminación de un contrato, porque no cualquier tipo de incumplimiento

A este respecto se considera que, para que exista la posibilidad de efectuar la declaración de resolución o terminación del convenio por parte del juzgador, se requiere la existencia de un incumplimiento de entidad suficientemente importante para que pueda tomársele como grave. O sea, resulta necesario que el mismo incumplimiento sea de tal talante que sea capaz de afectar en forma evidente el equilibrio de la relación contractual o en todo caso, y de forma significativa, el interés de la parte que deprecia la resolución o terminación.

Por ello es que se sostiene que aún en el evento en que se incumpla una de las que pueden considerarse como cláusulas principales de un contrato, es menester que el incumplimiento predicado tenga una real trascendencia de forma tal, que sea capaz de afectar gravemente la relación jurídica y por supuesto el interés de la parte que solicita la resolución del pacto convencional.

Finalmente, es pertinente advertir que en cuanto hace referencia a la solicitud de resolución parcial, ha existido discusión en la doctrina sobre la posibilidad de decretarla, pues se sostiene que ella implica modificar el contrato judicialmente, por lo que sólo procedería la resolución total. Sin embargo, autorizada doctrina francesa¹⁰ señala que la buena fe impide una resolución total cuando la ejecución parcial ha permitido una real satisfacción. Ello ocurre cuando lo que falta es una parte accesoria respecto del todo, o cuando se trata de prestaciones divisibles, como aquellas que se refieren a mercancías. Así entre nosotros el Código de Comercio establece en su artículo 927 que cuando se pacte "la entrega de una cantidad determinada de mercaderías a un plazo fijo, no estará obligado el comprador a recibir una parte, ni aún en el caso de que el vendedor le prometa entregar el resto; pero si acepta la entrega parcial, quedará consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, salvo el

¹⁰ Francois Terre, Philippe Simler, Yves Laquette. Droit Civil. Les Obligations. 9a ed Dalloz. París 2005. Número 652, quienes igualmente hacen referencia a la posibilidad de rehacer el contrato reduciendo la contraprestación. En un sentido semejante Paul

derecho del comprador a exigir el cumplimiento del resto del contrato o la resolución de la parte de éste no cumplida, previo requerimiento al deudor". Así las cosas, legalmente es posible la resolución parcial del contrato cuando exista un incumplimiento parcial y se trate de una prestación accesoria o divisible.

IV. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTRUCCIÓN DE LA CELDA DE LODOS

De acuerdo con lo expuesto, para resolver la controversia surgida entre las partes es fundamental determinar el alcance de la obligación del Concesionario en relación con la construcción de la Celda de Lodos y el cumplimiento de la misma. Se trata entonces de determinar el sentido y alcance del contrato para lo cual deben tenerse en cuenta los diferentes elementos de interpretación de los contratos a los que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores.

Para tal efecto el Tribunal considera:

A. Construcción de la Celda de Lodos

Está acreditado en el expediente que entre las partes en este proceso se celebró el contrato C-4035 el 13 de octubre de 1999¹¹, el cual tenía el siguiente objeto:

"Cláusula 2. OBJETO: *El presente contrato tiene por objeto, de acuerdo con las cláusulas del mismo, el tratamiento de los lixiviados producidos y que se produzcan en el RSDJ de Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, por el sistema de concesión, bajo la entera responsabilidad y riesgo del CONCESIONARIO.*

Para tal efecto, el CONCESIONARIO, realizará los estudios, el diseño, construcción, suministro, instalación, puesta en marcha, operación, mantenimiento y administración del STL y efectuará el tratamiento y la disposición de lodos, de conformidad con las condiciones, términos, alcances y obligaciones establecidas en este contrato y en el Documento Técnico para cada una de las etapas. El CONCESIONARIO se obliga a desarrollar todas las actividades comprendidas en la Etapa I a precio global fijo, sin que sea dable que por parte de la UESP haya reconocimientos de mayores cantidades de obra.

"PARÁGRAFO: Todos los estudios, diseños, obras, suministros, instalaciones y demás actividades inherentes al objeto contratado que sean necesarios para el efectivo funcionamiento del STL propuesto que se construya y, especialmente, que garanticen que los vertimientos finales cumplan con la norma de la CAR, que no hayan sido expresamente excluidos por el CONCESIONARIO en el Documento Técnico, se entienden incluidos y correrán por su cuenta". (Se subraya)

De conformidad con la cláusula contractual transcrita, el Concesionario se obligó a efectuar el tratamiento y disposición de lodos de conformidad con las condiciones y términos del contrato y del Documento Técnico. En todo caso, de acuerdo con el texto del Contrato, el Concesionario debía realizar todas las actividades inherentes al objeto contratado que fueran necesarias para que los vertimientos finales cumplieran con la norma de la CAR. De esta manera, el Contrato tenía por objeto asegurar que los lixiviados fueran objeto de un tratamiento que permitiera cumplir las normas de la autoridad ambiental.

Lo anterior es además congruente con el proceso precontractual el cual, según se desprende de los antecedentes del Contrato, se inició como consecuencia del derrumbe del Relleno de Doña Juana y la declaratoria del Estado de Emergencia consiguiente, el cual fue causado entre otras causas por los lixiviados producidos en dicho Relleno. Por lo anterior en desarrollo de una declaración de Urgencia Manifiesta se adelantó el proceso contractual para realizar la evaluación y selección de alternativas tecnológicas y económicas para el tratamiento de los mismos.

El tratamiento de los lixiviados arriba enunciado, de acuerdo con las cláusulas 3 y 4 del Contrato de Concesión, tendría lugar progresivamente en dos etapas, de conformidad con fases definidas así:

"Cláusula 4. DESCRIPCIÓN DE LA ETAPA I Y ETAPA II: Las etapa I y II contienen las siguientes fases:

4.1. ETAPA I.

4.1.1. FASES:

- 4.1.1.1.3. Ingeniería básica de procesos.
- 4.1.1.1.4. Ingeniería de detalle.
- 4.1.1.1.5. Arquitectura y paisajismo.

4.1.1.2. CONSTRUCCIÓN: La cual comprende:

- 4.1.1.2.1. Adecuación del terreno
 - 4.1.1.2.2. Obras civiles.
 - 4.1.1.2.3. Obras y suministros metálicos.
 - 4.1.1.2.4. Suministros de equipos.
 - 4.1.1.2.5. Celda de disposición de lodos.
- 4.1.1.3. PUESTA EN MARCHA

4.2 ETAPA II

4.2.1 FASES:

- 4.2.1.1. OPERACIÓN
- 4.2.1.2. MANTENIMIENTO
- 4.2.1.3. ADMINISTRACIÓN".

Como se desprende del texto de la cláusula precitada, la Fase I culminaría con la Construcción y Puesta en Marcha de la Celda de Disposición de Lodos, la cual dentro de la autonomía del Concesionario podría adoptar modalidades diferentes.

Además, debe tenerse presente que, dentro de la Etapa I, el Concesionario ofertó en la propuesta de que da cuenta el Documento Técnico¹² que "... durante la construcción de la depuradora, se deberá construir paralelamente la primera fase con capacidad para un año de almacenamiento de los dos (sic)".

Por otra parte, en la cláusula 6ª del contrato se establecieron las obligaciones del Concesionario y a tal efecto se dispuso que él mismo debía:

"6.3. Construir las obras civiles requeridas para la operación del STL, de conformidad con el Documento Técnico, el presente contrato y el diseño resultante del numeral anterior, a precio global fijo y dentro del término establecido en el cronograma.

(...)

6.7. Construir y operar la(s) celda(s) de seguridad que se requieran depositar los lodos resultantes del tratamiento de los lixiviados dentro límites del RSDJ y efectuar el transporte requerido para ellos".(Se subraya).

B. El valor del contrato

El precio global fijo a que se refiere la cláusula 6.3 está previsto en la cláusula 13 del Contrato, cuyo tenor es el siguiente:

"Cláusula 13. Valor del contrato y remuneración a favor del Concesionario

El valor del contrato es indeterminado. No obstante, para efectos fiscales, determinación de los valores a asegurar en la garantía única y demás pólizas que se pacten en el presente contrato; y la cláusula penal pecuniaria, dicho valor se estima así:

"13.1. Para la Etapa I, en \$10.800.000.000.00 discriminados así

- *Un componente en moneda nacional que asciende a \$3.975.576.037.00 (tres mil novecientos setenta y cinco millones quinientos setenta y seis mil treinta y siete pesos colombianos)*
- *Un componente en moneda extranjera que asciende a US \$3'461.500.00 (tres millones cuatrocientos sesenta y un mil quinientos dólares americanos) que tasados a \$ 1.971.52 cada uno, corresponden a \$6.824'423.964.00 (seis mil ochocientos veinticuatro millones cuatrocientos veintitrés mil novecientos sesenta y cuatro pesos colombianos).*

(...)

13. 2. *Para la ETAPA II, en \$ 3.771.373.532.00 (tres mil setecientos setenta y un millones trescientos setenta y tres mil quinientos treinta y dos pesos colombianos) correspondientes a la facturación estimada para el primer año de operación, administración y mantenimiento del STL...*

Cláusula 14. Forma de pago de la remuneración al Concesionario

"Los valores anotados en la cláusula anterior se pagarán así:

14.1. ETAPA I DEL S. T. L.

A título de anticipo, el 40% del componente en moneda extranjera, o sea, US \$ 1,384.600 (un millón trescientos ochenta y cuatro mil seiscientos dólares americanos) y el 40% del componente en moneda nacional, o sea la suma de \$ 1,590.230.415.00 (mil quinientos noventa millones doscientos treinta mil cuatrocientos quince pesos colombianos) (...)

"14.2. ETAPA II DEL S. T. L.

14.2.1. Definiciones

14.2.2. Costos fijos de operación

La suma a cancelar mensualmente al operador por concepto de costos fijos mensuales (CF) es de \$ 33.609.904...

14.2.3. Costos Variables unitarios

14.2.4. Costo Variable Total (CV)."

para efectos del costo del tratamiento y disposición de los fangos provenientes de la deshidratación, se previó un anticipo de \$487.500.000.00 para la construcción de la primera fase.

C. Tamaño y número de celdas

La cláusula 7ª del Contrato estableció entre las obligaciones de la entidad Concedente las siguientes:

"7.1. Entregar al CONCESIONARIO a mas tardar dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes al cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, real y materialmente los terrenos alinderados para la construcción del STL y para la disposición de lodos resultantes. Esta entrega implica autorización para la construcción y operación de las celdas para la disposición final de lodos, cuyos costos se encuentran incluidos en el valor del presente contrato establecido en la cláusula 13".

Como se puede apreciar, el Contrato no estableció cuántas celdas de lodos habría, ni cuál debería ser su tamaño. Por el contrario, lo que se deduce de las fórmulas del Contrato es que podría haber una o varias celdas de lodos y que su existencia dependería de lo que se requiriera para depositar los lodos resultantes del tratamiento. Lo anterior es concordante con el objeto del Contrato en los términos ya señalados, que buscaba lograr que los lixiviados recibieran un tratamiento que permitiera cumplir con las normas ambientales. Es importante anotar a este respecto que no existe en el expediente una prueba de la intención común de las partes que desvirtúe el contenido del texto contractual.

En todo caso, el contrato previó que el diseño y construcción del STL debía hacerse de conformidad con el Documento Técnico, por lo cual considera procedente el Tribunal examinar dicho documento, el cual forma parte del contrato de acuerdo con previsto en la cláusula 44 del Contrato. No obstante debe precisarse que en atención con la misma cláusula *"En caso de divergencias entre los anteriores documentos prevalecerá el contrato y de manera subsiguiente el Documento Técnico"*.

Documento Técnico establece¹³:

"9. TRATAMIENTO Y DISPOSICION DE LODOS GENERADOS EN LA ESTACION DEPURADORA

La producción máxima estimada de lodos procedentes de las etapas físico-química y biológica será aproximadamente de: 37 Tn/día

Las características de este fango son:

Sequedad:	30-33%
Humedad	67-70%
Densidad	0,95 Tn/m ³

Como la producción estimada anual será de: 13.383Tn/año

En el periodo de explotación de 7años será 93.681Tn/año.

Estas producciones se han calculado a partir de la experiencia adquirida en la gestión de otras estaciones depuradoras de lixiviados con etapa físico-químico empleando hidróxido de calcio.

Si dichas características variasen o se utilizará (sic) hidróxido sódico para alcalinizar el lixiviado es muy probable que se diera una reducción en la producción de fango físico-químico.

Para confirmar la viabilidad del uso del hidróxido sódico y su posible reducción de volumen de fango producido se realizaran estudios previos con el lixiviado de Doña Juana.

No obstante a efectos de definir las características del tratamiento y de la celda de almacenamiento de lodos se considerarán los volúmenes de fango mencionados.

Como el fango final procedente de la deshidratación mediante decanter centrífugo presenta cierta plasticidad se podrá contemplar un proceso de desecamiento y si es el caso su posterior mezcla con un material estructurante, que pueden ser residuos que habitualmente llegan al relleno o en su defecto material de cobertura, para conferir al residuo final a depositar en la celda una consistencia suficiente de forma que las maquinas dedicadas a la extensión de este residuo no queden varadas sobre un fango excesivamente plástico .

El volumen necesario de dicho residuo complementario será función de la plasticidad real del fango deshidratado y sujeto posteriormente a un proceso de secamiento y del tipo de residuo estructurante que se emplee. Al desconocer estas características estimamos un volumen de residuo adicional equivalente al fango deshidratado, por tanto:

Volumen adicional de residuo estructurante en 7 años: 93.681Tn

Volumen total necesario de la celda será de: 187.362m³.

Las características de dicho residuo deben ser:

Baja humedad
Mínima plasticidad
Facilidad de mezcla

La celda deberá construirse por fases y deberá tener forma de cuenco

Durante la construcción de la depuradora, se deberá construir paralelamente la primera fase con capacidad para un año de almacenamiento de los dos (sic).

El costo del tratamiento y disposición de los fangos provenientes de la deshidratación es el siguiente:

Anticipo: \$ 487,500,000 para la construcción de la primera fase

Costo variable: \$34,681 por tonelada tratada (secado opcional) y dispuesta. Incluye mezcla con el material estructurante

Respecto a la impermeabilización de la celda, podrá ejecutarse sobre una base de arcilla o en geomembrana y deberá disponer de una red de drenaje en la base inferior configurado a base de conducción ranurada y gravilla.

Los elementos estimados que contendrá la celda y los costos del tratamiento y disposición se presentan a continuación en el Cuadro No. 14" (Se subraya)

Como se puede apreciar, en dicho documento se determinó lo que se consideró era la producción máxima estimada diaria, y con base en ella se estableció la producción estimada anual y la correspondiente a siete años. Fue dicho cálculo el que permitió establecer cuál sería el tamaño de la celda requerida. Sin embargo, quedó claro que el volumen de los lodos podía afectarse de conformidad con el tratamiento que se diera. En concordancia con lo anterior en el Cuadro 14 se presentaron los elementos estimados de la celda.

Si se tiene en consideración que las cantidades señaladas en el Documento Técnico son estimadas y que las mismas podían afectarse por el tratamiento que habría de darse, no es posible afirmar que las partes acordaron que la Celda de Lodos debía construirse de un determinado volumen, porque ello dependía de los lodos que realmente se produjeran.

Es pertinente aclarar que la Demandada señala en sus escritos que a su juicio la celda prevista en el Documento Técnico fue sobredimensionada en grado superlativo para edificar unas proyecciones de carácter económico, favorables para el Concesionario. A este respecto debe

Concesionario incumplió sus obligaciones contractuales, que es lo que se ha solicitado determinar en este juicio.

Por otra parte, observa el Tribunal que en el Documento Técnico se determinó que durante la construcción de la planta depuradora habría de construirse **la primera fase de la celda con capacidad de almacenamiento para un año**. Es decir que en la primera fase no se esperaba construir la totalidad de la Celda de Lodos. Ahora bien, de conformidad con dicho Documento el anticipo de \$487.500.000¹⁴ se entregó "para la construcción de la primera fase". **Por consiguiente, es claro que dicho valor no comprendía la construcción total de la Celda de Lodos estimada, pues no incluía la construcción de etapas posteriores de la Celda de Lodos que se requirieran para los siete años. Así las cosas, no existe ninguna relación entre el valor del anticipo y el costo que eventualmente tendría construir la Celda de Lodos durante todo el Contrato.**

Para el Tribunal el hecho de que el Documento Técnico haga referencia a estimados tiene cabal sentido si se tiene en cuenta que el proceso de contratación que dio lugar al Contrato de Concesión se inició como consecuencia de una declaración de urgencia manifiesta en razón de la grave situación que se presentó en el relleno sanitario Doña Juana, la cual fue causada entre otros, por los lixiviados generados. Ante tal situación se adelantó, como ya se dijo, un proceso para seleccionar alternativas tecnológicas y económicas para el tratamiento de los lixiviados. A tal efecto señaló el Contrato en sus considerandos:

"11. Que los lixiviados producidos en el relleno sanitario de Doña Juana- ..., reúnen todos los elementos que hace de su tratamiento una tarea sumamente compleja, particularmente por su caudal, composición físico-química, microbiológica y su alto contenido de materia orgánica, lo que impone el diseño específico del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, STL, de acuerdo a las condiciones del relleno sanitario, a las cantidades y características del lixiviado, al grado de tratamiento requerido y a la calidad y caudal de la corriente receptora; en razón a que la calidad del lixiviado es diferente en cada relleno sanitario, y a

que en un mismo relleno sanitario la calidad y cantidad del lixiviado puede variar de año en año, así como los requerimientos de tratamiento.” (Se destaca)

Como se puede apreciar, el Contrato señaló que el proceso de tratamiento de lixiviados era una tarea especialmente compleja, agregando que la calidad del lixiviado es diferente en cada relleno y puede variar en un mismo relleno de año a año. De esta manera, las partes reconocieron la dificultad del tratamiento de los lixiviados, y el hecho de que los mismos podían variar en sus condiciones durante la ejecución del contrato.

En este mismo sentido en el Informe de Evaluación del Grupo Asesor Interdisciplinario para la Planta de Tratamiento de Lixiviados se dice¹⁵:

“Los lixiviados producidos en el RS de Doña Juana reúnen todos los elementos que hace su tratamiento una tarea difícil, tanto por su caudal, como por su composición fisicoquímica, microbiológica y su contenido de materia orgánica. El diseño de una Planta de Tratamiento de Lixiviados, PTL, requiere el conocimiento del diseño del RS, de las cantidades y características del lixiviado, el grado de tratamiento requerido, y la calidad y caudal de la corriente receptora. La calidad del lixiviado es diferente para diferentes RS, y en un mismo RS la calidad y cantidad del lixiviado varía de año en año, así como los requerimientos de tratamiento, dependiendo a menudo de factores no técnicos, tales como la legislación vigente (que puede cambiar con el tiempo) y la participación pública en el tema (que en el caso de Doña Juana se incrementó considerablemente después del derrumbe). El diseño de una PTL debe entonces considerar todas estas posibilidades, de modo que los procesos de tratamiento permanezcan utilizables en el tiempo, sean flexibles a las condiciones cambiantes y permitan incorporar los avances tecnológicos más recientes”. (Se subraya)

De esa manera, la variabilidad en los lixiviados y, por consiguiente la flexibilidad, era connatural al diseño del sistema de tratamiento de lixiviados.

En ese mismo sentido, en el segundo párrafo del punto “5.9.1. SOBRECARGA HIDRÁULICA” del “Documento Técnico”, se indica textualmente que, en este caso, “(...) De acuerdo con el anexo D (estimativo del caudal de diseño), se deduce la imposibilidad de definir un caudal de diseño, por tanto las soluciones ofertadas deberán

garantizar una gran versatilidad frente a las importantes fluctuaciones del caudal medidas en diversos períodos."¹⁶

De igual manera, puede citarse el dictamen pericial del experto Fernando Silva Gómez quien expresó al dar Repuesta a la Pregunta No. 6:

"La estimación de la cantidad de lodos producida en una Planta de Tratamiento de Lixiviados depende principalmente de las características físico-químicas del afluente, de la calidad del efluente y de la eficiencia de la remoción de la carga orgánica del proceso biológico. Como estas condiciones son altamente variables, no es posible hacer una estimación precisa.

Teóricamente, se utilizan modelos matemáticos de alta complejidad para simular los balances de masas de la carga orgánica, que predicen el comportamiento cinético del proceso biológico. Estas predicciones dependen de las hipótesis de entrada de las variables analizadas y su validez debe ser comprobada con datos de campo."

No obstante, debe señalarse que el ingeniero Mario Andres Gandini expresó en su dictamen¹⁷ que se *"puede estimar con un margen de error perfectamente aceptable las cantidades de lodos producidas, ya sean las máximas esperadas o los valores medios o mínimos, en un STL para un año determinado,..."*. Agregó que en el caso concreto *"el STL se diseñó 13 años después de la entrada en operación del RSDJ, resultaba perfectamente posible conocer las características particulares del lixiviado producido en ese momento"*.

Sin embargo, es importante precisar que dicho experto, señor Gandini, señaló en sus aclaraciones al dictamen que no consideró cuatro aspectos entre los cuales se encuentran: *"... si el Distrito Capital o la UAESP (sic¹⁸), adelantó un proceso de recolección de la información acerca de los lixiviados del relleno sanitario durante los trece años que afirma*

¹⁶ Folio 175 del Cuaderno de Pruebas No 9.

¹⁷ Que se decretó como prueba en el trámite de la objeción por error grave que formuló la Convocada frente al dictamen pericial rendido por el Perito Silva.

estuvo en operación, y cuál era el grado de certidumbre que dichos estudios arrojaban”, así como si “la información que entregó la UAESP como parte del proceso precontractual que sirvió de base para presentar las ofertas, en relación con los lixiviados que se producían en el Relleno Sanitario Doña Juana”. El perito señaló que dichos aspectos no eran necesarios para contestar la pregunta que le fue formulada y agregó: “Las cuatro situaciones mencionadas se entenderían en el contexto de establecer si para el momento de abordar el diseño del STL se contaba o no con la información primaria de la producción y composición de lixiviados en el RSDJ. Esta nueva pregunta resulta muy distinta a la Pregunta No 2, y en consecuencia se puede concluir que la misma excede los puntos objeto de este dictamen pericial”.

Ahora bien, observa el Tribunal que en la ejecución del contrato desde su inicio se excedió la capacidad del diseño del sistema.

En tal sentido el experto Fernando Silva Gómez señaló el caudal tratado en la planta, **el cual muestra claramente el incremento en el volumen de lixiviados tratados.**

Totales	Total Caudal Tratado (M ³)
2001	17.530
2002	21.632
2003	20.953
2004	31.175
2005	33.569
2006	38.922
2007	39.064
2008	46.283
2009	40.236
2010	51.303

TOTAL 262.539 metros cúbicos

Para el Tribunal, en este punto, es necesario, nuevamente acudir al contenido del numeral 9 del DOCUMENTO TÉCNICO alusivo, entre otros, al tamaño estimado de la celda de lodos **siempre en relación** con los volúmenes de lodos tratados y **por dos conceptos diferentes:**

- 93.681 toneladas: Por concepto de la producción máxima estimada de lodos procedentes de las etapas físico-química y biológica; y también
- 93.681 toneladas: Por concepto de volumen adicional de residuo estructurante en 7 años.

La suma de esos dos conceptos, **de volúmenes en toneladas**, arroja la cifra en metros cúbicos de tamaño aproximado de la celda, esto es **187.632**, teniendo en cuenta que una tonelada, en este caso, equivaldría a un metro cúbico.

Por lo tanto, el Tribunal concluye que el tamaño aproximado de la celda estaba coaligado, necesariamente, **con el depósito final, en metros cúbicos, de los lodos tratados** y bajo la dirección del Concesionario, la cual estaba sujeta a la realidad de los hechos.

También resalta el Tribunal que el TOTAL DEL CAUDAL TRATADO según lo informó el Perito Silva (ver cuadro anterior) sobrepasó el estimado en el Documento Técnico (187.632 m³) pues sumando los volúmenes tratados año por año se obtiene el resultado de **262.539 metros cúbicos (m³)**. Cosa distinta es que el Concesionario previo a la **disposición de los lodos en la celda**, por el tratamiento y secado, redujo el volumen de los mismos. En el capítulo 4.4 de estas consideraciones, sobre la FINALIDAD DE LA CELDA DE LODOS, se estudiará **si ésta, tal como fue construida, cumplió con la satisfacción de las necesidades, objeto del contrato**.

Y para que no quede duda de la anterior conclusión del Tribunal, **sobre la relación inescindible** entre el tamaño de la celda (s) de lodos en métricos cúbicos y el depósito de lodos tratados en toneladas (metros cúbicos), se transcribe el numeral 9 del Documento Técnico en lo pertinente:

La producción máxima estimada de lodos procedentes de las etapas físico-química y biológica será aproximadamente de: 37 Tn/día

Las características de este fango son:

Sequedad: 30-33%
Humedad 67-70%
Densidad 0,95 Tn/m³

Como la producción estimada anual será de: 13.383Tn/año

En el periodo de explotación de 7años será 93.681Tn/año.

Estas producciones se han calculado a partir de la experiencia adquirida en la gestión de otras estaciones depuradoras de lixiviados con etapa físico-químico empleando hidróxido de calcio.

Si dichas características variasen o se utilizará (sic) hidróxido sódico para alcalinizar el lixiviado es muy probable que se diera una reducción en la producción de fango físico-químico.

Para confirmar la viabilidad del uso del hidróxido sódico y su posible reducción de volumen de fango producido se realizaran estudios previos con el lixiviado de Doña Juana.

No obstante a efectos de definir las características del tratamiento y de la celda de almacenamiento de lodos se considerarán los volúmenes de fango mencionados.

Como el fango final procedente de la deshidratación mediante decanter centrífugo presenta cierta plasticidad se podrá contemplar un proceso de desecamiento y si es el caso su posterior mezcla con un material estructurante, que pueden ser residuos que habitualmente llegan al relleno o en su defecto material de cobertura, para conferir al residuo final a depositar en la celda una consistencia suficiente de forma que las maquinas dedicadas a la extensión de este residuo no queden varadas sobre un fango excesivamente plástico .

El volumen necesario de dicho residuo complementario será función de la plasticidad real del fango deshidratado y sujeto posteriormente a un proceso de secamiento y del tipo de residuo estructurante que se emplee. **Al desconocer estas características estimamos un volumen de residuo adicional equivalente al fango deshidratado, por tanto:**

**VOLUMEN ADICIONAL DE RESIDUO ESTRUCTURANTE EN 7 AÑOS:
93.681TN**

Volumen total necesario de la celda será de: 187.362 m³. (...)"
(Se destacan mayúsculas fijas, negrillas y subrayado).

Por otra parte, de la prueba aportada al proceso se desprende que las personas que intervinieron en la celebración del contrato claramente entendieron que el volumen de lixiviados y la producción de lodos podía

En tal sentido en el expediente obra prueba documental suscrita por el señor Álvaro Orozco Jaramillo, quien fue miembro del Grupo Asesor en el concurso para el diseño, la construcción y operación de la planta de lixiviados del Relleno Sanitario de Doña Juana. En su documento dicho experto señaló¹⁹:

"De lo que recuerdo del proceso de negociación, puedo afirmar lo siguiente:

"1. El Sistema de Tratamiento de Lixiviados comprende una serie de procesos en los cuales existen parámetros variables, sujetos a las técnicas de manejo aplicadas, y tal es el caso de los lodos. La cantidad de lodos producida depende de la cantidad del lixiviado, su grado de tratamiento. Las necesidades de productos químicos para el tratamiento fisicoquímico y de los lodos biológicos; variables que en todo proceso se presuponen aproximadamente, pero solo se establecen durante la operación real.

"2. La cantidad de lodos depende también del manejo de sequedad de los mismos (es inversamente proporcional al grado de deshidratación) y está relacionada con la tecnología de secado. El contenido de sólidos final puede variar entre el 30 y el 50%.

"3. Las dimensiones finales de las celdas de lodos deben estar en función de la cantidad de lodos realmente producidos y de las condiciones reales de operación."

Como se puede apreciar, para el doctor Orozco, quien participó en el proceso de contratación desde el punto de vista de la entidad pública, la cantidad de lodos producidos es variable y sólo se pueden establecer durante la operación real, y las dimensiones finales de las celdas de los lodos depende de la cantidad real de lodos producidos y las condiciones de operación.

Por otra parte, el doctor Orozco refiriéndose al Documento Técnico y frente a la frase *"El volumen estimado de 187.362 m³ de la celda es un valor fijo o depende del volumen de fangos producidos"*, expresó que *"Es un valor estimado. La producción definitiva depende de las condiciones de operación."*

Así mismo en relación con el interrogante: *"¿El valor de Anticipo: \$187 500 000 es para la construcción de la primera fase estimada para*

el primer año, o es para la construcción de los \$187.362 m3 estimados como volumen necesario para los siete años?” manifestó: “Este valor era para la construcción de la primera fase”. Igualmente al ser preguntado si “¿los elementos incluidos en el cuadro No. 14 son estimados?”, expresó: “Son estimados”. También señaló “¿Después de agotado el anticipo con qué recursos económicos estaba proyectado desarrollar las demás fases de la celda?”, dijo: “Con el pago por tonelada, al precio contratado, de lodos producidos y procesados”.

Igualmente, considera procedente el Tribunal hacer referencia a la declaración que rindió a la Contraloría de Bogotá el señor Juan Luis Mesa, quien fue Director Técnico de la entidad Demandada, quien señaló²⁰:

“El acta de obras y trabajos pendientes, anexa al acta de terminación de la etapa I. pretendía precisamente iniciar la operación de la celda construida e ir analizando las propiedades de los lodos que se generan en el proceso de tratamiento de los lixiviados con el fin de evaluar la necesidad o no del ajuste de los prediseños presentados en el Documento Técnico, base de la oferta del Concesionario operador. La naturaleza del contrato preveía la construcción de unas facilidades para llevar a cabo el sistema de tratamiento de lixiviados con base en una propuesta a precio global fijo para la construcción y a precio variable para la etapa de operación. Durante el desarrollo del diseño definitivo y acogiendo la potestad que le ofrece la naturaleza de un Contrato de Concesión en el sentido de contar con autonomía técnica, el Concesionario varió muchos de los elementos consignados en la oferta original con el fin de ajustar la infraestructura en construcción a las verdaderas necesidades del proyecto. Es así como por ejemplo, se cuenta en general con un mayor número de equipos en la planta, en vez de construir sobre el terreno natural unos pondajes impermeabilizados con geomembrana, tuvo que construir el reactor biológico mediante un tanque en dovelas de concreto, mucho más oneroso que la solución originalmente planteada en su documento, y en este mismo orden de ideas y dada la matriz arcillosa que componía el terreno natural sobre el cual se construyó la Celda de Lodos, las condiciones de estabilidad físico químicas que presenta el lodo a disponer tanto por las condiciones adicionales de sequedad que se le imprimen en la planta de secado y el encapsulamiento en una base de hidróxido de calcio que le dan el carácter de material prácticamente cementado, el Concesionario inició el proceso de disposición con la Celda de Lodos planteada y se sujetó a una eventual modificación en las características de la celda en el acta de obra y trabajos pendientes, a los diferentes estudios y evaluaciones al comportamiento de los lodos, en sus diferentes estados.” (se subraya)

Como se puede apreciar, de acuerdo con el dicho de quien era Director

ajustado a las necesidades en diversos aspectos, algunos de los cuales implicaban mayores costos para el contratista.

De la misma manera, en el proceso que inició la Contraloría de Bogotá en relación con esta materia se recibió el testimonio del señor Walter Arias, quien según el Auto No. 4 de 2006 de la Contraloría²¹ se desempeñó como Director de Interventoría con el Consorcio Gerencia Doña Juana, conformado por las firmas Hidroestudios S.A. e Integral S.A., y quien, según se indica en dicho auto, en su testimonio expresó:

"En el caso de la Celda de Lodos, se construyó desde el principio de la fase de construcción, la cual se inició aproximadamente en el primer trimestre del año 2000, a partir de la fase de puesta en marcha, obviamente anterior a la conclusión de la etapa I; es importante aclarar que el proceso de la conclusión de la Celda de Lodos implicó una investigación para determinar el comportamiento de los lodos del proceso físico-químico, los cuales en razón de el tipo de residuos y de el lixiviado que se produce en el relleno sanitario Doña Juana, debieron analizarse para determinar que perdía su humedad muy prontamente, que eran encapsulados básicamente por la cal o hidróxido de calcio que se les adicionaba y que no producían gases. Esta investigación implicó que la celda, a pesar de estar operando, y que aseguraba impermeabilidad por estar localizada en un sector de arcillas, lo cual no afectaba ambientalmente, implicó que no estuviera completamente concluida en aquel entonces. Hoy están concluidas todas esas obras." (Se subraya)

De igual manera en dicha providencia se transcribió parcialmente la declaración de la doctora Luz Stella Cardozo Luna quien expresó:

"... es pertinente indicar que a la terminación de la primera fase, sí se contaba con una celda para la disposición de lodos; si no se hubiera contado con ella, no se hubiera podido iniciar el tratamiento de los lixiviados. Diferente es que se haya planteado en forma abierta en el acta de terminación de la Etapa I, la cual cabe indicar se encuentra firmada por la interventoría del Sistema de tratamiento de lixiviados, la alternativa o posibilidad que esta celda fuera ajustada de acuerdo al comportamiento de los lodos una vez dispuestos en la misma.(...) a pesar que el comportamiento de los lodos en dicha celda, dada las características del terreno en donde se construyó la celda como las condiciones de sequedad de los mismos, no registraron potencial de lixiviación importantes que pusieran en riesgo ambiental o sanitario no solo dicha infraestructura sino su entorno o corrientes superficiales y subsuperficiales, se solicitó al Concesionario a pesar de su autonomía técnica, incorporar otras condiciones técnicas a dicha celda como la utilización de geomembranas, lo cual está ejecutando, previa aprobación por parte de la interventoría de los diseños... Darle un tratamiento de precios unitarios... nos conllevaría eventualmente a reconocer sumas de

del objeto del contrato, que como ya lo señalé, es tratar los lixiviados producidos, este ha tenido que ejecutar o ajustar sus prediseños y condiciones tecnológicas inicialmente planteadas, registrándose hoy elementos estructurales dentro del sistema con una mayor exigencia y por ende con un mayor costo... el hecho de que todas estas decisiones estén avaladas por la interventoría, empresa idónea técnicamente, demuestran la procedencia de las mismas, las cuales en la medida en que se relacionan con un proyecto eminentemente técnico, sus soportes deben corresponder o tener ese mismo origen...Seguramente estos no serán los únicos ajustes que corresponderá efectuar durante la operación del sistema, prevista durante siete años ... de la lectura simple y no integral del contrato, tampoco puede concluirse que el Concesionario no construyó la celda de conformidad con su propuesta, por cuanto en el mismo Documento Técnico aportado como referente a la misma, se previó que dicha celda podía ser impermeabilizada, bien a través de la utilización de geomembranas o mediante la utilización de una base de arcilla, elemento presente en el terreno donde fue construida la celda para la disposición de los lodos..." (se subraya)

De lo anterior resulta claro que quienes participaron inicialmente en la ejecución del contrato entendieron que el desarrollo de la Celda de Lodos debía ajustarse a los resultados que se produjeran.

Ahora bien, es importante señalar desde este punto de vista que en la Memoria Técnica del 9 de mayo 2000 se indicó²²:

"La capacidad total de la celda es de 183.331 m³, y la capacidad útil para la disposición de lodos se estima en 154.350 m³.

La capacidad de la celda se desglosa por terrazas de 5 m de altura, excepto la primera terraza que tendrá 4 metros de altura (exterior).

La primera fase estará formada por una superficie de unos 2.538 m² en la parte central del predio, y que salvara las cotas 2626,50 hasta la 2630, mediante taludes frontales y laterales. La capacidad de la fase 1 es de 8.881 m³. Anexa y a lado y lado esta primera fase se formará la segunda fase. Esta salvará un desnivel desde la cota 2627 hasta la 2630. La capacidad de esta segunda fase será de 6.616 m³.

La capacidad de la tercera fase (desde la cota 2630 hasta la 2635) es de 13.442 m³.

La capacidad de la cuarta fase (desde la cota 2635 hasta la 2640) es de 21.845 m³.

La capacidad de la quinta fase (desde la cota 2640 hasta la 2645) es de 33.498 m³.

La capacidad de la sexta fase (desde la cota 2645 hasta la 2650) es de 29.947 m³." (Se subraya)

Por el contrario en la Memoria Técnica de 30 de enero 2003 se expresó²³:

*"La capacidad de la Celda de Lodos está asociada al área disponible, y al volumen de lodos generados en el STL. Para la conformación de la Celda de Lodos se requiere un área totalmente plana, ya que dicha celda no es técnicamente viable su construcción en terrazas, debido a que las características de los residuos a disponerse en ella, no garantizan una estabilidad estructural para las terrazas, por ello solo se permiten en zonas planas para realizarse como rellenos tipo trinchera. Este requerimiento técnico fue claramente estipulado en el documento de requisitos básicos, donde en la página 67 se lee textualmente 'La celda se deberá construir por fases, y deberá tener forma de cuenco para evitar posibles deslizamientos, **no podrá ser ejecutada en talud'** (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

El área seleccionada que se obtuvo del estudio de evaluación de alternativas para la localización de la Celda de Lodos, es un área correspondiente a un terraplén producto de una excavación, lo cual genera un área aproximadamente de 6750 m² topográficamente plana. Dicha área es bastante restringida para la construcción de la celda, dado que no tiene posibilidad de expansión en área.

La capacidad de la celda debe estar prevista para un período de actividad de 7 años. Esta condición está fundamentada en los altos costes de la infraestructura y acondicionamiento del vaso receptor de la celda.

Las características del sitio asignado a la celda, permite definir la operación de los vehículos, y conformar una serie de micro celdas, que una vez terminadas permiten estimar la capacidad total de la zona escogida para la disposición de los lodos procedentes de las etapas físico-químicas y biológicas de la estación depuradora de lixiviados.

De acuerdo con los estimativos volumétricos del diseño calculada de almacenamiento es de 36.900 m³ y su vida constituye el máximo tiempo de operación de la instalación a un ritmo de vertido definido por las toneladas de lodos a gestionar, el factor de recubrimiento y la compactación de los residuos fundamentalmente.

*VIDA UTIL TOTAL = (36.900 m³ * 7 años X 34.543 m³ = 7.5 años*

Por lo tanto la vida útil de toda la celda se estima en 6.9 años, desde la cota 2626,5 hasta la cota 2630 m.

Si en algún momento se infiere sobre la saturación de esta celda antes de los 7 años de su vida útil proyectada, se debe localizar otro sitio similar, para la construcción de una nueva Celda de Lodos". (Se subraya)

Como se puede apreciar, si bien inicialmente el Concesionario había previsto la construcción de una Celda de Lodos por fases de 154.350 m³, de capacidad útil, posteriormente definió que la celda tendría 36.900 m³.

En este punto debe destacar el Tribunal a este respecto que en el "Acta

Febrero de 2002”, que las partes suscribieron al firmar el Acta de Terminación de la fase I, se expresa:

"Manejo de Lodos. Comprende el almacenamiento, transporte y la celda de disposición de lodos. La celda aun no se ha terminado, esperando adelantar observaciones del comportamiento de lodos en sus diferentes estados, en especial, lo relativo a la mezcla de lodos procedentes del tratamiento físico - químico con los del tratamiento biológico. Igualmente se debe implementar un sistema de almacenamiento en la planta y de transporte a la celda, que no genere contaminación en la planta, ni en los sitios por donde es transportado. Se espera terminar esta obra en tres meses contados a partir de la fecha". (Se subraya)

Como se puede apreciar, de dicha Acta se desprende claramente que la Celda de Lodos no debía construirse literalmente como lo había señalado el Documento Técnico, **sino que era necesario para definir sus condiciones las observaciones del comportamiento de los lodos**. De este modo esta acta de las partes, que constituye un criterio de interpretación del contrato porque refleja la forma como ellas entendían que debía ejecutarse el contrato (artículo 1622 del Código Civil), indica también, que no es posible aplicar literalmente las dimensiones del Documento Técnico.

D. Finalidad de la Celda de Lodos

Ahora bien, como ya se señaló, el Contrato no contempló la construcción de una celda de unas determinadas dimensiones, sino la celda o celdas que fueran requeridas para almacenar **tanto** la producción de lodos procedentes de las etapas físico-química y biológica **como** el volumen adicional de residuo estructurante en 7 años, si fueren necesarias. Por consiguiente, lo que debe establecerse para determinar si existió incumplimiento es si la celda, tal como fue construida, cumplió con la satisfacción de las necesidades, objeto del contrato.

Al respecto es pertinente citar el testimonio del ingeniero Pedro Pablo Almanza²⁴, quien trabajó en la interventoría y quien declaró:

"Cuando llegamos en abril/06 nuevamente como coordinador y después estuve dos años como director de la interventoría, en esa época encontramos que la Celda de Lodos que estaba construida en ese momento estaba con una capacidad remanente de disposición muy corta, empezamos a manejar con S.T.L.,..., encontramos que la capacidad de la celda estaba corta, tenía una capacidad para 3 ó 4 meses no más según lo que estábamos viendo nosotros.

Empezamos a requerirle a S.T.L que revisara la topografía, que hiciera un levantamiento topográfico, que nos lo entregara y que revisara cuál era la capacidad real y que calculara para cuántos meses nos iba a durar esa celda de los dos, lodos se producen todos los días, todos los meses en el proceso de tratamiento de lixiviados, al comienzo S.T.L se negó, finalmente mediante comunicaciones le requerimos que nos presentaran ese levantamiento topográfico, finalmente lo entregaron e hicieron un cálculo de que tenían una capacidad de más de ocho meses, nosotros como interventores revisamos el cálculo y encontramos que no había tal porque estaban haciendo el cálculo sobre unas cotas que no eran las cotas de diseño de esa celda.

Empezamos a requerirlos para que ampliaran la celda, en eso se fue una discusión de más de 4 ó 6 meses, si mal no recuerdo, de comunicaciones en que nosotros argumentábamos al operador o al Concesionario cuáles eran nuestras razones para solicitarle que ampliaran la celda y ellos argumentaban a su vez cuáles eran las razones para no hacerlo, finalmente, si mal no recuerdo, eso fue en junio/08 o 2007, nosotros le recomendamos a nuestro cliente común, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, el inicio de un proceso sancionatorio contra S.T.L. porque en nuestro concepto consideramos que no estaban cumpliendo con la obligación de la Celda de Lodos.

Eso es mi resumen,..., lo que sí hizo S.T.L. antes de la terminación del contrato es hacer una ampliación de aproximadamente si mal no recuerdo de 2.800 metros cúbicos y después cuando le prorrogaron el contrato, el contrato se vencía originalmente el 23 de febrero/09, pero se le hicieron unas prórrogas hasta el año 2010 y en esas prórrogas se comprometieron como firma de la prórroga a ampliar la capacidad en 4 mil metros cúbicos adicionales.

Lo que sí "se logró en ese proceso", fue que ellos aceptaran ampliar la capacidad antes de que se terminara el contrato original, pero cuando ellos hicieron eso ya estaba en proceso la recomendación de sanción nuestra hacia nuestro cliente, primero lo que le estábamos requiriendo a S.T.L. era ampliar la capacidad para garantizar que no tuviéramos problemas de disposición de lodos por lo menos un año vista, esa era nuestra intención original en el año 2006 - 2007 cuando comenzó este proceso, pero revisando los documentos encontramos y así lo conceptuamos a la Unidad en nuestra recomendación de sanción que la obligación de S.T.L. debería ser construir una celda de 187 mil metros cúbicos porque así estaba en el Documento Técnico que hace parte del contrato y que fue preparado por el mismo Concesionario donde en ese documento se estipulan todas las características del tratamiento, incluido el manejo de los lodos, en ese documento se habla claramente y así quedó pactado, que se debería construir una celda de 187 mil metros cúbicos que había una primera fase que no se estipula de qué capacidad es, pero que es para un año que los 187 metros cúbicos eran para los 7 años de operación". (Se subraya)

"... la idea original no era utilizar esos lodos en nada, ellos propusieron y lo hicieron así entre otras con los soportes y la revisión nuestra en su momento, ellos propusieron cuando la primera ampliación que les comenté, que finalmente dijeron: -bueno, vamos a ampliarlo-; finalmente fueron dos mil y pico de metros cúbicos más y para parte de la segunda de 4 mil lo que propusieron fue coger los lodos de allá mismo donde estaban dispuestos y utilizarlos como material de dique para poder ampliar la capacidad sin necesidad de irse a un área adicional utilizando la misma área pequeña que tenían dentro de la grande y entregada a ellos que ya estaba siendo utilizada como Celda de Lodos.

Cogen y excavan el lodo y lo utilizan como parte de los diques de contención para poder subir, desde el punto de vista técnico se hicieron unas observaciones nuestras, encontramos que era viable, pero finalmente hubo problemas durante la construcción y quedaron nuestras observaciones al respecto, hubo problemas constructivos porque no se compactaron como debía ser, ese contrato se terminó con esas observaciones nuestras en relación con el tema del realce de los diques con los lodos, producto de los mismos lodos depositados ahí, pero la idea no era hacerlo originalmente, eso fue una propuesta de ellos y simplemente la interventoría en su revisión técnica encontró que era factible bajo ciertas condiciones que finalmente no se dieron y quedó la observación hasta la finalización del contrato."

De la declaración del ingeniero Pedro Pablo Almanza se desprende que en el año 2006 la nueva interventoría expresó su preocupación por la capacidad de la Celda de Lodos, que estimaba no alcanzaría para el tiempo de ejecución del contrato y fue en el curso del examen de dicha situación que concluyó que el Concesionario no había construido la Celda de Lodos de conformidad con el Documento Técnico. En todo caso el ingeniero Pedro Pablo Almanza señaló que S.T.L. realizó una ampliación de 2.800 metros cúbicos y finalmente se adicionó el contrato para que realizara otra ampliación de 4 mil metros cúbicos.

A este respecto se observa que el perito Fernando Silva Gómez (página 18 de su informe inicial) informó sobre las siguientes cifras de disposición de lodos:

Año	Toneladas de Lodos "Dispuestos" en la Celda
2001	390
2002	5.151
2003	5.831
2004	4.401
2005	4.737

2009	4.210
2010	2.215
Totales	37.038

Como se puede apreciar, el tamaño de la Celda de Lodos fue suficiente para disponer de los mismos durante la vigencia del contrato.

Por otra parte, en comunicación del 19 de febrero de 2010 dirigida por la Directora Jurídica de la UAESP al representante del STL. S.A., E.S.P²⁵, aquella misma dio respuesta a las preguntas que le había formulado STL de la siguiente forma:

“•El total de toneladas de lodos producidas en el STL desde el inicio de la etapa de operación y hasta la fecha; y el total de toneladas dispuestas en la Celda de Lodos.

De acuerdo con los registros históricos disponibles en Interventoría, la cantidad de toneladas dispuestas en la celda temporal de lodos del STL desde el inicio de la operación en febrero de 2002 y hasta el mes de diciembre de 2009 es de treinta y cuatro mil treinta y cinco (34.035,014) toneladas de lodos. No es posible certificar si efectivamente las toneladas de lodos depositadas en la celda temporal son las toneladas realmente producidas por el STL debido a que de acuerdo a información de la interventoría no se cuenta con ningún dato del sistema SCADA.

Por otra parte, los lodos depositados en la celda final de lodos equivalen a treinta y tres mil novecientos treinta y siete toneladas (33.937.37).

• Certificar si la disposición de los lodos en la Celda de Lodos que se construyó por el STL, se ha cumplido en forma satisfactoria durante los siete años de operación de la planta y el tiempo que ha transcurrido desde la adición 3.

De acuerdo con información de la interventoría, STL durante el período de la etapa II, ha realizado mensualmente la disposición de lodos en 98.958 % del tiempo, toda vez que en el mes de junio de 1998 no se depositó ninguna tonelada en la celda de disposición de lodos”.

Vale la pena agregar que en su testimonio, el ingeniero Pedro Almanza expresó:

“DRA. ALMONACID: ¿Sírvese decirnos si el nuevo operador de la planta de tratamiento de lixiviados del Relleno Sanitario, el centro de gerenciamiento ha hecho modificaciones significativas sobre la celda de disposición de lodos a partir de la operación que tiene allá?

remanente que quedó después de la última ampliación que se le hizo a S.T.L. y la que les comentaba, fue por 4 mil metros cúbicos, está disponiendo ahí y ya hay requerimientos nuestros de ampliar la capacidad porque se requiere para seguir disponiendo lodos allí, pero no han hecho ninguna modificación significativa”.

De esta manera, puede verse claramente cómo, el tamaño de la Celda de Lodos no sólo fue suficiente para el desarrollo del contrato, sino que con la ampliación convenida, fue suficiente para que el siguiente contratista inicialmente dispusiera de los lodos por él producidos.

Vale la pena destacar que a pesar de que durante la ejecución del contrato **se incrementó el volumen de lixiviados, de hecho se redujo la producción de lodos**, lo que permitió al Concesionario disponer la totalidad de los lodos en la celda prevista para el efecto.

A este respecto el señor Jaime Eduardo Vélez declaró ante la Contraloría de Bogotá²⁶:

“Con respecto a la Celda de Lodos, vale la pena precisar que el terreno originalmente entregado, no reunió las condiciones técnicamente necesarias para su ubicación, por lo tanto, el Concesionario se dio a la búsqueda dentro del relleno sanitario de otros predios. Teniendo en cuenta que no se entregó un predio adecuado, en el terreno originalmente entregado, se debieron efectuar una serie de obras que garantizaran la adecuada disposición de los lodos. Adicionalmente, se debió intensificar el tratamiento de los lodos para disminuir al máximo su volumen y su contenido de humedad, de tal manera que pudiera ser dispuesto en la adaptación del predio que se mencionó anteriormente. Las obras constitutivas de las celdas requeridas para iniciar la operación fueron terminadas durante la etapa de construcción, las cuales en concordancia estricta con la oferta se deberían contar con una impermeabilización, bien sea en arcilla o en geomembrana. Los ensayos de suelos del sitio seleccionado, demostraron su impermeabilidad total y el tratamiento adicional a los lodos antes mencionado demostraba mediante ensayos de laboratorio que eran complemente inertes, pues la contaminación estaba encapsulada en una matriz de calcio denominada cemento romano. El acta provisional, intrínsecamente en la parte relativa a la celda refleja el hecho que su desarrollo es por fases, indica que el Concesionario es responsable de que en función del comportamiento periódico de los lodos debe realizar todas las obras necesarias para garantizar su disposición segura y ambiental...” (Se subraya)

Como se puede apreciar, de acuerdo con este testimonio, **la reducción del volumen de lodos, por el incremento de la sequedad de los**

mismos fue una estrategia para lograr una adecuada disposición de los lodos en la celda.

A este respecto es pertinente precisar que si bien desde diciembre de 1999 se había entregado el terreno donde se construiría el STL, inicialmente no se definió el área donde quedaría ubicada la Celda de Lodos. En tal sentido el testigo Pedro Pablo Almanza señaló, respecto de la ubicación de la celda, lo siguiente: *"Que yo sepa en los documentos contractuales no estaba prevista en ningún sitio específico".* Agregó *"en el año 2003, 2004 cuando nosotros no estábamos se decidió no construir la zona de emergencia completa, sino que se decidió solamente una terraza de las tres terrazas originales, construirla como zona de emergencia, pero ya mucho más pequeña y el resto del terreno fue el que se le entregó a el Concesionario para que adecuara sus celdas de lodos".*

Así mismo, el ingeniero Pedro Pablo Almanza manifestó lo subsiguiente, sobre los cambios que se produjeron en la producción de lodos:

"SR. ALMANZA: Eso cambió durante la ejecución del contrato por dos factores fundamentales, qué factores inciden en la producción de lodos, por un lado el caudal que se está tratando, la carga orgánica y metales pesados que traiga ese lixiviado y variables operativas, por el otro lado ellos no utilizaron material cementante finalmente, en su Documento Técnico si habían previsto utilizarlo para darle, y lo mencionan así, mayor manejabilidad al lodo, ellos no lo utilizaron, el contrato de ellos es un Contrato de Concesión a todo riesgo con la autonomía técnica, administrativa y financiera, ninguna de las interventorías los obligó a utilizar el material cementante, hay algún requerimiento que yo vi ahí de la Nacional, pero ellos simplemente se negaron alegando su autonomía, que no era necesario a pesar de que lo hubieran escrito y que su autonomía no lo iban a utilizar.

Con base en eso efectivamente los lodos producidos durante la ejecución del contrato fueron inferiores a los que ellos habían estimado, pero ahí hay varias consideraciones que ya les comenté y hay una, las variables operativas, para el mismo caudal y la misma carga usted puede producir diferente lodo y efectivamente eso pasó en la planta, cuando nosotros llegamos en el año 2006, la producción de lodos estaba del orden de 450 toneladas por mes, ese era el promedio de los últimos seis meses del año 2005 y el promedio de enero, febrero, marzo y abril/06, 450 toneladas por mes de producción de lodos, en la época en que nosotros empezamos a requerirlos para ampliar la capacidad, la producción de lodos para el año 2007, 2008 y 2009 se disminuyó

la época del año, pero se mantenían para cada época del año, a pesar de eso se disminuyó la producción de lodos y se disminuyó de un promedio de 450 toneladas a un promedio de más o menos 180 - 200 toneladas.

(...) DR. CÁRDENAS: Desde esa perspectiva usted señala que el volumen de lodos bajó sustancialmente, ¿desde ese punto de vista no hubo reparo al cumplimiento del contrato de S.T.L., el hecho de que producirá menos lodos no significó que no hubiera cumplido su contrato en ese punto de vista?

SR. ALMANZA: No porque el otro tema es que los sólidos suspendidos totales que salen en el afluente, en la descarga al río, no están regulados por la norma de vertimiento que tenía que cumplir S.T.L., S.T.L. tenía una norma de vertimiento que es la 3358 de 1.984 que tenía que cumplir y ésta tiene unos parámetros regulados, la DBO que ya les comenté, la DQO que es la Demanda Química de Oxígeno y unos metales pesados que son 22 si mal no estoy, pero los sólidos suspendidos no estaban regulados, si hubieran estado regulados y hubieran tenido que cumplir con una cantidad máxima de sólidos suspendidos, la interventoría nuestra y las anteriores si se les hubiera presentado el caso, hubieran hecho los requerimientos o las observaciones al respecto, pero como no estaba regulado por la norma, simplemente ese valor podía fluctuar". (Se subraya)

Igualmente señaló el ingeniero Almanza:

"SR. ALMANZA: Ellos tenían una obligación contractual claramente establecida, es que los lodos no podían tener una humedad superior al 33% de sequedad, ellos tenían una obligación contractual establecida y que entre otras afectaba la fórmula de pago en el caso en que la sequedad fuera inferior al 33%, ellos tenían la obligación de que esos lodos tenían que estar secos mínimo al 33%, 67 de humedad y 33 de sequedad, esa era la obligación y así quedó pactada, en general salvo un mes en particular, si mal no estoy en el año 2007 ellos cumplieron con esa sequedad mínima del 33 y en general estuvieron siempre por encima, 34, 35, 37, 38, hasta 40%, por encima, ellos nunca incumplieron, solamente en ese mes que les comento que el promedio no alcanzó a dar, entonces se castigó la fórmula por lo que decía la fórmula que había que castigar por no haber cumplido con el promedio de sequedad.

Nosotros estuvimos revisando los informes de los anteriores interventores, ellos cumplieron, inclusive estuvieron por encima que entre otras el S.T.L. alcanzó a pasarnos una comunicación en la que iba a pasar una reclamación porque estaba secando más de lo que tenía que secar, les dijimos: -ustedes son autónomos, no sequen más, simplemente cumplan con el 33%, nadie les está obligando a que sequen más-; hay una comunicación nuestra en relación con eso, no nos volvieron a decir, no tenían ninguna otra obligación en relación con los lodos, además de disponerlos en una celda especial". (Se subraya)

A lo anterior vale la pena agregar que el ingeniero Pedro Pablo Almanza expresó lo siguiente a pregunta del apoderado de la Convocante:

"DR. TARANTINO: Sírvase precisar si cuando usted señala no se cumplió.

SR. ALMANZA: Sí, sí estaba dentro de su autonomía y lo expliqué anteriormente, por eso no hicimos requerimientos de tipo contractual en el sentido de no utilizara el material cementante". (Se subraya)

En este contexto observa el Tribunal que existieron diversos factores que condujeron **a que a pesar de incrementarse el volumen de lixiviados, se redujera la cantidad de lodos**, entre ellos el no uso de material cementante y el aumento de la sequedad de los lodos. En estos aspectos la interventoría no consideró que existiera incumplimiento por parte del Concesionario. **En efecto el hecho de que Concesionario hubiera actuado para lograr producir menor volumen de lodos, pero logrando que los productos cumplieran con las especificaciones normativas que le eran aplicables no constituyó un incumplimiento contractual** y por ello, si por la misma razón, no se requirió la Celda de Lodos en el tamaño inicialmente estimado no existe infracción al contrato.

De este modo la Celda de Lodos que finalmente se construyó, con la adición pactada con el concedente ha permitido la disposición de los lodos.

En este contexto considera el Tribunal que el Concesionario cumplió el contrato al construir y poner a disposición del proyecto la Celda de Lodos a la que se ha hecho referencia.

Ahora bien, en el expediente existen diversas comunicaciones remitidas por la interventoría al Concesionario y respondidas por éste, en las que aquella formula observaciones respecto de la Celda de Lodos. De dichas comunicaciones sólo se desprenden las posiciones dispares que uno y otro tenían sobre el particular.

Así, en comunicación del 15 de mayo de 2002 la interventoría señala en relación con la Celda de Lodos que no se ha ejecutado ninguna actividad tendiente a arrearlar y terminar la Celda de Lodos y aareaa que el

comportamiento de lodos para definir el alcance de los trabajos²⁷.

En comunicación del 30 de mayo de 2002 enviada por el Concesionario a la interventoría él mismo expresa²⁸:

"El tema de los lodos es fundamental. El Concesionario considera... que su diseño y operación definitiva está ligada a la decisión de qué nivel de sequedad es conveniente obtener. Contractualmente se está obligado a sacar lodos al 33%, sin embargo por consideraciones técnicas y ambientales es conveniente sacarlos con una mayor sequedad..."

En comunicación remitida el 11 de julio de 2002 por la interventoría al Concesionario se expresa²⁹:

"En lo que respecta a la celda de disposición de lodos, no se han efectuado trabajos adicionales ni específicos desde que se dio en funcionamiento la misma, incluso se observa deterioramiento de los taludes debido a la ola invernal que estamos pasando, ya que estos no se han protegido. Es necesario resaltar que el estado de la celda es incompleto y le falta todo lo señalado en el Documento Técnico (Cuadro 14 Página 68), tales como instrumentación de control superficial y vigilancia de gases y filtraciones, protección de superficies con geomembrana, engramados, etc.

Ahora bien, entendemos que se están efectuando rediseños de estas celdas de acuerdo al tipo de lodos que se están presentando, pero no conocemos detalles, ni estudios ni procedimientos al respecto."

Por otra parte, en la comunicación S.T.L-INT-0064 de 30 de julio de 2002 dirigida por el contratista al interventor para responder las inquietudes planteadas por éste se expresa lo siguiente³⁰:

"Para analizar los compromisos pendientes consignados en la titulada ACTA DE OBRAS Y TRABAJOS PENDIENTES DE LA ETAPA I DEL CONTRATO A 23 DE FEBRERO DE 2002, en adelante AOTP, me permito transcribir textualmente su contenido:

Manejo de Lodos. Comprende el almacenamiento, transporte y la celda de disposición de lodos. La celda aun no se ha terminado, esperando adelantar observaciones del comportamiento de lodos en sus diferentes estados, en especial, lo relativo a la mezcla de lodos procedentes del tratamiento físico - químico con los del tratamiento biológico. Igualmente se debe implementar un sistema de almacenamiento en la planta y de transporte a la

²⁷ Folio 65 del Cuaderno de Pruebas No 8.

²⁸ Folio 70 del Cuaderno de Pruebas No 8.

celda, que no genere contaminación en la planta, ni en los sitios por donde es transportado. Se espera terminar esta obra en tres meses contados a partir de la fecha.

(...) "Como se puede apreciar de la transcripción anterior, existen temas globales de otras (sic) pendientes sobre las cuales el Consorcio adquirió los compromisos respectivos. Analizando la comunicación de la referencia se encuentra que existen temas citados por la interventoría como incluidos dentro del AOTAP que a nuestro juicio no están incorporados ni encajan dentro de la misma, y por lo tanto, por obvias razones nos abstenemos de su tratamiento (...).

3. Celda de Lodos: Informe de Abril: ""Se observó el comportamiento de la mezcla de lodos procedentes de los tratamientos físico químico y biológico, resultando un porcentaje de sequedad del 58%. Sin embargo, los trabajos relacionados con la celda no se han comenzado debido a que el Concesionario no ha llegado a un acuerdo financiero para el pago de la mayor sequedad lograda de los lodos producidos (con un esfuerzo importante del Concesionario). Se espera la realización de los trabajos durante el último mes de plazo establecido"".

Informe Mayo: ""Para la Celda de Lodos se tiene previsto la disposición por la parte superior y la conformación de celdas. Sin embargo, una actividad ya contratada no se ha podido iniciar por el invierno reinante.""

Informe Junio: ""Se realizaron labores de adecuación de la vía existente para el descargue de lodos por la parte superior""

Vale la pena destacar, que el Concesionario en la Etapa de Construcción efectuó la construcción del dique que garantiza la confinación de los lodos, al igual que la vía de acceso a la misma. Sin embargo esta actividad se ha visto retrasada por:

La necesidad de determinar con la UESP la retribución por la producción de lodos a una mayor sequedad de la contratada, habida cuenta que este parámetro, sequedad, es indispensable para el diseño de la celda

El invierno que afecto (sic) el relleno durante el mes de junio.

Dado que el Concesionario no ha podido llegar a un acuerdo con la UAESP sobre las sequedades mayores incluidas en el diseño, y ante la razonable exigencia de la Interventoría, el Concesionario ha decidido continuar la construcción de la celda, bajo parámetros no conciliados, a partir de la segunda semana del mes de agosto. El Concesionario presentará en la segunda semana del mes de agosto a la interventoría las consideraciones de rediseño y adecuación de la vía de acceso y del interior de la celda" (Destaca el Tribunal).

Como se puede apreciar de lo que da cuenta la comunicación a la que se ha hecho referencia es que no se ha dado inicio a los trabajos relacionados con la celda porque no se ha llegado a un acuerdo financiero para el pago de la mayor sequedad de lodo, y que se continuaría con la construcción de la celda, pero ello no significa que se

Por comunicación C964.R.27/482 de 26 de septiembre de 2002, la Interventoría expresa³¹:

"... a pesar de las reuniones sostenidas y de las cartas cruzadas entre el Concesionario y la Interventoría, tenemos que afirmar que aún hoy, no se ha cumplido a cabalidad lo convenido en el 'Acta de Obras y Trabajos pendientes de la Etapa I del Contrato, al 23 de febrero de 2002. Teniendo en cuenta que este hecho puede constituirse en un claro incumplimiento de carácter contractual, nos permitimos reiterarle nos presente un cronograma'..."

Así mismo señala:

"... En primer lugar y en relación con la Celda de Lodos propiamente dicha, son numerosas las oportunidades en las cuales la Interventoría le ha solicitado al Concesionario la ejecución total de esta obra, que constituye parte importante del S.T.L y sobre la cual existe un compromiso claramente establecido en el Documento Técnico. No es aceptable que solo recientemente y de manera unilateral, el Concesionario aduzca como razón para no haber terminado la construcción de la celda-ni siquiera su diseño, agregamos nosotros-por 'la necesidad de determinar con la UESP la retribución de lodos a una mayor sequedad', según lo manifiesta en la comunicación referida. En relación con las actividades de almacenamiento en la Planta y transporte a la Celda de Lodos, aunque en efecto el Concesionario ha ejecutado algunos trabajos, una simple inspección al sitio, permite concluir que estos trabajos han tenido carácter provisional y no se han llevado a su cabal culminación"

En comunicación del 3 de octubre de 2002 el Concesionario da respuesta a la interventoría y señala las actividades que realizará en relación con la Celda de Lodos:

"Celda de Lodos.

"Se efectuó la adecuación de la vía de acceso a la celda por la parte superior

Se procederá a reubicar los lodos del costado oriental de la celda de tal manera que esta zona sirva como zona de emergencia.

Se procederá a reubicar los lodos del costado occidental de la celda.

Se construirá el canal de drenaje de aguas lluvias la celda y su conexión con las cunetas existentes sobre la vía principal."

Ahora bien, la Convocada se refiere a una reunión con la interventoría a la que alude el hecho 3.2.31 de la demanda en la cual, según afirma, "se acordó hacer algunas modificaciones a la memoria de la Celda de Lodos del año 2003 y concretamente a las páginas 26 y 27 que

Lodos, para enfatizar que este volumen allí expresado de 36.900m3 no corresponde al total de la obra contratada, sino a una primera fase, que conforme a las estipulaciones contractuales ha debido construirse con dos años de antelación..." (Subrayas y negrillas son del texto de la Demandada).

A este respecto observa el Tribunal que en el hecho 3.2.31 de la demanda se expresó:

"El 17 de julio de 2003, en una reunión con la interventoría, se dejó la siguiente anotación:

(...) HNV³² enviará la memoria de cálculo del volumen de acuerdo a los taludes que sean adoptados por los geotecnistas. Se acuerda realizar unos cambios en la página 26 y 27 del Documento Técnico en el sentido de que el diseño propuesto corresponde a una primera fase y antes de que ella se cope se identificará el nuevo sitio para continuar con la disposición el cual deberá garantizar las condiciones técnicas de un celda de seguridad" Ver acta No. 009 de la reunión efectuada en la fecha antes mencionada." (Se subraya)

Como se puede ver, de acuerdo con lo expuesto en la demanda, lo que se había convenido, es que el diseño propuesto era una primera fase y que antes de que ella se cope se identificaría un nuevo sitio. Por consiguiente, es claro que la ampliación de la celda debía obedecer a la necesidad correspondiente.

De los documentos a la que se ha hecho referencia no se desprende que el Concesionario haya aceptado que la Celda de Lodos debía tener la capacidad estimada en el Documento Técnico.

Por lo demás entre dicha fecha y el 2007 no aparece constancia de nuevas controversias sobre el tamaño de la celda.

Fue con posterioridad a comunicación del 30 de septiembre de 2006 por la cual se remitió un diseño para ampliar la celda de seguridad para la disposición de lodos, que se presentó nuevamente el debate sobre si el Concesionario había cumplido o no con el Documento Técnico. La

simplemente implicó reafirmar las posiciones de cada cual.

Sin embargo, debe observar el Tribunal que el 22 de abril de 2010 las partes suscribieron la Adición, Prórroga y Modificación No 7 al Contrato de Concesión (folios 364 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 9), en la cual se pactó:

"CLAUSULA SEGUNDA OBLIGACIONES ADICIONALES DEL CONCESIONARIO. Además de efectuar la operación regular del STL, el **CONCESIONARIO** se compromete a ejecutar a su costa las siguientes actividades adicionales:

(i).- Adecuar la Celda de Lodos actualmente existente en el RSDJ;

(ii).- Adecuar los taludes entre la Celda de Lodos y la vía de acceso a esta misma celda;

(iii).- Instalar la geomembrana necesaria en los taludes a que se refiere el numeral anterior, una vez adecuados.

PARÁGRAFO. EI CONCESIONARIO renuncia a realizar cualquier tipo de reclamación por el valor de los costos generados en la ejecución de las anteriores actividades".

Así mismo, por la Adición, Prórroga y Modificación No 8 al Contrato de Concesión, las partes estipularon³³:

"CLAUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES ADICIONALES DEL CONCESIONARIO. Además de efectuar la operación regular del STL, el **CONCESIONARIO** se compromete a ejecutar a su costa las siguientes actividades adicionales:

(i).- El Concesionario deberá garantizar, al término del Contrato, un volumen mínimo real en campo de 4000 m³ que permita una capacidad remanente para disponer lodos provenientes del proceso de tratamiento de lixiviados.

Para ello, el Concesionario presentará los diseños detallados con memoria técnica soportados con análisis de estabilidad.

PARÁGRAFO. EI CONCESIONARIO renuncia a realizar cualquier tipo de reclamación por el valor de los costos generados en la ejecución de las anteriores actividades"

Observa el Tribunal que en dichos documentos contractuales no se formula reparo alguno al Concesionario sobre el tamaño de la Celda de Lodos y por el contrario, lo que se hace es pactar, como actividad

lo que claramente no sería necesario si realmente el Concesionario estuviera obligado a construir la capacidad señalada en el Documento Técnico anexo al Contrato de Concesión.

Todo lo anterior reafirma que el tamaño de la Celda de Lodos indicado en el Documento Técnico anexo al Contrato era simplemente un estimado que podía cambiar, y que el Concesionario cumplió sus obligaciones en materia de construcción de la Celda de Lodos en la medida en que ella permitió depositar los lodos que se requerían.

Por otro lado, es claro que la construcción de otras fases de la celda que se hicieran necesarias durante la ejecución del Contrato de Concesión eran de cargo del Concesionario, pues su obligación consistía en crear una o varias celdas con capacidad suficiente para almacenar los lodos producidos en el período pactado, aun cuando su cantidad fuera mayor o menor a la estimada finalmente para el diseño de la celda; por el contrario, las que se hicieran necesarias posteriormente no son de cargo del mismo.

Finalmente, por lo que se refiere a las solicitudes del Ministerio Público, el Tribunal observa que el marco jurídico del debate en el asunto sub examine es fijado por la demanda, su contestación, la demanda de reconvención y la respuesta a la misma, sin que el juez pueda ir más allá de los límites allí fijados, sin incurrir en fallo ultra o extrapetita, que por lo demás, en el caso de laudos arbitrales es causal de anulación, de acuerdo con el artículo 163, numeral 8 del Decreto 1818 de 1998. De manera que si la parte Convocada no formuló pretensiones en el sentido que indica el Ministerio Público, el juez no puede adoptar decisiones que estén por fuera del marco de lo pedido, pues de lo contrario rompería el principio de igualdad procesal y estaría adoptando la posición de parte.

De todo lo anterior concluye el Tribunal que deben prosperar las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda.

del Contrato de Concesión eran de cargo del Concesionario, por el contrario, las que se hicieran necesarias posteriormente no son de cargo del mismo.

Por consiguiente en la medida en que no existió el incumplimiento reclamado por la demandante en reconvención, no procede la resolución parcial solicitada y, por lo tanto, se negarán las pretensiones de la demanda de reconvención.

V. OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DEL DICTAMEN PERICIAL, ENDILGADO POR LA CONVOCADA

A. La Convocada

Objetó por error grave el dictamen pericial rendido por el experto Fernando Silva Gomez y, en consecuencia, pidió entre otras pruebas el decreto de otra experticia. Endilgó dos situaciones que, a su modo de ver, dan lugar a esas calificaciones negativas del dictamen:

Primera situación:

Porque el Auxiliar de la Justicia consideró que en Colombia "(...) *Es indudable que en 1998 se producían lixiviados y que se realizaron mediciones de caudales y caracterizaciones físico químicas; sin embargo dichas mediciones eran insuficientes, no eran muestreos compuestos, sino muestras puntuales, en diversos puntos del relleno. Podría decirse que no existía un programa de monitoreo con frecuencias establecidas y con una muestra coherente de todos los parámetros contaminantes. No había estudios de tratabilidad ni prediseños. A manera de ejemplo, el caudal de diseño que solicitó la UAESP para la construcción de la planta de lixiviados fue de 8 litros por segundo, y dicho caudal fue superado ampliamente, desde el inicio de la operación de la Planta de Tratamiento S.T.L.*

"(...) Para evaluar la respuesta dada por el perito a la pregunta... formulada por S.T.L se debe tener en cuenta lo dicho en la observación anterior, pues el perito insiste que en Colombia no había experiencia y da respuestas teóricas. Nosotros consideramos que sí había experiencia y a este respecto se ha de tener en cuenta que en el R.S.D.J se estaban produciendo lixiviados desde el 1º de noviembre de 1.988 y la planta se diseñó trece años después. En ese lapso se produjeron lixiviados y era posible medir los caudales y hacer caracterizaciones físico químicas y bacteriológicas válidas para hacer un diseño de la magnitud del S.T.L.

... El auxiliar de la justicia que actúa en este asunto, comete un error cuando fija como fecha a partir de la cual se producían lixiviados en el R.S.D.J el año 1998, cuando es indiscutible que en dicho relleno se producían lixiviados desde 1988, es decir, desde 10 años antes. Esto nos lleva a señalar que hubo trece (13) años para tomar muestras de lixiviados antes de que se construyera la planta y no tres años, como se desprende de la respuesta.

Para hacer un diseño adecuado de la planta de lixiviados del I R.S.D.J era necesario conocer la caracterización efectiva de los mismos y poder así, determinar el tipo de tratamiento a ejecutar allí. Consideramos que sí era posible medir los caudales y hacer las correspondientes caracterizaciones y no como lo sostiene el Perito que no había experiencia en ese sentido. Para demostrarlo nos basamos en la experiencia que tiene la firma colombiana INGESAN, que desde 1976 hace estudios de tratabilidad de muy buena calidad.

De otra parte, debo manifestar que la respuesta errada del Perito tiene una incidencia importante en la decisión de este litigio, pues de aceptarse que para el momento en que se diseñó la Planta de Tratamiento de Lixiviados del R.S.D.J no era posible establecer las cantidades de lodos que se producirían, porque no había experiencia para ello, conllevaría a que se dé por cierta una de las premisas de la demanda que sostiene que los cálculos de la celda de disposición final de lodos fueron aproximados y que en consecuencia el volumen que se contrató, de acuerdo al Documento Técnico que hace parte integral del contrato C-4035 de 1999, dependía de la cantidad de lodos producidos."

Segunda situación:

La Convocada también atribuyó error grave al dictamen pericial en cuanto el procedimiento escogido por el Perito sobre la morfología del terreno entregado; aseguró:

"Es así como el Perito sustenta su trabajo en cuadros de cortes y perfiles, que extrae a partir de planos correspondientes al diseño de la celda que hizo S.T.L, pero no presenta los planos topográficos o fotografías que sustenten su trabajo y permitan definir el área morfológica de los terrenos entregados por la UAESP para la construcción de la celda de disposición final de lodos.

de ladera con pendientes medias que oscilan entre el 23% y el 12.6%, como lo hace el auxiliar de la justicia en el peritaje que aquí se cuestiona. Con la metodología utilizada por el Perito nos podemos encontrar con un terreno con pendientes bajas y en promedio altas. Ese es el resultado de 'inferir', sin conocer el terreno o tener una topografía total.

Para la UAESP este es un asunto sumamente serio y que no admite 'inferencias', sino realidades de cómo es el terreno y en consecuencia estimamos que el señor Perito INCURRE EN ERROR GRAVE cuando absuelve la pregunta a través de inferencias hechas teniendo como fundamento unos planos elaborados por la parte Convocante.

La claridad de este aspecto a nuestro juicio es esencial en la discusión y decisión de este pleito y dicha claridad se debe hacer con topografía actual levantada con precisión y acompañada de fotografías y no con inferencias carentes de valor. La topografía es una realidad que está en el terreno y sólo necesita una visita de campo, sin apiques, ni cálculos complejos.

De aceptar como ciertas las inferencias del Perito sobre la morfología del terreno entregado por la UAESP a S.T.L para la construcción de la celda de lodos se estaría validando una de las premisas de la parte demandante, cuando sostiene que el terreno entregado no era idóneo para la construcción de la celda de lodos que se contrato."

El Auxiliar de la justicia había dado respuesta a las observaciones de la Convocada en los siguientes términos:

- *"El cuadro de cortes y pendientes del terreno presentado por el Perito es una síntesis de las pendientes promedio del terreno, según la información topográfica del terreno levantada para el diseño de la celda de lodos. Esta topografía se presentó al Tribunal como anexo del informe de Peritazgo.*
- *En mi calidad de Perito efectué un análisis de la topografía del terreno, incluyendo doce cortes transversales y diez longitudinales (ver Anexo del informe), que a mi juicio permite estimar las pendientes medias con un nivel de precisión aceptable para establecer la factibilidad de construir una celda para el almacenamiento de lodos.*
- *De los cortes Transversales y longitudinales efectuados se infirió que el terreno asignado tiene relieve de ladera con pendientes medias que oscilan entre el 23% y el 12,6%.*
- *Estas pendientes son mayores a las señaladas por la apoderada de la UAESP en su observación No 13, cuando afirma 'porque en dicho talud no es posible construir una celda, pues para eso dicho talud debe tener máximo un 12% de pendiente'".*

B. El Tribunal

Partiendo del escrito de objeciones de la Convocada en el cual se

grave” para luego colegir, si en el caso, esas calificaciones son admisibles.

El dictamen pericial tiene como objeto la verificación de hechos que interesen al proceso y requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos (art. 223 del C. P. C); su finalidad es, entonces, que el Perito le proporcione al juzgador elementos de convicción sobre la realidad de los elementos fácticos que interesan al proceso, transmitiéndole su ciencia, es decir su opinión personal sobre los antecedentes fácticos que se le plantearon.

En ejercicio de la contradicción, de ese medio de representación, el peritazgo es pasible de la objeción por error grave, la cual puede prosperar cuando se establezca la cualidad de que en efecto la experticia va contra la naturaleza real de las cosas. Por lo mismo no configura error grave la falta de fundamentación del dictamen, sino que lo que se estructura es la ineficacia probatoria; lo mismo habrá de suceder si las explicaciones del dictamen son ambiguas o deficientes. A ello se debe que el C. P. C disponga que “El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los argumentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones” (num. 6º art. 237 del C.P.C.) y que “Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso” (art. 241).

Entrando en materia, cabe señalar lo siguiente:

Respecto de la primera situación que la Convocada considera como constitutiva de error grave, el Tribunal con anterioridad, al estudiar las pretensiones de las partes —demanda y contrademanda— coligió que no se probó la verdad del hecho, que para la Convocada es configurativa de error grave.

concluyó: i) Que sí se puede estimar *“con un margen de error perfectamente aceptable las cantidades de lodos producidas, ya sean las máximas esperadas o los valores medios o mínimos, en un STL para un año determinado,...”*. ii) Que en el caso concreto *“el STL se diseñó 13 años después de la entrada en operación del RSDJ, resultaba perfectamente posible conocer las características particulares del lixiviado producido en ese momento”, es importante recalcar, como antes lo señaló el Tribunal, que dicho experto señaló en sus aclaraciones al dictamen que no consideró cuatro aspectos entre los cuales se encuentran: “... si el Distrito Capital o la UAESP, adelantó un proceso de recolección de la información acerca de los lixiviados del relleno sanitario durante los trece años que afirma estuvo en operación, y cuál era el grado de certidumbre que dichos estudios arrojaban”, así como si “la información que entregó la UAESP como parte del proceso precontractual que sirvió de base para presentar las ofertas, en relación con los lixiviados que se producían en el Relleno Sanitario Doña Juana”.*

El perito Gandini señaló que dichos puntos no eran necesarios para contestar la pregunta que le fue formulada; y agregó: *“Las cuatro situaciones mencionadas se entenderían en el contexto de establecer si para el momento de abordar el diseño del STL se contaba o no con la información primaria de la producción y composición de lixiviados en el RSDJ. Esta nueva pregunta resulta muy distinta a la Pregunta No 2, y en consecuencia se puede concluir que la misma excede los puntos objeto de este dictamen pericial”.*

Entonces, no habiéndose demostrado, en el proceso, que para la época de abordar el diseño del STL se contaba con la información primaria de la producción y composición de lixiviados en el Relleno Sanitario de Doña Juana, es imposible colegir el error grave en ese aspecto.

Segunda situación que la Convocada considera como constitutiva de error grave refiere al procedimiento escogido por el Perito para

El Tribunal advierte que los segundos reproches de la Convocada, por error grave al dictamen pericial del experto Silva, se edifican en supuestos de ineficacia probatoria, la cual tampoco resulta cierta. Basta recordar los argumentos de la objetante para sustentar la anterior conclusión del Tribunal, pues las quejas se construyeron, negativamente, sobre el fundamento de la experticia; así:

. Porque el Perito se basó en planos correspondientes al diseño de la celda que hizo S. T. L. El Tribunal ve, en primer lugar, que el contenido del llamado error grave lo estructura la Convocada en el fundamento probatorio de la conclusión, esto es porque el perito para dar su opinión se basó en los planos de diseño que, en su momento, efectuó el Concesionario STL. Como se aprecia esas calificaciones de la objetante atañen con la fundamentación del peritaje, y no con la verdad de la conclusión. Y, en segundo lugar, el Tribunal observa que, por otro aspecto, que en el proceso no se contraprobó que tales documentos no son veraces; tuvo la Convocada la oportunidad de contradecir el contenido de los planos de STL, pero ello no ocurrió (arts. 252-3 y 276 C.P.C.).

. Porque el Perito no allegó los planos fotográficos o fotografías sobre el área morfológica de los terrenos que entregó la UAESP al Concesionario, para la construcción de la celda de lodos; es decir se hace crítica de la falta de sustento de la experticia. Para el Tribunal la ausencia de esos documentos, planos topográficos o fotografías que la UAESP le entregó al Concesionario, no es conclusiva, por su contenido, de error grave, debido a que las determinaciones del perito no se atacan porque se vaya contra la verdad de los hechos. Reitera el Tribunal lo dicho en el párrafo que antecede.

. Porque el Perito para analizar el terreno no tuvo en cuenta la topografía completa sino cortes y perfiles y se basó en cortes transversales y longitudinales, infiriendo que el terreno asignado tiene

El Tribunal aquí también ratifica lo dicho en el párrafo precedente. Pero además no halla motivo para que se configure la ineficacia del peritazgo, pues éste se rindió i) con la información topográfica del terreno levantada para el diseño de la celda de lodos, que se presentó al Tribunal como anexo del informe de Peritazgo y ii) con los análisis personales del Auxiliar de la Justicia, como se puede corroborar en el anexo del informe.

En consecuencia no prosperan los reproches al dictamen pericial, por error grave.

VI. COSTAS

El Tribunal considera, en armonía con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, que no existió temeridad ni conducta abusiva de la Convocada, aun cuando las partes radicalizaron sus posiciones. Por consiguiente, se puede acudir a lo señalado en tal disposición que enseña que *"En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, **podrá** condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."* (Se destaca).

En materia de las costas procesales la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁴ ha sostenido que *"...Es claro que el legislador no ha querido aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y, por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino la conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración (de justicia) y para la parte vencedora."*

Igualmente la jurisprudencia constitucional ha señalado³⁵ que "El

artículo 171 del Código Contencioso Administrativo es una norma especial redactada ad hoc para regular lo relativo a la condena en costas dentro del proceso contencioso administrativo, de cuya lectura se deduce inequívocamente la voluntad legislativa de condicionar la condena en costas a la evaluación de la conducta procesal de las partes. Por ello, debe entenderse que esta disposición define un carácter subjetivo de la responsabilidad por el reembolso de dichas costas, es decir una responsabilidad que sólo opera cuando existe una conducta reprochable atribuible a la parte vencida. Por ser un disposición especial, prevalece sobre cualquier otra que regule el mismo asunto en otros asuntos...".

Ahora, al aplicar el contenido del artículo 171 del C. C. A. y al observar que la conducta en juicio de la entidad pública UAESP, convocada y a la vez reconviniendo, no fue abusiva y no implicó un desgaste jurisdiccional se debe concluir, de acuerdo con la jurisprudencia como auxiliar en la actividad judicial³⁶, que no hay lugar a condenar en costas.

CAPÍTULO TERCERO. DECISIÓN

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir las controversias entre **S.T.L. S.A. E.S.P.**, y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – UAESP**, administrando justicia en nombre de la República, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probadas las objeciones por error grave respecto del dictamen pericial rendido por el ingeniero Fernando Silva Gómez.

SEGUNDO.- Declarar que en el Contrato de Concesión C-4035 de 1999, la obligación de construcción de una Celda de Lodos, a cargo del Concesionario, se estipuló en valores estimados, tanto respecto del número de celdas, volumen, elementos que contendría, excepto lo acordado en el Documento Técnico, sobre la construcción de la primera fase de la Celda.

TERCERO.- Declarar que la obligación de construcción de la Celda de Lodos, tanto su diseño y dimensión final, dependía del volumen real de generación de lodos, de las características del mismo, del tipo de residuo estructurante que se utilizara, en suma, de las condiciones reales de operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

CUARTO.- Declarar que el volumen de la Celda de Lodos, que se estimó en 187.362 metros cúbicos, a que se refiere el Documento Técnico, era un valor aproximado, del volumen que podría tener la Celda para los siete años de operación del sistema de tratamiento de Lixiviados, cuya concreción dependía de las condiciones reales de operación del STL.

QUINTO.- Declarar que el Concesionario cumplió con su obligación de construcción y operación de la Celda de Lodos, y que ésta cumplió la finalidad de disposición de los lodos por los siete años de operación de la Planta, acorde con lo estipulado en los documentos que integran el Contrato de Concesión C-4035 de 1999.

SEXTO.- Declarar que de acuerdo con el verdadero sentido y alcance del Documento Técnico y del Contrato de Concesión, la construcción de

Tratamiento de Lixiviados, como condición para determinar si se requerían o no más fases y de qué tamaño.

SÉPTIMO.- Declarar que la construcción de otras fases de la celda que se hicieran necesarias durante la ejecución del Contrato de Concesión eran de cargo del Concesionario, por el contrario, las que se hicieran necesarias posteriormente no son de cargo del mismo.

OCTAVO.- Negar las pretensiones de la demanda de reconvención, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

NOVENO.- Abstenerse de imponer condena en costas.

DÉCIMO.- Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago correspondiente en poder del Presidente del Tribunal.

DÉCIMO PRIMERO.- Proceder por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentarle a las partes, una vez protocolizado el expediente del proceso, la cuenta final de gastos, efectuando la restitución de las sumas remanentes por partes iguales, si a ello hubiere lugar.

DÉCIMO SEGUNDO.- Disponer que una vez quede en firme este laudo se protocolice el expediente en una notaría del Círculo de Bogotá, advirtiéndole que en caso de que el rubro previsto para la protocolización no sea suficiente, deberán las partes pagar la suma que sea necesaria para ello y, que, de llegar a existir algún remanente, los fondos se

DÉCIMO TERCERO.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y copias simples para el Ministerio Público y para el archivo del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

Bogotá D.C., primero (1º) de noviembre de dos mil once (2011).

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Presidente

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ
Árbitro

MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA
Árbitro

FERNANDO PABÓN SANTANDER
Secretario